

---

Kolis Summerer

# Causalità ed evitabilità

Formula della *condicio sine qua non*  
e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale

---

*collana diretta da*

Marcello Clarich  
Aurelio Gentili  
Fausto Giunta  
Mario Jori  
Michele Taruffo

JURA

Temi e problemi  
del diritto

STUDI  
*discipline penalistiche*  
*Criminalia*

Edizioni ETS



# JURA

Temi e problemi  
del diritto

## STUDI

*filosofia del diritto*  
*discipline penalistiche - Criminalia*  
*discipline civilistiche*  
*discipline pubblicistiche*

## TESTI

## CLASSICI

*Comitato scientifico*

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,  
Fausto Giunta, Mario Jori, Michele Taruffo

Kolis Summerer

# Causalità ed evitabilità

Formula della *condicio sine qua non* e rilevanza  
dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Volume pubblicato a seguito del giudizio favorevole di due revisori

© Copyright 2013

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673775-5

## Causalità ed evitabilità

Formula della *condicio sine qua non* e rilevanza  
dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale



*A Nino  
e a Vera*

Al mio Maestro Prof. Stefano Canestrari va la mia profonda gratitudine per la straordinaria guida umana e scientifica e la grande fiducia che mi ha dimostrato negli anni, indicandomi il percorso verso un modello di ricerca libera e rigorosa. A Lui esprimo un sentimento sincero di stima e riconoscenza.

Ringrazio inoltre in modo particolare il Prof. Massimo Donini per la costante disponibilità al dialogo e i generosi consigli.

Un sentito ringraziamento rivolgo altresì al Prof. Marcelo A. Sancinetti dell'Università di Buenos Aires per l'affettuoso incoraggiamento e gli innumerevoli spunti di riflessione ricchi di originalità e passione per la dogmatica.

Esprimo gratitudine anche al Prof. Luigi Cornacchia per l'attenta lettura del manoscritto e le preziose indicazioni.

Desidero ringraziare, infine, il Prof. Fausto Giunta per avermi ospitato nella presente collana.

Un pensiero particolare va al *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Freiburg im Breisgau, dove ho avuto la possibilità di trascorrere lunghi periodi di ricerca grazie alla cordiale ospitalità dei Professori Hans-Heinrich Jescheck, Albin Eser e Ulrich Sieber e al sostegno finanziario della *Max-Planck-Gesellschaft* di Monaco di Baviera.



## INDICE

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	15
<i>Introduzione</i>	17
 Capitolo I <i>Origine della problematica</i>	
	45
1. La causalità ipotetica come fattore di crisi della <i>condicio sine qua non</i>	45
1.1. La teoria condizionalistica e il giudizio controfattuale	45
1.2. Decorsi causali ipotetici: tipologia e terminologia	49
1.3. Correttivi e tentativi di soluzione	55
1.3.1. <i>Spendel</i> e il divieto di considerare i decorsi ipotetici	55
1.3.2. La eliminazione cumulativa (formula di <i>Traeger</i> )	63
1.3.3. ( <i>segue</i> ) La <i>condicio sine qua non</i> nel concorso di persone	66
1.3.4. <i>Engisch</i> : dalla <i>condicio sine qua non</i> alla condizione conforme a leggi ( <i>gesetzmäßige Bedingung</i> )	75
2. La descrizione dell'evento	82
2.1. Il problema della selezione degli aspetti e delle modalità rilevanti	82
2.2. Il criterio dell'evento <i>hic et nunc</i> ( <i>Erfolg in seiner konkreten Gestalt</i> )	88
2.3. La descrizione dell'evento sul piano della causalità e sul piano della imputazione oggettiva	94
2.4. La descrizione dell'evento in prospettiva normativa	98
2.5. La descrizione dell'evento risultante dal confronto tra decorso reale e decorso ipotetico. Il giudizio differenziale	101
2.6. L'esempio concreto della anticipazione o posticipazione dell'evento	105
3. Inquadramento della problematica e impostazione dell'indagine	109
3.1. Tradizionale irrilevanza delle cause ipotetiche	109
3.2. Aree di rilevanza dei decorsi causali ipotetici	112
3.3. Precisazioni e delimitazione dell'ambito di rilevanza delle cause e dei decorsi ipotetici	114

## Capitolo II

<i>Ambiti di rilevanza dei decorsi causali ipotetici</i>	119
1. La rilevanza dei decorsi ipotetici nella causalità omissiva	119
1.1. La natura normativa della causalità omissiva	119
1.2. L'accertamento della causalità omissiva	126
1.3. Concezione unitaria di causalità attiva ed omissiva	131
1.4. La confusione tra causalità della condotta e causalità della colpa	138
1.4.1. Il momento omissivo della colpa	138
1.4.2. La problematica distinzione tra agire ed omettere	143
1.4.3. Tentativi di assimilazione tra causalità e colpa nei reati omissivi impropri colposi	148
1.5. Riflessioni conclusive	155
2. La rilevanza dei decorsi causali ipotetici nei reati commissivi colposi	160
2.1. L'ipotetico comportamento alternativo lecito e l'evitabilità dell'evento	160
2.2. Il rapporto tra comportamento alternativo lecito e cause ipotetiche	164
2.3. La <i>ratio</i> del comportamento alternativo lecito	168
3. Altri casi di eccezionale rilevanza dei decorsi causali ipotetici	172
3.1. L'interruzione di decorsi causali salvifici	172
3.2. La diminuzione del rischio	174
3.3. L'incidenza dei decorsi causali ipotetici sulla commisurazione della pena	177
4. Orientamenti minoritari che ammettono la rilevanza dei decorsi causali ipotetici	178
4.1. Premessa	178
4.2. La rilevanza dei decorsi ipotetici alla luce della funzione e dello scopo delle norme	180
4.3. Il principio di evitabilità	183
4.4. L'indispensabile confronto tra decorso reale e decorso ipotetico e il ruolo della <i>condicio sine qua non</i> quale formula di imputazione	190
4.5. L'idea dell'aumento del rischio	192
4.6. ( <i>segue</i> ) La ridefinizione del concetto di evento	195
4.7. La peculiarità dei decorsi ipotetici consistenti in comportamenti altrui	198
5. I decorsi causali ipotetici tra causalità e imputazione	203
5.1. Eterogeneità delle questioni	203
5.2. Il ruolo della causalità ipotetica nel diritto civile	205
5.3. Cause ipotetiche e concause nella dottrina italiana	212
5.3. La transizione dalla causalità alla imputazione oggettiva	221

## Capitolo III

<i>Il nesso normativo tra colpa ed evento</i>	223
1. L'origine della problematica nell'ambito dell'illecito colposo	223
1.1. I celebri casi esaminati dalla giurisprudenza tedesca	223
1.2. Le soluzioni proposte dalla più antica dottrina tedesca	233
1.2.1. Premessa	233
1.2.2. Soluzioni sul piano della tipicità <i>sub</i> causalità in senso stretto	235
1.2.3. Soluzioni sul piano della tipicità ma <i>non sub</i> causalità	236
1.2.4. Soluzioni sul piano della anti giuridicità	241
1.2.5. Soluzioni sul piano della colpevolezza	244
2. L'evoluzione del nesso normativo di illiceità (antidoverosità) tra colpa ed evento ( <i>Pflichtwidrigkeitszusammenhang</i> ) nella dottrina contemporanea	245
2.1. La controversa legittimazione del nesso normativo tra colpa ed evento e il suo difficile inquadramento dogmatico	245
2.2. Realizzazione del rischio, scopo di protezione della norma, evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. Sovrapposizioni	261
2.3. Differenziazioni. Il ruolo autonomo del criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito	275
3. Aspetti problematici della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nell'illecito colposo	283
3.1. Premessa	283
3.2. La dialettica tra evitabilità astratta ( <i>ex ante</i> ) e concreta ( <i>ex post</i> )	297
3.3. La determinazione del comportamento alternativo lecito	291
3.4. L'ipotetico fallimento della regola cautelare (del comportamento alternativo lecito)	299
3.5. Le ragioni del fallimento della regola cautelare e della inevitabilità dell'evento	311
3.6. ( <i>segue</i> ) Evitabilità e intervento di fattori esterni. La concorrenza di rischi	316
4. Riflessioni conclusive	327

## Capitolo IV

<i>Il nesso di illiceità tra condotta ed evento quale specifica manifestazione della causalità penalmente rilevante</i>	335
1. La soluzione causale	335
1.1. L'affinità tra <i>Pflichtwidrigkeitszusammenhang</i> e <i>Kausalzusammenhang</i> in prospettiva normativa	335

1.2. Il ruolo del giudizio controfattuale sul piano della causalità e sul piano della imputazione	346
1.3. Conseguenze dell'adozione di una soluzione causale	350
2. La rilevanza del nesso normativo di illiceità nel reato doloso: il comportamento alternativo lecito e la evitabilità dell'evento nel reato doloso	352
2.1. La tradizionale differenziazione tra reati colposi e reati dolosi	352
2.2. La violazione della diligenza oggettiva ( <i>Sorgfaltspflichtverletzung</i> ) nel reato doloso	363
2.3. ( <i>segue</i> ) Adeguatezza e pericolosità della condotta	367
2.4. Esiste un "nesso di antidoverosità" ( <i>Pflichtwidrigkeitszusammenhang</i> ) nel reato doloso, esiste una "causalità del dolo"?	372
3. L'accertamento del nesso normativo: la formula della <i>condicio sine qua non</i> e il confronto tra evento reale ed evento ipotetico	379
3.1. La <i>condicio sine qua non</i> quale formula di imputazione	379
3.1.1. Il ruolo della formula	379
3.1.2. La funzione delle leggi scientifiche di copertura. La generalizzazione	383
3.1.3. Causalità generale e causalità individuale: il passaggio dalla generalizzazione alla individualizzazione	389
3.1.4. Il procedimento di esclusione di cause alternative	394
3.2. La funzione selettiva del procedimento di confronto tra evento reale ed evento ipotetico	403
3.2.1. Precisazioni in merito alla <i>ratio</i> del criterio dell'aumento del rischio	403
3.2.2. La comparazione con l'ipotetico rischio consentito	408
3.2.3. Conseguenze per il concetto di evento: offensività e <i>Verschlechterungsprinzip</i>	415
3.3. Conclusioni	421
<i>Bibliografia</i>	425

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>Anb.</i>	= Anhang
<i>ARSP</i>	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
<i>AT</i>	= Allgemeiner Teil
<i>Anm.</i>	= Anmerkung
<i>BT</i>	= Besonderer Teil
<i>AcP</i>	= Archiv für die civilistische Praxis
<i>Arch.pen.</i>	= Archivio penale
<i>BGH</i>	= Bundesgerichtshof
<i>BGHSt</i>	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
<i>Cass.pen.</i>	= Cassazione penale
<i>Crit.dir.</i>	= Critica del diritto
<i>Danno e resp.</i>	= Danno e responsabilità
<i>DAR</i>	= Deutsches Autorecht
<i>Dig.disc.pen.</i>	= Digesto delle Discipline Penalistiche
<i>Dir.pen.cont.riv.trim.</i>	= Diritto penale contemporaneo rivista trimestrale
<i>Dir.pen.proc.</i>	= Diritto penale e processo
<i>Enc.dir.</i>	= Enciclopedia del diritto
<i>Foro it.</i>	= Il Foro italiano
<i>FS</i>	= Festschrift
<i>GA</i>	= Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>Giust.civ.</i>	= Giustizia civile
<i>GS</i>	= Gedächtnisschrift
<i>HRRS</i>	= Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
<i>Ind.pen.</i>	= L'Indice penale
<i>JA</i>	= Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
<i>JBl</i>	= Juristische Blätter
<i>JR</i>	= Juristische Rundschau
<i>Jura</i>	= Juristische Ausbildung
<i>Jus</i>	= Juristische Schulung

---

<i>JW</i>	= Juristische Wochenschrift
<i>JZ</i>	= Juristenzeitung
<i>Leg.pen.</i>	= La legislazione penale
<i>LG</i>	= Landesgericht
<i>LK</i>	= Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (a cura di Laufhütte et al.), 12. ed., Berlin, 2007
<i>MDR</i>	= Monatsschrift für deutsches Recht
<i>MüKo</i>	= Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (a cura di Joecks), München, 2003
<i>NK</i>	= Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (a cura di Kindhäuser, Neumann, Paeffgen), 3. ed., Baden Baden, 2010
<i>NJW</i>	= Neue Juristische Wochenschrift
<i>Nss.Dig.it.</i>	= Novissimo Digesto italiano
<i>NStZ</i>	= Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>Nuova giur.civ.comm.</i>	= La nuova giurisprudenza civile commentata
<i>OGHSt</i>	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
<i>Resp.civ.prev.</i>	= Responsabilità civile e previdenza
<i>RG</i>	= Reichsgericht
<i>RGSt</i>	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
<i>Riv.dir.civ.</i>	= Rivista di diritto civile
<i>Riv.it.dir.pen.</i>	= Rivista italiana di diritto penale
<i>Riv.it.dir.proc.pen.</i>	= Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv.pen.</i>	= Rivista penale
<i>Riv.trim.dir.pen.ec.</i>	= Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>SchwZStr</i>	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
<i>Scuola pos.</i>	= La Scuola positiva
<i>SK</i>	= Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (a cura di Rudolphi, Horn, Samson), Neuwied
<i>StV</i>	= Strafverteidiger
<i>Urt.</i>	= Urteil
<i>ZjS</i>	= Zeitschrift für das juristische Studium
<i>ZStW</i>	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## INTRODUZIONE

Nel suo celebre studio del 1931 *Engisch* raccomandava di tenere ben distinta la questione relativa alla causalità (“la condotta ha cagionato l’evento?”) da quella relativa alla evitabilità dello stesso (“l’evento si sarebbe verificato anche senza la condotta?”)<sup>1</sup>, svelando così il cuore del problema della imputazione causale e anticipando il futuro modello *bipolare* (o *bifasico*) del suo accertamento: da un lato, la determinazione del nesso naturalistico di causalità mediante il riferimento a relazioni regolari tra fenomeni (la *gesetzmäßige Bedingung*, il modello nomologico della sussunzione sotto leggi scientifiche); dall’altro, la verifica del nesso normativo di causalità mediante il giudizio controfattuale sulla evitabilità dell’evento, finalizzata a provare che questo rappresenti proprio la conseguenza della condotta *illicita* e *antidoverosa*.

Circa 40 anni dopo *Stella* osservava che «*La descrizione della “conseguenza” concreta della condotta, ai fini dell’applicabilità del criterio della condizione sine qua non, è fra i temi che la dottrina penalistica italiana ha lasciato maggiormente in ombra*»<sup>2</sup>, denunciando inadeguatezze e debolezze della soluzione teorica convenzionale, che si contentava di ripetere la massima, ritenuta tuttora inconfutabile, secondo la quale «non è dubbio che l’evento deve essere considerato nella sua forma concreta»<sup>3</sup>.

L’appello, ricco di interessanti e fecondi spunti di riflessione, non è stato raccolto. Volgendo lo sguardo alla letteratura italiana successiva, si noterà che il disinteresse mostrato verso l’argomento (ritenuto probabilmente di scarso rilievo pratico e utile tutt’al più come sofisticato esercizio dogmatico<sup>4</sup>) si è rivelato gravido di conseguenze:

<sup>1</sup> ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, 17.

<sup>2</sup> STELLA, *La “descrizione” dell’evento*, I, *L’offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970, 1.

<sup>3</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, ristampa Torino, 1960, 260, così cita da Stella, *loc.ult.cit.*

<sup>4</sup> Si pensi innanzitutto all’antico e molto dibattuto “caso del boia” (*Henkerfall*), in cui il padre della vittima, per vendicare l’uccisione del figlio, aziona la leva del patibolo un istante prima che lo faccia il boia (la formulazione del caso risale a FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 10. ed., Gießen, 1828, 28). Si allude, inoltre, alle controversie sorte intorno ad altri classici esempi proposti: l’imputazione della distruzione del vaso anche a colui che lo ha decorato (il caso è riferibile a TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1904, 41); l’attribuzione dell’evento *hic et nunc* al soggetto che durante un incendio si limita a spostare una cassapanca (JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2. ed., Berlin-New York, 1991, 190). Come affermava ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 45, esprimendo un’opinione assai diffusa (ancora oggi) tra i penalisti italiani, «gli scrittori germanici, i quali su questo punto si sono accaniti con analisi microscopiche e con discussioni quanto mai complesse ed astruse per determinare quali condizioni debbano essere considerate e quali no, avrebbero potuto

non solo la dottrina dominante, rimasta ancorata ad una teoria causale di impianto naturalistico, è apparsa impermeabile e perlopiù ostile alle conquiste della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, ma anche gli studi più originali ed innovativi, pur cogliendo il nodo problematico, ne hanno offerto una ambigua e incerta collocazione sistematica.

Successivamente la questione si è ripresentata in una nuova veste, efficacemente condensata dalla seguente massima: *Nel reato colposo l'imputazione dell'evento è esclusa quando il comportamento alternativo lecito avrebbe cagionato il medesimo evento ovvero quando questo si sarebbe verificato anche se l'agente avesse tenuto una condotta osservante*<sup>5</sup>.

In giurisprudenza tale principio gode di ampio consenso e nella letteratura esso costituisce ormai un *topos*<sup>6</sup>. Non è ancora chiaro, tuttavia, quale sia il definitivo inquadramento sistematico del tema, né quale sia il fondamento dogmatico di tale affermazione, di fatto basata finora quasi esclusivamente su considerazioni di carattere intuitivo.

Oggetto dell'indagine è – semplificando all'estremo – il rapporto tra i due poli intorno ai quali si è sviluppata la discussione su causalità e imputazione; ovvero tra la causazione di un evento (che implica la descrizione dell'evento quale secondo termine del nesso di causalità) e la valutazione controfattuale della rilevanza del comportamento alternativo lecito (quale paradigma della causalità ipotetica).

Ciò che si intende qui verificare è se le questioni abbozzate, senza dubbio eterogenee e come tali meritevoli di una trattazione separata, abbiano un'origine comune e possano tendere ad una soluzione unitaria.

Cosa accomuna dunque – esemplificando – i famosi “casi di scuola” del vaso dipinto<sup>7</sup> e del ciclista<sup>8</sup>?

risparmiarsi l'ardua fatica, che del resto è stata del tutto infruttuosa, perché i casi che hanno suscitato dubbi, se si presentassero (cosa tutt'altro che facile) nella realtà della vita giuridica, non potrebbero creare alcun imbarazzo pratico. A noi latini, per esempio, non verrebbe neppure in mente di discutere un caso che ritorna non poche volte nella letteratura tedesca: se colui che ha dipinto un vaso che poi è stato infranto da un'altra persona, debba considerarsi causa del risultato (danneggiamento), per la sottile considerazione che da lui dipenderebbe che in terra ci sono frammenti dipinti, anziché non dipinti». A dispetto degli eccessi di talune analisi della dogmatica tedesca, *Antolisei* fu il primo a dedicarsi al problema della imputazione giuridica sotto un profilo non strettamente naturalistico.

<sup>5</sup> V. per tutti, con diverse formulazioni, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3. ed., Milano, 2004, 409; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6. ed., Bologna, 2009, 562; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. ed., Berlin, 1996, 584; ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, 4. ed., München, 2004, 392; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht, AT*, 42. ed., Heidelberg, 2012, 75; in giurisprudenza, v. da ultimo, Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 14.02.2008, n. 19512.

<sup>6</sup> Al riguardo, v. cap. III.

<sup>7</sup> Si tratta del caso poc'anzi citato (*supra*, nota 4).

<sup>8</sup> Il celeberrimo caso (*BGHSt* 11, 1, del 25.9.1957, in *JZ*, 1958, 258) riguardava un camionista che aveva superato un ciclista senza rispettare la distanza di sicurezza prescritta causandone la caduta e la morte; si accertò in seguito che il ciclista, in quanto ubriaco, per via delle oscillazioni sarebbe con ogni probabilità finito sotto le ruote del mezzo anche qualora il margine fosse stato maggiore.



Certo non è trascurabile il dato che proprio sul primo caso si siano esercitate le giovani teorie normative della causalità, in particolare la *Relevanztheorie* e la *Adäquanztheorie*, che intuirono l'importanza, rispettivamente, di selezionare le "cause rilevanti" e di valorizzare la pericolosità e la potenzialità offensiva quali connotati essenziali della condotta tipica, mentre sul secondo si sia costruita la fortuna della moderna teoria della imputazione oggettiva dell'evento.

Comunque, superate le perplessità e le obiezioni critiche di una minoranza, la dottrina dominante ha potuto risolvere agevolmente la prima costellazione di casi sul piano causale facendo ricorso alla formula dell'evento concreto o evento *hic et nunc* (*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*)<sup>9</sup> e la seconda costellazione di casi sul piano della colpa mediante la figura del comportamento alternativo lecito (*rechtmäßiges Alternativverhalten*)<sup>10</sup>.

Nondimeno, è difficile nascondere qualche perplessità di fronte alla feroce avversione mostrata nei confronti della categoria dei decorsi causali ipotetici, soprattutto se si considera che il "dogma" della loro irrilevanza viene clamorosamente smentito quando si decide di ricorrere alla figura della diminuzione del rischio (*Risikoverringerung*), di imputare l'evento nei casi di interruzione di un decorso salvifico (*Unterbrechung rettender Kausalverläufe*) o di giudicare della causalità nel reato omissivo improprio<sup>11</sup>. Tale dogma, peraltro, non può che risultare estraneo alla prospettiva del laico, il quale per formulare giudizi di responsabilità e condanna impiega il semplice meccanismo controfattuale (proprio quello della *condicio sine qua non*) chiedendosi "cosa sarebbe successo se non fosse successo ciò che è successo"<sup>12</sup>.

Il tema della evitabilità dell'evento (corredato delle problematiche della rilevanza dei decorsi ipotetici, del comportamento alternativo lecito e della causalità della colpa) è uno dei più complessi e tuttora irrisolti della teoria del reato<sup>13</sup>.

Non sfugge che i casi citati pongano una comune questione di natura valutativa, rilevante sul piano politico-criminale e/o di giustizia punitiva. Ci si chiede, infatti, se sia *giusto* o *necessario* punire l'agente che abbia determinato una modificazione dell'evento *hic et nunc*, ma la cui diversa (diligente) condotta non avrebbe scongiurato l'evento. Occorre prendere atto del fatto che la soluzione dogmatica sul piano della teoria del reato costituisce «un tentativo di razionalizzazione *ex post* di una *pregiudiziale* presa di posizione a carattere valutativo»<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Al riguardo, v. cap. I.

<sup>10</sup> Al riguardo, v. cap. II.

<sup>11</sup> Critici in questo senso, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, 531; SANCINETTI, *¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?*, in *Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat*, II, Madrid, 2008, 1581 s. Sul punto, v. cap. II.

<sup>12</sup> Così, SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 1580; chiaramente, già HART, HONORÉ, *Causation in the Law*, 2. ed., Oxford, 1985, 26 ss.

<sup>13</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 109.

<sup>14</sup> Così, FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice penale*, 2006,

*Prima facie* si tratta di un *decifit di disvalore*. Ma di quale disvalore?

Occorrerà spiegare perché nei casi in questione rinunciamo, o sentiamo di dover rinunciare, all'imputazione dell'evento.

Nei casi di inutilità del comportamento alternativo lecito ad evitare l'evento la soluzione può essere ricercata su piani differenti: quello della causalità, quello della colposità della condotta, quello del nesso tra colpa ed evento o quello della imputazione oggettiva dell'evento. È pure possibile avanzare l'ipotesi che il sentimento di ingiustizia suscitato da questi casi indichi che si tratta non tanto di una questione dogmatica, relativa all'illecito, quanto piuttosto di una questione di natura politico-criminale relativa alla punibilità e alla commisurazione della pena.

Il dato fondamentale dal quale prendere le mosse è che la considerazione del comportamento alternativo lecito e dei suoi riflessi sulla evitabilità dell'evento implica – *indirettamente* – il riconoscimento della rilevanza dei decorsi causali ipotetici<sup>15</sup>. L'accertamento della evitabilità o meno dell'evento presuppone infatti necessariamente un giudizio ipotetico.

Tuttavia, benché si tratti di un aspetto di estrema importanza dal punto di vista sistematico-dogmatico, la dottrina non ha mai chiarito il rapporto tra il criterio del comportamento alternativo lecito e l'universo della c.d. causalità ipotetica. La rilevanza dell'*ipotetico* comportamento alternativo (lecito) dell'agente ai fini della esclusione della imputazione dell'evento pare costituire un assioma autoevidente. Al contrario, la considerazione di cause ipotetiche *diverse* dal comportamento alternativo lecito viene radicalmente esclusa dalla dottrina<sup>16</sup>.

Forse il comportamento alternativo lecito non è stato posto esplicitamente in relazione alla categoria della causalità ipotetica per via della natura indefinibile e multiforme di quest'ultima. È innegabile, infatti, che le *Fallgruppen* rintracciabili in dottrina e in giurisprudenza siano molto eterogenee e i casi proposti a dir poco macchino-

953; analogamente, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1972, 17; CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 905. Per questo approccio, nella letteratura tedesca v. spec. KAHLÖ, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990, 38.

<sup>15</sup> Esplicitano tale conclusione, in particolare, ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in Eberhard Schmidt FS, Göttingen, 1961, 203 ss.; SPENDEL, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, *ivi*, 183 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 96 ss.; KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968, 69 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, 32 ss.; ERB, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991, 102 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, 113 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, in Jakobs FS, Köln-Berlin-München, 2007, 175 ss.; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1581. Nella dottrina italiana, v. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 709; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 96; da ultimo, FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 959; DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1500.

<sup>16</sup> Sul punto, v. cap. I.

si e contorti. Come si vedrà, la categoria della causalità ipotetica non ha mai goduto di particolare credito; guardata con sospetto sin dall'inizio per le scomode aporie cui conduce, essa è stata confinata nel campo dei paradossi argomentativi e dei *monstra* giuridici, citati a scopi esclusivamente didattici.

In questo quadro l'esame della giurisprudenza italiana si rivela assai stimolante, in virtù sia dell'elevato numero di pronunce (soprattutto in materia di responsabilità medica e malattie professionali) sia della coesistenza di interpretazioni tradizionali e impostazioni sensibili alle elaborazioni più sofisticate della dottrina<sup>17</sup>. Benchè la giurisprudenza menzioni raramente in maniera esplicita il tema della rilevanza dei decorri causali ipotetici, essa di fatto si confronta abitualmente con le complesse questioni della causalità omissiva, della evitabilità e della causalità della colpa. Del resto, nella realtà delle aule giudiziarie non si presentano casi di scuola, ma drammatiche ipotesi di colpa medica ed esposizione ad amianto. La nostra indagine non potrà dunque prescindere dalle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, soluzioni nient'affatto omogenee poiché sintomo della confusione generata dalla sovrapposizione di criteri e categorie. A fronte di esiti spesso condivisibili, nonostante percorsi argomentativi non sempre lineari, diviene ancora più pressante l'esigenza di chiarezza sistematica e semplificazione delle strutture dogmatiche.

Posto che la causalità ipotetica non costituisce una categoria unitaria (perché diversi sono di volta in volta gli aspetti presi in considerazione e differente è la terminologia utilizzata) e che la stessa definizione di "causalità ipotetica" può risultare fuorviante e riduttiva (perché con questa "etichetta" si contrassegnano questioni dogmatiche differenti, riconducibili press'a poco alle macro-categorie della causalità, della imputazione dell'evento e della colpa), sorprende che sia mancato finora un serio tentativo di sistemazione volto a fare chiarezza ed a differenziare le diverse classi e tipologie di cause ipotetiche in ragione del momento in cui intervengono (precedente, concomitante e successivo), della loro natura (umana o naturale) e qualità giuridica (lecita o illecita).

L'intenzione di "rispolverare" il tema della causalità ipotetica – a prima vista circoscritto, nonché "antiquato" – trova invece una ragione nella constatazione che esso riassume straordinariamente le principali questioni problematiche ancora aperte e irrisolte della moderna *Zurechnungslehre*.

In altri termini: l'indefinita categoria della causalità ipotetica identifica, raccogliendole sotto uno stesso ombrello (dotato peraltro di una denominazione assai discutibile), le perduranti anomalie del dualismo causalità/imputazione (la descrizione dell'evento, l'imputazione dell'evento nel reato omissivo improprio e nell'illecito colposo, l'accertamento del nesso causale e il procedimento di eliminazione mentale).

<sup>17</sup> Si vedano, per la loro valenza paradigmatica, le sentenze relative al Petrolchimico di Marghera, al disastro di Sarno, alle Ferrovie Trento-Malè (sentenza Cozzini), al caso Eternit; al caso Fatuzzo (tutte citate nel prosieguo del lavoro).

A maggior ragione suscita perplessità la mancata verifica dell'adeguatezza della stessa terminologia di "causalità ipotetica" nella letteratura contemporanea che, soprattutto in Germania, è segnata dall'utilizzo sempre più diffuso dei criteri della imputazione oggettiva e ben lontana ormai dalle concezioni causali che tanto hanno influenzato la dogmatica penalistica classica.

A prima vista, nel nostro sistema non sono disponibili principi generali per mezzo dei quali risolvere la questione brevemente tratteggiata e sui quali basare una argomentazione coerente sotto il profilo giuridico e scientifico. All'opposto, in questo settore sembrano prevalere ed operare esclusivamente considerazioni legate al particolare sentimento di giustizia o al senso comune, il che spiega l'esistenza di opinioni di fatto radicalmente divergenti. Tra i primi ad occuparsi del tema, *Roxin* spiegava che alla base delle diverse teorie vi è la percezione irrazionale di un dato "autoevidente" (si considera ingiusto che qualcuno venga punito per un fatto colposo nonostante l'evento fosse inevitabile anche adottando una condotta diligente), concludendo fiducioso che raramente il sentimento di giustizia induce in errore<sup>18</sup>. *Frisch* ha osservato, a sua volta, che appare difficile abbandonare l'atavico senso comune di giustizia, per cui l'evento va imputato a colui che lo ha materialmente cagionato (perché questi – se non altro – è più "vicino" e "prossimo" all'evento lesivo), in favore di una soluzione magari logicamente e sistematicamente impeccabile ma che potrebbe comportare la rinuncia alla imputazione e lasciare un fatto lesivo «privo di spiegazione e senza un responsabile»<sup>19</sup>.

D'altro canto, la rilevanza delle cause ipotetiche e dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale non può certo essere esclusa solo perché considerata una *eccezione* ai principi generali generalmente accettati. La prevedibilità del radicale sconvolgimento del sistema penale conseguente al riconoscimento esplicito e generalizzato dei decorsi ipotetici dimostra, al contrario, che non si tratta affatto di una questione marginale e legittima pienamente l'intento di affrontare nuovamente la tematica, alla luce della dogmatica più moderna e avanzata.

Se dall'analisi dovesse emergere che si tratta davvero di una eccezione, occorre comunque trovare una giustificazione nei casi in cui l'ordinamento, nonostante la presenza inconfutabile di una causalità *reale*, decida di rinunciare all'imputazione dell'evento in considerazione di criteri che prescindono dalla osservazione della realtà fenomenica e che tengono conto anche di accadimenti *ipotetici*.

Come detto, contrariamente alle diverse teorie causali generalizzanti e individualizzanti, largamente studiate in dottrina, la questione della rilevanza dei decorsi causali ipotetici in diritto penale è stata quasi del tutto ignorata. Stupisce ancor più che nella dottrina civilistica i problemi posti dai casi del ciclista, dei peli di capra, della novocaina<sup>20</sup> etc. siano da tempo conosciuti e studiati sotto l'etichetta "causalità sor-

<sup>18</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 422.

<sup>19</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 565.

<sup>20</sup> Riguardo al già citato caso del ciclista (*Radfabrerfall*), v. *supra*, nota 8. Il caso dei peli di capra (*Ziegenhaarfall*)

passante” o “causalità ipotetica”<sup>21</sup>. La stessa questione del comportamento alternativo lecito ha origine storicamente nel diritto civile, e in particolare nell’ambito del *Schadensersatzrecht* (ove si tratta delle conseguenze dell’agire illecito). Lì si discute se il danneggiante possa sottrarsi – anche solo in parte – all’obbligo di risarcimento del danno, eccettuando il fatto che il danno da lui cagionato si sarebbe verificato anche in caso di condotta lecita. Peraltro, da sempre è stato chiaro alla dottrina civilistica che si tratta di un problema di valutazione del danno e non di un problema di causalità<sup>22</sup>.

Nel diritto civile il passaggio da una visione prettamente *causalista* ad una concezione *valorativa* della imputazione è avvenuto precocemente, in concomitanza con l’evoluzione del pensiero filosofico (dal positivismo alla *Wertphilosophie*) ed al giudizio di responsabilità viene assegnata una funzione diversa rispetto a quella propria del diritto penale: non l’idea della sanzione, ma quella della compensazione. Ciò che interessa ora mettere in luce è che nella dottrina civilistica, dovendosi considerare per l’accertamento della causalità rispetto all’*evento dannoso* soltanto i fattori realmente verificatisi e per l’accertamento della causalità rispetto al danno anche i decorsi causali ipotetici (i fattori alternativi ipotetici), emerge con più chiarezza la distinzione tra *causalità naturale* (rispetto ad un evento materiale e naturalistico) e *causalità giuridica* (rispetto al danno inteso come differenza patrimoniale)<sup>23</sup>.

È possibile rinvenire una ragione del disinteresse del penalista nel fatto che in origine la rilevanza delle cause ipotetiche fu sostenuta come teoria causale, la quale – proprio in quanto tale – si esponeva ad un rilievo critico decisivo: il giudizio sulla causa di un evento non può essere in alcun modo influenzato o dipendere dalla considerazione di cause ipotetiche<sup>24</sup>. Sulla base di questo argomento la teoria parve insostenibile e fu definitivamente rigettata.

riguardava un imprenditore, titolare di una ditta di pennelli, il quale aveva consegnato alle sue lavoratrici peli di capra non disinfettati; alcune di loro morirono, ma non fu possibile stabilire se la disinfezione dei peli avrebbe evitato con certezza l’evento (RGSt 63, 211, del 23.4.1929, in JW, 1932, 411). Nel più antico caso della novocaina (*Novokainfall*) un paziente morì durante un intervento chirurgico in seguito alla erronea somministrazione di cocaina al posto di novocaina; si accertò che il paziente sarebbe comunque deceduto, anche se fosse stata utilizzata novocaina, in quanto sensibile a tutte le sostanze anestetiche a causa di una patologia endocrina (sentenza del RG del 15.10.1926, in HRRS, 1926, 1636, n. 2302).

<sup>21</sup> Lo notava già Arthur Kaufmann in uno dei primi studi dedicati all’argomento (*Die Bedeutung*, cit., 203-205). Si veda inoltre HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit: eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Göttingen, 1971, 16.

<sup>22</sup> Per tutti, v. TRIMARCHI, *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, in *Riv.trim.dir. proc.civ.*, 1964, 1434 ss. Affronta la questione esaminando approfonditamente le soluzioni proposte dal diritto civile, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, in *ZStW*, 2008, 661 ss.

<sup>23</sup> Sul punto, v. cap. II, par. 5.2.

<sup>24</sup> In questi termini, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 17. L’impostazione causale è rinvenibile negli studi di TRAEGER, *op.cit.*, 38 ss.; WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, 19 ss. All’origine dell’equivoco è altresì il celebre caso BGHSt 11, 1 (*Radfabrerfall*). Con specifico riferimento al panorama italiana, si può avanzare l’ipotesi che il disinteresse mostrato nei confronti del tema dei decorsi causali ipotetici sia dovuto alla presenza di una espressa disciplina relativa al nesso di causalità (art. 40 e, in particolare, art. 41 c.p.).

La prima teoria elaborata nell'ambito della causalità fu quella della evitabilità (*Vermeidbarkeit*), che richiedeva la *certezza* della evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito. Tale impostazione, proponendo un criterio piuttosto rigido, fu ben presto superata e soppiantata da soluzioni più articolate riconducibili al vasto settore della imputazione oggettiva. Ciononostante, l'idea della *Vermeidbarkeit* ha influenzato a lungo la letteratura, comparendo in forma nascosta anche nei criteri adottati dagli autori che non vi hanno mai fatto esplicito riferimento: così la *objektive Bezweckbarkeit* (o *Steuerbarkeit*) altro non è che la possibilità di evitare l'evento attraverso una condotta diversa, alternativa e appunto lecita<sup>25</sup>. Insomma: l'idea della *Vermeidbarkeit* è ricorrente (implicitamente o esplicitamente) nell'ambito delle teorie sulla causalità e sulla imputazione<sup>26</sup>.

In esplicita antitesi all'antica idea della *Vermeidbarkeit* e nel solco delle prime *Zusammenhangstheorien*, si è sviluppata la teoria dell'aumento del rischio (*Risikoerhöhung*) e della *Risikorealisierung*, che approfondisce il problema della "intensità" del nesso tra rischio riprovato ed evento.

Nell'ambito di questa impostazione, l'evento è considerato realizzazione del rischio (e viene dunque imputato all'agente) non solo quando esso, in caso di condotta lecita, non si sarebbe verificato, ma anche quando la condotta illecita abbia aumentato – rispetto a quella lecita – il rischio di verificazione dell'evento. In seguito alla controversia sorta riguardo all'applicazione del criterio dell'aumento del rischio ai reati omissivi impropri, in funzione sostitutiva della causalità, la discussione ha finito per concentrarsi nel corso degli anni sulla questione specifica del grado di evitabilità dell'evento necessario per escludere o affermare l'imputazione (certezza, probabilità, possibilità etc.), mettendo così in ombra il fondamento teorico più innovativo della teoria: l'idea di un *confronto*, di una *comparazione* tra rischio realizzatosi *ex post* nell'evento e rischio ipotetico *non realizzatosi*. Solo in un secondo momento il criterio dell'aumento del rischio è stato posto in relazione non più alla condotta (prospettiva *ex ante*), ma in relazione all'evento (prospettiva *ex post*), consentendo di precisare la differenza fondamentale tra *pericolosità* o *Gefährlichkeit* (quale caratteristica della condotta, accertabile solo *ex ante*) e pericolo o *Gefährdung* (quale condizione del bene, quale evento percepibile *ex post*)<sup>27</sup>, tra *risikoerhöhendes Verhalten* e *Risikoerhöhungserfolg*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927, 81 ss.; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Frank Festgabe*, I, Tübingen, 1930, 188; HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, 290; OEHLER, *Die erlaubte Gefährdung und die Fabrlässigkeit*, in *Schmidt FS*, Göttingen, 1961, 234 ss.

<sup>26</sup> V., ad es., ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fabrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, 267; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 54 ss.; JAKOBS, *Studien zum fabrlässigen Delikt*, Berlin-New York, 1972, 39 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 130 ss.; OTTO, *Kausaldiagnose und ErfolgSZurechnung im Strafrecht*, in *Maurach FS*, Karlsruhe, 1972, 91 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527 ss.

<sup>27</sup> BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, 141; prima, WELZEL, *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1961, 22 ss.

<sup>28</sup> Specialmente, WOLTER, *Objektive*, cit., 71.

Questa prospettiva (del tutto assente nella giurisprudenza e in gran parte della dottrina italiana) evidenzia chiaramente la natura di *Relationsbegriff*<sup>29</sup> della *Risikoerhöhung* ed assegna ai decorsi ipotetici un ruolo centrale<sup>30</sup>.

Breve è il passo che conduce ad affermare che l'imputazione richiede che l'agente abbia determinato un *peggioramento* delle condizioni del bene (rispetto ad una condizione ipotetica), posto che quando l'evento è inevitabile l'agente non può aumentare alcun rischio, con notevoli ripercussioni sul concetto di evento e sulla *ratio* della imputazione<sup>31</sup>.

Nel corso del tempo, la tematica della causalità ipotetica è "migrata" dal dibattito intorno alla *condicio sine qua non* (piano causale) al dibattito intorno all'imputazione oggettiva (piano normativo). La problematica è confluita così nel "calderone" della imputazione oggettiva; anzi, potremmo affermare che essa ha costituito il fattore scatenante della discussione intorno alla imputazione oggettiva dell'evento, sviluppatasi inizialmente proprio intorno al noto e assai dibattuto *Radfahrerfall*. Si potrebbe affermare che proprio quest'ultimo abbia segnato la nascita della moderna teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento<sup>32</sup>. Mentre i precedenti studi di *von Kries* e *Honig* avevano condotto alla elaborazione dell'equivoco criterio della adeguatezza e di quello dello *Schutz Zweck*, in occasione del *Radfahrerfall* il BGH per la prima volta formulò il requisito della causalità della colpa, aprendo la strada ad un nuovo metodo di accertamento della causalità, non più basato sulla trasformazione dei reati colposi in reati omissivi (cioè, sulla sostituzione della condotta commissiva inosservante con la omissione di una condotta osservante). Nell'ambito della imputazione oggettiva l'attenzione ha finito con il concentrarsi sul ruolo del comportamento alternativo lecito nell'illecito colposo e sul particolare nesso tra colpa ed evento<sup>33</sup>.

Benché la teoria della imputazione oggettiva abbia preso le mosse proprio dal tema del c.d. *Pflicht-* o *Rechtswidrigkeitszusammenhang* nei reati colposi, il dibattito, pur

<sup>29</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 77.

<sup>30</sup> KAHLO, *Das Problem*, cit., 143 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 709; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 142 ss.

<sup>31</sup> In questi termini, STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, in *Gallas FS*, Berlin-New York, 1973, 234. Per il concetto di *Intensivierung, Verschlechterung e nachteilige Veränderung*, v. SAMSON, *op.ult.cit.*, 96 ss.; WOLTER, *op.ult.cit.*, 31; RUDOLPHI, in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, Neuwied, vor § 1, n. 59, 6. ed., 1997; PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung*, in *ZStW*, 1980, 880; EAD., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielfällen aus der höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Baden Baden, 2000, 17; KAHLO, *Das Problem*, cit., 143 ss.; HILGENDORF, *Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“*, in *GA*, 1995, 527; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, 109; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung und Risikoverringering*, in *ZStW*, 2008, 483; LENCKNER, EISELE, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuchkommentar*, 28. ed., München, 2011, Vorbem. §§ 13, n. 79; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 686; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 187; FRISTER, *Strafrecht, AT*, 5. ed., München, 2011, 107. Al riguardo, v. cap. II, par. 4.5. e 4.6.; cap. IV, par. 3.2.

<sup>32</sup> Così, in effetti, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 1.

<sup>33</sup> V. cap. III, ove tra l'altro evidenzieremo come alcuni autori abbiano cercato di affrontare il problema del comportamento alternativo lecito sotto la lente del *Normzweck* o dello *Schutz Zweck*.

emancipatosi dall'ambito della causalità, non è rimasto privo di ripercussioni sulla categoria e sul ruolo della causalità stessa.

Tale dato toglie definitivamente consistenza all'argomento della scarsa rilevanza pratica della questione. Se infatti alla costellazione della causalità ipotetica riconduciamo anche i casi di comportamento alternativo lecito, tradizionalmente affrontati in via specifica ed autonoma nell'ambito del reato colposo, la questione della rilevanza dei decorsi causali ipotetici riacquista una evidente centralità. Tuttavia, è bene essere consapevoli che solamente l'abbandono di una ristretta prospettiva causale consente di svelare la portata e la problematicità della categoria della causalità ipotetica.

Un altro filone di indagine sorto all'interno delle teorie della imputazione oggettiva si imbatte nel tema delle cause ipotetiche esaminando le ipotesi di concorrenza di rischi (*Risikokonkurrenz*) e di interferenza tra diverse catene causali, che possono consistere sia in fattori naturali, sia nel comportamento lecito o illecito di terzi o della vittima (ipotesi di causalità sorpassante o *Überbedingtheit des Erfolges* e di causalità addizionale o *Mehrfachkausalität*). Vengono toccati qui alcuni ambiti privilegiati dai teorici della imputazione oggettiva, quali il concorso di cause e la interruzione del nesso causale; più recentemente, si pensi alle teorie sulle sfere di rischio e di competenza.

Malgrado anche in questo particolare settore di indagine i casi proposti siano di rara verifica (esemplificati sciaguratamente da una casistica piuttosto artificiosa), una *Zurechnungslehre* deve confrontarsi con essi<sup>34</sup>. Alla (finora) scarsa importanza pratica di queste costellazioni corrisponde infatti un interesse teoretico inversamente proporzionale, poiché la soluzione di questi casi presuppone un elevato grado di chiarezza e consapevolezza in ordine ai principi generali che governano l'imputazione dell'evento<sup>35</sup>.

Come noto, la teoria della imputazione oggettiva nasce e si sviluppa intorno ai reati colposi ed ai reati omissivi perché in essi sono più evidenti gli aspetti normativi legati al ruolo dell'evento ed alla sua evitabilità. Il tema della imputazione dell'evento in queste tipologie delittuose è strettamente legato alla questione del c.d. *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* e, più in generale, alla rilevanza delle *cause ipotetiche* e del *giudizio ipotetico controfattuale*.

La tematica rinvia al problema più generale del rapporto tra causalità e imputazione. Invero, la consapevolezza dell'esigenza di un ulteriore nesso particolare tra colpa ed evento nei reati commissivi presuppone che questo sia diverso dal nesso causale e soprattutto che un nesso causale già esista. Ecco perché nel reato omissivo non è affatto chiaro il rapporto tra nesso di causalità e *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* e, più in generale, non è affatto chiaro in che cosa consista esattamente il nesso normativo di

<sup>34</sup> Vale la pena sottolineare che oggi la casistica acquista profili di grande attualità; si pensi, da un lato, agli ambiti della responsabilità da prodotto, della responsabilità medica, delle malattie professionali e dell'inquinamento ambientale e, dall'altro, alle problematiche del concorso di persone, del concorso di condotte colpose indipendenti, della concorrenza di rischi, della successioni di garanti in attività inosservanti, delle condotte cumulative e degli effetti sinergici.

<sup>35</sup> Così, FRISCH, *op.ult.cit.*, 58.



imputazione. I due momenti vengono a coincidere o devono (perché possono) essere tenuti separati? Ma se così fosse, si dovrebbe spiegare in che cosa consiste la “nuda” causalità omissiva.

Certamente nei reati commissivi colposi l'esistenza di un nesso normativo tra colpa ed evento (e dunque indirettamente anche la rilevanza dei decorsi ipotetici) costituisce ormai un dato condiviso dalla dottrina dominante e, di fatto, il criterio del *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* è stato applicato *in toto* anche al reato omissivo (colposo), senza che prima fosse approfondita la decisiva questione della necessità di ulteriori criteri normativi di imputazione.

La vivacità dell'attuale dibattito sulla causalità omissiva (quantomeno in Italia) dà mostra della confusione legata all'utilizzo approssimativo di categorie dogmatiche fondamentali e all'ambiguità propria del giudizio controfattuale e del comportamento alternativo (diligente e/o doveroso)<sup>36</sup>.

L'indifferenza e la superficialità rispetto alla fondamentale e pregiudiziale questione della rilevanza della causalità ipotetica nel diritto penale ha inevitabilmente condotto la discussione intorno al *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* ed al comportamento alternativo lecito a incentrarsi su aspetti secondari di natura processuale e probatoria. Così, il dibattito, limitato a questioni specifiche (come la soluzione dei casi dubbi sul piano processuale e probatorio, il ruolo del principio dell'*in dubio pro reo* e la estensione del giudizio ipotetico), pare procedere incurante del fatto di non aver prima chiarito se l'esistenza del particolare nesso tra colpa ed evento debba dipendere dalla risposta al quesito riguardante le conseguenze del comportamento alternativo lecito. Il risultato non è mai stato messo in dubbio, perché la premessa è stata data sempre per scontata. Nessuno ha spiegato perché l'efficacia di un ipotetico comportamento alternativo lecito possa escludere l'imputazione dell'evento nei reati colposi, né perché la lesione subita dalla vittima debba diventare per ciò solo irrilevante.

Con che grado di probabilità l'agente avrebbe potuto evitare l'evento? Quale grado di probabilità è necessario per la imputazione dell'evento? Quali sono le “chances di salvezza” del bene? Queste sono, in estrema sintesi, le domande intorno alle quali ruota il dibattito sul *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* e sul comportamento alternativo lecito (e quindi implicitamente quello sulla rilevanza delle cause ipotetiche).

Soltanto in tempi più recenti una parte della dottrina ha messo in luce tale lacuna e la sostanziale assenza di legittimazione del criterio (segnalando un vero e proprio *Legitimationsproblem*)<sup>37</sup>.

Ad un attento esame le argomentazioni proposte in dottrina suonano piuttosto

<sup>36</sup> Al riguardo, v. cap. II, par. 1 e 2.

<sup>37</sup> In questo senso, soprattutto KÜPER, *Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fabrlässigkeitdelikt*, in Lackner FS, Berlin, 1987, 249; FRISCH, *op.ult.cit.*, 509; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 51 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 29 ss.; DEGENER, *“Die Lehre vom Schutzzweck der Norm” und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte*, Baden Baden, 2001, 436. Approfonditamente, capp. III e IV.

scarne e semplicistiche: si fa riferimento ad un non meglio precisato sentimento di giustizia, al fatto che non è possibile non tenere in conto che l'evento si sarebbe verificato comunque, al significato della fattispecie, all'essenza e alla *ratio* della responsabilità colposa etc.

La necessità di verificare l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito si rivela ancor più singolare se consideriamo che essa viene posta con specifico riferimento al reato commissivo ove (al contrario che nel reato omissivo) l'evitabilità dell'evento non può certo essere messa in dubbio. Già solo quest'ovvia constatazione dovrebbe costringere a fornire una *particolare* motivazione a giustificazione della validità e utilità del criterio.

Anche le argomentazioni che fanno leva sul particolare nesso tra colpa ed evento appaiono insoddisfacenti e piuttosto vaghe: la condotta colposa e l'evento non possono ridursi a semplici fenomeni posti tra loro in successione; la colpa non si esaurisce nella somma di causalità ed evento; il rifiuto della logica del *versari* e il principio di colpevolezza richiedono un *quid pluris*; l'esistenza di un nesso tra colpa ed evento è postulato dallo stesso codice penale etc. Posto che colpa ed evento sono connessi già nella definizione del legislatore, poiché l'evento deve essere causato dalla *condotta* colposa (così la definizione legale di reato colposo nel codice italiano e la *Verursachung durch fahrlässiges Verhalten* nello StGB), le argomentazioni fornite non vanno al di là di una *petitio principii*.

Pure coloro che argomentano sulla base della perdita di legittimazione della norma di condotta o del fallimento della regola cautelare<sup>38</sup>, da un lato, rischiano di cancellare la fondamentale differenza tra scopo ed effettività della tutela (tra *Schutzzweck* e *Schutzwirkung*) e, dall'altro, non riescono a spiegare perché l'evento non debba essere imputato all'agente. L'esclusione della imputazione (e del disvalore di evento) nei casi di comportamento alternativo lecito comporta non soltanto una delimitazione della garanzia normativa ai soli casi in cui la norma concretamente ed effettivamente è in grado di tutelare il bene, ma al di fuori dell'ambito di efficacia concreta della norma incide sull'obbligo del singolo di rispettare le norme (perlomeno nella misura in cui non è prevista la punibilità del tentativo colposo).

Infine, non è stato affatto chiarito perché la considerazione di cause ipotetiche sia lecita, anzi necessaria nel reato colposo e invece inammissibile nel reato doloso. E ciò risulta ancor più incomprensibile se consideriamo che la teoria della imputazione oggettiva aspira proprio a fornire una ricostruzione *unitaria* della imputazione dolosa e colposa (in questa direzione si muove quantomeno la dottrina più recente)<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965, 246 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 24 e 120; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in JA, 1975, 648; WOLTER, *op.ult.cit.*, 334; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 138 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, *passim*.

<sup>39</sup> Cap. IV, par. 2.

Pochi autori si sono occupati del tema della rilevanza delle cause ipotetiche, a prescindere dal comportamento alternativo lecito, non più sul piano causale quale anomalia del concetto causale, ma quale *autonoma questione di imputazione normativa*<sup>40</sup>, come *problema di definizione dell'evento*<sup>41</sup> o come elemento incidente sulla *commisurazione della pena*<sup>42</sup>. Siffatti tentativi di fornire un approccio originale al problema confermano la convinzione che esso richieda una soluzione indipendente dalla questione strettamente causale.

La riscoperta del tema, diretta a sviluppare la riflessione critica avviata dalla dottrina più attenta, può oggi rivelarsi utile se consideriamo che la dottrina tradizionale, pur avendo approfondito le singole questioni ed elaborato diversi concetti e criteri di imputazione, non è riuscita ancora a dare una risposta al “perché” il comportamento alternativo lecito incida sulla imputazione dell'evento. Occorre altresì precisare se le cause ipotetiche possano rilevare già sul piano della imputazione causale (non è possibile escluderlo a priori) e se il comportamento alternativo lecito sia una specie del *genus* delle cause alternative ipotetiche.

Nella dogmatica contemporanea si rinviene una traccia interessante nell'approccio incentrato sul ruolo dell'evento ai fini della imputazione e sul concetto stesso di evento penalmente rilevante<sup>43</sup>. Ad una prima lettura, infatti, il “dogma” del comportamento alternativo lecito (per le conseguenze alle quali conduce) si rivela piuttosto dubbio nel contesto di un diritto penale concepito prevalentemente come sistema *oggettivo* di *tutela* di beni giuridici.

Abbiamo già accennato alla circostanza che la rilevanza dei decorsi ipotetici, mai riconosciuta esplicitamente, costituisce invece un dato imprescindibile per affrontare il problema della descrizione dell'evento. La necessità di precisare le modalità di descrizione dell'evento si è presentata inizialmente in stretta connessione con l'applicazione della formula della *condicio sine qua non* (*c.s.q.n.*). È infatti subito parso evidente come la funzione attribuita alla formula della *c.s.q.n.* condizionasse la scelta del criterio descrittivo dell'evento<sup>44</sup>. Tuttavia, il problema della descrizione dell'evento non è stato discusso soltanto nell'ambito della concezione condizionalistica della causalità, ma si è posto anche rispetto alle teorie causali normative (causalità adeguata e causalità umana) e alla teoria della imputazione oggettiva. La disputa intorno al grado

<sup>40</sup> KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 69 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., *passim*; JAKOBS, *Studien*, cit., 34 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 68 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 175 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss.

<sup>41</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 227 ss.; VOGEL, in Laufhütte et al. (a cura di), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12. ed., Berlin, 2007, § 15, n. 198.

<sup>42</sup> SPENDEL, *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund – Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre*, in *Engisch FS*, Frankfurt a.M., 1969, 511.

<sup>43</sup> In questa direzione, ad es., PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 880 ss.; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 11 ss.; KAHLO, *Gegenwärtiger Stand der objektiven Zurechnungslehre*, in *Küper FS*, Heidelberg, 2007, 267; KINDHÄUSER, *Risikoerböhung*, cit., 483; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107. Sul punto, v. cap. IV.

<sup>44</sup> Cap. I, par. 2.

di concretizzazione della descrizione dell'evento non ha mancato di toccare il profilo soggettivo del reato, in particolare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento nella colpa e la rappresentazione dell'evento nel dolo, in rapporto ai casi di *aberratio*.

L'importanza della questione emerge chiaramente se spostiamo lo sguardo dalla causalità all'evento. Molteplici sono gli interrogativi: qual è il rapporto tra concetto di evento e causalità/imputazione? Il concetto di evento è influenzato dal criterio causale o di imputazione di volta in volta prescelto oppure è la preliminare definizione del concetto di evento a determinare il criterio di imputazione? In che modo le cause ipotetiche influiscono sul concetto di evento? L'evento penalmente rilevante è considerato come accadimento puntuale e istantaneo o come processo determinato nella sua fisionomia anche dalle modalità di produzione? L'evento è costituito da qualsiasi modificazione delle condizioni del bene tutelato oppure esiste un criterio valutativo di selezione delle variazioni penalmente rilevanti?

Mentre la dottrina ha dedicato ampio spazio (soprattutto in passato) all'analisi del concetto di azione, è mancata una corrispondente compiuta riflessione intorno al concetto di evento, benché una sensata applicazione dei concetti implicanti una *relazione* (dal concetto di nesso causale, a quello di imputazione e realizzazione del rischio) richieda che siano preliminarmente definiti e chiariti i *due termini* della relazione<sup>45</sup>.

D'altra parte, non può essere taciuto il fatto che la dottrina tradizionale dominante ha concentrato l'attenzione unicamente sul profilo del disvalore dell'evento. Pur non mancando le voci critiche, che sottolineano l'importanza di un approccio volto a coniugare disvalore di azione e di evento nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva, la dottrina italiana è profondamente legata all'idea di "fatto" come perno di una teoria del reato caratterizzata dalla egemonia del disvalore di evento. Al riguardo è stato osservato che «è singolare come la rilevanza che, sia pure in varie forme, la dottrina penalistica italiana attribuisce al momento dell'offesa, non si esprima compiutamente sul terreno dell'analisi del reato»<sup>46</sup>. È evidente, invero, l'incongruenza di un'impostazione che pare incapace di sviluppare le potenzialità del principio di offensività sul piano strettamente dogmatico, limitandosi ad analizzarne gli aspetti costituzionali e politico-criminali<sup>47</sup>.

È merito della dottrina più giovane e sensibile aver sottolineato l'importanza «delle caratteristiche che connotano il disvalore della condotta ed il profilo "offensivo" attinente al rapporto tra la condotta e l'evento»<sup>48</sup> e dimostrato come sia ormai inaccetta-

<sup>45</sup> Approfonditamente, PUPPE, in Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 3. ed., Baden Baden, 2010, vor §§ 13, n. 65.

<sup>46</sup> BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 32.

<sup>47</sup> DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, 628.

<sup>48</sup> CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, 106; analogamente, DONINI, *op.ult.cit.*, 1127, ove invita ad approfondire «quell'aspetto dell'offesa che attiene al rapporto *lesivo* tra il disvalore oggettivo

bile – perché riduttiva – la considerazione dell'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato quale mera conseguenza *naturalistica* della condotta concepita come struttura oggettiva priva di connotati soggettivi<sup>49</sup>.

Preso atto della inevitabile ambiguità del codice Rocco, che utilizza una nozione ora naturalistica ora giuridica di evento, e dello stretto rapporto esistente tra il concetto di evento e quello di causalità, si chiariscono in definitiva i ruoli della “causalità della colpa” (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang* o nesso tra colpa ed evento) e della evitabilità, figure che non possono essere relegate al piano della colpevolezza, ma che connotano già la tipicità.

Del resto, non solo il nesso di rischio, ricondotto alla teoria della colpa e considerato un problema di imputazione dell'evento, condivide con il nesso causale la terminologia adottata con riferimento ad alcuni aspetti fondamentali (descrizione e prevedibilità dell'evento, generalizzazioni causali, efficacia impeditiva, realizzazione del rischio etc.)<sup>50</sup>, ma appare coerente con le scelte del codice penale in tema di nesso eziologico fra condotta ed evento desumere che «il giudizio sulla evitabilità di quest'ultimo sia *parte integrante* (e quindi *ineliminabile*), dal punto di vista penalistico, del giudizio complessivo sul nesso citato»<sup>51</sup>.

Ebbene: laddove sorge un senso di disagio, perché l'evento appare dipendere da fattori casuali e incontrollabili da parte dell'agente, potrebbe non trattarsi di un problema di colpa, ma potrebbe mancare *ab origine* lo stesso nesso di causalità. L'inevitabilità dell'evento nell'illecito colposo rappresenta insomma un aspetto dalla difficile collocazione sistematica, soprattutto se si decide di indagare le *ragioni* della inevitabilità dell'evento, del “fallimento” della regola cautelare nel caso concreto (intervento di fattori eccezionali? imprevedibilità dell'evento? estraneità allo scopo di protezione della norma? obsolescenza della regola cautelare? concorso di cause?)<sup>52</sup>.

Si affaccia così sul terreno di indagine la connessa questione, decisiva in un sistema teleologico, relativa alla funzione delle norme: queste mirano ad evitare qualunque mutamento delle condizioni del bene protetto (nel qual caso deve essere punita la mera mancanza di rispetto per il bene) oppure soltanto a conservare il bene giuridico? L'ordinamento potrebbe decidere di non intervenire quando il bene giuridico è

della condotta e dell'evento». Da ultimo, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1518 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1443 ss.; M. MANTOVANI, “*Diritto penale del caso*” e prospettive “*de lege ferenda*”, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 1084 ss.

<sup>49</sup> Sottolinea DONINI, *op.ult.cit.*, 622, che soltanto lo studio del rapporto tra la condotta soggettivamente qualificata e l'evento «consente un'impostazione corretta della problematica del disvalore della condotta e dell'evento in chiave dogmatica, anziché di mera opzione ideologica, politico-criminale, o di tecnica legislativa di costruzione delle fattispecie»; anche DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 214.

<sup>50</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 530.

<sup>51</sup> EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 1061.

<sup>52</sup> Riguardo agli aspetti problematici della evitabilità, v. cap. III.

destinato inevitabilmente ad essere leso (non potendo più essere garantito) e lo stesso comportamento alternativo lecito non lo avrebbe salvato?<sup>53</sup>

Questo interrogativo segna il passaggio da una prospettiva causale ad una normativa e riassume con chiarezza le fondamentali *objektive Zurechnungsfragen*: causalità ipotetica e comportamento alternativo lecito, aumento e riduzione del rischio, *Schutzzweck*.

Le teorie della imputazione oggettiva dell'evento esprimono l'intento di coniugare il problema della imputazione di una modificazione del mondo esterno con la questione normativa della delimitazione della sfera di libertà del singolo individuo in rapporto agli altri. Oggetto della imputazione non è dunque più soltanto un accadimento esterno, una modificazione della realtà (la concreta lesione di un bene giuridico), bensì l'*Unwert (Unrecht)* quale effetto della trasgressione della norma<sup>54</sup>.

In questa prospettiva, pare necessaria anche una rivisitazione del tema dell'*Erfolgsumwert – Erfolgsumrecht. Erfolgsumwert e Erfolgsumrecht* non sono affatto sinonimi: se il primo esiste indubbiamente ogni volta che si ha la lesione di un bene giuridico, il secondo viene a dipendere da valutazioni normative legate ad un bilanciamento di valori e alla considerazione delle sfere di responsabilità degli individui. Non è certamente nuova l'idea che si possa prescindere dalla lesione materiale di un bene giuridico e considerare altri fattori ai fini della imputazione o della sua esclusione: si pensi soltanto al principio della autoresponsabilità e al consenso quale causa di esclusione della tipicità, al bilanciamento tra beni in conflitto, al rischio consentito.

I brevi cenni alla evoluzione della letteratura sull'argomento mostrano che la trattazione della problematica della causalità ipotetica e del giudizio controfattuale è andata progressivamente incontro ad una curiosa *biforcazione*: la questione, benché sorta sul piano della *causalità* come risolto problematico dell'utilizzo della *c.s.q.n.* si è interamente sviluppata sul piano della *imputazione normativa*, come problematica specifica propria del reato colposo, in relazione ai canoni del comportamento alternativo lecito e dello *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*. Al piano causale pare sia rimasta confinata la generica e non meglio specificata categoria delle cause ipotetiche *diverse* dal comportamento alternativo lecito (posto che una tale differenziazione si riveli legittima).

La dottrina moderna sembra essersi completamente disinteressata della causalità

<sup>53</sup> WOLTER, *Objektive*, cit., 31; in precedenza già SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 92 s.; JAKOBS, *Studien*, cit., 103; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 3. ed., Köln, 1981, 87.

<sup>54</sup> FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnung*, in GA, 2003, 719; nello stesso senso, più recentemente, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 99 ss., laddove spiega che il disvalore di una condotta non dipende soltanto dal nesso tra condotta ed evento, ma costituisce il risultato di un bilanciamento tra il *betroffene Freiheitsinteresse* e l'interesse all'impedimento (prevenzione) delle lesioni dei beni giuridici. Per questa ragione, spiega ancora Frister, la tendenza più recente della dogmatica è quella di riconoscere accanto al nesso di causalità e di imputazione tra condotta ed evento, l'importanza del disvalore della condotta quale primo ed autonomo presupposto di tipicità (*objektive Tatbestandsvoraussetzung*). Per una riflessione simile, v. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 105.

ipotetica; il “binario morto” delle cause ipotetiche è stato abbandonato, mentre quello del comportamento alternativo lecito e del nesso di illiceità o antidoverosità ha subito una rapida ed enorme espansione. Tale evoluzione, del tutto sbilanciata in favore della “gestione” normativa della problematica nell’ambito del reato colposo, ha contribuito a far dimenticare la questione di fondo, cioè la rilevanza di cause e decorsi ipotetici ai fini della imputazione dell’evento. Essa, inoltre, ha completamente oscurato le potenzialità della formula della *c.s.q.n.*, privilegiando nuovi criteri di imputazione oggettiva ritenuti più “rivoluzionari”.

Forse, insieme “all’acqua sporca” la dottrina ha precipitosamente gettato la stessa *c.s.q.n.*, senza aver prima verificato se essa potesse fungere da criterio normativo di imputazione<sup>55</sup>.

In questo contesto, raramente è stata valorizzata la “polifunzionalità” della *c.s.q.n.* nel sistema penale: la “valutazione condizionalistica” (cioè la valutazione normativa attuata per mezzo della formula della *c.s.q.n.*) «tende a sovrapporsi al nesso eziologico nelle fattispecie monosoggettive, la si ritrova nella colpa sotto la forma del requisito della prevenibilità del danno, si identifica, addirittura, per esplicita previsione normativa nell’ordinamento italiano *ex art.* 40 cpv., con la causalità dell’omissione impropria, la cui natura squisitamente normativa riduce ad un giudizio ipotetico *tout court* l’accertamento del nesso eziologico»<sup>56</sup>.

A ben guardare, la *c.s.q.n.* e il sottostante modello controfattuale potrebbero essere significativi non tanto per determinare la causalità, ma per risolvere “classiche” questioni di imputazione, come quella della legittimità della esclusione (o attenuazione) della responsabilità nei casi in cui, nonostante la causazione materiale dell’evento, l’evento (o un evento più grave) sarebbe stato determinato da un diverso decorso causale già presente al momento della condotta e rivolto alla lesione del medesimo bene giuridico<sup>57</sup>. Proprio i casi di causalità ipotetica potrebbero favorire una revisione del concetto di “condizionalità”, contribuendo al superamento di un concetto meramente naturalistico di causalità.

Nell’ottica della semplificazione del sistema e della chiarezza dello strumentario concettuale, l’approccio causale appare allora non privo di senso, con una precisazione: l’adesione ad una concezione normativa della causalità non impedisce di riconoscere che il comportamento alternativo lecito e le altre cause ipotetiche non escludono il nesso causale materiale<sup>58</sup>. È scontato, infatti, che la considerazione delle cause

<sup>55</sup> Sul valore della *c.s.q.n.* quale formula di imputazione, v. ampiamente cap. IV.

<sup>56</sup> DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 211-212.

<sup>57</sup> SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1582.

<sup>58</sup> Tale consapevolezza era del resto già presente nel *Radfabrerfall* (BGHSt 11, 1, in JZ, 1958, 280 ss.), ove i giudici affermarono con estrema chiarezza che «il diritto penale governato dal principio di colpevolezza non si accontenta di una connessione meramente naturalistica tra determinati avvenimenti per rispondere alla domanda circa il rapporto tra causa ed evento. In una prospettiva che si occupa di valutare il comportamento umano,

ipotetiche non incide sulla realtà, posto che la realtà non dipende da come essa potrebbe essere se non fosse come è<sup>59</sup>.

Ciò detto, è evidente che la *concezione causale* del *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* ed il problema della sua collocazione nell'ambito della causalità (insieme alle cause ipotetiche) piuttosto che della imputazione si riduce in realtà a questione di poco conto se partiamo correttamente dal presupposto che la causalità è una unitaria categoria normativa di imputazione.

Non nuoce ribadire ancora una volta che – come scrisse *Antolisei* – «il problema giuridico della causalità non è che una parte del problema generale dell'imputazione e, poiché soltanto l'uomo è passibile di imputazione, noi non dobbiamo domandarci che cosa occorre perché un evento si consideri causato da una azione, ma che cosa occorre perché un uomo si consideri autore di un evento. Il legame che deve essere spiegato e definito non è il rapporto di un evento con un'azione, sebbene la connessione fra un avvenimento ed una persona»<sup>60</sup>. Insomma, «anche il problema causale è interno al capitolo della imputazione oggettiva, e non si contrappone a quest'ultima come categoria naturalistica affiancata da un "autonomo" momento normativo di valutazione ad essa estraneo, perché la stessa causalità è ricostruita teleologicamente per gli scopi del diritto»<sup>61</sup>.

Il diritto (penale) non è in grado di dire se un evento sia generato da una condotta e si limita a riconoscere o meno la derivazione – accertata altrimenti – del primo dalla seconda. Sarebbe quindi più opportuno parlare, invece che di "causalità giuridica", di "causalità giuridicamente rilevante". Il problema della "causalità giuridica", infatti, non costituisce un vero problema causale, risolvendosi nella ricerca dei criteri normativi in base ai quali sono rilevanti determinati decorsi causali previamente individuati sul piano naturalistico.

I teorici della imputazione oggettiva tendono sempre più apertamente rispetto agli esordi a concepire l'imputazione normativa come unico ed esclusivo criterio di attribuzione di un fatto al suo autore, incorporando al suo interno la causalità e negando con ciò la stessa dicotomia. L'aspetto più interessante della evoluzione del pensiero penalistico intorno alla causalità è costituito da quelle correnti di minoranza che pretendono di sostituire alla causalità il parametro della imputazione quale unico criterio di attribuzione di un fatto al suo autore<sup>62</sup>.

piuttosto, è essenziale verificare se la condizione sia stata rilevante per l'evento secondo parametri normativi» (trad. nostra).

<sup>59</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, in *Lackner FS*, Berlin, 1987, 58.

<sup>60</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 212.

<sup>61</sup> DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 610; anche ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 229 ss.; FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig.disc.pen.*, II, Torino, 1988, 120; in origine già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 7 ss.; cfr. inoltre, MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen, 1980, 5 ss.

<sup>62</sup> Da prospettive differenti, v. HARDWIG, *Die Zurechnung*, cit., 90 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 33 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 237 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz*



La scomparsa delle manifestazioni più evidenti di responsabilità oggettiva ha comportato il progressivo affievolirsi dell'interesse per l'elaborazione di una compiuta teoria normativa della causalità. Se nell'ambito della responsabilità oggettiva pura, infatti, il nesso causale aveva la funzione di garantire una imputazione "per fatto proprio", nell'ambito di modelli di responsabilità necessariamente soggettiva la causalità "in sé" rischia di perdere ogni funzione, finendo con l'indicare il mero nesso materiale tra fenomeni, che ben poco interessa il diritto, e travolgendo il vero significato del nesso tra condotta illecita ed evento per il diritto penale in termini di evitabilità e dominabilità.

Come è stato scritto, «la mera causazione di un risultato socialmente indesiderabile e dannoso costituisce un essenziale momento materialistico del fatto, ma non lo definisce ancora come illecito. È la dimensione umanistica dell'offesa che rende improprio "spiegarla" in maniera semplicemente (cioè: riduttivamente) causale»<sup>63</sup>.

L'utilizzo di un criterio di imputazione oggettivo presuppone un solido aggancio ai principi generali dell'ordinamento e anzi si pone come piena espressione dell'esigenza di una imputazione penale *personale*. In questa prospettiva, la dottrina più attenta non manca di rilevare l'inevitabile *funzione garantista* della categoria della imputazione oggettiva<sup>64</sup>. Va infatti ribadito che, in linea con quanto perseguito dai fondatori della teoria della imputazione oggettiva (nonché, si badi, dagli stessi primi teorici della causalità), la rinnovata proposta di un criterio oggettivo di imputazione ha una chiara funzione limitativa e non certo estensiva della responsabilità penale. Il giudizio assiologico sulla rilevanza della causalità per l'ordinamento non può che trovare la propria ragione nei criteri forniti dall'ordinamento stesso: poiché nella prospettiva normativa l'evento costituisce lesione di un bene giuridico, il giudizio di imputazione deve abbandonare l'ottica della mera *consequenzialità* in favore della *responsabilità*.

È in questa luce che trova legittimazione la concezione normativa della causalità, la quale ha la concreta funzione di garantire che le sanzioni ricollegate alla verifica di un determinato evento lesivo trovino applicazione soltanto nei confronti del soggetto che può esserne ritenuto l'autore; quindi di garantire la personalità della responsabilità penale. La causalità ha rilevanza per il diritto proprio nella misura in cui deve coincidere con la "*gerechte Haftung*"<sup>65</sup>. Allora come oggi la riflessione sulla categoria

*als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, in NJW, 1980, 423 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; EAD., NK, cit., nn. 62 ss. e 204 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 3. ed., Baden-Baden, 2008, 77; HOYER, *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 95 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1060 ss.; PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass.pen.*, 2005, 1037 ss.; ID., *Principi di diritto penale, Parte generale*, 8. ed., Milano, 2003, 350 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 309 ss.

<sup>63</sup> In questi termini, ancora DONINI, *Illecito*, cit., 259.

<sup>64</sup> FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 719 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 292 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 19 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 34 ss.

<sup>65</sup> MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, 1912, 33. In questo senso, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento può essere considerata ben più di una mera

dogmatica della causalità e della imputazione e, in particolare, sugli scopi perseguiti attraverso di esse si lega strettamente alla necessità di recuperare una dimensione *valutativa*, completamente trascurata da una riduttiva visione naturalistica della causalità<sup>66</sup>.

Benché, come detto, non pregiudichino il nesso causale “reale”, il procedimento ipotetico e il confronto tra una situazione reale e una ipotetica “svelano” la realtà, ci consentono di percepire la realtà. Correttamente *Jakobs* parla al riguardo di “*Erfahrbarkeit*” nel senso di “conoscibilità”. Noi abbiamo esperienza di ciò che è soltanto confrontandolo con ciò che non è. Si tratta, insomma, dell’esperienza soggettiva di connessioni reali; un grado maggiore di conoscenza non sarebbe nemmeno possibile (neppure per le scienze esatte).

Il concetto penalistico di causalità è strettamente collegato all’idea di “alternativa” (poiché sia la condotta sia l’evento vengono confrontati con una alternativa), nella misura in cui ciò che interessa all’indagine è il significato di un comportamento individuale, che lo distingue dall’infinità di fattori causali che insieme ad esso cagionano un determinato evento<sup>67</sup>. In altri termini: la causalità di una condotta sussiste indipendentemente da interrogativi ipotetici, ma per la valutazione della rilevanza di un determinato fattore rispetto ad altri (ad es., una concausa o la condotta di un concorrente rispetto a quella di un altro) e della evitabilità di un evento mediante una condotta diligente o doverosa la considerazione dei fattori ipotetici è indispensabile.

In questo quadro, uno sguardo alle formule causali utilizzate nel linguaggio comune e alla concezione diffusa di causalità può contribuire a ristabilire una corretta prospettiva e ad individuare il nucleo problematico della questione. I concetti giuridici devono infatti rispecchiare la razionalità della ricostruzione dogmatica e sistematica, ma allo stesso tempo garantire la rispondenza delle scelte normative a modelli e schemi *socialmente comprensibili*. È, insomma, di centrale importanza che il diritto penale attribuisca un evento lesivo al soggetto che lo ha causato non solo in forza di una astratta formula causale, ma anche in conformità al senso comune<sup>68</sup>.

teoria dogmatica sulla causalità, ma una vera e propria teoria della giustizia penale. Tale aspirazione emerge, *in nuce*, già nelle prime formulazioni della teoria dell’imputazione oggettiva, soprattutto con riferimento alle riflessioni intorno alla funzione della imputazione penale e della ascrizione della responsabilità di un fatto al suo autore. Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, cit., *passim*; HONIG, *Kausalität*, cit., 174 ss.; ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Honig FS*, Göttingen, 1970, 133 ss.

<sup>66</sup> Cfr. FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 946, ove chiarisce che la teoria della imputazione oggettiva «finisce con l’esplicitare quel che la più tradizionale dottrina della causalità fa invece in forma occulta (se non proprio mistificante), nel presupposto – invero più presunto che dimostrato – che ricostruire il rapporto di causalità penalmente rilevante sia un’operazione meramente cognitiva e non influenzata da pregiudiziali scelte di valore». V. altresì, JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 188 ss.

<sup>67</sup> Fondamentale, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg, 1969, 114. Cfr. anche MAX WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4. ed., Tübingen, 1973, 266.

<sup>68</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., Ixxvii. In questo senso, anche ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. ed., Heidelberg, 1965, 110 ss.; recentemente, ancora BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 10; RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 247 ss.

Il senso e il linguaggio comune identificano normalmente la causa di un evento in un fattore che *interferisce* con il corso degli accadimenti o interviene su un decorso causale modificandone l'esito. La "causa" insomma, intervenendo su un dato contesto, determina una *differenza*, una *deviazione* rispetto al corso normale degli eventi<sup>69</sup>.

Caratteristica dell'agire umano è quella di basarsi sulla conoscenza di come le situazioni possano modificarsi e di come si possa impedirne la modificazione, deviando processi causali in atto. Soltanto immaginando l'uomo relazionato ad un divenire *dinamico* e non inserito in un processo di svolgimento lineare, emerge chiaramente la peculiarità dell'agire umano: potendo la condotta umana incidere sempre e soltanto su processi causali già esistenti, all'agente può essere imputata soltanto la differenza tra l'evento da lui cagionato e quello che si sarebbe verificato altrimenti, in assenza del suo intervento<sup>70</sup>.

«Esiste un comune denominatore delle varie nozioni di causa, ed è il concetto, semplice anche se vago, di "fare la differenza", cioè la nozione che converremo di chiamare di *rilevanza causale*»<sup>71</sup>. Il giudizio di *rilevanza causale* implica un condizionale controfattuale, «in cui si asserisce che se non si fosse verificato l'evento-causa non si sarebbe verificato l'evento-effetto»<sup>72</sup>. Insomma, il significato di causa (rilevante per il diritto) non è tanto quello di condizione necessaria, quanto quello di "elemento che interviene a fare la differenza".

Tenteremo di capire infine come, sul piano processuale, tale procedimento possa trovare riscontro nella formalizzazione di un criterio di giudizio basato sulla probabilità logica e sulla credibilità razionale della spiegazione causale<sup>73</sup>.

Punto di partenza delle nostre riflessioni sarà ancora una volta la struttura bifasica dell'accertamento e la constatazione che la causalità in diritto penale è sempre spiegazione di eventi singoli e perciò indagine di tipo storico-ricostruttivo<sup>74</sup>. La causalità

<sup>69</sup> Cfr. HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 29, ove richiamano il c.d. *Differenzprinzip*, affermando che «*The notion, that a cause is essentially something which interferes with or intervenes in the course of events which would normally take place, is central to the common-sense concept of cause*». «*The cause, though not a literal intervention, is a difference from the normal course which accounts for the difference in the outcome*». Cfr. altresì KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden Baden, 2007, 20; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, 2. ed., Milano, 2009, 54 s. In una prospettiva sostanzialmente affine può collocarsi l'orientamento dottrinale che considera l'evento come una "*nachteilige Veränderung*" rispetto allo *status quo*; così, v. WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss.; PUPPE, NK, cit., n. 62 ss.; EAD., *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerböhung*, cit., 483 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 142; ID., *Überlegungen*, cit., 267; DENCKER, *Kausalität*, cit., 109.

<sup>70</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 29. L'idea è antica, v. HONIG, *Kausalität*, cit., 183, ove parla di «*bewußtes Setzen von Ursachen*», di «*quasi-schöpferischer Akt*», «*ein zweckhaftes Eingreifen des menschlichen Verhaltens in die Naturvorgänge und damit eine teleologische Erscheinung*».

<sup>71</sup> PIZZI, *La nozione di rilevanza causale e la transitività dei controfattuali*, in Galavotti e Gambetta (a cura di), *Causalità e modelli probabilistici*, Bologna, 1983, 47.

<sup>72</sup> *Ibidem*. Cfr. anche SANTONI DE SIO, *Il concetto di causa e i problemi del diritto*, in *Cass.pen.*, 2009, 3228.

<sup>73</sup> Cap. IV, par. 3.

<sup>74</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 9, 33; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*,

c.d. generalizzante, basata sull'utilizzo di leggi di copertura, consente di padroneggiare soltanto il primo livello dell'accertamento causale e in questa limitata prospettiva essa non può che essere sempre soltanto causalità "generale", idoneità a ragionare in base ad una legge scientifica. Decisiva resta la causalità individualizzante-concreta, riferita non a classi di eventi e leggi generali, ma ad eventi singoli e spiegazioni logiche. L'esigenza è quella di fornire una ricostruzione del fatto storico dotata di elevata probabilità logica o credibilità razionale<sup>75</sup>. E in tale modello causale riveste un ruolo centrale il *giudizio ipotetico*, il ragionamento ipotetico caratteristico dell'induzione e della prova critica (logica).

Occorre sottolineare l'importanza di una visione che ritenga la causalità empirica (naturalistica o scientifica) segnata da una prospettiva *ex ante*, che prende le mosse dalla condotta e identifica l'evento quale *Wirkung*, effetto della condotta, assumendo il significato di "causazione" (*Verursachung*), e, all'opposto, la causalità normativa caratterizzata da una prospettiva *ex post*, che muove dall'evento quale opera (*Werk*)<sup>76</sup> dell'agente alla ricerca della condotta rilevante (idonea), assumendo il significato di "imputazione" (*Zurechnung*).

Ne consegue che se la causalità necessita di leggi scientifiche che siano in grado di fornire previsioni attendibili su eventi futuri, l'imputazione presuppone una valutazione che, attraverso un procedimento di selezione ed esclusione, garantisca la spiegazione credibile e razionale di eventi passati. In breve: la causalità come *prospettiva*, l'imputazione come *retrospettiva*, implicando la causalità *generalizzazione* e l'imputazione *concretizzazione*<sup>77</sup>.

Milano, 1975, 137 e 255; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 303. Per la distinzione tra scienze empiriche (volte alla formulazione di concetti e principi generali) e scienze storiche (dirette alla ricostruzione secondo un metodo individualizzante), v. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, 1974, 93 ss. («La questione causale, allorché si tratta dell'individualità di un fenomeno, non è una questione di leggi, bensì una questione di concrete connessioni causali; non è una questione relativa alla formula sotto la quale può venire collocato il fenomeno come esempio specifico, ma una questione relativa alla connessione individuale a cui esso può venir collegato come suo risultato; è cioè una questione di imputazione.» «La conoscenza delle leggi di causalità può essere non già scopo, ma soltanto mezzo dell'indagine. Essa ci spiana la via rendendo possibile l'imputazione causale degli elementi dei fenomeni, culturalmente significativi nella loro individualità, alle proprie cause concrete. In quanto, e solo in quanto essa serve a questo, ha valore per la conoscenza di connessioni individuali»).

<sup>75</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 39 s.; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 137 e 255; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 1222 s.; DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 46 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 659 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 241 ss.; Cass., Sez.un., 10.07.2002, n. 30328, Franzese.

<sup>76</sup> HONIG, *Kausalität*, cit., 184 ss.; WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, 718.

<sup>77</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La descrizione*, cit., 169 s.; ID., *La nozione*, cit., 1227; DONINI, *Il garantismo della "condicio sine qua non" e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 920 s.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 113.

Quando si tratta di formulare delle *previsioni*, sono necessarie *certezze* fornite dalle generalizzazioni, le quali tuttavia sono prive di *forza esplicativa* rispetto alla spiegazione di eventi passati. Nella prospettiva *ex ante* della previsione è necessaria infatti una generalizzazione causale (causalità generale), mentre nella prospettiva *ex post* della spiegazione causale (causalità individuale) risulta decisiva la credibilità razionale della spiegazione<sup>78</sup>.

Vale la pena ricordare a questo proposito la distinzione operata da *Mackie* tra causa come spiegazione di un evento (*explanatory cause*) e causa come relazione tra due accadimenti (*producing cause*): da un lato, si può pensare alla causa come spiegazione di un evento e, dall'altra, si può semplicemente stabilire una relazione tra due accadimenti. Nel primo caso abbiamo un concetto di *explanatory cause* (*erklärende Ursache*), cioè si individua il fattore che presenta una caratteristica causalmente rilevante; nel secondo caso, invece, abbiamo un concetto di *producing cause* (*produzierende Ursache*) ed è sufficiente procedere alla concretizzazione dell'evento per rintracciare la sua causa (e per escludere le cause ipotetiche), senza che debbano essere rilevanti le caratteristiche causali dell'antecedente<sup>79</sup>.

La considerazione dei decorsi causali ipotetici ha una funzione meramente procedurale-metodologica, offrendo il mezzo per selezionare la causa penalmente rilevante ed escludere l'operatività di cause alternative. La formula della *c.s.q.n.* e il ricorso al giudizio controfattuale ipotetico consentono di imputare un evento ad una condotta, esattamente come – sul piano tradizionalmente governato dalla imputazione oggettiva – consentono di *spiegare* quale rischio si sia realizzato nell'evento. Obiettivo dell'indagine è il medesimo: l'illiceità della condotta (causalità generale *ex ante*) deve rispecchiarsi nella illiceità dell'evento (causalità individuale *ex post*).

L'approccio che concepisce causalità e imputazione come due facce della stessa medaglia consente di superare la contrapposizione tra le due diverse prospettive *ex ante* ed *ex post* (che da troppo tempo paralizza il dibattito sui modelli causali) e di abbandonare «l'equazione tra causalità, nel diritto, e scienza o tra imputazione giuridica e dogmatismo "acritico"»<sup>80</sup>.

È chiaro dunque che la soluzione viene a dipendere dal concetto di causalità. Considerare la *c.s.q.n.* una "*normative Aussage*"<sup>81</sup> presuppone l'adozione di un con-

<sup>78</sup> Per la distinzione tra causalità riferita alla condizione sufficiente in base a leggi destinate a formulare *ex ante* delle previsioni e causalità riferita alla condizione necessaria in grado di spiegare *ex post* un accadimento, pur con sfumature diverse, v. HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 46; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 667; DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, 658; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 57.

<sup>79</sup> MACKIE, *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford, 1980, 260 ss. Anche HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 46 e 407. Cfr. sul punto, anche TOEPEL, *Kausalität*, cit., 98 ss.

<sup>80</sup> DONINI, *Il garantismo*, cit., 924.

<sup>81</sup> FRISCH, *Die Conditio-Formel, Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?*, in *Gössel FS*, Heidelberg, 2002, 51 ss.

cetto normativo di causalità (la “*Kausalität im Rechtssinne*”)<sup>82</sup> e di conseguenza il rifiuto della tradizionale bipartizione tra causalità e imputazione.

È pur vero che lo sdoppiamento del concetto di causalità e l'utilizzo del medesimo termine sia per indicare il nesso causale materiale sia per indicare il particolare nesso tra colpa ed evento genera confusione. Tuttavia, questo rilievo ci dovrebbe indurre a rifiutare il concetto, in sé contraddittorio, di “causalità della colpa” e ad auspicare l'introduzione di un concetto meno ambiguo, ma non certo a ritenere sussistenti due diverse tipologie di causalità (una “materiale” e l'altra “normativa”).

All'interno di una teoria normativa, non naturalistica, non ha più senso – a nostro avviso – distinguere un primo momento causale in senso stretto e un momento più strettamente normativo con funzione correttiva rispetto al primo. Il vero dilemma delle *Zurechnungstheorien* contemporanee è che esse, incapaci di abbandonare il dogma causale, sono costrette ad aggiungervi un ulteriore momento di imputazione normativa, negando con ciò la loro stessa ragione d'esistere. Sotto questo profilo va denunciata l'assenza di “ragionamento sistematico” nella dottrina contemporanea riconducibile alla scelta di trasferire ad un livello superiore un problema che ben può essere risolto già ad un livello inferiore impiegando conoscenze e metodi elaborati in corrispondenza di questo. Ciò accade quando si tollerano evidenti incongruenze sul piano della causalità per poi reclamare correttivi sul piano della imputazione, laddove i criteri della realizzazione del rischio e dello *Schutzzweck* vengono applicati a casi che sarebbero perfettamente risolvibili già sul piano della causalità<sup>83</sup>.

L'abitudine a ricercare oltre alla causalità anche la “realizzazione del rischio” è comprensibile soltanto alla luce della assunzione di una condotta naturalisticamente intesa e di una concezione concretizzante dell'evento (evento *hic et nunc*), e pertanto di un presunto carattere naturalistico e “anormativo” della causalità. La dottrina dominante, partendo dalla premessa – considerata autoevidente – che esista un nesso causale naturalistico tra condotta ed evento, è costretta ad introdurre nel fatto oggettivo la categoria della realizzazione del rischio per verificare la rilevanza normativa di un nesso causale “neutro”, concepito facendo automatico riferimento a paradigmi extragiuridici (scientifici, empirici). Ma non è stato ancora chiarito in cosa consista la diversità o peculiarità della realizzazione del rischio rispetto alla causalità e, in particolare, se il criterio del comportamento alternativo lecito rappresenti lo strumento più adeguato per accertare la realizzazione del rischio.

Poiché l'indagine sul nesso di causalità (penalmente rilevante) non ha ad oggetto il collegamento tra l'evento e una condotta naturalisticamente intesa, ma il rapporto giuridico tra l'evento e un comportamento connotato da antigiuridicità, si acuisce l'esigenza di approfondire il nesso tra l'evento e la *norma* che avrebbe imposto all'agente

<sup>82</sup> Già ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 19, mirava a definire il *rapporto di causalità rilevante per il diritto*. Più recentemente, in maniera approfondita, PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 8 ss.

<sup>83</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 7.

di osservare un determinato comportamento onde evitare il verificarsi dell'evento lesivo. La necessità di introdurre un secondo livello di indagine deputato alla verifica della realizzazione del rischio si impone soltanto perché a monte non si è approfondita la descrizione della condotta illecita o, meglio, di *quelle caratteristiche che la rendono illecita* e le cui conseguenze interessano<sup>84</sup>. Certo, tale operazione può rivelarsi di notevole difficoltà specialmente nell'illecito omissivo e in quello colposo, dovendo l'interprete ricostruire la norma comportamentale (cioè il comportamento alternativo lecito o doveroso) e determinarne precisamente l'ambito di protezione.

La dualità tra causalità e imputazione non si giustifica peraltro in base al diritto positivo e, anzi, stupisce se si considera, da un lato, che il nesso causale di cui si discute è in primo luogo una figura giuridica e non un fenomeno naturale e, dall'altro, che il nostro codice, improntato al metodo tecnico-giuridico, prevede un sistema coerente di disposizioni (artt. 40, 41, 43, 45, 46, 49 c.p.) che indicano l'adozione di una visione non certo naturalistica della causalità e dell'evento<sup>85</sup>.

Ciò non toglie che la divisione in due fasi e/o categorie (causalità materiale e imputazione) possa mantenere una indubbia utilità sul piano espositivo e *metodologico*. Come è stato osservato, «la scelta di trattare i contrassegni delimitanti la imputazione all'interno del rapporto causale nel senso del diritto ovvero nell'ambito di una costruzione concettuale autonoma (appunto, la "imputazione oggettiva") da affiancare al rapporto causale nel senso pregiudiziale, è frutto di una opzione di convenienza terminologica: perché, in entrambi i casi, i contenuti effettivi delle dottrine rimangono i medesimi»<sup>86</sup>.

Da decenni ormai la dottrina non procede ad un rinnovato confronto con il tema della validità e delle funzioni della *c.s.q.n.*, alla luce delle più recenti elaborazioni (anche di stampo normativo) in tema di causalità. Si è diffuso l'equivoco che causalità sia scienza, che solo mediante il ricorso a leggi scientifiche sia possibile affermare la responsabilità di un soggetto. Questo atteggiamento "positivista" ha completamente screditato la formula della *c.s.q.n.*, che viene ritenuta addirittura "muta", "vuota"; essa, riassorbita nel modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, viene così privata del suo autonomo significato e della sua specifica funzione. Nei manuali si tramanda e si consolida la convinzione che la formula della *c.s.q.n.* non consenta di affermare la causalità, perché presuppone la relazione causale che vorrebbe dimostrare. Questa conclusione lascia completamente in ombra il carattere *logico* del giudizio

<sup>84</sup> Al riguardo, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527, sottolinea l'importanza della determinazione *ab origine* delle dimensioni di rischio (*Gefahrdimensionen*) tipicamente collegate alla condotta.

<sup>85</sup> In questo senso, chiaramente LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, 21 e 427 ss.; cfr. anche DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 62.

<sup>86</sup> PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 780, il quale nota tuttavia che la prima alternativa è più aderente al dettato legislativo, poiché gli artt. 40 e 41 c.p. «riportano all'interno del rapporto causale le principali delimitazioni di carattere normativo allo schema condizionalistico».

causale espresso mediante la *c.s.q.n.* e attribuisce un ruolo primario al rinvio alle leggi di copertura. Le leggi scientifiche da mero *strumento* della *c.s.q.n.* (come intendeva Engisch) sono diventate unico *fondamento* della causalità<sup>87</sup>. La consapevolezza che la causalità può essere accertata solamente mediante leggi di copertura non fa venir meno la necessità di definire esattamente il concetto di causalità; per accertare se una condizione abbia cagionato l'evento non basta disporre di leggi scientifiche, ma occorre anche sapere cosa si intende per "condizione"<sup>88</sup>. In questo senso, la teoria della *gesetzmäßige Bedingung* non comporta automaticamente l'inutilità della formula condizionalistica, ma lascia al contrario irrisolta la questione centrale: la rilevanza del criterio della *c.s.q.n.* in un'ottica normativa.

La formula della *c.s.q.n.* (intesa come condizione *contingentemente* necessaria<sup>89</sup> in base ad un giudizio controfattuale) rispecchia non soltanto il procedimento elementare e comune di spiegazione causale, che consente di formulare dei giudizi di responsabilità rispetto ad eventi dannosi<sup>90</sup>, ma, come mise in luce già Engisch, cela un punto di vista specificamente giuridico<sup>91</sup>. La formula condizionalistica non sarebbe

<sup>87</sup> Invero, lo stesso Engisch, che viene tradizionalmente considerato il teorizzatore del modello nomologico-deduttivo di accertamento della causalità applicato al diritto penale, ha in realtà ammesso la rilevanza e l'utilità del concetto "comune" e "naturale" di causa basato anche su massime di esperienza. Engisch riteneva che il giurista dovesse fornire una spiegazione di accadimenti quotidiani secondo schemi propri del senso e del linguaggio comune e non spiegare la realtà da un punto di vista fisico e scientifico (*Vom Weltbild*, cit., 127).

<sup>88</sup> Così, chiaramente FRISTER, *Strafrecht*, cit., 101; DENCKER, *Kausalität*, cit., 25; PUPPE, *Lob der Conditione-qua-non-Formel*, in *GA*, 2010, 552; LICCI, *Teorie causali*, cit., 103.

<sup>89</sup> V. il concetto di condizione INUS (*insufficient, nonredundant, unnecessary, sufficient*) elaborato da J.L. MACKIE (*The Cement*, cit., 62 ss.) e la formula NESS (*necessary element of a sufficient set*) proposta da R.W. WRIGHT (*Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, in *Iowa LR*, 1988, 1002 ss.). Al riguardo, v. per tutti, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 665 ss.; EAD., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, 2151 ss.; STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e Mackie*, in Stella (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 1 ss.

Formule analoghe sono utilizzate da HART, HONORÉ, *Causation*, cit., XXXVII ss.; WOLFF, *Kausalität*, cit., 13; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; EAD., *NK*, vor §§ 13, n. 102 ss.; KINDHÄUSER, *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, in *GA*, 1982, 477 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 58 ss.; KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, 419 ss.; ID., *Kausalität*, cit., 149 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 40; RONCO, *Aporie*, cit., 250; VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in Canestrari, et al. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 147. Critico, SAMSON, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 259 ss.

<sup>90</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 132, concepiva la *c.s.q.n.* non tanto come *Hilfsmittel* nè come formula o criterio per accertare la causalità, ma come «*begriffliche Erfassung dessen, was die Kausalität im Recht bedeutet*», ovvero come «*Definition des juristischen Kausalbegriffs*». In quanto espressione di *Reaktionsbedürfnis* la formula della *c.s.q.n.* serve ad imputare un evento ad un soggetto, a renderlo responsabile per questo («*Überall, wo es Verantwortung, Vorwurf, Reue und dergleichen gibt, taucht auch die Formel der c.s.q.n. mit dem Ziel der Aufdeckung einzelner Verhaltensweisen auf, denen man dann die „Schuld“ gibt*» (ivi, 134, nt. 294). In questo senso, TOEPEL, *Kausalität*, cit., 95; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 65 ss.; ID., *Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in *Maiwald FS*, Berlin, 2010, 254.

<sup>91</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 132-133, sostiene chiaramente che la *c.s.q.n.* implica «un punto di vista specificamente giuridico». Nello stesso senso, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 100. Ancora, recentemente, ROMANO,



una formula causale (*Kausalformel*), bensì «*eine Formel für das menschliche Bewirken*»<sup>92</sup>, una vera e propria formula di imputazione (in particolare, come pensiamo, una *Vermeidbarkeitsformel*)<sup>93</sup>.

Essa costituisce un criterio di accertamento, al tempo stesso, della causalità (nesso di causalità) e della realizzazione del rischio (nesso di rischio)<sup>94</sup>. Si tratta allora di recuperare l'antica formula della *c.s.q.n.* e di misurarne le potenzialità nel contesto della moderna teoria della imputazione oggettiva dell'evento, in particolare sul piano del giudizio di imputazione *ex post*. Attraverso l'esame della dottrina più recente, sensibile al tema cruciale rappresentato dal rapporto tra *Kausalzusammenhang* e *Risikozusammenhang*<sup>95</sup>, e delle perduranti dispute intorno alla ambigua figura della c.d. "causalità della colpa", sintomatiche delle evidenti interferenze tra la formula della *c.s.q.n.* e il criterio della realizzazione del rischio, è forse possibile immaginare una razionale collocazione di "vecchi" concetti all'interno della "nuova" teoria della imputazione oggettiva.

*Commentario*, cit., 368 («Ciò che interessa è infatti l'estrapolazione, tra le molteplici condizioni empiriche antecedenti, della causa penalmente rilevante»).

<sup>92</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 31.

<sup>93</sup> Sulla *c.s.q.n.* come formula di imputazione, v. SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948, 12; KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 41 ss.; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 110 ss.; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 5 ss.; SCHULZ, *Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung*, in Lackner FS, Berlin, 1987, 42; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 52 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 61; PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 68; da ultimo, FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 51 ss.; JÄGER, *Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor*, in Maiwald FS, Berlin, 2010, 348; v. anche, STELLA, *La descrizione*, cit., 176; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 65; ID., *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 658. Valorizzano la *c.s.q.n.* come indicatore di un rapporto logico di condizionamento, PAGLIARO, *Principi*, cit., 354 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 669; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 23.

<sup>94</sup> Spunti già in TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 194 s.

<sup>95</sup> Si vedano, in particolare, le riflessioni riguardo al rapporto tra *Kausalzusammenhang* e *Risikozusammenhang* (o *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) svolte da FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 520; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 68 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 43 ss.; da ultimo, VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv.it.dir.proc.pen., 2009, 1679 ss



# Capitolo I

## ORIGINE DELLA PROBLEMÁTICA

SOMMARIO: 1. La causalità ipotetica come fattore di crisi della *condicio sine qua non*. - 1.1. La teoria condizionalistica e il giudizio controfattuale. - 1.2. Decorsi causali ipotetici: tipologia e terminologia. - 1.3. Correttivi e tentativi di soluzione. - 1.3.1. *Spendel* e il divieto di considerare i decorsi ipotetici. - 1.3.2. La eliminazione cumulativa (formula di *Traeger*). - 1.3.3. (*segue*) La *condicio sine qua non* nel concorso di persone. - 1.3.4. *Engisch*: dalla *condicio sine qua non* alla condizione conforme a leggi (*gesetzmäßige Bedingung*). - 2. La descrizione dell'evento. - 2.1. Il problema della selezione degli aspetti e delle modalità rilevanti. - 2.2. Il criterio dell'evento *hic et nunc* (*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*). - 2.3. La descrizione dell'evento sul piano della causalità e sul piano della imputazione oggettiva. - 2.4. La descrizione dell'evento in prospettiva normativa. - 2.5. La descrizione dell'evento risultante dal confronto tra decorso reale e decorso ipotetico. Il giudizio differenziale. - 2.6. L'esempio concreto della anticipazione o posticipazione dell'evento. - 3. Inquadramento della problematica e impostazione dell'indagine. - 3.1. Tradizionale irrilevanza delle cause ipotetiche. - 3.2. Aree di rilevanza dei decorsi causali ipotetici. - 3.3. Precisazioni e delimitazione dell'ambito di rilevanza delle cause e dei decorsi ipotetici.

### 1. *La causalità ipotetica come fattore di crisi della condicio sine qua non*

#### 1.1. *La teoria condizionalistica e il giudizio controfattuale*

La questione della rilevanza dei decorsi ipotetici sorge in origine come problematica attinente al piano strettamente causale in relazione all'impiego della formula della *c.s.q.n.*

Essa riguarda, da un lato, il significato dell'interrogativo circa la verifica dell'evento concreto anche in assenza della condotta dell'agente (e dunque la funzione del giudizio controfattuale e del meccanismo di eliminazione mentale) e, dall'altro, la descrizione dell'evento (quale presupposto dell'applicazione della formula)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il "controfattuale", spiega PIZZI, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997, VII, è «un periodo ipotetico della irrealtà. Nel suo antecedente si ipotizza la falsità di una certa proposizione che si sa essere vera, mentre nel suo conseguente si enuncia una conseguenza della supposizione contenuta nell'antecedente. Una causa di un evento dato, allora, si può vedere come una condizione nota della quale sia vero dire che, se fosse stata assente (ipotesi controfattuale), l'evento in questione non si sarebbe verificato». Proprio con giudizi di questo tipo, cioè chiedendosi se, nella situazione ipotetica, sarebbe stata da aspettarsi oppure no la medesima conseguenza, è possibile definire una condizione necessaria, decisiva, indispensabile. Cfr. anche STELLA, *La nozione*, cit., 1222 s.

Va notato che la formula corrente della *c.s.q.n.* è un curioso “*mixtum compositum*”, dal momento che non ha nulla a che vedere con la teoria condizionalistica così come elaborata dal *v. Buri* (il quale aveva concluso che causa è l’insieme delle condizioni e che ogni condizione è causa), ma è frutto dell’aggiunta del *Gedankenexperiment* di *Glaser*<sup>2</sup>. Non appare pertanto fuori luogo un’indagine volta a comprendere se l’eliminazione mentale faccia davvero parte della teoria condizionalistica e quale sia la sua funzione.

Com’è noto, la teoria condizionalistica, per la quale è causa ogni condizione che non possa essere eliminata senza che venga meno l’evento, può indurre in errore, falsando il risultato del procedimento di eliminazione mentale, qualora esistano cause alternative ipotetiche, sostitutive (*Ersatzursachen*) o di riserva (*Reserveursachen*). Vi sono numerosi casi pratici di notevole rilevanza in cui non può essere messa in dubbio la responsabilità dell’agente rispetto all’evento, anche se questo si sarebbe verificato ugualmente eliminando la condizione posta, perché al posto della condotta dell’agente sarebbe intervenuta una causa diversa.

È evidente, allora, che l’interrogativo “l’evento concreto si sarebbe verificato anche in assenza della condotta dell’agente?” può intendersi in due modi: da un lato, nel senso che la responsabilità è esclusa solo quando, eliminando mentalmente la condotta e tenendo conto dei soli *fattori realmente verificatisi*, viene meno l’evento; dall’altro, nel senso che la responsabilità è esclusa anche quando, eliminando mentalmente la condotta, l’evento si sarebbe verificato comunque per effetto di *fattori ipotetici*<sup>3</sup>.

Da subito è stata percepita la rilevanza delle cause ipotetiche ai fini dell’*accertamento* della causalità. Non essendo sufficiente osservare gli accadimenti reali, ma dovendo confrontarli con un decorso immaginario per chiedersi “cosa sarebbe successo, se...”, è emersa chiaramente la necessità di tenere nettamente distinte le due questioni (se la condotta abbia causato l’evento e se l’evento si sarebbe verificato anche senza la condotta). L’applicazione del metodo di accertamento fondato sul procedimento di eliminazione mentale e sul giudizio controfattuale si tradusse così in due distinte formule: da un lato, la formula *positiva*, per cui la condotta è *causale* se senza di essa l’evento non si sarebbe verificato, e dall’altro, la formula *negativa*, per cui la condotta *non è causale* se senza di essa l’evento si sarebbe verificato comunque<sup>4</sup>.

L’equivalenza delle due formule sostenuta dalla dottrina dominante non è in verità

<sup>2</sup> Come ritiene doveroso precisare KORIATH, *Kausalität*, cit., 36. Sottolinea la provenienza poco chiara della teoria della *c.s.q.n.* adottata nel diritto penale e la presenza di «riferimenti culturali affrettati», PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, 34. Riguardo al procedimento di eliminazione mentale, v. GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858, 298.

<sup>3</sup> Per un inquadramento generale, v. STELLA, *La descrizione*, cit., 7.

<sup>4</sup> Riguardo all’uso delle due formule, fondamentale SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 9 s.; v. altresì, ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 41 ss., e STELLA, *La descrizione*, cit., 78.

pacifica. Infatti, la validità della formula positiva (data dalla prova che l'evento si sarebbe verificato anche senza la condotta), non dimostra per ciò solo la validità della formula negativa. In altri termini: la formula negativa ("se non piove, l'erba non è bagnata") non è logicamente deducibile dalla formula positiva ("se piove l'erba è bagnata"), dato che l'evento potrebbe verificarsi per un'altra causa (l'erba, ad esempio, è stata annaffiata dal giardiniere)<sup>5</sup>. Questa constatazione ha condotto alcuni a ritenere valida ed affidabile unicamente la formula positiva<sup>6</sup>. Significativo è, in ogni caso, il fatto che proprio l'assunto dell'esistenza di una doppia formula, positiva e negativa, sarebbe all'origine della confusione intorno ai decorsi ipotetici.

La ragione di tale confusione è manifesta: eliminando la condotta illecita dell'agente, l'evento non viene meno e quindi parrebbe esclusa la responsabilità; ma essendo la causa alternativa appunto solo ipotetica, si avrebbe un evento privo di causa. Il dilemma che affligge la dottrina è dato proprio dalla circostanza che le due cause (quella reale e quella ipotetica) si *neutralizzano* a vicenda, con la conseguenza che l'evento appare *privo di una causa*. Siccome siffatta conclusione è ritenuta "naiv"<sup>7</sup>, la dottrina si vede costretta a negare la rilevanza dei decorsi causali ipotetici ai fini dell'accertamento della causalità<sup>8</sup>.

In letteratura la categoria della causalità ipotetica viene ricostruita in termini eterogenei: da un lato, *in senso restrittivo*, essa viene riferita esclusivamente ai casi in cui uno stesso evento si sarebbe verificato con le stesse modalità e nello stesso momento per l'intervento di fattori causali alternativi *ipotetici*; dall'altro, *in senso estensivo*, essa viene ampliata a ricomprendere anche le ipotesi in cui sussistono fattori causali alternativi *reali* ovvero i casi di causalità doppia o addizionale (*Doppelkausalität* o *Mehrfachkausalität*, a seconda di quante siano le condizioni) e causalità sorpassante (*überholende Kausalität*, identificata soprattutto dalla dottrina meno recente con la

<sup>5</sup> L'esemplificazione si ritrova in SPENDEL, *op.ult.cit.*, 37.

<sup>6</sup> Soprattutto, SPENDEL, *op.ult.cit.*, 36 ss.; da noi, STELLA, *op.ult.cit.*, 176.

<sup>7</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 207.

<sup>8</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 281 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 ss. e 62 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 223 ss.; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 59; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 45; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, vor §§ 13, n. 97 s.; FREUND, in Joecks (a cura di), *Münchener Kommentar zum STGB (MüKo)*, München, 2003, vor §§ 13, n. 309; SPENDEL, *op.ult.cit.*, 35 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 562 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 888 ss.; EAD., *Die Erfolgsgzurechnung*, cit., 24 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 501 ss.; DONINI, *La partecipazione*, cit., 206 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 108; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 249. Nella dottrina italiana, v. inoltre ROMANO, *Commentario*, cit., 374; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 233; STELLA, *La descrizione*, cit., 177; FORTI, *Colpa*, cit., 676; DONINI, *Illecito*, cit., 441; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 463. In giurisprudenza, v. *BGHSt* 39, 195, in *JZ*, 1993, 1065; da noi, recentemente, Cass., 9.06.2011, 28782, Cezza (caso dell'oculista): «L'agente risponde di ciò che ha cagionato e (...) la responsabilità non è esclusa perchè l'evento cagionato è diverso da quello alternativo che si sarebbe ugualmente e ipoteticamente verificato (...) Nessuno sosterrrebbe che uccidere un condannato a morte mentre sta per essere giustiziato non costituisca reato per mancanza del rapporto di causalità; non v'è ragione per cui il medico non debba rispondere di un evento provocato al paziente anche se è ipotizzabile che, in tempi diversi e con modalità diverse, il medesimo evento si sarebbe potuto realizzare».

interruzione del nesso causale e quindi denominata anche causalità interrotta, *abgebrochene Kausalität*)<sup>9</sup>.

I casi critici che hanno fatto vacillare la *c.s.q.n.* furono, inizialmente, quelli in cui un evento perfettamente identico si sarebbe verificato anche in assenza della condotta illecita (v. il già citato caso del boia o *Henkerfall* e il caso del bastone proposto da *Engisch*<sup>10</sup>) e quelli in cui tra l'evento reale e quello ipotetico esiste una differenza più o meno rilevante (v. il citato caso del vaso dipinto risalente a *Traeger* e il *Warnrufffall* o *Zuruffall* proposto da *Rümelin*<sup>11</sup>). Tali casi alimentarono a lungo l'acceso dibattito intorno alle modalità di descrizione dell'evento.

Tra i "classici" merita di essere citato anche il celebre caso della *borraccia*: mentre C si accinge ad attraversare il deserto, A versa una dose mortale di veleno nella sua borraccia; durante la spedizione interviene B che, ignaro della presenza del veleno, sottrae la borraccia e la svuota; la vittima muore di sete<sup>12</sup>. Il caso è di particolare interesse non soltanto perché costituisce un esempio di neutralizzazione reciproca di cause e di causalità sorpassante, ma anche perché tocca alcuni problemi giuridici fondamentali<sup>13</sup>.

Molto numerosi sono gli esempi diffusi soprattutto nella manualistica (sebbene con

<sup>9</sup> Per la distinzione tra cause alternative ipotetiche (disgiuntive) e cause alternative reali (coniuntive), v. HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 249; BUNGE M., *La causalità. Il posto del principio causale nella scienza moderna*, Torino, 1970, 143 ss.

<sup>10</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 15. A è intento a picchiare B e chiama in aiuto i suoi amici C e D, chiedendo loro di passargli un bastone appoggiato al muro; C e D si precipitano verso il bastone e C raggiuntolo per primo, dopo aver scansato D, lo porge ad A che con esso infierisce su B.

<sup>11</sup> RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, in *AcP*, 1900, 283, poi ripreso da MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 12. A si accorge che C sta per essere aggredito alle spalle da B e lo avverte con un grido; C giratosi viene colpito su un lato del capo invece che alla nuca. Esistono numerose varianti di questo caso, compresa quella – rilevante con riferimento al tema della *Risikoverringerung* – in cui la vittima, in seguito all'avviso, viene colpita invece che alla testa alla spalla.

<sup>12</sup> Il caso è stato elaborato per la prima volta da McLAUGHLIN, *Proximate Cause*, in *Harvard LR*, 1925-26, 139, 155 (nota 25) e ripreso da HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 239 ss.; MACKIE, *The Cement*, cit., 45 s.; STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, I, *Erklärung, Begründung, Kausalität*, 2. ed., Berlin, 1983, 588 ss. Nella letteratura penalistica, v. JOERDEN, *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, Berlin, 1986, 165 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 699 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1602; STELLA, *La descrizione*, cit., 82; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 55.

<sup>13</sup> Il caso formulato mette bene in evidenza l'inadeguatezza del concetto di "cagionare la morte" e la difficoltà di fornire una risposta soddisfacente alla domanda "chi ha ucciso la vittima?". Infatti B, sottraendo e svuotando la borraccia, ha neutralizzato la condotta di A "interrompendo" il decorso causale già avviato, che avrebbe condotto alla morte per avvelenamento di C; allo stesso tempo, però, la presenza del decorso causale già avviato da A rende complicato sostenere che la successiva condotta di B abbia "causato la morte" di C. In effetti, B ha rimosso una causa (certa!) di morte per C, sostituendola con un'altra, che peraltro ha avuto effetto in un momento successivo (dato che la morte per avvelenamento sarebbe intervenuta prima). Il paradosso si acuisce se immaginiamo che B fosse un medico mosso dall'intento di salvare C da sicura morte: in quel caso sarebbe naturale concludere che egli non abbia affatto sottratto a C una possibilità di salvezza, prolungando semmai incidentalmente la sua vita, anche se in conseguenza del suo intervento C è morto, di fatto, di sete invece che per il veleno ingerito. Per tali considerazioni, v. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 239 ss.; MACKIE, *The Cement*, cit., 45 s.; BRUNNER, *McLaughlin's Case*, in *Jura*, 1989, 401 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 699 ss.

innumerevoli varianti): due nipoti somministrano ciascuno una dose mortale di veleno allo zio; due cacciatori sparano contemporaneamente ad un escursionista; A appicca fuoco alla casa di B, ma prima che l'incendio divampi, C distrugge l'abitazione con una bomba ecc.<sup>14</sup>.

### 1.2. Decorsi causali ipotetici: tipologia e terminologia

Il problema della c.d. "ridondanza causale" può manifestarsi in due forme<sup>15</sup>: la *sovradeterminazione*, in cui due (o più) condotte da sole sufficienti cagionano simultaneamente il medesimo effetto, come nell'esempio del plotone e delle due dosi di veleno (causalità doppia o addizionale)<sup>16</sup>, e il *sopravanzamento*, in cui una causa inibisce l'altra, impedendole di andare ad effetto, come nell'esempio della vittima avvelenata da un primo agente e uccisa con un colpo d'arma da fuoco da un secondo agente prima che il veleno faccia effetto o nell'esempio del ferito che muore in un incidente durante il trasporto in ospedale (causalità sorpassante; *überholende Kausalität*)<sup>17</sup>.

La causa alternativa ipotetica può consistere in un fatto naturale o nella condotta di un terzo (c.d. *Ersatztäter* o agente sostitutivo). Come esempi del secondo tipo si possono citare, tra gli altri, i noti casi del farmacista (*Apothekerfall*)<sup>18</sup>, dell'ebreo (*Judenfall*)<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Per questi ed altri esempi, si vedano, HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 116 ss. e 216 ss.; STELLA, *op.ult.cit.*, 95 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 282 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 65.

<sup>15</sup> PIZZI, *Eventi*, cit., 751; ID., *Cause e cause omissive*, in *Cass.pen.*, 2009, 1307.

<sup>16</sup> Nella dottrina tedesca si parla anche di *überbedingte Erfolge* (v. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 230; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 175 ss.; RÖH, *Die kausale Begründung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1995, 203 ss.), quando l'evento può essere ricondotto a due distinte circostanze, che sono da sole sufficienti a determinare l'evento (v. il noto *Aufzugfall* proposto da JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 230); si usa parlare anche di *überbestimmte Erfolge* (TOEPEL, *op.ult.cit.*, 65). Il concetto di *Überbestimmtheit* compare in STEGMÜLLER (*op.ult.cit.*, 584) e in MACKIE (*The Cement*, cit., 43) come *causal over-determination*. Infine, viene utilizzato anche il concetto di *alternative Konkurrenz* (LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, cit., n. 82). Cfr. infine CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind.pen.*, 2001, 1079, il quale utilizza l'espressione «causalità da condizioni alternative reali». In merito alla diversa terminologia, v. DENCKER, *Kausalität*, cit., 62.

<sup>17</sup> Per questa distinzione, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 282; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 58; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 65 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 655 ss. V. inoltre, HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 235 ss., i quali distinguono tre diverse costellazioni all'interno della causalità c.d. addizionale: la *combinatory cause* (in cui due o più condotte indipendenti si combinano, talora rafforzandosi e determinando congiuntamente l'evento), la *neutralizing cause* (in cui una causa annulla gli effetti di un'altra) e la *overtaking cause* (la c.d. causalità sorpassante).

<sup>18</sup> *RGSt*, 15, 151 ss., cit. Un farmacista fu accusato di omicidio colposo per aver consegnato, senza attendere il rinnovo della prescrizione medica, un farmaco a base di fosforo al paziente poi deceduto; l'imputato si difese sostenendo che il medico, se interpellato, avrebbe comunque prescritto il farmaco e dunque la vittima sarebbe comunque deceduta.

<sup>19</sup> *BGHSt*, 2, 20. L'imputato, che durante il periodo nazista aveva denunciato un cittadino ebreo alle SS, determinandone la deportazione in un campo di concentramento, si difese affermando che la vittima sarebbe comunque stata denunciata da un terzo. Il *BGH* respinse l'argomento.

e dei medici nazisti<sup>20</sup>; nell'ambito della circolazione stradale, il caso dell'incidente a catena (*Kettenauffahrunfall* o *Karambolagefall*)<sup>21</sup>; nell'ambito della responsabilità medica, i casi di attività svolta in *équipe*; nell'ambito della responsabilità da prodotto, i casi di decisioni collegiali illecite (*Gremienentscheidungen*)<sup>22</sup>; in quello delle malattie professionali, i casi di successione di garanti alla guida dell'impresa<sup>23</sup>. Cercheremo di illustrare in seguito come la problematica della causalità ipotetica venga affrontata in modo diverso a seconda che il fattore ipotetico consista in un avvenimento naturale o nella condotta di un terzo, soprattutto se illecita<sup>24</sup>.

Ai fini di un primo inquadramento risulta senz'altro decisivo il fattore temporale. Nei casi di causalità sorpassante è più facile stabilire quale delle due cause sia quella di riserva (quella superata, cioè quella che si sarebbe verificata in un momento successivo) e imputare l'evento all'agente che ha posto la causa sopravvenuta (colui che ha sparato alla vittima avvelenata, determinando una anticipazione dell'evento)<sup>25</sup>; più difficile nei casi di causalità addizionale o doppia, benchè sia teoricamente sempre possibile individuare la causa che ha agito prima delle altre, anche solo per una minima frazione temporale (il colpo che per primo ha raggiunto il cuore della vittima). Che la dimensione temporale abbia sempre giocato un ruolo decisivo è peraltro dimostrato dal fatto che le diverse argomentazioni si avvalgono quasi esclusivamente della fattispecie di omicidio. Il divieto di uccidere è infatti assoluto, così che ogni accorciamento della vita, anche di un solo istante, può risultare penalmente rilevante<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> OGHSt, 1, 321; OGHSt 2, 117. Durante la seconda guerra mondiale alcuni medici presero parte alle operazioni di internamento di pazienti infermi di mente, sacrificandone un certo numero, al solo scopo di evitare che altri seguaci del regime nazista deportassero tutti i malati, causando così un evento ancora più grave. In merito, SPENDEL, *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund*, cit., 509 ss.

<sup>21</sup> BGHSt, 30, 228. L'imputato, che aveva tamponato un mezzo fermo in autostrada cagionando il ferimento del guidatore, si difese sostenendo che il medesimo evento lesivo sarebbe stato cagionato dal veicolo sopragiunto negli stessi istanti alle sue spalle e che aveva a sua volta tamponato il veicolo dell'imputato. Nella giurisprudenza italiana, v. Cass., 19.06.2006, n. 12224; Cass., 25.09.2009, n. 42502.

<sup>22</sup> Vedi il celebre caso *Lederspray* (BGH 6.07.1990, in JR, 1992, 28 ss., con commento di Puppe).

<sup>23</sup> Si vedano, nell'ambito della casistica relativa alla responsabilità del datore di lavoro per esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto o a sostanze tossiche, i casi paradigmatici del Petrolchimico di Porto Marghera (Trib. Venezia, 2.11.2001, Cefis, in *Cass.pen.*, 2003, 267 ss.; App. Venezia, 15.12.2004, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, con nota di Piergallini; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, in *Foro it.*, 2006, II, 554, con commento di Guariniello); delle ferrovie Trento-Malè (Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass.pen.*, 2011, 1679, con commento di Bartoli); della Eternit (Trib. Torino, 13.02.2012, Schmidheiny, e App. Torino, 3.06.2013, entrambe pubblicate su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

<sup>24</sup> V. *infra*, paragrafi 1.3.1. ss.

<sup>25</sup> Il soggetto che ha posto la causa superata, rimasta inoperante, risponde a titolo di tentativo. Per tutti, v. ROMANO, *Commentario*, cit., 374; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 344.

<sup>26</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 240; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 690. La questione si rivela di notevole attualità se riferita ai casi di esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto e, in particolare, all'ipotesi di successione nel tempo di diversi soggetti alla guida dell'impresa. Qualora si qualifici la patologia correlata all'inalazione di amianto come dose-indipendente, si potrebbe configurare un fenomeno (*sui generis* in



Ciò posto, parte della dottrina ha potuto agevolmente concludere che nella maggioranza dei casi la causalità addizionale e quella sorpassante non pongono un interrogativo causale di tipo teorico, ma piuttosto un problema *probatorio*<sup>27</sup>. Se ne deduce che le cause ipotetiche davvero problematiche sarebbero soltanto quelle che avrebbero provocato lo stesso evento nello stesso momento (v. il classico esempio del boia). Casi di scuola, insomma.

Ben diversa invece, e nient'affatto controversa, è l'ipotesi di causalità cumulativa, in cui due o più condotte da sole insufficienti determinano l'evento congiuntamente (si pensi all'esempio delle dosi di veleno che soltanto sommandosi cagionano la morte della vittima): qui tutte le condotte sono condizione necessaria dell'evento e questo va quindi imputato a tutti i soggetti<sup>28</sup>. Il fenomeno determina un'ipotesi di concorso di cause o causalità concorrente (*konkurrierende Kausalität*) che, a rigore, non rientra nell'ambito della causalità ipotetica, posto che l'evento è effettivamente co-determinato da due o più fattori.

Non sempre è facile distinguere causalità sorpassante e causalità cumulativa. La causalità sorpassante presuppone che il primo decorso causale sia stato sostituito da un nuovo decorso causale e occorre perciò verificare se il decorso originario (che potrebbe essere soltanto apparentemente sorpassato) abbia cagionato o meno il decorso ulteriore sorpassante (ipotesi di "causazione mediata"). Così, se A avvelena C e B, prima che C muoia avvelenato, gli spara, potremmo avere un'ipotesi di causalità sorpassante, ma anche un'ipotesi di concausalità (causalità cumulativa), qualora B, ad esempio, spari a C solamente per evitare una morte lenta e dolorosa (un esempio analogo potrebbe essere quello di A che, credendo di aver ucciso C, chiede a B di liberarsi del cadavere, ma B trovando C ancora vivo lo uccide; oppure quello della vittima di una lesione che muore durante l'intervento chirurgico eseguito erroneamente)<sup>29</sup>.

I casi di causalità sorpassante sono contrassegnati dal fatto che soltanto la seconda condotta si realizza effettivamente nell'evento, non la prima, che decade a semplice "causa di riserva"<sup>30</sup> o "decorso causale ipotetico", determinando, come si affermava

quanto distribuito nel tempo e non contestuale) di causalità addizionale, in cui le diverse condotte illecite degli imputati risultano da sole sufficienti a cagionare l'evento lesivo e occorre individuare quale di esse lo abbia in effetti cagionato.

<sup>27</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 235 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 192; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 361 s.; già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 22.

<sup>28</sup> RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 51a; JOERDEN, *op.ult.cit.*, 432; PAGLIARO, *Principi*, cit., 362; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 655 ss., il quale suggerisce l'espressione «causalità da interazione necessaria» (ID., *Il concorso*, cit., 1079).

<sup>29</sup> FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102 ss. In giurisprudenza, si veda Cass., 24.11.2010, n. 43477 («Non è escluso il nesso causale tra la condotta omicida e l'evento morte nel caso di decesso della vittima del reato, pur affetta da pregresse patologie, dovuto a complicazioni susseguenti ad operazione chirurgica resa necessaria dalla condotta lesiva dell'agente»); anche Cass., 16.03.2011, n. 22165; Cass., 4.10.2006, n. 41943.

<sup>30</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 66; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 344; SEEBALD, *Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens*, in *GA*, 1969, 199.

soprattutto in passato, la “interruzione” del nesso causale<sup>31</sup>. Secondo l'impostazione tradizionale, se la prima condotta ha già iniziato a produrre i suoi effetti (ad es. il veleno), la causalità permane nonostante l'intervento di una causa successiva; solamente quando la causa può essere eliminata mentalmente senza che il concreto decorso causale si modifichi, si ha davvero causalità sorpassante. La condotta dell'agente viene appunto “sorpassata” (dalla condotta di un terzo, della vittima o da un accadimento naturale) e privata della sua rilevanza eziologica rispetto all'evento<sup>32</sup>.

È evidente l'analogia con la controversa disciplina delle concause *ex art. 41 c.p.*, dal momento che il concorso di cause preesistenti, concomitanti o sopravvenute non esclude di per sé il nesso di causalità (neppure se costituite dal fatto illecito di un terzo) e che soltanto l'intervento successivo di una causa sopravvenuta da sola sufficiente “interrompe” il nesso causale<sup>33</sup>.

L'aspetto interessante della causalità sorpassante è la sua natura “bifronte”, “a due facce”: essa infatti presenta una fisionomia differente ed esige soluzioni differenti a seconda della prospettiva (quella della causa sorpassata o quella della causa sorpassante) dalla quale si considera l'alternativa ipotetica. Con particolare riferimento al caso di “sorpasso” da parte di un terzo è ancora aperta la questione se questi, cioè l'agente sorpassante (c.d. *Zweithandelnde*), possa invocare a propria discolpa la circostanza che l'evento si sarebbe realizzato comunque in conseguenza della condotta dell'agente sorpassato (c.d. *Ersthandelnde*). Come vedremo in seguito, i casi di causalità sorpassante

<sup>31</sup> Per la identificazione tra causalità sorpassante e interruzione del nesso causale, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 284; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 363; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 50; BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 8. ed., Bielefeld, 1977, 231; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 61; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 78.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 18.02.2010, n. 11212, che in un caso di omicidio colposo ha ritenuto che l'errore terapeutico del medico non avesse l'effetto di interrompere il nesso causale rispetto alla condotta colposa produttiva dell'evento, «giacché di regola non è estraneo all'area di rischio innescata da tale condotta lesiva». Analogamente, Cass., 22.03.2007, n. 21588, che ammette l'effetto interruttivo «solo quando il secondo errore crea un rischio prima inesistente, o conduce improvvisamente il rischio originario a conseguenze esorbitanti»; tra le tante, v. Cass., 18.01.2010, n. 9967; Cass., 4.10.2006, n. 41943.

<sup>33</sup> La dottrina suole distinguere tra *serie apparentemente indipendente* (quando alla condotta sopravviene un fatto che non è collegato causalmente ad essa, ma la condotta precedente rimane un elemento senza il quale l'evento, nella sua forma concreta, non si sarebbe verificato; v. ad es. il cacciatore che lascia incustodito un fucile in un cortile dove giocano dei ragazzi) e *serie realmente autonoma* (quando la condotta era diretta all'evento, ma questo si è verificato per un fatto sopravvenuto e si sarebbe verificato allo stesso modo anche senza quell'azione; v. ad es. l'avvelenato che viene ucciso con un colpo d'arma da fuoco da un terzo); sul punto, ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 162 ss.; VANNINI, *Ancora sul problema della causalità*, in *Annali di diritto e proc.pen.*, 1934, fasc. 19, 1335. Cfr. altresì CORNACCHIA, *Concorso*, 308 ss., ove distingue tra concorrenza di cause (fenomeni di interposizione mediatrice di cause, decorso mediato dall'intervento di altre cause) e interruzione del nesso causale (*causa ad excludendum*): nel primo si avrebbe imputazione congiunta a tutte le concause (sia quelle determinanti sia quelle mediatrici); nel secondo si avrebbe imputazione esclusiva in capo ad una sola causa. In giurisprudenza, fra le tante (prevalentemente in tema di responsabilità medica), v. Cass., 13.07.2011, n. 34379; Cass., 16.03.2011, n. 22165; Cass., 18.01.2010, n. 9967; Cass., 4.10.2006, n. 41943; Cass., 19.06.2006, n. 12224. Al riguardo, v. anche *infra*, cap. II, par. 5.3.

assumono rilevanza nell'ambito della moderna teoria della imputazione oggettiva dell'evento sotto il profilo della sostituzione o modificazione del rischio iniziale<sup>34</sup>.

Occorre segnalare, infine, che il termine "causalità ipotetica" viene comunemente utilizzato per indicare la causalità nell'omissione e nei casi di interruzione di decorsi salvifici (*Unterbrechung rettender Kausalverläufe*), ove l'accertamento del nesso eziologico passa attraverso la prova che l'azione doverosa omessa o il decorso salvifico avrebbero impedito l'evento. Il concetto compare altresì – in forme più o meno dissimulate – in relazione al tema del comportamento alternativo lecito e dell'evitabilità dell'evento nell'illecito colposo (c.d. causalità della colpa)<sup>35</sup>.

Dal sintetico quadro tracciato si può desumere che non esiste, di fatto, una definizione univoca di causalità ipotetica e che non sono affatto chiari i confini tra le diverse tipologie di cause ipotetiche ricorrenti in letteratura; neppure la terminologia applicata è uniforme. La causalità ipotetica costituisce una sorta di macro-categoria indefinita ed eterogenea, all'interno della quale trova collocazione una molteplicità di costellazioni: dalla causa alternativa ipotetica a quella addizionale (o doppia) e cumulativa; dalla causa sorpassante a quella interrotta; dalla causa sostituiva a quella di riserva; dalla causa ipotetica naturale all'*Ersatztüter*.

In dottrina vi è in generale molta confusione intorno ai concetti di causalità alternativa ipotetica, causalità addizionale e causalità cumulativa<sup>36</sup> e la stessa denominazione "causa alternativa ipotetica" appare convenzionale, dal momento che la causa ipotetica, proprio perché non si è verificata, o comunque non ha influito sull'evento, non può essere *causa* di un evento reale<sup>37</sup>. Preferibile sarebbe, da questo punto di vista, il ricorso alla locuzione "decorsi causali ipotetici".

<sup>34</sup> V. *infra*, par. 1.3.3; cap. II, par. 3.2.; cap. III, 3.6.

<sup>35</sup> Per la causalità nell'omissione, v. cap. II, par. 1; per la causalità della colpa, v. cap. II, par. 2, e cap. III.

<sup>36</sup> Talvolta la causalità cumulativa e quella addizionale vengono identificate con la causalità alternativa ipotetica; v. M. GALLO, *Appunti di diritto penale, II, Il reato*, Torino, 2007, 132 ss. Applicano la nozione di causalità alternativa («*alternative Kausalität*») alle ipotesi di causalità addizionale o doppia, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 354; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 192; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, 58. In altri casi, la causalità cumulativa viene identificata con quella addizionale o doppia; v. STELLA, *La descrizione*, cit., 87; ROMANO, *Commentario*, cit., 374, il quale (come la dottrina tedesca) preferisce adottare il concetto di "causalità doppia" per le ipotesi di concorso di due cause da sole sufficienti. Utilizzano il termine "*Doppelkausalität*", fra i tanti, RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 51; JAKOBS, *op.ult.cit.*, 192; utilizzano il termine "*Mebrfachkausalität*", WESSELS, BEULKE, *op.ult.cit.*, 58. Più spesso, vengono invertiti i concetti di causalità addizionale e cumulativa. Il termine "causalità cumulativa" ("*kumulative Kausalität*") è prevalentemente applicato all'ipotesi in cui sono presenti due o più cause da sole non sufficienti a cagionare l'evento; v. JAKOBS, *op.ult.cit.*, 192; DENCKER, *Kausalität*, cit., 62; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 83; FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 315; KORIATH, *Kausalität*, cit., 83; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 55; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 655. Si vedano ancora, WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 74, i quali considerano il caso delle due dosi di veleno di per sé insufficienti (causalità cumulativa) come ipotesi di *atypische Kausalverläufe* ed escludono l'imputazione (non la causalità ovviamente).

<sup>37</sup> CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 904; ID., *L'imputazione oggettiva*, cit., 22; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 203, sottolinea, peraltro, che il termine "causalità sorpassante" è fuorviante, non trattandosi di un problema di causalità, ma di come le cause ipotetiche possano influenzare la responsabilità penale.

Parimenti appare improprio l'impiego del concetto di "causalità ipotetica" nei casi di causalità doppia o addizionale, in cui le condotte, tutte da sole sufficienti a produrre l'evento, non sono affatto "potenziali" e meramente "ipotetiche", ma operano nella realtà e si concretizzano peraltro nell'evento<sup>38</sup>. Nell'esempio dei due cacciatori che sparano all'escursionista, infatti, non siamo di fronte ad una causa reale e ad un'altra ipotetica, ma a due cause entrambe reali. Non a caso la dottrina – ricorrendo ad un antico *escamotage* – ritiene che tutte le condotte *debbano* essere considerate causali, deducendo da ciò che lo siano<sup>39</sup>. Anche nella causalità cumulativa, del resto, le diverse cause concorrenti sono divenute "operative" nella realtà e hanno prodotto l'evento, dovendosi valutare esclusivamente la rilevanza del contributo della singola condizione.

Il concetto di "causalità alternativa ipotetica", in definitiva, dovrebbe essere riservato a quelle circostanze, la cui efficacia causale sia rimasta ipotetica, ovvero alle sole cause sostitutive (o di riserva). Si tratta della situazione in cui tra le diverse condizioni solo una diviene reale, mentre le altre – neutralizzate o sorpassate – rimangono allo stadio potenziale (cioè *sarebbero* divenute reali se non fosse stata posta quella reale)<sup>40</sup>.

In ogni caso, è agevole intuire che qui non si tratta tanto di individuare – sul piano probatorio – la/e condotta/e che hanno effettivamente prodotto l'evento, quanto di risolvere un problema di carattere *normativo*. La questione non concerne più l'accertamento della causalità, ma l'eventuale esclusione della imputazione dell'evento sulla base del rilievo che l'evento si sarebbe verificato ugualmente per un'altra causa alternativa rimasta ipotetica<sup>41</sup>. La rilevanza di determinati decorsi eziologici ipotetici sulla base di parametri normativi avviene «al fine di valutare l'illiceità di condotte *reali* nel loro effettivo, e non eventuale, significato antiggiuridico»<sup>42</sup>.

Senonché, l'uso della locuzione "causalità ipotetica" corrisponde ad un modo di esprimersi ben consolidato nel linguaggio giuridico, ingenerando l'impressione che il suo utilizzo si riferisca sempre a cause ipotetiche, meramente supposte, irreali. A questo fraintendimento (evidentemente frutto di un approccio superficiale alla problematica) va ricondotta la perenne riluttanza della dottrina e giurisprudenza dominanti a prendere in considerazione le cause ipotetiche.

Questo equivoco (oltre alla definizione di causa come condizione necessaria) ha condotto, altresì, al rigetto della teoria della *c.s.q.n.* e alla ricerca di correttivi in grado di neutralizzare l'operatività dei decorsi ipotetici nell'ambito dell'accertamento cau-

<sup>38</sup> V. HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 249, i quali osservano che la differenza tra causalità addizionale e causalità alternativa è data esclusivamente dal fatto che quest'ultima è ipotetica; per il resto le problematiche risultano simili.

<sup>39</sup> V. *infra*, par. 1.3.2.

<sup>40</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 51; STELLA, *La descrizione*; cit., 85 s.; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 249.

<sup>41</sup> Cfr. STELLA, *op.ult.cit.*, 85; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 504.

<sup>42</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 442, nt. 192.

sale, correttivi che però hanno finito per snaturare la stessa *ratio* della formula<sup>43</sup>.

Le critiche più radicali mosse alla *c.s.q.n.* vengono attribuite a *Spendel* e ad *Engisch*: il primo sostenne l'inutilità della formula in presenza di cause ipotetiche, il secondo l'inutilità della formula in caso di ignoranza della legge di copertura. Vedremo quanto siano affrettati questi giudizi e come, ciononostante, la dottrina successiva abbia edificato su queste critiche i criteri integrativi e correttivi della formula condizionalistica.

### 1.3. Correttivi e tentativi di soluzione

Al fine di superare l'inconveniente delle cause ipotetiche la dottrina ha fatto ricorso a diversi accorgimenti.

Nel caso di causalità alternativa ipotetica si applica il divieto (teorizzato da *Spendel*) di aggiungere mentalmente le circostanze ipotetiche e si provvede alla necessaria concretizzazione dell'evento (criterio dell'evento *hic et nunc* o dell'*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*); nel caso di causalità addizionale viene adottata la formula per cui tra più condizioni che possono essere eliminate alternativamente, ma non cumulativamente senza che l'evento venga meno, ciascuna è causale (c.d. formula della eliminazione cumulativa, *Alternativenformel*)<sup>44</sup>.

Per quanto concerne il contributo di *Engisch*, esso consente non tanto di fornire un criterio correttivo quanto di precisare il metodo di accertamento del rapporto di causalità basato sul riferimento a leggi causali (teoria della *gesetzmäßige Bedingung*). *Engisch* riteneva infatti – come già accennato – che la questione relativa alla causazione di un evento dovesse essere nettamente separata da quella relativa alla evitabilità dell'evento e che la formula della *c.s.q.n.* nulla avesse a che fare con la causalità, essendo il suo scopo, con tutta evidenza, un altro<sup>45</sup>.

Prima di procedere con il sintetico esame delle soluzioni proposte dalla dottrina, è utile tenere a mente che i dubbi e le perplessità suscitate dalla formula tradizionale traggono origine, per un verso, da un'imperfetta e per molto aspetti ambigua enunciazione della formula medesima e, per l'altro, da un'insufficiente chiarimento in ordine al problema della descrizione dell'evento, e che tali "deficienze" sono strettamente connesse fra loro<sup>46</sup>.

#### 1.3.1. *Spendel e il divieto di considerare i decorsi ipotetici*

Da sempre la dottrina nega rilevanza alle cause ipotetiche. Il divieto di considerare cause e decorsi ipotetici costituisce ancora oggi un principio unanimemente accol-

<sup>43</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 131; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 209; DONINI, *La partecipazione*, cit., 207.

<sup>44</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 47.

<sup>45</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19.

<sup>46</sup> In questi termini, STELLA, *La descrizione*, cit., 176.

to (sono pochissimi gli autori di diversa opinione), anche se – come vedremo – esso subisce molteplici eccezioni e un notevole ridimensionato sul piano della imputazione oggettiva<sup>47</sup>.

È merito di *Spendel* aver motivato la irrilevanza dei decorsi ipotetici, precisando la validità della formula della *c.s.q.n.* ed il suo funzionamento.

Secondo l'A., la formula *positiva* indica l'efficacia causale di una condotta, ma non ne costituisce l'unico fondamento. Non è possibile infatti asserire che una condotta è causale solo quando eliminandola mentalmente viene meno l'evento, potendo la causalità della condotta poggiare su un diverso presupposto<sup>48</sup>. Benché la formula positiva non sia di per sé in grado di impedire la considerazione dei fattori ipotetici che avrebbero altrimenti cagionato l'evento, ciò non significa che la formula positiva sia sbagliata, ma solo che essa è insufficiente in presenza di *Ersatzursachen*. La formula è invece certamente sbagliata se viene interpretata nel senso che la condotta è causale "soltanto" quando senza di essa l'evento non si sarebbe verificato<sup>49</sup>.

Neppure la deduzione della formula *negativa* da quella positiva è considerata «logicamente necessitata» dall'A., visto che il fatto che l'evento si verifichi comunque, anche senza la condotta, non significa che la condotta non sia causale. La formula negativa, pertanto, consente esclusivamente una deduzione in termini di possibilità: se l'evento si verifica ugualmente anche senza la condotta, è *possibile* che la condotta non sia causale.

Per confermare la validità della sua ricostruzione, l'A. esamina i casi di causalità *sorpassata* (interrotta) e di causalità *sorpassante*: nel primo caso l'uso delle due formule conduce ad un risultato corretto (esclusione della causalità della condotta superata), mentre nel secondo caso ad un risultato errato (l'esclusione della causalità della condotta sorpassante). L'A. spiega tale aporia osservando che mentre nel primo caso il giudicante si limita ad eliminare la condotta e ad osservare cosa è successo realmente, nel secondo caso, oltre ad eliminare la condotta, egli è costretto ad aggiungere mentalmente (*hinzudenken*) una circostanza non verificatasi. Tale *Hinzudenken* non sarebbe ammissibile, perché introduce una condizione ipotetica sostitutiva, determinando una modificazione della base di giudizio<sup>50</sup>.

L'impostazione di *Spendel* è senz'altro coerente con una visione oggettivo-naturalistica della causalità, soprattutto se combinata con una concezione concretizzante dell'evento. Essa, tuttavia, non convince nella misura in cui la mera eliminazione mentale della condotta dell'agente, svincolata da una valutazione del contesto in cui essa è inserita, si traduce in una finzione priva di senso e utilità: la situazione reale viene fittiziamente "cristallizzata"<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> V. *infra*, par. 3 e, ampiamente, cap. II.

<sup>48</sup> SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 38; già, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19 ss.; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 128.

<sup>49</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 36.

<sup>50</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 34 ss.

<sup>51</sup> Lo stesso SPENDEL, *op.ult.cit.*, 35, parla di «*erstarrter Sachverhalt*».

Oltre a ciò, la soluzione lineare e semplice di *Spendel* funziona solo a condizione di adottare una visione estremamente concretizzante dell'evento: limitandosi ad eliminare la condotta dell'agente senza aggiungere mentalmente decorsi o circostanze ipotetici, si giunge immancabilmente ad affermare il nesso di causalità, posto che la condotta incide sempre su qualche aspetto dell'evento *hic et nunc*. Non appena si modifica il termine di riferimento "evento", la formula positiva torna a rivelarsi inidonea a risolvere il problema dato dalla presenza di cause sostitutive o di riserva.

Questa impostazione rigorosa, infine, ha notevoli ricadute sul versante del reato omissivo, in cui una vera e propria causalità verrebbe a mancare. Di fatti, applicando il criterio di *Spendel* all'omissione, cioè eliminando mentalmente l'omissione senza aggiungere l'azione omessa, l'evento non viene meno. L'indispensabile recupero dei decorsi ipotetici nell'ambito della causalità dell'omissione indebolisce la costruzione di *Spendel*, rendendola contraddittoria o, quantomeno, solo parzialmente risolutiva<sup>52</sup>.

Pretendere di scavalcare il problema dei decorsi ipotetici adducendo che la formula della *c.s.q.n.* impone di "congelare" la situazione e di espungere soltanto la condotta illecita si rivela una operazione discutibile. Piuttosto, occorre considerare l'interazione dinamica dei singoli fattori presenti e integrare nella realtà immaginaria anche il decorso ipotetico dei singoli fattori, per capire come la situazione *si sarebbe evoluta* in assenza della condotta. Ciò implica che si debba verificare, in sostanza, se in mancanza della condotta gli altri fattori già presenti e "attivi" avrebbero potuto determinare l'evento<sup>53</sup>.

Parte della dottrina, del resto, non nasconde che il fatto di eliminare mentalmente un elemento dal quadro situazionale obblighi l'osservatore ad inserire al suo posto qualcosa di nuovo, non potendo l'eliminazione mentale di una circostanza lasciare dietro di sé un *vacuum*. La stessa eliminazione mentale costringe ad un confronto con i decorsi ipotetici, al fine di valutare l'ipotesi di una causalità alternativa a quella storica<sup>54</sup>.

La scelta di tenere conto ai fini del procedimento di eliminazione delle sole circostanze verificatesi implica la rinuncia alla *c.s.q.n.* Rifiutandoci di chiedere "cosa sarebbe avvenuto senza la condotta in questione?" e limitandoci a chiedere semplicemente "cosa è realmente successo?" noi abbandoniamo, di fatto, la formula della *c.s.q.n.*<sup>55</sup>.

È interessante notare come lo stesso *Spendel* abbia precisato e più volte ribadito che il divieto di "aggiungere mentalmente" (*binzudenken*) non riguarda tutte indistinta-

<sup>52</sup> Occorre prendere atto del fatto che *Spendel* delimita espressamente il suo studio al campo del reato commissivo. In ogni caso, come vedremo nel cap. II, par. 1, la dottrina dominante, proprio seguendo il criterio di *Spendel*, incorre nella medesima aporia.

<sup>53</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 29; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 62; DENCKER, *Kausalität*, cit., 108 ss.; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 412.

<sup>54</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 131; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 117; SEEBALD, *Nachweis*, cit., 201; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 209; STELLA, *La nozione*, cit., 1222 s.; DONINI, *Illecito*, cit., 437.

<sup>55</sup> Così, ENGISCH, *op.ult.cit.*, 131.

mente le circostanze ipotetiche, ma si riferisce esclusivamente a quelle che «probabilmente o sicuramente si sarebbero verificate o sarebbero state impedito, ma che di fatto non si sono realizzate» e che non hanno ancora iniziato a spiegare i loro effetti<sup>56</sup>. L'A. è infatti ben consapevole del fatto che è indispensabile operare un confronto tra la situazione reale e quella ipotetica (dalla quale risulta esclusa soltanto la condotta illecita) e ritiene di dover precisare la formula positiva: «Una condotta risulta *causale* quando – in considerazione delle sole circostanze *rimanenti* e di fatto *realizzatesi* – l'evento concreto *non si sarebbe verificato*»<sup>57</sup>.

La fondamentale precisazione fornita dall'A. non è stata purtroppo tenuta nel debito conto dalla dottrina successiva, che si è limitata a recepire e consolidare il principio generale della irrilevanza di *qualunque* circostanza ipotetica. All'opposto, la preziosa intuizione di *Spendel* apre la strada alla essenziale differenziazione tra le diverse tipologie di cause e di decorsi ipotetici e, soprattutto, alla conseguente definizione dei rispettivi ambiti di rilevanza. I fattori ipotetici rilevanti sono soltanto quelli *già presenti* nel contesto dato e di conseguenza rappresentabili nel loro futuro sviluppo<sup>58</sup>.

Nel procedimento di eliminazione mentale che caratterizza l'accertamento della causalità il giudice analizza lo svolgersi ipotetico, fittizio degli avvenimenti modificando *solo un elemento* del quadro: la condotta del soggetto. Solo la condotta dell'agente viene eliminata mentalmente (in modo artificioso), mentre tutto il resto (tutte le circostanze *reali* accertate) rimane invariato. Il decorso ipotetico rappresenta proprio lo sviluppo prevedibile di questa situazione, ricostruito sulla base delle leggi scientifiche e delle massime d'esperienza.

Detto in altri termini: il giudice, esaminate tutte le circostanze del caso concreto *meno* la condotta dell'agente, formula una *prognosi*, una previsione in base alle massime di esperienza e alle leggi scientifiche per descrivere la situazione del bene giuridico in assenza della condotta illecita (si noti che tale procedimento mentale non ha nulla di diverso rispetto a quello normalmente effettuato in caso di omissione, di tentativo e di scriminanti, come ad es. lo stato di necessità o la legittima difesa). Già *Engisch* aveva osservato che il meccanismo di eliminazione mentale proprio della *c.s.q.n.* implica un raffronto fra la serie di eventi *realmente* verificatisi e la serie di

<sup>56</sup> Come vedremo, questa constatazione conduce l'A. ad escludere coerentemente la rilevanza del comportamento alternativo lecito, che costituisce indubbiamente un fatto del tutto ipotetico, contrario alla realtà e realizzabile solamente in alternativa alla condotta effettivamente tenuta; v. SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 187; anche già *Die Kausalitätsformel*, cit., 55 ss.; anche SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 201 ss. Per un esame di questa posizione radicale, del tutto isolata in dottrina, v. *infra*, cap. III, par. 1.2.2.

<sup>57</sup> SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 38: «Eine Handlung gilt dann als kausal, wenn ohne sie – unter alleiniger Berücksichtigung der dann übrig bleibenden, tatsächlich auch verwirklichten Umstände! – der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre».

<sup>58</sup> Per la rilevanza delle cause ipotetiche che siano già “*angelegt*” (disposte, date) o “*tatsächlich vorhanden*” (realmente presenti), ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17; WOLFF, *Kausalität*, cit., 30; SEEBALD, *Nachweis*, cit., 195; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 566; DENCKER, *Kausalität*, cit., 108; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; VOGEL, *LK*, § 15, n. 199.



eventi che *ci si dovrebbe aspettare* in assenza della condotta dell'agente e che la ricostruzione di questa "evoluzione" è possibile solo grazie ad un criterio causale estraneo alla stessa formula della *c.s.q.n.* (ovvero sulla base delle leggi di copertura e delle massime di esperienza)<sup>59</sup>.

Quando il giudice intraprende un'analisi causale controfattuale egli non è libero di creare a suo piacimento un mondo immaginario, inserendovi attori, eventi e processi causali congetturali e meramente ipotetici. Ciò darebbe luogo ad un mondo alternativo fantastico e, soprattutto, del tutto indeterminato. Come è stato sottolineato, «il giudice può costruire solo il più adeguato "mondo simile": non dunque un mondo controfattuale possibile, ma un mondo costruito sulle nostre conoscenze empiriche, relative agli antecedenti considerati»<sup>60</sup>.

Semmai è la tesi della dottrina dominante a costringere il giudice ad una vera operazione ipotetica. Volendo infatti ignorare i (presunti) decorsi ipotetici si è costretti ad eliminare, oltre alla condotta dell'agente, anche un altro elemento: la circostanza *reale* il cui sviluppo, in base alle conoscenze scientifiche, avrebbe condotto al medesimo evento lesivo. Manca qualsiasi legittimazione per operare una tale simulazione, che si risolve, di fatto, nella ingiustificata alterazione del quadro situazionale esaminato ai fini del giudizio. La dottrina, in sostanza, finisce col considerare una situazione in cui una parte di realtà è stata fittiziamente modificata, e talvolta per giunta in sfavore dell'agente<sup>61</sup>.

Occorre dunque distinguere due gruppi di decorsi causali ipotetici: da un lato, quelli che rimangono ipotetici e immaginari, in quanto non ancora avviati nel momento in cui l'agente realizza la condotta e slegati dal contesto concreto (in dottrina si è soliti fare l'esempio – invero piuttosto banale, benché efficace – della vittima che sarebbe comunque rimasta uccisa perchè avrebbe dovuto prendere un aereo poi precipitato)<sup>62</sup>; dall'altro, quelli che non si trovano più in uno stadio ipotetico, in quanto

<sup>59</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 18.

<sup>60</sup> STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in Stella (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 61. In giurisprudenza, v. Cass., 20.12.2008, n. 10789; Cass., 22.09.2011, n. 47474; Cass., 5.11.2009, n. 43958.

<sup>61</sup> In questi termini, DENCKER, *op.ult.cit.*, 108.

<sup>62</sup> Si considerino, a titolo esemplificativo, alcuni recenti casi esaminati dalla giurisprudenza di legittimità, in cui i giudici hanno correttamente escluso la rilevanza del decorso causale alternativo prospettato. In Cass., 12.07.2011, n. 38774, Causo, alcuni medici, imputati per lesioni per aver cagionato una distocia di spalla ad un nascituro a causa dell'omessa diagnosi di macrosomia del feto e dell'omessa effettuazione del parto chirurgico, si difesero sostenendo che un'analoga lesione avrebbe potuto verificarsi anche durante l'operazione di taglio cesareo. In Cass., 9.06.2011, n. 28782, Cezza, un oculista, a conclusione di un intervento per l'estrazione della cataratta non aveva effettuato la sutura della ferita, a causa dello stato di agitazione della paziente; dalla ferita fuoriuscì tessuto oculare con conseguente compromissione della vista, ma l'oculista sostenne che anche qualora avesse sottoposto la paziente ad anestesia generale per procedere alla sutura, l'intubazione avrebbe potuto determinare il medesimo evento dannoso. Ancora: in Cass., 12.11.2008, n. 4107, uno psichiatra aveva rilasciato un certificato di idoneità all'uso di armi ad un paziente, che successivamente aggredì alcune persone; la circostanza che il paziente avrebbe potuto comunque compiere il fatto procurandosi l'arma sul mercato clandestino fu considerata irrilevante dalla Corte.

già attivati e diretti verso un determinato evento, la cui *Erfolgstendenz* viene neutralizzata dall'intervento della condotta dell'agente (v. la casistica relativa alla causalità sorpassante e alla causalità addizionale)<sup>63</sup>.

Solo l'irrelevanza dei primi è fuori discussione e deriva dal fatto che la loro possibilità di concretizzarsi nella lesione del bene giuridico è esclusa proprio dalla circostanza che la lesione del bene è già avvenuta ad opera dell'agente; i secondi, invece, formano l'insieme delle circostanze presenti in un dato momento (c.d. *causal field*) e non possono essere arbitrariamente eliminati o alterati (come del resto sancisce la clausola *coeteris paribus*)<sup>64</sup>.

Il giudizio ipotetico non è altro che una prognosi riguardo alla evoluzione di tale situazione. Si potrebbe addirittura concludere che il procedimento ha ben poco di ipotetico, se non nel senso che il giudice deve formulare una *ipotesi* (nel senso di *prognosi*, appunto) circa l'evoluzione della situazione reale. Parimenti, in questa luce appare ancor più improprio il termine "decorsi ipotetici" o "cause ipotetiche", dato che non si tratta di decorsi fittizi, immaginari, irreali, ma di decorsi causali già avviati, in atto, il cui esito soltanto viene pronosticato.

In questa prospettiva, non ci si limita a verificare se senza la condotta l'evento sarebbe venuto meno, ma si danno (necessariamente) per presupposti (in prospettiva normativa) una serie di elementi circostanziali (sintetizzati dalla clausola *coeteris paribus*): nel caso, ad esempio, della omessa diagnosi di un tumore la mera eliminazione mentale non consente una soluzione, a meno che non si dia per scontato che il paziente

<sup>63</sup> DONINI, *La partecipazione*, cit., 206 (nt. 86), cita la distinzione proposta da STELLA (*La descrizione*, cit., 176 ss.) tra «fattori ipotetici concretamente verificatisi» e «fattori ipotetici, per così dire, di secondo grado», dei quali, al contrario dei primi, sarebbe più evidente l'irrelevanza. Al riguardo, v. chiaramente in giurisprudenza, Cass., 20.12.2008, n. 10789 («Qualora si prospettino una pluralità di possibili cause di un determinato evento, nella sua valutazione il giudice del merito dovrà discernere quali siano quelle che costituiscono mere ipotesi, da quelle invece che si prospettano come probabili cause in quanto ancorate ad elementi di fatto, emergenti dagli atti del processo. Una mera ipotesi che appartiene al novero del solo astrattamente possibile non è idonea, di per sé, a togliere rilievo a fatti diversi storicamente accertati che esplicano i loro effetti non più nella sfera dell'astrattamente possibile, ma in quella del concretamente probabile. A fronte di una spiegazione causale del tutto logica, siccome scaturente e dedotta dalle risultanze di causa correttamente evidenziate e spiegabilmente ritenute, la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa, capace di inficiare o caducare quella conclusione, non può essere affidata solo ad una indicazione meramente possibilista, ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario, cioè, che quell'accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile, divenga anche, nel caso concreto, hic et nunc, concretamente probabile, alla stregua, appunto, delle acquisizioni processuali.»); analogamente, Cass., 22.09.2011, n. 47474. La questione così delineata rileva evidentemente sul piano dell'accertamento processuale e, in particolare, in relazione al procedimento di esclusione di cause alternative; al riguardo, v. cap. IV, par. 3.

<sup>64</sup> STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 99 («Quando si parla di *condicio sine qua non* ci si vuole riferire ad una condizione che appare necessaria solo nell'ambito di un determinato processo esplicativo: per questa ragione, l'uso dell'espressione "*condizione contingentemente necessaria*" appare quanto mai appropriata (...) Nell'usare l'espressione "*condizione necessaria*" si deve sempre tener presente che l'effetto (in quanto effetto di un certo tipo) può dipendere da una *pluralità di cause*, e che quindi sarebbe errato considerare la condizione come necessaria in senso assoluto»).

avrebbe acconsentito alla terapia, che la terapia specifica fosse concretamente disponibile nell'ospedale, che altri medici avrebbero agito secondo le *leges artis*, etc. Ciò dimostra, tuttavia, che la formula della *c.s.q.n.* opera non tanto su un piano naturalistico, quanto su un piano normativo, deputato al confronto tra "essere" e "dover essere", tra un fatto illecito e una alternativa giuridicamente lecita o doverosa.

Il metodo della eliminazione mentale non è sbagliato in sé, ma va riferito ad un preciso complesso di condizioni: la condotta dell'agente non va cancellata "dal mondo", ma soltanto dal complesso di condizioni sufficienti, al fine di verificare se queste avrebbero cagionato l'evento anche senza la condotta del soggetto. Questa precisazione tiene conto del fatto che un evento è sempre causato da più fattori concorrenti (e la condotta umana può essere solo uno di questi) e suggerisce di verificare la causalità in modo "selettivo" rispetto alle singole parti di un insieme<sup>65</sup>.

Il tema della distinzione tra cause ipotetiche *realmente presenti* (già tendenti o rivolte all'evento) e cause ipotetiche *puramente congetturali* e immaginarie si rivela decisivo per inquadrare correttamente la questione della causalità ipotetica e, pur affiorando nella letteratura più antica, viene esplicitato e consapevolmente affrontato soltanto dalla dottrina più recente nel quadro della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, ove si discute lo specifico problema della *Risikokonkurrenz*, cioè della riduzione o sostituzione di un rischio preesistente e della creazione di un nuovo rischio, nonché della delimitazione delle sfere di competenza di singoli individui rispetto ai rischi rispettivamente attivati<sup>66</sup>.

Basti per ora constatare che colui che è considerato il principale teorizzatore della irrilevanza dei decorsi ipotetici ha in realtà espresso chiaramente l'esigenza, percepibile istintivamente anche dall'uomo comune, di attribuire un diverso peso alle circostanze ipotetiche già esistenti al momento del fatto.

In conclusione, possiamo osservare che *Spendel* ha senz'altro ragione quando afferma che la *c.s.q.n.* di per sé non ammetterebbe l'*Hinzudenken* delle cause alternative ipotetiche e che, anzi, la *c.s.q.n.* come formula causale funziona soltanto se ci si limita ad eliminare mentalmente la condotta illecita senza sostituirla con una circostanza diversa

<sup>65</sup> Cfr. PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 71, ove afferma che la condotta è causale quando è parte necessaria di un insieme sufficiente per l'evento; così, già PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863. Formule analoghe al modello della condizione INUS (*insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*) elaborato da Mackie (*The Cement*, 31 ss.) si rinvengono inoltre, in HART, HONORE, *Causation*, cit., 112 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 58 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989, 85 ss.; KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Berlin, 1988, 32 ss.; ID., *Grundlagen*, cit., 419 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, 150; BINNS, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, Baden Baden, 2001; SAMSON, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 259 ss. Da noi, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 666; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 40; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 147. Come vedremo in seguito (cap. IV), questo peculiare modo di intendere la eliminazione mentale può essere applicato anche alle *caratteristiche* (giuridicamente rilevanti, s'intende) di una condotta, risultando molto utile nell'ambito dell'illecito colposo.

<sup>66</sup> Sul punto, v. anche cap. III, par. 3.6.

(condotta alternativa lecita o fattore alternativo ipotetico), perché solo così si riesce ad affermare il nesso di causalità, ovvero la causazione materiale dell'evento concreto. Va da sé che le cause ipotetiche sono tali proprio perché non cagionano l'evento.

Il punto è però un altro: l'*Hinzudenken* ha senso soltanto in una prospettiva normativa, attenta alla pretesa normativa rivolta al soggetto e dunque al contenuto e allo scopo delle norme giuridiche. Solo in questa prospettiva, infatti, interessa sapere come sarebbero andate le cose se l'agente avesse agito secondo la norma (astendosi, attivandosi o conformandosi a determinate regole di condotta). Che le norme prescriventi un dato comportamento compaiano con più frequenza nell'ambito del reato omissivo e del reato colposo rende soltanto più evidente in questi due settori il problema della causalità alternativa ipotetica (sotto forma di comportamento alternativo ipotetico diligente o doveroso), ma non deve trarre in inganno, inducendoci ad ignorare che si tratta di un *problema generale di imputazione*.

La sovrapposizione tra eliminazione mentale e *Hinzudenken* nell'ambito dei reati colposi e dei reati omissivi ha condotto a confondere la *c.s.q.n.* (quale formula causale concepita originariamente come formula di mera eliminazione mentale) con la diversa questione della efficacia preventiva della condotta prescritta dalla norma. Ma forse tanto il *Wegdenken* quanto l'*Hinzudenken* toccano la questione centrale della evitabilità dell'evento, solo che nel primo caso si opera in relazione a norme di divieto e nel secondo in relazione a norme di comando. Ciò che conta è sempre e soltanto l'esistenza e l'utilità di una alternativa giuridicamente rilevante, perché prescritta, doverosa o tollerata<sup>67</sup>.

Intendere la formula in modo restrittivo, limitandosi ad eliminare la condotta, non aggiunge nulla alla valutazione giuridica del caso, ma costituisce il riflesso di una semplice e comune operazione mentale (che peraltro non garantisce sempre una corretta conclusione). Il *Gedankenexperiment* della *c.s.q.n.* rimane privo di senso, a meno che non si considerino anche le circostanze ipotetiche in un'ottica normativa. La *c.s.q.n.* non mira infatti ad accertare la causalità, cioè ad accertare se un evento si sarebbe o non si sarebbe verificato in assenza della condotta (questo giudizio, infatti, si effettua solo sulla base delle leggi causali presupposte dalla formula), ma consente – su un piano diverso – di interrogarsi eventualmente sul *perché* un evento *si sarebbe verificato comunque*, anche in assenza della condotta, e di attribuire così una diversa rilevanza alla condotta a seconda delle ragioni per le quali l'evento si sarebbe verificato comunque.

Di fatti, se la *non verificazione* dell'evento in caso di assenza della condotta indica indubbiamente che questa ha esplicato una efficacia causale sull'evento, diversamente la *verificazione* dell'evento nonostante l'assenza della condotta non segnala banal-

<sup>67</sup> Sotto questo profilo, accanto al procedimento di eliminazione mentale (sul versante dell'illecito commissivo), il metodo giuridico dovrebbe prevedere come equivalenti il procedimento di "aggiunta" mentale (sul versante dell'illecito omissivo) e quello di "sostituzione" mentale (sul versante dell'illecito colposo).

mente la sua irrilevanza causale, ma – come vedremo – è un “sintomo” che va interpretato secondo canoni normativi: la inevitabilità dell’evento può infatti essere riconducibile a diverse ragioni (presenza di una causa ipotetica alternativa o di riserva, presenza di un *Ersatztüter* che avrebbe agito in modo lecito o illecito, inefficacia della norma preventiva, insufficienza dei mezzi di impedimento dell’evento etc.)<sup>68</sup>.

### 1.3.2 La eliminazione cumulativa (formula di Traeger)

Nei casi di causalità doppia o addizionale, ovvero di concorso di due o più condizioni da sole sufficienti a determinare l’evento (v. i classici esempi dei due cacciatori che sparano all’escursionista e dei due nipoti che somministrano entrambi una dose letale di veleno allo zio) la dottrina afferma che tutte *debbano* essere considerate causali.

La formula della *c.s.q.n.* viene integrata dalla nota formula di *Traeger*, secondo la quale tra più condizioni che possono essere eliminate alternativamente, ma non cumulativamente senza che l’evento venga meno, ciascuna è causale (c.d. *Alternativenformel*)<sup>69</sup>. In altri termini: due o più cause concorrenti da sole sufficienti a determinare l’evento devono essere considerate cumulativamente; pertanto, sono tutte causali se la loro eliminazione cumulativa fa venire meno l’evento<sup>70</sup>.

Solitamente questi casi non portano alla luce una “lacuna” della *c.s.q.n.*, ma obbligano ad una vera e propria *probatio diabolica*<sup>71</sup>: solo in base ad una *fictio* la dottrina riesce ad affermare la causalità, ritenendo che *non sia possibile non imputare* l’evento. Qualora non sia possibile stabilire esattamente la causa dell’evento, e quindi non si riesca a capire se vi sia stato sopravanzamento o sovradeterminazione, si ritiene necessario e giusto assicurare un ruolo causale a tutte le condotte (anche se ciò significa accontentarsi di una condizione non più necessaria, ma sufficiente). Ma questa non è coerenza dogmatica, bensì mera esigenza politico-criminale. Inoltre, l’utilizzo della formula di *Traeger* presuppone che si sappia già quali siano le conseguenze della eliminazione cumulativa e alternativa delle diverse cause e se le cause siano in grado di determinare da sole l’evento o meno. In assenza di tale dato, la formula non è di alcun aiuto.

La presunta autoevidenza della soluzione tradizionale è riconducibile ad una sorta di “bisogno di imputazione” legato al sentimento giuridico<sup>72</sup>. Specialmente con rife-

<sup>68</sup> In merito, si rinvia al cap. III, par. 3.

<sup>69</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 47. Anche TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlin, 1927, 47.

<sup>70</sup> PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 876; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 74; FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 312; KORIATH, *Kausalität*, cit., 82; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 233; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7. ed., Padova, 2011, 149; M. GALLO, *Appunti*, cit., 132; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1045; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 59; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 1080.

<sup>71</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 192; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 361 ss.; già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 22; ROMANO, *Commentario*, cit., 374.

<sup>72</sup> La dottrina solitamente ritiene che la causalità sia fuori discussione (per tutti, v. JESCHECK, WEIGEND,

rimento ai casi di convergenza di una pluralità di condotte, l'eccezione alla formula ordinaria della *c.s.q.n.* viene giustificata in virtù della finalità, propria del diritto, di disciplinare i comportamenti umani alla luce della constatazione che «tanto la condotta di Tizio, quanto la condotta di Caio, devono essere prevenute dal diritto e perciò devono entrambe essere considerate penalmente illecite»<sup>73</sup>.

Sono pochissimi gli autori che escludono il nesso causale in caso di causalità addizionale. Se sia A che B versano entrambi una dose mortale di veleno nella bevanda di C, così che sia la condotta di A sia quella di B non possano essere mentalmente eliminate senza che la morte di C venga meno, né A né B sono teoricamente causa dell'evento, anche se l'evento sarebbe venuto meno nel caso in cui nessuno dei due avesse agito. Il contesto causale, cioè la situazione reale *meno* la condotta illecita di cui si intende verificare la causalità, deve rimanere invariato; non è corretto infatti eliminare cumulativamente tutte le condotte, perché di fatto queste dovrebbero essere considerate nel quadro delle circostanze concretamente presenti<sup>74</sup>. La impossibile *differenziazione* tra le due possibili cause (tra quella reale e quella ipotetica, tra *Ursache* e *Ersatzursache*) dovrebbe costituire un motivo sufficiente per escludere la responsabilità e questo risultato (per quanto sgradevole) non può essere aggirato mediante una "formula magica" che nasconde evidentemente un chiaro intento retributivo<sup>75</sup>.

Quindi: nel caso di concorso di più condotte da sole sufficienti, se non è possibile stabilire quale di esse abbia determinato per prima l'evento (ipotesi di anticipazione causale o di causalità sorpassante), l'evento non potrebbe essere imputato a nessuna, perché non è possibile isolare la causa reale rispetto alla causa alternativa ipotetica. O sussiste uno *scarto temporale* che consente di escludere la rilevanza della causa sostitutiva, oppure sussiste una reale *contestualità*, che però non è in linea di principio risolvibile e obbliga ad escludere la causalità in virtù del principio *in dubio pro reo* (restando impregiudicata – sia chiaro – la configurabilità di un tentativo)<sup>76</sup>.

In considerazione della oggettiva scarsa verificabilità di ipotesi del genere, in cui più condotte (si badi: tra loro indipendenti) da sole sufficienti determinano *conte-*

*Lehrbuch*, cit., 282; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 233) e che la soluzione contraria, ovvero l'impossibilità di attribuire l'evento, sarebbe "assurda" (così, fra i tanti, ENGISCH, *op.ult.cit.*, 14; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 354). Molto critici, FRISCH, *op.ult.cit.*, 55 ss.; DENCKER, *op.ult.cit.*, 63; ROMANO, *Commentario*, cit., 375; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 456; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 192. Anche STELLA, *La vitalità*, cit., 64, ritiene che dietro ai casi di causalità addizionale si celi «un problema molto più serio, legato alla sempre ricorrente ricerca, da parte di taluni giudici, di espedienti per giustificare sentenze di condanna basate non su regole oggettive, ma su apprezzamenti soggettivi». Per un'applicazione concreta, si vedano alcuni passaggi della sentenza sul caso del *Lederspray*, BGHSI 37, 106 ss.; 132.

<sup>73</sup> PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1046.

<sup>74</sup> MACKIE, *The Cement*, cit., 47; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 104; DENCKER, *op.ult.cit.*, 110; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 62; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 693.

<sup>75</sup> In questi termini, TOEPEL, *op.ult.cit.*, 74. Cfr. anche HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 240 ss.

<sup>76</sup> TOEPEL, *op.ult.cit.*, 76; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 104; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 85; ROMANO, *Commentario*, cit., 374; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 1081.

stualmente il medesimo evento, occorre chiedersi perchè un ordinamento penale, orientato al principio di frammentarietà e sussidiarietà, non dovrebbe accettare l'evenienza di non riuscire a spiegare "in termini causali" un decorso lesivo riconducibile a più condizioni (o alle condotte di più persone e non a quella di un singolo), e accettarlo come semplice fatalità, disgrazia<sup>77</sup>.

La scelta di preferire un "correttivo" alla formula della *c.s.q.n.* piuttosto che accettarne il responso, per quanto sgradito, conferma l'attaccamento della dottrina al criterio condizionalistico, ma svela al contempo il carattere normativo dell'alterazione delle regole condizionalistiche<sup>78</sup>.

Sarebbe sbagliato, però, liquidare il tema affermando che esso riguarda ipotesi lontane dalla realtà, "di scuola"; si dànno infatti casi pratici rilevanti soprattutto nell'ambito del concorso di persone, ove la questione viene discussa in particolare con riferimento all'assunzione di decisioni illecite in organi collegiali<sup>79</sup>, e nel campo delle esposizioni professionali, ove si presenta il problema della successione di garanti, le cui condotte illecite talvolta sono da sole sufficienti a cagionare l'evento lesivo<sup>80</sup>.

Nel caso di concorso di persone è irrilevante stabilire chi abbia cagionato l'evento e tutti rispondono dell'evento; più problematica l'ipotesi in cui le condotte siano indipendenti le une dalle altre (es. dei cacciatori che sparano all'escursionista; dell'incendio appiccato contemporaneamente da A e B; delle due dosi di veleno etc.). A differenza dei casi di *unverbundene Mehrfachkausalität* (di condotte, cioè, tra loro scollegate), quelli di *verbundene Mehrfachkausalität* (ovvero di condotte che si inseriscono in un concorso doloso di persone) sono molto frequenti nella prassi<sup>81</sup>. Ciò non è un caso: la probabilità che nel concorso di persone si presentino fenomeni di causalità addizionale e, in generale, di ridondanza causale è elevata, perché il concorso implica la collaborazione tra i concorrenti e il ricorso a mezzi anche ridondanti allo scopo di garantire il successo dell'impresa criminale.

Così, mentre nei fantasiosi esempi relativi alla causalità ipotetica o addizionale l'accavallarsi di diverse condotte tra loro indipendenti è talmente improbabile, oltre che del tutto casuale e imprevedibile, da non legittimare una deviazione dalle comuni

<sup>77</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 65.

<sup>78</sup> Sottolineano questo aspetto, in particolare, PAGLIARO, *Principi*, cit., 362, e FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 53 ss.

<sup>79</sup> Cfr. i cenni sul punto nel paragrafo successivo.

<sup>80</sup> Nei casi in cui la patologia conseguente all'esposizione all'amianto (o ad altra sostanza dannosa per la salute) sia classificata come dose-indipendente diventa quasi impossibile accertare il nesso causale, posto che non si è in grado di stabilire quale esposizione sia stata quella decisiva per l'insorgenza della malattia. Dottrina e giurisprudenza in queste ipotesi applicano la *c.s.q.n.* in modo rigoroso, escludendo l'imputazione dell'evento, senza ricorrere al correttivo della eliminazione cumulativa solitamente invocato – forse perché le condotte dei diversi imputati, distribuite in un arco temporale talvolta lunghissimo, non sono contestuali come negli esempi di scuola (v. quello dei due cacciatori che sparano simultaneamente alla vittima o dei due nipoti che, indipendentemente l'uno dall'altro, avvelenano lo zio).

<sup>81</sup> Per questo inquadramento, DENCKER, *op.ult.cit.*, 223.

regole di imputazione causale, inducendo piuttosto a tollerare l'eventualità di una esclusione del nesso causale, nei casi di concorso di persone l'organizzazione e la collaborazione tra i soggetti, rendendo la reciproca neutralizzazione delle condotte molto probabile (e prevedibile), giustificano la ricerca di un diverso criterio di imputazione<sup>82</sup>. Ciò spiega, come ora vedremo, il successo di criteri come quello dell'aumento del rischio o della causalità agevolatrice o di rinforzo nel concorso.

### 1.3.3. (segue) *La condicio sine qua non nel concorso di persone*

Se, come abbiamo visto, nel caso di causalità addizionale non dovrebbe reputarsi pacifico il fatto che tutte le condotte debbano essere considerate causali, dal momento che – da un punto di vista strettamente condizionalistico – nessuna è condizione necessaria dell'evento proprio perché questo si sarebbe verificato comunque, nessuno dubita che in caso di concorso di persone l'evento debba essere imputato a tutti i soggetti.

Con riferimento al problema causale posto dalle ipotesi di causalità addizionale, è frequente la precisazione che i soggetti debbano agire indipendentemente l'uno dall'altro; qualora infatti agissero consapevolmente insieme, si configurerebbe semplicemente un concorso di persone, in quanto tale sottoposto a particolari regole di imputazione.

Ciò è sorprendente se consideriamo il tradizionale attaccamento al dogma causale. L'affermazione che nella causalità addizionale le due condotte debbano essere tra loro indipendenti compare in tutta la letteratura successiva a *Traeger* senza essere argomentata, tanto che non appena le diverse condotte risultino collegate tra loro dal dolo la ridondanza causale cessa di rappresentare un problema<sup>83</sup>. La differenziazione operata dalla dottrina e giurisprudenza indica probabilmente che i problemi della causalità sono strettamente collegati ai criteri di imputazione nel concorso; ma se davvero la ridondanza delle condizioni rappresenta un problema causale, essa dovrebbe rimanere tale anche nell'ambito del concorso di persone, a meno che nel concorso non viga un diverso regime di imputazione dell'evento.

E in effetti è proprio così: nel concorso di persone si pone il problema della imputazione dell'intero evento al *singolo* concorrente ed è pacifico che ciascuno debba rispondere per l'intero fatto, anche se non è possibile individuare il singolo contributo che ha determinato l'evento e anche se i concorrenti non hanno dato un contributo indispensabile per la sua produzione (il che significa che le condotte non possono considerarsi *condiciones sine quibus non*)<sup>84</sup>. Di fronte all'ipotesi più frequente in cui l'evento si sarebbe verificato comunque, anche senza il contributo del partecipe, la

<sup>82</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 224

<sup>83</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 18.

<sup>84</sup> Si pensi ai meri atteggiamenti passivi, di semplice connivenza o di mero accordo, e al contributo inutile o addirittura maldestro.



dottrina dominante non ritiene minimamente pregiudicata la causalità di questo<sup>85</sup>.

È evidente che nel concorso di persone la sgradita soluzione della reciproca neutralizzazione delle cause può essere evitata solo modificando la concezione di condotta o quella di evento e introducendo particolari criteri di imputazione, anche a pena di discostarsi notevolmente dal paradigma causale<sup>86</sup>.

Così, da un lato, si ritiene oggetto della imputazione l'intero fatto (*das gemeinsame Werk als Ganzes*)<sup>87</sup> e, dall'altro, si stabilisce che le condotte non devono essere condizioni necessarie, ma è sufficiente che abbiano contribuito alla realizzazione dell'evento.

Dall'esame del modello causale adottato nel concorso di persone (in particolare, rispetto al fenomeno del concorso morale, del contributo non necessario e della causalità addizionale) emerge che la dottrina dominante supera le difficoltà di accertamento del nesso eziologico manipolando la formula della *c.s.q.n.* e ricorrendo al *topos* dell'evento *hic et nunc*. Anche i causalisti "puri" ammettono che lo schema condizionalistico classico basato sulla equivalenza delle condotte non conduce a risultati accettabili.

Si registra così una sorta di divaricazione tra imputazione monosoggettiva e imputazione concorsuale: nella prima il criterio condizionalistico è ritenuto troppo esten-

<sup>85</sup> Per tutti, v. ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, 4. ed., Milano, 2012, 171; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4. ed., Milano, 2012, 424; PULITANÒ, *Diritto penale*, 4. ed., Torino, 2011, 436 s. Per l'applicazione del criterio condizionalistico anche alle ipotesi di concorso di persone, v. CASSIA, *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Roma, 1968, 162; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 1358 ss.; da ultimo, COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, *passim*; nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507 ss.; v. anche Cass., Sez.un., 12.07.2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80.

<sup>86</sup> INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone*, Milano, 1986, 51, osserva che la punibilità del contributo minimo dimostra «l'impossibilità di risolvere unitariamente con il paradigma causale il problema della identificazione del contributo punibile», proponendo quale termine di riferimento finale a cui commisurare il significato dei singoli contributi la "organizzazione" (criterio del contributo all'organizzazione) (INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig.disc.pen.*, II, Torino, 1988, 463). V. anche ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind.pen.*, 1977, 403 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, 17 ss.; ALEO, *Causalità*, cit., 101 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 17 ss., la quale rileva che «il divorzio tra causalità e condicio sine qua non rappresenta un riflesso della peculiarissima natura del fatto plurisoggettivo, sovente caratterizzato da un concorso di cause concomitanti di per sé sole insufficienti a produrre l'evento»; VIGNALE, *Ai confini*, cit., 1367 ss. Segnaliamo anche la particolare posizione di DONINI, *La partecipazione*, cit., 208, il quale distingue tra "condizionalità" (*ex artt. 40 e 41 c.p.*) e "causalità" (affievolita per il concorso) e conclude che «la risposta all'interrogativo condizionalistico (...) può anche divenire fuorviante se cercata in funzione dell'accertamento eziologico: la causalità non implica sempre la condizionalità nell'accezione propria della formula della *condicio*, giacché l'impiego di questa, massimamente nel concorso di persone, ubbidisce più ad una funzione valutativa che di accertamento».

<sup>87</sup> V. ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 175, per i quali il criterio condizionalistico va applicato non all'evento in senso naturalistico, bensì al fatto tipico considerato nel suo complesso. Per il concetto di *Gesamtat* quale nuovo *Haftungsprinzip* v. DENCKER, *op.ult.cit.*, 23; 125; 226. Più in generale, riguardo alla difficoltà di determinare il secondo termine della relazione causale, v. ALBEGGIANI, *Imputazione*, cit., 407 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 555; VIGNALE, *op.ult.cit.*, 1359; da ultimo, BIANCHI, *Causalità e tipicità del concorso in delitto doloso*, in *Ind.pen.*, 2012, 53 ss.

sivo, nella seconda troppo restrittivo<sup>88</sup>. La partecipazione viene individuata non tanto nel condizionamento dell'evento, quanto nella capacità (idoneità) offensiva della condotta<sup>89</sup> e più che la effettiva causalità della condotta conta l'incontro delle volontà dei singoli concorrenti (come se la pregnanza dell'elemento psicologico potesse "compensare" la debolezza del nesso causale).

La crisi del criterio condizionalistico in materia concorsuale ha trovato origine in Germania<sup>90</sup>: dalla *Förderungsformel* utilizzata dalla giurisprudenza tedesca si è passati, attraverso il criterio della causalità agevolatrice o di rinforzo (*Zufluß -oder Verstärkerkausalität*)<sup>91</sup>, all'aperto abbandono del principio causale in favore di un modello di imputazione basato sull'aumento del rischio, che punisce il concorrente non per la lesione, ma per la messa in pericolo del bene giuridico (la partecipazione diventa pertanto una sorta di reato di pericolo concreto)<sup>92</sup>. È di tutta evidenza che in questo modo la punibilità del concorrente viene a fondarsi su una *ratio* diversa rispetto a quella della con-causazione dell'evento.

Mentre in Germania convivono attualmente due modelli, quello condizionalistico e quello prognostico basato sull'aumento del rischio e orientato al modello del reato di pericolo<sup>93</sup>, nella dottrina e giurisprudenza italiane (sulla base della interpretazione sistematica degli artt. 114, 115 e 116 c.p.)<sup>94</sup> si è diffusa una concezione della parteci-

<sup>88</sup> Così, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 522; INSOLERA, *Concorso*, cit., 443; ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 171.

<sup>89</sup> Ritengono sufficiente la idoneità *ex ante* ad aumentare il rischio, MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 430; favorevoli ad un criterio prognostico anche PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 48 ss; ALBEGGIANI, *Imputazione*, cit., 418 e 427.

<sup>90</sup> Per una panoramica, ROXIN, *Strafrecht*, II, 193 ss.; da noi, v. COCO, *L'imputazione*, cit., 58 ss.

<sup>91</sup> Elaborato da CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Stock FS*, Würzburg, 1966, 115. Per questa soluzione in Italia, v. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 40 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 524 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 508 ss.; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano 1997, 60 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 18.11.1997, in *Cass.pen.*, 1999, 256; Cass., 19.12.2008, n. 15264; Cass., 4.02.2008, n. 22394; Cass., 13.04.2004, n. 21082; Cass., 5.02.1998, n. 3924.

<sup>92</sup> SALAMON, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, Göttingen, 1968; SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht*, in *Honig FS*, Göttingen, 1970, 169; HERZBERG, *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, in *GA*, 1971, 1; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 160 ss.; VOGLER, *Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat*, in *Heimitz FS*, Berlin, 1972, 297; anche ROXIN, *Strafrecht*, II, 203, il quale applica il criterio dell'aumento del rischio in aggiunta a quello condizionalistico. Per una interessante applicazione del criterio dell'aumento del rischio al concorso di persone, v. SCHAFFSTEIN, *op.ult.cit.*, 169 ss., il quale attribuisce rilevanza anche alle condotte sostitutive (*Ersatzhandlungen*) di terzi, cioè a cause ipotetiche *diverse* dalla condotta lecita dell'agente. Ne consegue, nella ricostruzione dell'A., che l'aumento del rischio va escluso se il contributo del complice poteva essere facilmente sostituito dalla condotta dell'autore principale, cioè se l'autore poteva provvedere da sé. È significativo, peraltro, che proprio rispetto ai casi di concorso di persone trovi una applicazione privilegiata il criterio dell'aumento del rischio in ambito doloso.

<sup>93</sup> Per i necessari riferimenti, v. ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., 193 ss.; CRAMER, HEINE, *Schönke/Schröder*, § 27, nn. 6 ss.

<sup>94</sup> In particolare, l'art. 114 c.p. (relativo alla punibilità del contributo di minima importanza) confermerebbe la configurabilità di un contributo punibile anche se non necessario alla realizzazione dell'illecito. Come spie-

pazione svincolata dalla causalità condizionalistica e basata sull'utilizzo della prognosi postuma, con la conseguenza che nell'ambito del reato plurisoggettivo non si utilizza più un concetto di causa in senso stretto, ma si ritiene sufficiente l'agevolazione o intensificazione dell'evento da parte del concorrente<sup>95</sup>.

Parallelamente, il giudizio di imputazione causale, soprattutto nei casi di partecipazione non necessaria, è orientato alle concrete caratteristiche e modalità di verifica dell'evento, così da estendere al massimo l'ambito di responsabilità dei concorrenti<sup>96</sup>. Rispetto alla problematica della descrizione dell'evento nell'ambito del concorso di persone va peraltro osservato che il nesso tra la scelta del secondo termine della relazione causale ed il criterio di imputazione dovrebbe indurre a ridimensionare la controversia, posto che la progressiva concretizzazione dell'evento assottiglia inevitabilmente il confine tra agevolazione e causazione, facendo apparire causale qualunque contributo che abbia influenzato l'evento concreto. Come vedremo, il riferimento al manipolabile criterio dell'evento *hic et nunc* implica il rischio di un ragionamento circolare, non potendosi stabilire in modo chiaro quali circostanze del fatto debbano essere considerate rilevanti e quali no<sup>97</sup>.

La dottrina tradizionale riesce, in definitiva, ad *estendere* la responsabilità del concorrente al di là del piano causale, senza interrogarsi sul vero significato dell'effetto *restrittivo* della *c.s.q.n.* nel concorso. Anche qui, dunque, rischia di andare perduta la *ratio* della formula della *c.s.q.n.* e la considerazione dei decorsi causali ipotetici, che consente di verificare se il fatto tipico si sarebbe realizzato anche in assenza di un determinato apporto, già bandita in sede di accertamento del rapporto di causalità, viene trascurata anche ai fini del giudizio circa la rilevanza del contributo del partecipe. L'indispensabile momento di *valutazione* della causalità, che presuppone la considerazione dei decorsi causali ipotetici, viene a mancare anche nel reato plurisoggettivo<sup>98</sup>.

gano ROMANO, GRASSO (*Commentario*, cit., 231), l'attenuante si applica a quelle ipotesi nelle quali «l'apporto del concorrente si riveli "trascurabile" o "marginale" nell'economia complessiva del reato, il che si verifica quando l'efficacia condizionante del contributo del concorrente si eserciti o su elementi circostanziali o su modalità rilevanti di un fatto che si sarebbe verificato egualmente (sia pure con diverse modalità) anche in assenza del contributo de quo». Cfr. anche INSOLERA, *Problemi*, cit., 51 ss.

<sup>95</sup> PAGLIARO, *La responsabilità*, cit., 48 ss.; ALBEGGIANI, *Imputazione*, cit., 403 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti*, cit., 22 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 26.09.1984, in *Cass.pen.*, 1985, 2219; Cass., 1.09.1995, in *Cass.pen.*, 1997, 56; Cass., 28.02.2007, n. 16625; Cass., 23.04.2002, n. 24712; Cass., 9.05.1986, in *Cass.pen.*, 1987, 1106. Per il criterio dell'aumento del rischio, v. ALBEGGIANI, *Imputazione*, cit., 416 ss.; PAGLIARO, *Principi*, 556 ss. Critici, ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 179; STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 99 ss.; VIGNALE, *Ai confini*, cit., 1388; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507; *contra*, altresì Cass., Sez. un., 12.07.2005, n. 33748, Mannino.

<sup>96</sup> PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 79; STORTONI, *Agevolazione*, cit., 103 s.; COCO, *L'imputazione*, cit., 230; ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 174 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 507 s.; nella dottrina tedesca, v., per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., 193. Sul punto, v. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 57 ss.

<sup>97</sup> V. *infra*, par. 2.

<sup>98</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 132 s.; SPENDEL, *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund*, cit., 509 ss.; DONINI, *La partecipazione*, cit., 210.

Nel noto *Ledersprayfall*<sup>99</sup>, che pone la specifica questione della reciproca neutralizzazione delle condotte nell'ambito di una decisione collegiale illecita<sup>100</sup>, il BGH non ritiene sussistente un problema causale, ma un semplice caso di concorso (*Mittäterschaft*)<sup>101</sup>. La norma costitutiva sul concorso, in quanto norma estensiva della punibilità, viene ritenuta evidentemente prevalente rispetto alle questioni causali non risolvibili nell'ipotesi di reato monosoggettivo<sup>102</sup>. Nonostante questo approccio, in diversi passaggi la Corte fa ricorso alla figura della causalità addizionale affermando che la causalità e la responsabilità individuale sono fuori discussione nei casi in cui l'evento appare il risultato congiunto delle condotte di più persone che agiscono indipendentemente l'una dall'altra.

Il *Ledersprayfall* viene dunque trattato come un caso di *Mehrfachkausalität*, in cui sono considerate causali anche le condotte che non possono essere eliminate alternativamente, ma solo cumulativamente affinché l'evento venga meno<sup>103</sup>. Di fatto, la Corte ritiene causale anche una condotta ridondante, cioè superflua, sostituibile, non necessaria. Ma questa soluzione appare legittima soltanto se si considerano le condotte dei singoli collegate tra loro, cioè se si assume la presenza di un concorso di persone regolato da particolari criteri di imputazione<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> BGHSt 37, 107 ss., in JR, 1992, 28 ss., commentata da Puppe.

<sup>100</sup> In argomento, v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 358; PUPPE, NK, vor §§ 13, n. 108; EAD., *Anm. zu BGH, Urt. 6.7.1990 – 2 SrR 549/89*, in JR, 1992, 28 ss.; KUHLEN, *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in NSiZ, 1990, 566; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993, 125 s.; ID., *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils*, in NSiZ, 1994, 561 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., *passim*; JAKOBS, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in Miyazawa FS, Baden Baden, 1995, 419 ss.; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a.M., 1995, 224 ss.; SOFOS, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999, 160 ss.; WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin 1999; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001; RÖCKRATH, *Kollegialentscheidungen und Kausalitätsdogmatik. Zurechnung überbestimmter Erfolge im Straf- und Haftungsrecht*, in ZStW, 2003, 641 ss. Sulla problematica, nella dottrina italiana, v. ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 173 ss.; GIULIANI-BALESTRINO, *L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1985, 655 ss.; DONINI, *Partecipazione*, cit., 175 ss.

<sup>101</sup> In questo senso, KUHLEN, *Strafhaftung*, cit., 569 ss.; *contra*, PUPPE, NK, vor §§ 13, n. 108; DENCKER, *op.ult.cit.*, 16 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 358.

<sup>102</sup> Diffusamente sul caso, DENCKER, *op.ult.cit.*, 167 ss.

<sup>103</sup> Roxin, *Strafrecht*, cit., 358, il quale ricostruisce i casi di *Gremienentscheidung* come ipotesi di causalità cumulativa; nello stesso senso, FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 319, il quale sottolinea che si tratta di un problema di "responsabilità".

<sup>104</sup> Critici, DENCKER, *op.ult.cit.*, 55; KUHLEN, *Strafhaftung*, cit., 566 ss.; RÖH, *Die kausale Erklärung*, cit., 51 ss.; PUPPE, NK, vor §§ 13, n. 120 ss. Si veda anche la sentenza BGHSt 48, 77, c.d. *Politbüroentscheidung*, relativa ai membri del *Politbüro* del comitato centrale della SED accusati di non essere intervenuti per sospendere l'ordine di sparare e le altre misure di controllo adottate al confine tra est e ovest. Cfr. sul punto, nella dottrina italiana, ROMANO, GRASSO, *Commentario*, cit., 174, i quali affermano che «la rilevanza del singolo contributo non si misura in termini di causalità, così che non appare necessario determinare se il voto del singolo partecipante sia essenziale per l'assunzione della deliberazione oppure del tutto superfluo». La ragione, spiegano gli AA., è che «la rilevanza concorsuale del contributo del compartecipe deriva dalla sua diretta riconducibilità al model-

Come il *Ledersprayfall*, in generale tutte le ipotesi di causalità addizionale vengono assimilate al concorso di persone (si pensi al classico esempio del plotone di esecuzione), in cui la responsabilità ricade su tutti i concorrenti che abbiano contribuito a cagionare l'evento, a prescindere dal fatto che l'evento si sarebbe verificato comunque perché un complice era pronto ad agire al posto dell'esecutore, e perché la norma presuppone, ai fini dell'impedimento di un evento, che più soggetti agiscano lecitamente. A tutti i casi viene applicato il criterio correttivo della eliminazione cumulativa.

Ma mentre nel concorso di persone la ragione è certamente da rinvenirsi nella presenza di un accordo e del dolo di partecipazione dei singoli concorrenti, cioè della consapevolezza di cagionare *congiuntamente* un evento, nell'ipotesi di pluralità di condotte tra loro indipendenti (es. dei cacciatori e del veleno) la soluzione va ricercata altrove. Solitamente si argomenta che le norme di condotta si rivolgono indistintamente a tutti i destinatari e che la loro validità non viene meno solo perché altri soggetti sono disposti a violarle<sup>105</sup>.

Il ragionamento della dottrina dominante appare però viziato da circolarità: siccome il risultato viene considerato inaccettabile, da un lato, si asserisce che scopo delle norme è quello di vietare tutte le condotte idonee a cagionare l'evento e che conta soltanto il fatto che la somma di tutte le condotte potesse evitare l'evento e, dall'altro, si afferma la causalità sulla base della presenza del dolo, che invece normalmente implica il previo accertamento della causalità dei singoli contributi. Insomma, la causalità viene rivendicata sul presupposto che gli agenti fossero concorrenti, laddove è il concorso a doversi fondare sulla causalità delle singole condotte<sup>106</sup>.

Un'altra incongruenza è stata rilevata nella decisione del BGH sul *Lederspray* sotto il profilo della qualificazione della condotta come azione od omissione: quando si tratta di giudicare le condotte dei concorrenti come commissive e dolose (sotto il profilo della approvazione della decisione di non ritirare il prodotto nocivo) il BGH ammette senza esitazioni la causalità delle singole condotte rinviando alla figura della *Mittäterschaft*; quando invece si tratta di giudicare le (medesime) condotte dal punto di vista della colposa omissione il BGH non è più in grado di spiegare il nesso causale<sup>107</sup>.

La soluzione della Corte, infatti, senz'altro valida rispetto alle condotte *commissive* (perché ogni condotta è condizione necessaria dell'evento), non può applicarsi auto-

lo legale e non da un suo legame causale con uno degli elementi del fatto». La soluzione è affine a quella adottata nei casi in cui il concorrente compie l'azione tipica (in veste di autore o esecutore) o partecipa alla sua realizzazione (in veste di coautore).

<sup>105</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 455; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 74 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 136 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 60; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 565 ss.; CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 907 (nt. 89); DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1117; ROMANO, *Commentario*, cit., 406; FORTI, *Colpa*, cit., 688 ss.; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 1090.

<sup>106</sup> Critici, ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 278; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 69 s.; DENCKER, *op.ult.cit.*, 50 ss. e 167 ss. Da noi, CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 14.

<sup>107</sup> Per tale rilievo, in particolare, DENCKER, *op.ult.cit.*, 16; anche PUPPE, *op.ult.cit.*, 69.

maticamente alle condotte *omissive* (quali sono quelle del caso *Lederspray*). Laddove, infatti, solo l'insieme delle diverse condotte doverose (e omesse) è in grado di evitare l'evento, la singola condotta omissiva non potrà mai essere condizione necessaria dell'evento. In altri termini: quando *tutti* gli obbligati omettono di intervenire, le singole condotte *non* sono condizioni necessarie, ma solo condizioni sufficienti e l'impedimento dell'evento è possibile soltanto attraverso la realizzazione congiunta di tutte le condotte. Ma proprio perché l'evento è riconducibile soltanto all'insieme delle condotte omissive e non alle singole condotte omissive, non è corretto dedurre che ciascuno debba rispondere per l'evento<sup>108</sup>. Il problema nel caso *Lederspray* è dunque dato dal fatto che l'evento può essere impedito solo se tutti adempiono all'obbligo di agire (nel caso specifico: votare a favore del ritiro del prodotto dannoso), ma ciò significa che nessuno è da solo in grado di impedire l'evento e che quindi nessun obbligo giuridico di impedire l'evento può configurarsi in capo ai singoli, a meno che non si presupponga che tutti gli altri adempiano<sup>109</sup>.

Come rilevato si tende ad impostare in modo diverso il problema nei casi di causalità addizionale e di concorso di persone, benché le due ipotesi siano identiche sul piano oggettivo, differenziandosi esclusivamente sul piano del dolo e della colpa. Insomma, la questione della causalità addizionale viene affrontata esclusivamente nell'ambito della colpa e della *Nebentäterschaft*, mentre nelle corrispondenti costellazioni di concorso doloso non si ravvisa nemmeno un problema causale. Non si comprende davvero come una questione relativa all'elemento psicologico possa influenzare l'accertamento del dato obiettivo della causalità.

Forti perplessità permangono in particolare rispetto alle soluzioni adottate nelle ipotesi di causalità addizionale e concorrenza di condotte tra loro indipendenti, posto che non essendoci la comune finalità di cagionare l'evento (e non essendoci quindi il *reciproco affidamento* tra i concorrenti circa l'esecuzione del reato, cioè la consapevolezza che se non agisce l'uno, agirà comunque l'altro – fattore che costituisce proprio la ragione del concorso e favorisce il conseguimento del risultato), ciascuno potrebbe effettivamente invocare a propria discolpa il fatto che l'evento si sarebbe realizzato

<sup>108</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 58; PUPPE, *NK*, vor §§ 13 ff., n. 120 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 693.

<sup>109</sup> Cfr. sul punto, PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1048, ove osserva che «a differenza che per l'azione, non esiste una "causalità addizionale" della omissione. Se Tizio appicca il fuoco alla casa di Sempronio, e Caio, guardiano dello stabile, volendo l'incendio, non interviene con gli estintori, Caio sarà responsabile di incendio doloso soltanto se si accerta che il suo intervento avrebbe avuto la efficacia di spegnere l'incendio o almeno di diminuirlo in misura apprezzabile. Il caso, talvolta proposto, dei due bagnini che si astengono dall'effettuare un salvataggio, per il quale sarebbe occorsa l'opera congiunta di entrambi, è un esempio, non di causalità addizionale della omissione, ma piuttosto di concorso omissivo di persone nel reato (ciò è dimostrato dal fatto che, se ciascuno dei due bagnini non avesse la consapevolezza di aderire alla omissione dell'altro – quindi, se si fosse fuori del concorso di persone – nessuno dei due risponderebbe); e, come in tutti i casi di concorso di persone, bisogna avvalersi di schemi diversi da quelli della pura condizionalità».

anche senza la propria condotta, perché era di fatto presente una causa sostitutiva (di riserva) indipendente. In questi (rari) casi, come già osservato, l'evento non può a rigore essere imputato a nessuno, poiché tecnicamente nessuna condotta è condizione necessaria dell'evento, e dovrebbe applicarsi il principio *in dubio pro reo* (a meno che non si riesca a provare che una delle condizioni abbia anticipato le altre). Di fatto, invece, la giurisprudenza tende ad imputare l'evento facendo leva sulla disciplina rigorosa delle concause. Così, in presenza di più co-obbligati tenuti ad intervenire, anche in tempi diversi, per impedire l'evento la giurisprudenza ritiene che «il nesso di causalità tra la condotta omissiva o commissiva del titolare di una posizione di garanzia non viene meno per effetto del successivo mancato intervento da parte di altro soggetto, parimenti destinatario dell'obbligo di impedire l'evento, configurandosi, in tale ipotesi, un concorso di cause ai sensi dell'art. 41, co. 1, c.p.»<sup>110</sup>.

Comunemente si ritiene che l'imputazione non possa essere esclusa solo perché l'evento si sarebbe verificato a causa di un *Ersatztüter*<sup>111</sup>. Quando concorrono più condotte illecite a determinare l'evento occorre infatti considerare sempre una condotta illecita alla volta, non potendosi consentire a ciascun soggetto di liberarsi affermando che l'evento si sarebbe verificato comunque per l'intervento (ipotetico) di un terzo<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Cass., 13.07.2011, n. 34379. V. altresì, Cass., 5.06.2008, n. 27959 («In caso di successione di posizioni di garanzia, in base al principio dell'equivalenza delle cause, il comportamento colposo del garante sopravvenuto non è sufficiente ad interrompere il rapporto di causalità tra la violazione di una norma precauzionale operata dal primo garante e l'evento, quando tale comportamento non abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente determinata»). Riguardo alle sovrapposizioni tra la tematica dei decorsi causali ipotetici e la disciplina delle concause, v. *infra*, cap. II, par. 5.3.

<sup>111</sup> Si veda la storica sentenza BGHSt 30, 228 sul caso dell'incidente a catena; c.d. *Karambolagefall* o *Kettenauffahrunfall*). Nel caso in questione l'imputato, che aveva tamponato un mezzo fermo in autostrada cagionando il ferimento del guidatore, si difese sostenendo che il medesimo evento lesivo sarebbe stato cagionato dal veicolo sopraggiunto negli stessi istanti alle sue spalle e che aveva a sua volta tamponato il suo veicolo. In dottrina, v. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 137 ss.; KAHRS, *op.ult.cit.*, 112; NIEWENHUIS, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, Gelsenkirchen, 1984, 95; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 s.; PUPPE, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung*, in *Jus*, 1982, 660 ss.; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 64 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 563; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 60; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, cit., n. 98; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 163; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1600; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1117; FORTI, *Colpa*, cit., 688; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 1090 s.; ROMANO, *Commentario*, cit., 406; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 455. Cfr. cap. II, nt. 320.

La giurisprudenza italiana ha esaminato alcuni casi analoghi, ma sotto il profilo della configurabilità di una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ex art. 41 cpv. c.p.; v. Cass., 19.06.2006, n. 12224, che ha sottolineato che la condotta colposa dei guidatori dei veicoli sopraggiunti, seppure sinergica, non può ritenersi da sola sufficiente a determinare l'evento non essendo qualificabile come atipica ed eccezionale ma potendo, bensì, collocarsi nell'ambito della prevedibilità; Cass., 25.09.2009, n. 42502.

<sup>112</sup> PUPPE, *Kausalität*, cit., 664; EAD., *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, in *Bemmann FS*, Baden Baden, 1997, 237 ss. Per una interessante applicazione di questo principio, v. Cass., 17.05.2006, n. 4675 (Bartalini), relativa al caso del Petrochimico di Porto Marghera, in *Foro it.*, 2007, II, 554, in cui i giudici ritengono necessario «fare riferimento alla condotta di tutti coloro che hanno contribuito all'esito finale e non alle singole condotte in relazione alla quali valgono gli usuali criteri da utilizzare nell'accertamento del concorso di cause». Diversamente, si giungerebbe «alla disapplicazione su base interpretativa delle norme sul concorso di cause, ponendo nel nulla il principio normativamente previsto dell'equivalenza delle cause».

Si afferma così la vigenza di un principio implicito per il quale ognuno deve comportarsi in modo tale da evitare di cagionare, sia da solo che insieme ad altri, un evento lesivo evitabile (e del resto, al medesimo principio si ispirano i criteri di imputazione nel quadro dell'attività di *equipe*)<sup>113</sup>. Per evitare la reciproca neutralizzazione dell'attitudine preventiva delle condotte la dottrina ha escluso la possibilità di attribuire rilevanza ai comportamenti, soprattutto se illeciti, di terzi, sottolineando che il pericolo creato da alcuni non può estendere il raggio d'azione di altri<sup>114</sup>.

La dottrina sottolinea con vigore la necessità che le condotte di terzi debbano essere assunte come lecite e conformi alla diligenza obiettiva, finendo con l'assimilarle ai fattori causali naturali<sup>115</sup>, benché il riferimento a condotte ipotetiche sollevi particolari questioni normative riconducibili al fatto che è in gioco la (libera) scelta e decisione di un terzo. Rientrano nella categoria anche il famoso caso del boia, dato che non siamo in grado di affermare con certezza che, se non fosse intervenuto il padre, il boia avrebbe effettivamente giustiziato il colpevole, e l'esempio del bastone di *Engisch*, in cui non è parimenti possibile stabilire con certezza che in quello stesso istante anche il terzo avrebbe fornito all'agente il bastone per percuotere la vittima.

In dottrina è stata avanzata l'ipotesi che la valutazione delle condotte ipotetiche di terzi dia luogo ad un problema strettamente normativo da affrontare necessariamente sul diverso piano della imputazione e non su quello della causalità, nell'ambito della quale potrebbero rilevare esclusivamente i fattori ipotetici *naturali* e le condotte alternative di terzi *già attuate*<sup>116</sup>.

Abbiamo già accennato alla opportunità di operare una differenziazione tra le diverse tipologie di cause ipotetiche, allo scopo di precisare i limiti entro i quali sia consentito il ricorso ad esse. In particolare, riteniamo pacifica la irrilevanza di circostanze e condotte altrui meramente congetturali (perché future e non ancora realizzate)<sup>117</sup>. L'equiparazione delle condotte meramente supposte di terzi alle condotte altrui già realizzate ha generato molta confusione e spesso l'inadeguatezza della formula della *c.s.q.n.* è stata argomentata proprio sulla base di esempi che si riferiscono a condotte e fattori meramente ipotetici e non ad un decorso ipotetico già in atto.

Solo le condotte umane già realizzate sono equiparabili ai fattori causali naturali, perché formano lo specifico contesto causale entro il quale si svolgono i fatti. Diversamente, rispetto alle condotte umane meramente ipotetiche (non ancora realizzate) entrano in gioco elementi quali, da un lato, la fedeltà alla norma (o la pro-

<sup>113</sup> NIEWENHUIS, *op.ult.cit.*, 95.

<sup>114</sup> OTTO, *Kausaldiagnose*, cit., 104; KAHRS, *op.ult.cit.*, 112 s.; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, cit., n. 98; FORTI, *Colpa*, cit., 688.

<sup>115</sup> Sottolineano questo aspetto, DENCKER, *Kausalität*, cit., 70; PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, in *ZStW*, 1983, 296. La questione tocca evidentemente anche il tema del principio di affidamento.

<sup>116</sup> Operano questa differenziazione, DENCKER, *op.ult.cit.*, 73; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 793; VOGEL, *LK*, § 15, n. 199.

<sup>117</sup> *Supra*, par. 1.2.



pensione a violarla) e il libero arbitrio e, dall'altro, la corrispondenza tra la finalità del soggetto e la sua concreta realizzazione<sup>118</sup>. Si tratta, in ogni caso, di fattori non determinati e di difficile valutazione, rispetto ai quali non esistono generalizzazioni causali ritenute valide<sup>119</sup>.

In generale, come vedremo, quando si tratta di giudicare la rilevanza di ipotetiche condotte umane alternative o sostitutive, la soluzione involge inevitabilmente la considerazione della finalità delle norme e della funzione dell'ordinamento sotto il profilo del controllo e orientamento dei comportamenti umani. Benché nessuno abbia posto una *c.s.q.n.*, l'imputazione dell'evento avviene secondo una logica deontologico-normativa<sup>120</sup>.

*Samson*, il quale si è occupato approfonditamente dei decorsi causali ipotetici, sostiene che le difficoltà riscontrate in relazione alla causalità nel concorso di persone costituiscono in realtà problemi generali, che toccano anche il reato monosoggettivo<sup>121</sup>. L'imputazione causale nel concorso risulta complicata dal fatto che più condotte costituiscono condizione di uno stesso evento e che occorre chiarire il legame di ciascuna di esse con l'evento. La stessa problematica emerge tuttavia anche rispetto al reato monosoggettivo quando, accanto alle condizioni poste dall'agente, altri fattori contribuiscono a cagionare l'evento. Ciò accade costantemente posto che, oltre alla condotta dell'agente, numerosi fattori causali concorrono a determinare l'evento, rendendo centrale anche nell'ambito dell'illecito monosoggettivo la questione circa il valore da assegnare ai decorsi ipotetici ai fini della imputazione dell'evento all'agente<sup>122</sup>.

#### 1.3.4. Engisch: *dalla condicio sine qua non alla condizione conforme a leggi* (gesetzmäßige Bedingung)

*Engisch* è noto per aver dimostrato che la formula della *c.s.q.n.* non è in grado di spiegare la relazione causale, posto che senza la conoscenza delle connessioni causali diventa impossibile ricostruire il decorso causale reale rispetto a quello alternativo ipotetico. La teoria della *gesetzmäßige Bedingung* (*condizione conforme a leggi*) viene presentata come risolutiva, in quanto consentirebbe di stabilire se una condotta è condizione dell'evento in base ad una legge causale fondata sull'esperienza scientifica<sup>123</sup>.

<sup>118</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 73 ss.

<sup>119</sup> Cfr. l'analoga problematica discussa nell'ambito della causalità psichica, tema questo che necessariamente fuoriesce dai confini della nostra indagine.

<sup>120</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>121</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 79 ss.

<sup>122</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 85. *Samson* motiva il suo studio con l'esigenza di individuare una soluzione unitaria, omogenea per il reato monosoggettivo e quello plurisoggettivo; ciò richiede però un imparziale ripensamento del fondamento stesso della punibilità della partecipazione, al fine di verificare se gli specifici criteri di imputazione elaborati nell'ambito del concorso di persone possano rivelarsi in realtà validi anche per l'esecuzione monosoggettiva dell'illecito (v. in part. 79 ss.).

<sup>123</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 21 ss.; STELLA, *La descrizione*, cit., 176; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 101 (L'espressione *condicio sine qua non* sottintende il rinvio al concetto di spiegazione mediante leggi e alla nozione

Come già accennato, proprio la definizione della causa come *condizione necessaria* aveva contribuito allo scetticismo nei confronti della formula della *c.s.q.n.* e condotto alla elaborazione di correttivi, talora difficilmente compatibili con la sua *ratio* fondamentale. Ebbene: proprio perché la teoria della *gesetzmäßige Bedingung* non necessita di correttivi, essa è parsa preferibile e la teoria condizionalistica fu presto relegata in secondo piano. Abbandonata l'eliminazione mentale della condotta e il procedimento ipotetico, la dottrina si è mossa alla ricerca della legge causale capace di indicare una relazione tra fenomeni; le cause alternative ipotetiche hanno cessato così di rappresentare una minaccia per la imputazione dell'evento, persino quando si tratta di circostanze realmente verificatesi, poiché non è possibile rintracciare una legge di copertura che affermi una successione costante tra esse e l'evento.

La teoria causale basata sulla sussunzione sotto leggi fu recepita in origine come alternativa a quella condizionalistica fondata sulla *c.s.q.n.* Lo stesso *Engisch*, in effetti, sottolineò la radicale contrapposizione tra le due teorie, precisando che la formula della *gesetzmäßige Bedingung* mira a verificare la sussumibilità dell'accadimento concreto sotto leggi causali di natura e non a stabilire cosa sarebbe successo in concreto eliminando la condotta presa in considerazione<sup>124</sup>. Egli tuttavia, pur mettendo in evidenza i presupposti (la necessaria previa conoscenza di leggi causali) e i limiti (nel caso di causalità alternativa ipotetica) del *Gedankenexperiment*, non aveva mai inteso contestare la validità della teoria condizionalistica.

*Engisch*, considerato il teorizzatore del modello nomologico deduttivo di accertamento della causalità applicato al diritto penale e del concetto di causa proprio delle scienze naturali, fondò il suo pensiero sulla chiara distinzione tra i due profili della *c.s.q.n.*, rimarcando in più occasioni che l'interrogativo circa la verificabilità dell'evento anche in mancanza della condotta dell'agente si colloca su un piano diverso rispetto all'interrogativo circa la causalità della condotta rispetto all'evento<sup>125</sup>. La teoria condizionalistica presuppone certo la conoscenza di una legge di copertura (d'esperienza o scientifica) che attesti una successione regolare e ripetibile tra fenomeni; ma, come più chiaramente illustrato da *Engisch* nello studio del 1965, il punto centrale non è trovare un *Hilfsmittel* o individuare un criterio per accertare la causalità, bensì comprendere il significato della causalità nel diritto, ovvero formulare una definizione del concetto giuridico di causa<sup>126</sup>. Il giurista deve infatti fornire una spiegazione di accadimenti quotidiani secondo schemi propri del senso e del linguaggio comune<sup>127</sup> e non

nomologico-funzionale di causa»). Per tutti, v. FIANDACA, *Causalità*, cit., 121 ss. L'impostazione è pacificamente accolta in giurisprudenza a partire da Cass. 6.12.1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, 36 ss.; fra le tante, v. Cass. 27.05.1993, in *Cass.pen.*, 1995, 2898 ss.; più recentemente, Sez.Un., 10.07.2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601; Cass., 10.06.2010, n. 38991; Cass., 17.11.2011, n. 1442.

<sup>124</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 26.

<sup>125</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 17; ID., *Vom Weltbild*, cit., 132.

<sup>126</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 130.

<sup>127</sup> Per questa impostazione, HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 9 ss.

spiegare la realtà da un punto di vista fisico e scientifico. I metodi e le leggi scientifiche sono senza dubbio necessari per formulare un giudizio causale, ma non implicano affatto l'utilizzo di un concetto di causa proprio delle scienze naturali<sup>128</sup>.

Le critiche comunemente rivolte alla *c.s.q.n.* (che si tratti di un mero strumento euristico o metodologico, di un criterio circolare etc.) perdono valore se consideriamo che la dottrina accoglie la teoria della *gesetzmäßige Bedingung*. Anche questa infatti presuppone una *condizione* (seppur conforme a legge), di cui la dottrina contemporanea non ha saputo chiarire la *natura*. Si tratta di una condizione (conforme a legge) *necessaria* o *sufficiente*? Le condizioni sono tutte equivalenti o esistono condizioni più o meno rilevanti per il diritto?

Neppure la teoria di *Engisch* fornisce una definizione di condizione e il riferimento alla conformità a leggi causali non risolve di per sé la questione relativa al tipo di nesso condizionalistico (da accertarsi mediante sussunzione sotto leggi scientifiche)<sup>129</sup>. Inoltre, i casi problematici continuano ad essere risolti sulla base di criteri estranei al piano causale, con il risultato che le difficoltà legate al concetto di causalità vengono soltanto aggirate senza essere realmente affrontate<sup>130</sup>. Ciò dimostra che la soluzione attribuita ad *Engisch* è soltanto apparente: la *Gesetzmäßigkeit* (la conformità a leggi) della condizione rappresenta solo uno strumento di accertamento e lascia in ombra tanto la definizione di causalità quanto la funzione della *c.s.q.n.*<sup>131</sup>.

Sono innumerevoli gli antecedenti legati da un nesso di regolarità scientifica con l'evento e rimane comunque necessario trovare il criterio in base al quale selezionare (all'interno di questi) quello rilevante per il giudizio di causalità. Prima di applicare una legge di copertura dobbiamo sapere quale nesso tra un determinato antecedente e l'evento stiamo cercando; pertanto, la *c.s.q.n.* mantiene la sua fondamentale funzione selettiva dell'antecedente rilevante per il diritto penale<sup>132</sup>. Da questo punto di vista, «la scienza, da sola, non ci aiuta in alcun modo a cogliere la rilevanza o irrilevanza penale di un determinato antecedente; e il modello della sussunzione sotto leggi scien-

<sup>128</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 127.

<sup>129</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 53; PUPPE, *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, in Roxin FS, Berlin-New York, 2001, 293; EAD., *Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel*, in GA, 2010, 552; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 101; LICCI, *Teorie causali*, cit., 103, ove sottolinea che «la precisazione del nesso cercato appare pregiudiziale rispetto al rinvio stesso».

<sup>130</sup> Molto critico in questo senso, FRISTER, *op.ult.cit.*, 102.

<sup>131</sup> Sottolineano che le leggi di copertura sono mero strumento operativo della *c.s.q.n.*, DONINI, *La causalità omisiva*, cit., 35; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 112 e 255 s.; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 57; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 60.

<sup>132</sup> È pacifico, infatti, che il giudice non deve elencare tutte le possibili cause di un evento, ma esprimere un giudizio di *rilevanza* causale. Cfr. per tutti, ROMANO, *Commentario*, cit., 366 («Ciò che interessa è infatti l'estrapolazione, tra le molteplici condizioni empiriche antecedenti, della causa penalmente rilevante»); DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 62 («Il giurista 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. Più che la causalità ad essere pregiudiziale, lo sono dunque le leggi scientifiche che il criterio di imputazione causale utilizza»); CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 105.

tifiche non può essere inteso come un modello “nudo”, cioè slegato dall’uso di un criterio di rilevanza che rifletta lo specifico punto di vista del diritto penale»<sup>133</sup>.

Si può dunque affermare che fu lo stesso *Engisch* a teorizzare la distinzione tra causalità scientifica e causalità giuridica e che risulta piuttosto semplicistico concludere che per l’A. la nozione di causa penalmente rilevante coincide con quella propria delle scienze naturali<sup>134</sup>. L’idea di sostituire la formula della *c.s.q.n.* con il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche è fuorviante e poggia sull’errato presupposto della identificazione tra causalità intesa come ricostruzione di un nesso causale esistente tra fenomeni concreti e causalità intesa come legge causale<sup>135</sup>. In verità, nel quadro tracciato da *Engisch* la questione della conformità della relazione causale a leggi scientifiche si pone come *preliminare* rispetto a quella della causalità in senso giuridico e ne costituisce solamente un aspetto<sup>136</sup>.

Già nel 1931 *Engisch* aveva osservato che non si può prescindere dalla considerazione dei decorsi ipotetici, soprattutto se si tratta di «fattori causali già presenti al momento della condotta» («zur Zeit des Handelns vorhandene Wirkungsfaktoren») <sup>137</sup>. Ad avviso dell’A. proprio questi casi fanno sorgere il sospetto che la *c.s.q.n.* non riguardi la relazione causale reale, ma una relazione diversa, ancora misteriosa perché solitamente sovrapposta a quella causale. Come scrive *Engisch*, la *c.s.q.n.* non sarebbe altro che una *Begleiterscheinung* di questa diversa relazione<sup>138</sup>.

*Engisch* non condivideva la posizione radicale assunta in seguito da *Spendel*, ritenendo impossibile espungere dalla formula positiva le cause ipotetiche. In particolare, l’A. rilevò che non vi è motivo di escludere dalla base di giudizio le circostanze realmente esistenti, la cui efficacia causale sia però rimasta ipotetica (come per es. la presenza del boia o la condotta di Tizio intento a prendere il bastone, ma preceduto da Caio); sarebbe anzi metodologicamente scorretto considerare irrilevanti tali particolari fattori ipotetici, posto che ciò presuppone la formulazione di un giudizio ancora da dimostrare, ovvero che il fattore ipotetico non sia causale e lo sia invece la condotta dell’agente<sup>139</sup>. La scelta di tenere conto ai fini del procedimento di eliminazione mentale delle sole circostanze verificatesi implica la rinuncia alla *c.s.q.n.*, cui *Engisch* attribuiva, come sappiamo, un ruolo decisivo quale «spezifisch juristischer Gesichtspunkt»<sup>140</sup>.

<sup>133</sup> STELLA, *La vitalità*, cit., 40-41; ID., *Giustizia*, cit., 212.

<sup>134</sup> Così, invece, per tutti, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 113.

<sup>135</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La nozione*, cit., 1227; cfr. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 93 ss.; MACKIE, *The Cement*, cit., 260 ss. Anche HART, HONORÈ, *Causation*, cit., 32 ss.

<sup>136</sup> Per ulteriori riflessioni sul punto, rinviamo al cap. IV, par. 3.

<sup>137</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17.

<sup>138</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 17.

<sup>139</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 21; STELLA, *La descrizione*, cit., 130. Occorre tuttavia ricordare che lo stesso *Spendel*, come già sottolineato (*supra* par. 1.3.1.), teorizzò la necessità di differenziare tra circostanze ipotetiche irreali e circostanze ipotetiche già realizzatesi e dunque già presenti nel contesto causale dato (SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 38).

<sup>140</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 131 s.

Se dunque per definire la causalità non si può fare a meno di utilizzare la definizione di condizione nel senso di *c.s.q.n.*, l'accertamento della causalità impone di considerare anche i decorsi ipotetici; non esiste altro modo se non il ragionamento ipotetico<sup>141</sup>. A questo scopo non è però sufficiente definire l'evento come mera modificazione delle condizioni del bene giuridico rispetto ad un momento cronologico precedente e ad uno successivo, ma occorre *spiegare* l'evento in relazione alla condotta. Alla osservazione della differenza tra *status quo ante* e stato finale (tra *prima e dopo*) occorre aggiungere anche la valutazione della differenza tra la situazione reale *con o senza* la condotta illecita dell'agente<sup>142</sup>. Tale valutazione differenziale può essere effettuata soltanto per mezzo di leggi scientifiche. Il giudice, insomma, deve accertare che la lesione del bene giuridico non si sarebbe verificata (o perlomeno non in quella misura) in assenza della condotta illecita in conseguenza di decorsi alternativi ipotetici che si possono seriamente, ragionevolmente prendere in considerazione in base alle conoscenze scientifiche e alle regole di esperienza.

Di fatti, ciò che interessa al giudice è capire se gli eventi si sarebbero sviluppati in modo diverso senza la condotta illecita, facendo un raffronto tra una situazione reale e una immaginaria; in questo quadro le leggi scientifiche, indicando una connessione tra determinati tipi di fenomeni, forniscono la base argomentativa per la formulazione del giudizio controfattuale richiesto dalla *c.s.q.n.*

L'esigenza posta a fondamento della formula della *c.s.q.n.* è chiaramente quella di formulare un giudizio di responsabilità e di imputazione di un evento ad un soggetto quale "*opera sua*" e, in questo senso, la *c.s.q.n.* svolge la funzione di formula di imputazione<sup>143</sup>.

Ciò che qui preme sottolineare è che la considerazione dei decorsi ipotetici ed il conseguente ricorso ad una *Denkform der Alternative* nella discussione intorno al significato e alle funzioni della *c.s.q.n.* introducono una prospettiva dinamica di valutazione, che apre la strada ad una concezione della causalità come "differenza" e alla ricostruzione dell'accertamento causale come "giudizio differenziale"<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> STELLA, *La nozione*, cit., 1226, citando Nagel, riconosce l'importanza del *giudizio ipotetico* affermando che «ipotesi su "ciò che potrebbe essere stato" non possono essere eliminate dalla spiegazione di accadimenti singoli: i giudizi controfattuali sono ineliminabili, a meno di rinunciare a tutti i giudizi di rilevanza e a tutti i tentativi di spiegare ciò che è accaduto».

<sup>142</sup> In questi termini, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 664 ss.; v. anche, DENCKER, *Kausalität*, cit., 107.

<sup>143</sup> Così, chiaramente, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19 e, soprattutto, ID., *Vom Weltbild*, cit., 134; anche SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 12; WOLFF, *Kausalität*, cit., 31; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 41 ss.; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 110 ss.; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 5 ss.; LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, in Kaufmann GS, Köln, 1989, 209; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 95; DENCKER, *Kausalität*, cit., 61; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 68; recentemente, FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 65 ss.; ID., *Defizite*, cit., 254; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 682; da noi, ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 146; STELLA, *La descrizione*, cit., 176; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 113; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 65; ID., *Imputazione oggettiva* (voce), 658; ROMANO, *Commentario*, cit., 368; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 79 ss.

<sup>144</sup> RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 83 ss.; WOLFF, *Kausalität*, cit., 30.

Appare davvero inspiegabile il fatto che nella dottrina contemporanea, nonostante la notorietà dei lavori di *Engisch* in Germania e di *Stella* in Italia<sup>145</sup>, sia rimasto in ombra questo aspetto decisivo e sia stato viceversa celebrato, soprattutto negli ultimi decenni, il modello della causalità scientifica basata sul rinvio a leggi (in particolare, di tipo universale).

Le leggi scientifiche da mero strumento della *c.s.q.n.* (come intendeva *Engisch*) sono diventate unico fondamento della causalità<sup>146</sup>. Le intuizioni dei primi studiosi della causalità, in virtù della diffusione di una versione parziale e assai semplificata del loro pensiero, hanno condotto ad una deleteria commistione tra causalità e scienza e al completo abbandono della concezione normativa e teleologica della causalità<sup>147</sup>.

Si potrebbe sostenere che un equivoco di fondo conduce a ritenere la causalità penale una causalità scientifica, a credere che il diritto penale adotti un concetto di causa mutuato dalle scienze, quando invece – a ben guardare – la distanza tra concetto scientifico di causa e concetto penalistico di causa è divenuta ormai incolmabile<sup>148</sup>. Senza contare che il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche sostituisce quello precedente basato sull'applicazione delle regole di comune esperienza e non rappresenta perciò una *rivoluzione* del modello causale, ma più semplicemente la sua naturale evoluzione, in linea con il progresso delle conoscenze scientifiche<sup>149</sup>.

*Engisch*, confrontandosi con la teoria della causalità adeguata, aveva notato che il giudizio di probabilità si fonda sempre sulla conoscenza di “nessi tipici” tra condotta ed evento, concludendo che ai fini del giudizio di adeguatezza la probabilità dovesse essere intesa in senso *oggettivo*. Il punto nevralgico della teoria della causalità ade-

<sup>145</sup> Ci riferiamo, evidentemente, agli studi di *Stella* pubblicati nel 1970 (*La descrizione*, cit.), 1975 (*Leggi scientifiche*, cit.) e nel 1988 (*La nozione*, cit.) e non ai lavori successivi al 2000 (citati *infra*, nota 146), caratterizzati – come noto – da una diversa impostazione.

<sup>146</sup> Si veda l'indirizzo riferibile agli studi più recenti di STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., Milano, 2003, *passim*; ID., *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 767 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, *ivi*, 1215 ss.; ID., *La vitalità*, cit., 2 ss.; ID., *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1062, cui hanno aderito CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 289 ss.; D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di Cassazione sull’ “oltre ogni ragionevole dubbio”*, *ivi*, 2002, 743 ss.; ID., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass.pen.*, 2006, 2406 ss.; ID., *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass.pen.*, 2007, 4812 ss. Da ultimo, v. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 462, la quale ritiene che vi sia «perfetta aderenza tra la nozione di legge scientifica *universale* e quella di condizione *necessaria* tra accadimenti singoli (...), poiché la *necessità* del rapporto di implicazione tra *explanans* ed *explanandum* discende dalla *universalità* della premessa nomologica della spiegazione causale»; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 174 ss.

<sup>147</sup> Per queste osservazioni, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 611; LICCI, *Teorie causali*, cit., 421.

<sup>148</sup> FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 51 ss.; ID., *Defizite*, cit., 239 ss. Per un quadro sul rapporto tra causalità scientifica e causalità giuridica, da una prospettiva differente, recentemente, PASCALI, *Causalità*, cit., *passim*.

<sup>149</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 660.

guata non è affatto rappresentato dalla problematica dei decorsi causali anomali o eccezionali, bensì dalla esigenza della generalizzazione (*Verallgemeinerung*) del nesso causale. Già *von Kries* aveva compreso che oltre alla causazione effettiva dell'evento è necessario un *genereller Zusammenhang* tra condotta ed evento, cioè – diremmo oggi – una legge di copertura che dimostri che la condotta è generalmente idonea (*generell geeignet*) a provocare eventi del tipo di quello verificatosi<sup>150</sup>. Purtroppo, l'idea della indispensabile generalizzazione del nesso causale non è stata adeguatamente sviluppata dalla dottrina successiva ed è stata identificata in maniera semplicistica con il criterio della prevedibilità (*Vorhersehbarkeit*) del decorso causale che, come noto, ha rappresentato il principale punto debole della teoria della causalità adeguata e condotto al suo abbandono.

Se intesa, per contro, come adeguatezza *oggettiva* la *Adäquanz* si rivela corrispondente di fatto alla “nuova” concezione di *Engisch*<sup>151</sup>. Mirando alla essenza, al vero significato della teoria della causalità adeguata, che poggia su un concetto oggettivo di probabilità e sull'idea di generalizzazione causale, si giunge al medesimo risultato della teoria della *gesetzmäßige Bedingung*. L'adeguatezza non è altro che probabilità, causabilità, capacità causale in forza di una generalizzazione o di una legge causale di copertura<sup>152</sup>.

L'alternanza tra *generalizzazione* e *concretizzazione* del nesso causale si riflette anche nella separazione tra causalità in senso scientifico-naturalistico e causalità in senso giuridico e porta ad assegnare alla prima la funzione di individuare le connessioni tra fenomeni allo scopo di fornire previsioni riguardo alla verificabilità di determinati fenomeni e alla seconda la funzione di ricostruire decorsi causali allo scopo di imputare accadimenti concreti<sup>153</sup>.

Solo parte della dottrina ha preso atto del fatto che la conoscenza causale basata su leggi scientifiche, nell'ottica di una previsione *ex ante*, serve alla rappresentazione di un risultato futuro ritenuto probabile o seriamente possibile, consentendo di prevedere un evento del tipo di quello verificatosi, mentre la imputazione di un evento concreto, nell'ottica di una ricostruzione *ex post*, pur necessitando del riferimento alle leggi scientifiche, avviene sulla base del giudizio controfattuale e dunque del confronto tra decorso reale e decorso ipotetico<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> VON KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, in *ZStW*, 1889, 531 ss. Sul punto, ampiamente, PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 228.

<sup>151</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 41 e 45.

<sup>152</sup> Sottolinea l'analogia tra causalità scientifica e causalità adeguata, della quale il modello nomologico «rappresenterebbe un affinamento concettuale, che l'immunizza da tentazioni soggettivizzanti fissando il parametro al quale ancorare la valutazione probabilistica», DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 660.

<sup>153</sup> Fondamentalmente, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 137; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 44 ss.

<sup>154</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 46; STELLA, *op.ult.cit.*, 119; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 659 s. e 667; DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), 658, che distingue tra causalità come legge (*ex ante*, previsione e ipotesi) e causalità come condizione (*ex post*, *c.s.q.n.*); ID., *Il garantismo*, cit., 920 s.; RONCO, *Aporie*, cit., 247 ss.; parz. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 13 ss.; Nella dottrina tedesca, v. TOEPEL, *Kausalität*, cit., 57; SCHULZ, *Gesetzmäßige Bedingung*, cit., 40.

La dominante teoria causale della sussunzione sotto leggi scientifiche (o della *gesetzmäßige Bedingung*) continua a far dipendere la soluzione di un problema di imputazione da una teoria della spiegazione scientifica della causalità, che presenta una struttura prognostica, nonostante il giurista debba operare in una prospettiva specifica orientata alla imputazione dell'evento.

Proprio l'esame critico delle integrazioni e correzioni apportate alla *c.s.q.n.* porta allo scoperto l'erroneità della premessa di partenza – che si tratti di un mero criterio euristico di accertamento del nesso di causalità – e dovrebbe condurre alla sua corretta qualificazione come formula normativa di imputazione volta alla individuazione della causalità penalmente rilevante. Le ipotesi di causalità alternativa o ipotetica hanno sì messo in luce la fallacia della *c.s.q.n.* come formula causale, ma allo stesso tempo hanno costretto la dottrina a risolvere il problema della riconducibilità dell'evento ad un soggetto non sul piano causale (anche se formalmente ciò è quanto viene rivendicato), ma su un piano normativo. Come è stato osservato, la ritenuta discrepanza tra *Grundformel* (riferita alla realtà) ed *Ergänzungsformeln* (di natura normativa) si dissolve se queste sono intese come affermazioni normative in grado di integrarsi reciprocamente<sup>155</sup>.

Nondimeno, questa conclusione è ostacolata dalla persistente concezione dualistica della causalità, intesa da un lato come causalità naturalistica e dall'altro come giudizio normativo di imputazione in funzione limitativa e correttiva. È evidente allora che l'accoglimento dell'idea della *c.s.q.n.* come *formula normativa* ha senso soltanto se si coltiva un concetto normativo di causalità, rifiutando, di conseguenza, il rigido binomio tradizionale causalità-imputazione. Ciò non toglie che il nesso causale sia un dato reale (e la rilevanza delle generalizzazioni scientifiche ne è la riprova); occorre però riconoscere che la causalità rilevante per il diritto penale deve tenere conto del particolare nesso tra condotta ed evento richiesto dalla struttura delle fattispecie incriminatrici e che la stessa esigenza che la condotta (qualificata da illiceità e antidoverosità) sia una condizione dell'evento costituisce una scelta normativa.

## 2. La descrizione dell'evento

### 2.1. Il problema della selezione degli aspetti e delle modalità rilevanti

Come anticipato, la dottrina ritiene di poter dominare agevolmente i problemi posti dai casi di causalità ipotetica ricorrendo al criterio dell'evento *hic et nunc*<sup>156</sup>.

L'esigenza della concretizzazione dell'evento si pone sostanzialmente in presenza di

<sup>155</sup> In questi termini, FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 57 s.

<sup>156</sup> Non è un caso che i primi tentativi di affermare la rilevanza dei decorsi causali ipotetici si collochino all'inizio del '900 nell'ambito delle concezioni astratte dell'evento, in particolare di quelle riconducibili a TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., e a TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung*, cit.



supposte cause ipotetiche, cioè quando vi è concorrenza tra causa reale e causa ipotetica. Poiché non è agevole distinguere una causa reale da una ipotetica facendo ricorso esclusivamente alla *c.s.q.n.* (dato che il procedimento può sempre essere capovolto: dalla prospettiva della *Ersatzursache* anche la *Ursache* sembrerebbe irrilevante), una certa concretizzazione dell'evento è ritenuta indispensabile. Soltanto attraverso la concretizzazione dell'evento, cioè la dettagliata descrizione delle sue caratteristiche e modalità di verifica, si ritiene possibile escludere l'operatività delle cause ipotetiche<sup>157</sup>.

Benché l'esigenza di precisare le modalità di descrizione dell'evento sia nota alla filosofia della scienza e alla epistemologia in relazione al problema della sovradeterminazione causale<sup>158</sup>, in diritto penale la questione diviene centrale con l'utilizzo della formula della *c.s.q.n.* A seconda, infatti, di come venga descritto l'evento, cambia l'esito della applicazione della formula.

La formula della *c.s.q.n.* nulla dice però in ordine alle modalità di descrizione dell'evento e la sua particolare conformazione (espressa dalla duplice locuzione, positiva e negativa) pone l'interprete davanti ad un dilemma: considerare l'evento naturalistico nella sua concretezza, così come si è verificato *hic et nunc*, tenendo conto di tutte le circostanze e modalità di verifica, con la conseguenza che le cause ipotetiche risultano del tutto irrilevanti non potendosi in alcun modo sostenere che la causa alternativa, rimasta ipotetica, avrebbe egualmente cagionato *proprio quell'evento*; oppure considerare l'evento nella sua astratta riconducibilità al tipo di evento previsto dalla norma, con la conseguenza che le cause ipotetiche divengono rilevanti, poiché l'imputazione dell'evento va esclusa quando un evento dello stesso *tipo* di quello previsto dal legislatore ("morte", "danneggiamento") si sarebbe realizzato per effetto di una causa sostitutiva.

Il punto è decisivo: è certo infatti che «se si dovesse convenire sulla irreperibilità di un criterio descrittivo (dell'evento) compatibile con la funzione che la formula della condizione *sine qua non* è chiamata a svolgere, vi sarebbe già quanto basta, probabilmente, per un urgente ripensamento di tutta la materia»<sup>159</sup>.

In letteratura si discute da tempo di quale sia l'evento imputabile e sono state proposte differenti soluzioni. Due sono sostanzialmente gli orientamenti: da un lato, la concezione astratta dell'evento (*abstrahierende Erfolgsbetrachtung*) riconducibile, come già ricordato a *Traeger*; dall'altro, la concezione concreta dell'evento (*konkretisierende Erfolgsbetrachtung*) introdotta da *Müller*<sup>160</sup> e oggi dominante nelle versioni di

<sup>157</sup> PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 870 s.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 69; DENCKER, *Kausalität*, cit., 105; STELLA, *La vitalità*, cit., 60; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 233; ROMANO, *Commentario*, cit., 374; DONINI, *Il garantismo*, cit., 945 s.

<sup>158</sup> Per un quadro generale, si veda PIZZI, *Eventi*, cit., 103 ss.

<sup>159</sup> In questi termini, STELLA, *La descrizione*, cit., 3. Scettici riguardo alla possibilità di enunciare un criterio di descrizione che consenta alla formula della *c.s.q.n.* di risolvere tutti i casi (ammesso che un tale criterio esista), MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 18; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 74 ss.

<sup>160</sup> MÜLLER, *op.ult.cit.*, 141 ss.

*Engisch* in Germania e di *Stella* in Italia. All'interno di queste due macro-categorie sono naturalmente riscontrabili ulteriori differenziazioni e variazioni: dalla descrizione completa dell'evento concreto alla considerazione delle sole circostanze ritenute rilevanti; dalla descrizione dell'evento astratto contemplato dal modello legale alla descrizione dell'evento come generalizzazione dell'evento concreto<sup>161</sup>.

Merita di essere evidenziato che mentre il tema della descrizione dell'evento ha dato luogo ad un ampio e persistente dibattito all'interno della dottrina tedesca<sup>162</sup>, esso è stato completamente trascurato dalla dottrina italiana, malgrado la descrizione dell'evento rappresenti una questione pregiudiziale rispetto alla stessa applicazione del modello causale condizionalistico<sup>163</sup>. La ragione di tale atteggiamento dottrinale va probabilmente ricercata nel fatto che in Italia – al contrario di quanto accade in Germania – l'espressa menzione del concetto di evento in alcune norme di parte generale (in particolare, negli artt. 40 e 43 c.p.) ha alimentato la controversia intorno al carattere *naturalistico* o *giuridico* della concezione dell'evento e sospinto il dibattito sul diverso piano della offensività del fatto (anche alla luce del particolare quadro costituzionale di riferimento)<sup>164</sup>. Nondimeno la dottrina italiana ha recepito la discussione sviluppatasi in Germania intorno alla alternativa tra concezione astratta o concreta dell'evento e, seppur in assenza di una propria riflessione critica che tenesse conto del nostro diritto positivo, ha finito per aderire – sulla scorta degli studi di *Federico Stella* – alla concezione concretizzante dell'evento<sup>165</sup>.

*Traeger* per primo sottolineò l'importanza e la difficoltà della descrizione dell'evento ai fini dell'utilizzo della formula della *c.s.q.n.* e propose di adottare una descrizione normativa dell'evento astratto previsto dalla norma<sup>166</sup>. In questa prospettiva, occorre innanzitutto verificare, prima ancora di affrontare la questione della causalità, se

<sup>161</sup> Per una panoramica, STELLA, *La descrizione*, cit., 87 ss.; anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 116 ss.

<sup>162</sup> A partire dai citati studi di TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 125 ss.; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung*, cit., 46 ss., e MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 13 ss. In seguito, v. ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 10 ss.; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 74 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 30 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 117 ss. Nella letteratura più recente, il problema è stato riscoperto e ulteriormente approfondito da PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 11 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189 ss.; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 54 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 46 ss. e 79 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 55 ss. e 260 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 44 ss. e 254 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 501 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107 ss.

<sup>163</sup> Una significativa eccezione è rappresentata dagli studi di STELLA, *La descrizione*, cit., *passim*; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 246 ss.

<sup>164</sup> Cfr. le osservazioni di DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 628, ove spiega che nella dottrina italiana «tutto il problema della posizione sistematica dell'evento lesivo e dell'aspetto obiettivo (oltre che soggettivo) dell'offesa resta ampiamente trascurato: una ragione non secondaria deve probabilmente ravvisarsi nel fatto che l'offesa in genere è stata prevalentemente studiata o sul piano dei principi politico-costituzionali di costruzione delle fattispecie e del principio di materialità, oppure tecnicamente dall'angolo visuale ristretto dell'oggetto del dolo».

<sup>165</sup> FIANDACA, *Causalità*, cit., 124; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 656 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 65; recentemente, PIRAS, *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2012.

<sup>166</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 40 ss.

l'evento concreto rientri in una determinata tipologia e successivamente applicare la *c.s.q.n.* con riferimento alla categoria astratta di eventi così individuata<sup>167</sup>. L'evento non interessa al giurista in tutta la sua concretezza ma piuttosto in forma di generalizzazione; risultano pertanto rilevanti solo quegli antecedenti, la cui assenza determinerebbe una diversa conformazione dell'evento sotto il profilo giuridico<sup>168</sup>. Questa valutazione prescinde da considerazioni meramente causali e implica una selezione delle circostanze di fatto, volta alla individuazione dell'*aspetto giuridicamente rilevante* dell'evento concreto secondo la fattispecie legale.

Il presupposto dal quale muove *Traeger* è che si possano distinguere due profili: quello *causale*, per il quale rilevano tutte le modalità concrete dell'evento, e quello *giuridico (teleologico)*, per il quale rilevano solo le circostanze che sono riconducibili allo schema legale. Una condizione può essere decisiva per l'evento concreto, cioè rilevante sotto il profilo causale, ma non decisiva per l'evento sussunto sotto lo schema legale, cioè irrilevante sotto il profilo giuridico-teleologico. *Traeger* precisa che occorre prima verificare se l'antecedente è decisivo per l'evento concreto, cioè se ha determinato un mutamento riconoscibile dell'evento concreto; solo se tale mutamento si verifica, l'antecedente dovrà essere esaminato sotto il profilo giuridico<sup>169</sup>. L'A. riporta una variante del più volte citato caso dell'avvertimento o *Ruffall*, in cui la deviazione del colpo fa sì che la vittima venga colpita alla spalla invece che al capo: qui la condotta dell'agente è condizione dell'evento concreto (lesione della spalla), ma non dell'evento che interessa sotto il profilo giuridico; la vittima, infatti, in mancanza della condotta dell'agente sarebbe stata ferita più gravemente o forse persino uccisa, e non può considerarsi condizione di un evento un fatto che determina un danno più lieve o una ferita meno grave<sup>170</sup>.

La soluzione di *Traeger* presuppone evidentemente la legittimità del ragionamento ipotetico (che consente di affermare che in assenza della condotta l'evento astratto rientrante in una determinata categoria si sarebbe verificato comunque) e la rilevanza dei fattori causali alternativi o sostitutivi quali cause di esclusione della responsabilità.

Il punto debole della concezione astratta dell'evento è rappresentato dal problema della selezione degli aspetti giuridicamente rilevanti dell'evento. *Traeger* stesso aveva ammesso che non esiste un criterio univoco per distinguere tra modalità rilevanti e non rilevanti e che ogni soluzione rischia di rivelarsi arbitraria o di risolversi in un circolo vizioso<sup>171</sup>.

Senonchè, nemmeno le opposte concezioni concretizzanti sono immuni da tale vizio, posto che anche una descrizione completa di tutte le modalità dell'evento si rivela priva

<sup>167</sup> TRAEGER, *op.ult.cit.*, 125 ss.; TARNOWSKI, *op.ult.cit.*, 46 ss.

<sup>168</sup> TRAEGER, *op.ult.cit.*, 39 ss.

<sup>169</sup> TRAEGER, *op.ult.cit.*, 48.

<sup>170</sup> Questa la conclusione di TRAEGER, *op.ult.cit.*, 57. La costruzione ricalca la successiva distinzione tra causalità e imputazione e contiene *in nuce* l'idea della *Risikoverringerung*; al riguardo, v. *infra*, cap. II, par. 3.2.

<sup>171</sup> TRAEGER, *op.ult.cit.*, 165; così, anche STELLA, *La descrizione*, cit., 105; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 10 ss.

di senso<sup>172</sup>. È pacifico, infatti, che la decorazione del vaso è irrilevante e che versare una modica quantità di acqua in un fiume in piena costituisce una condotta causalmente insignificante<sup>173</sup>. È dunque sempre necessario procedere ad una selezione.

La dottrina si è sforzata di individuare un criterio intermedio, che fosse in grado di selezionare le modalità concrete essenziali per la specifica prospettiva dell'osservatore<sup>174</sup>. Come nota *Antolisei*, «non è dubbio che l'evento deve essere considerato nella sua forma concreta», e non potrebbe essere altrimenti. A proposito dell'omicidio, l'A. afferma che «dato infatti che tutti gli uomini sono mortali, se l'indagatore non si pone davanti agli occhi l'evento così come nella fattispecie si è verificato (vale a dire il decesso dell'uomo verificatosi in quel tempo, in quel luogo e in quella maniera), egli dovrebbe sempre venire alla conclusione che, anche senza l'azione delittuosa, la vittima sarebbe morta. Tuttavia, dire che l'evento deve essere considerato nella sua forma concreta, non significa che tutte le particolarità di esso, anche le più secondarie, debbano essere rilevate. L'interesse dell'osservatore ha sempre un peso decisivo nella considerazione dei fenomeni di natura, e perciò il giurista trascura, e deve trascurare, quelle circostanze che non hanno alcuna valore per il diritto»<sup>175</sup>.

Nell'ambito delle concezioni concretizzanti dell'evento, si è imposta la teoria della generalizzazione dell'evento concreto di *Müller*, secondo cui l'evento deve essere descritto alla luce dei criteri normativi contemplati dalla norma<sup>176</sup>. Nell'esempio del vaso decorato la circostanza che esso sia dipinto non ha alcuna rilevanza rispetto alla fattispecie astratta di danneggiamento, per la quale rileva soltanto il fatto che un oggetto sia stato danneggiato o distrutto. È possibile però effettuare una selezione degli aspetti concreti rilevanti dell'evento alla stregua delle indicazioni fornite dalla fattispecie legale, cioè attraverso l'individuazione delle circostanze concrete che realizzano l'evento astrattamente contemplato dalla norma. Sono pertanto condizioni dell'evento quegli antecedenti senza i quali l'evento concreto, descritto secondo criteri normativi (*generalizzazione* dell'evento), non si sarebbe verificato<sup>177</sup>.

Com'è evidente, neppure la teoria della generalizzazione dell'evento concreto è in grado di risolvere in modo soddisfacente il problema della selezione delle modalità concrete rilevanti. Per salvare la formula della *c.s.q.n.* e garantire la coerenza del risultato è necessario includere nella valutazione anche gli anelli causali intermedi e altre circostanze ritenute necessarie per spiegare l'evento<sup>178</sup>. Di fatti, la teoria risulta ancora

<sup>172</sup> Soprattutto nella versione iper-concretizzante propugnata da MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 13. ed., Berlin-München, 1968, 72.

<sup>173</sup> Le ricorrenti esemplificazioni sono riconducibili, rispettivamente, a TRAEGER, *op.ult.cit.*, 41, e v. BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 69.

<sup>174</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 398; STELLA, *op.ult.cit.*, 5 ss.

<sup>175</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 260.

<sup>176</sup> MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 13 ss.

<sup>177</sup> MÜLLER, *op.ult.cit.*, 14.

<sup>178</sup> In argomento, ampiamente ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 54; STELLA, *La descrizione*, cit., 105 ss.

oggi dominante in Italia nella versione precisata da Stella (criterio della “ridescrizione” dell’evento *hic et nunc* sulla base dei suoi “aspetti ripetibili” e, ove possibile, della considerazione degli anelli causali intermedi)<sup>179</sup> e in Germania sotto forma del criterio dell’*Erfolg in seiner konkreten Gestalt unter Einbeziehung aller zu ihm führenden Zwischenglieder*<sup>180</sup>.

Oltre che nelle concrete modalità del processo causale, la dottrina ravvisa una fondamentale limitazione nel riferimento al fattore *temporale*, per cui l’evento da prendere in considerazione è soltanto quello verificatosi in un preciso momento<sup>181</sup>. Finché l’evento è descritto come “morte di un uomo” il numero delle condizioni si amplia, ma non appena nella descrizione dell’evento siano inserite le modalità della causalità e il preciso momento di verifica dell’evento, il cerchio delle possibili condizioni dell’evento si restringe notevolmente.

Al di là di queste scarse indicazioni, la dottrina sembra essersi rassegnata al fatto che il problema appare irrisolvibile, non potendo configurarsi una regola generale.

Preme sottolineare che il problema della descrizione dell’evento non solo si rivela centrale rispetto al tema della causalità, ma si presenta anche in altri settori fondamentali della teoria del reato: nell’ambito della teoria della imputazione oggettiva, intesa come *quid pluris* rispetto al semplice rapporto causale; in relazione al profilo soggettivo con riferimento al canone della prevedibilità ed evitabilità dell’evento nell’illecito colposo e alla congruenza tra voluto e realizzato nell’illecito doloso (ipotesi di *aberratio*).

In particolare, rispetto alla prevedibilità ed evitabilità come criteri di accertamento della colpa, l’esito del giudizio dipende strettamente dal tipo di descrizione data all’evento<sup>182</sup>. Anche qui occorre infatti stabilire se la prevedibilità vada riferita all’evento astratto (cioè ad un evento *del tipo* di quello verificatosi preso in considerazione dalla regola cautelare) o all’evento in concreto *hic et nunc*. Anche sul piano della imputazione della colpa si pone dunque il problema di selezionare, di fronte ad un evento verificatosi in concreto, gli aspetti rilevanti da un punto di vista giuridico; anzi, verificheremo che tale problema viene di fatto impostato dalla dottrina e dalla giuri-

<sup>179</sup> STELLA, *op.ult.cit.*, 99; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 252. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 9.06.2011, 28782, Cezza (caso dell’oculista), cit.

<sup>180</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 359; ENGISCH, *op.ult.cit.*, 15 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 383 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 68 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit. 48 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 44; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§13, n. 79; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 57.

<sup>181</sup> Per tutti, v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 361; STELLA, *La descrizione*, cit., 98; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 256.

<sup>182</sup> STELLA, *La descrizione*, cit., 32; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 214; FORTI, *La descrizione dell’ “evento prevedibile” nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 1560, il quale sottolinea che «ogni accadimento, in quanto fatto storico individuale, è unico e irripetibile; esisterà dunque sempre una descrizione abbastanza ricca da aderire tendenzialmente a questa unicità e irripetibilità e da sottrarre l’evento a ogni possibilità di previsione»; FURNARI, *Descrizione dell’evento e prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno della imputazione colposa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 725 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 369.

sprudenza in termini analoghi a quello della imputazione causale, al punto da giungere talvolta a confondere i due profili (quello della causalità e quello della colpa)<sup>183</sup>.

Le brevi osservazioni svolte consentono di rinvenire alcuni punti fermi, che ci forniscono al tempo stesso una prima traccia d'indagine. Il criterio dell'evento nella sua forma concreta non deve implicare una descrizione completa e dettagliata delle circostanze del caso concreto, anche quelle più insignificanti (si pensi alla decorazione del vaso o al colore della camicia indossata dalla vittima), pena la rinuncia alla funzione stessa della descrizione dell'evento e della generalizzazione causale. «Non si può infatti negare che l'evento lesivo assuma rilevanza solo perché astrattamente contemplato da una norma e che perciò (...) le particolarità individuali del "caso concreto" finiscano per essere sacrificate a vantaggio del suo significato "generale"»<sup>184</sup>. Determinare la fisionomia dell'evento concreto *hic et nunc* non è dunque questione di conoscenza, ma dipende dalle scelte e finalità dell'osservatore.

Ciò dimostra però che la questione della *causa* di un evento dipende in realtà dalla descrizione dell'*evento*, non il contrario.

## 2.2. Il criterio dell'evento *hic et nunc* (Erfolg in seiner konkreten Gestalt)

La teoria dell'evento *hic et nunc* o dell'*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*, benché a prima vista convincente, si rivela un vero e proprio *topos* manipolabile, che consente alla dottrina di giungere di volta in volta alla soluzione ritenuta più corretta ed opportuna.

A colui che ha determinato qualsiasi modificazione o variazione, anche minima, dell'evento concreto (compresa la riduzione della sua intensità) viene imputato, in sostanza, l'intero fatto. Applicata coerentemente, siffatta teoria costringe a considerare causale qualsiasi antecedente (perché tutti gli antecedenti influiscono in qualche modo sull'evento), finendo col rivelarsi del tutto inutile. Allo scopo di specificare l'evento è infatti possibile aggiungere qualsiasi dettaglio, cosicché alla fine dovremmo considerare «le condizioni del mondo intero al momento del fatto»<sup>185</sup>.

Cagiona l'evento concreto *hic et nunc* la guardia del corpo che dà una spinta alla vittima facendo sì che il proiettile la colpisca non in testa ma sulla spalla, o il sanitario che in seguito al corretto trattamento medico determina la morte del paziente per una infezione polmonare invece che per un tumore<sup>186</sup>. Nell'esempio del veleno non si

<sup>183</sup> V. sul punto, v. cap. III, par. 2.2.

<sup>184</sup> STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 251.

<sup>185</sup> Così, provocatoriamente PUPPE, *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, in *GA*, 1994, 301, la quale ha svolto la critica senza dubbio più serrata al criterio dell'evento *hic et nunc*. V. anche EAD., *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, in *ZStW*, 1987, 596; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 26; EAD., *NK*, cit., n. 63. Nello stesso senso, pur con accenti diversi, HART, *HONORÉ*, *Causation*, cit., XLII; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 131 ss.; HILGENDORF, *Zur Lehre*, cit., 516 ss.

<sup>186</sup> Gli esempi sono formulati da PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 11 ss.

capisce perché l'evento "morte per avvelenamento" debba essere considerato "diverso" a seconda della provenienza delle molecole di veleno (quelle di A o quelle di B), che hanno fatto effetto nel corpo della vittima<sup>187</sup>. Analogamente, se due persone versano l'una 20 gocce di veleno e l'altra 5 gocce di veleno nella bevanda della vittima, è ovvio che la seconda non può essere ritenuta responsabile dell'evento, benché la sua condotta abbia influito sulla conformazione concreta dell'evento (la presenza di 25 gocce, invece che di 20 gocce nella bevanda)<sup>188</sup>.

L'opinione che ritiene fondamentali il tempo e il luogo dell'evento non è stata finora adeguatamente motivata, specialmente se si considera che la posticipazione dell'evento, all'opposto, non è considerata rilevante.

Notevoli perplessità solleva, in particolare, la scelta di includere nella descrizione lo specifico decorso causale che ha condotto all'evento<sup>189</sup>, risolvendosi tale metodo in un ragionamento circolare e tautologico. Si dà per accertata la causalità di un comportamento che deve essere ancora dimostrata; si presuppone come causale, ciò che come causale deve ancora essere accertato<sup>190</sup>. Analogamente, l'inserimento della condotta dell'agente nella descrizione dell'evento presuppone che se ne sia dimostrata l'efficacia causale: se la condotta viene ricompresa nella descrizione dell'evento, risulta inevitabilmente causale rispetto all'evento concreto complessivamente considerato<sup>191</sup>.

L'unico vantaggio del criterio è rappresentato proprio dalla sua estrema manipolabilità: una circostanza viene assunta nella descrizione dell'evento solo quando si vuole considerare responsabile per l'evento il soggetto che l'ha determinata<sup>192</sup>.

Lo stesso *Stella* ammette che «l'individuazione degli accadimenti o delle modalità ripetibili da includere nella (ri)descrizione dipende anche dall'idea che il giudice si fa in merito alle leggi utilizzabili nella spiegazione o – meglio – da un "tentativo" di

<sup>187</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 50.

<sup>188</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 78. Attribuiscono rilevanza all'evento concreto dato dalla quantità complessiva di veleno (x+y), MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 191.

<sup>189</sup> In origine, HARTMANN, *Das Kausalproblem im Strafrecht*, Breslau, 1900, 76. V. inoltre JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 56; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 359 ss. Da noi, STELLA, *La descrizione*, cit., 98 s.; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 256 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 130; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 190. In giurisprudenza, recentemente, v. Cass., 9.06.2010, n. 28782, Cezza (caso dell'oculista), e Cass., 12.07.2011, n. 38774, Causo, con commento di PIRAS, *Le modalità*, cit., 1 ss., le quali prendono in considerazione le specifiche modalità di produzione dell'evento, con la conseguenza che l'evento viene imputato perché non si sarebbe verificato come si è verificato. Per il riferimento "alla natura e ai tempi dell'offesa", molto diffuso nella prassi, v. ad esempio, Cass., 11.07.2002, n. 988; Cass., 21.01.2003, n. 17379; Cass., 2.10.2008, n. 40924; Cass., 17.10.2012, n. 4489.

<sup>190</sup> Così, ENGEL, *Die Kausalität*, cit., 16; SPENDEL, *op.ult.cit.*, 32; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 40; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 36 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 13; PIZZI, *Eventi*, cit., 302. Neppure la precisazione fornita da *Stella* («Qualsiasi accadimento o aspetto ripetibile in assenza del quale un evento dello stesso tipo descritto dalla norma non si sarebbe verificato», *Leggi scientifiche*, cit., 252) si sottrae a questa obiezione.

<sup>191</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 20.

<sup>192</sup> PUPPE, *Naturalismus*, cit., 303; EAD., *Der Erfolg*, cit., 873. Critici anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 209; DENCKER, *op.ult.cit.*, 50 e 106; RÖH, *Die kausale Erklärung*, cit., 14; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 524.

spiegazione che il giudice prende in considerazione sotto forma di congettura o di ipotesi»<sup>193</sup>. Permane dunque una ineliminabile componente di arbitrio legata alla impostazione assunta dall'interprete e alla ipotesi di spiegazione causale inizialmente formulata.

Specialmente il valore aggiunto del metodo di accertamento causale basato sulla sussunzione sotto leggi scientifiche (teoria della *gesetzmäßige Bedingung*) risulta di fatto annullato dalla combinazione con il dogma dell'evento *hic et nunc*: una circostanza viene compresa nella descrizione dell'evento soltanto quando si ritiene di doverla considerare causale; laddove invece sin dall'inizio la causalità di una condotta non appare configurabile, anche le circostanze da essa dipendenti vengono estromesse dalla descrizione dell'evento.

Come già segnalato, le tesi di *Engisch* e di *Stella* hanno senz'altro contribuito a precisare il criterio di accertamento della causalità (attraverso il necessario riferimento a leggi scientifiche), ma non hanno fornito una definizione di causalità nè chiarito la natura (necessaria o solo sufficiente) della condizione penalmente rilevante. Questa incertezza viene solo mascherata dal ricorso al criterio dell'evento *hic et nunc*, che consente di dotare di una spiegazione dogmatica apparentemente solida un giudizio causale di tipo *intuitivo* (senza doverne peraltro esporre le ragioni)<sup>194</sup>.

Se la formula della *c.s.q.n.* esige il rinvio a generalizzazioni (leggi scientifiche e regole di esperienza), occorre descrivere l'evento come tipo astratto riconducibile a leggi di copertura. L'evento concreto (quale fatto storico) rappresenta ovviamente un evento unico e irripetibile, ma in quanto tale sarebbe impossibile affermare il nesso causale in base a generalizzazioni e leggi di copertura; sarebbe possibile soltanto darne una spiegazione causale di tipo contingente (*post hoc, ergo propter hoc*). La funzione stessa della causalità giuridica rende inevitabile concepire l'evento nei suoi aspetti astratti e ripetibili, che interessano il diritto penale inteso quale sistema di norme deputate a orientare il comportamento dei consociati e a valutare l'incidenza dei comportamenti umani sul corso, oggettivamente prevedibile, degli eventi. «Se un evento dovesse risultare unico in senso assoluto, se dovesse apparire irripetibile sotto tutti gli aspetti, si dovrebbe rinunciare in partenza all'idea di darne una spiegazione basata su delle leggi: infatti (...) le leggi si riferiscono a classi o tipi di eventi»<sup>195</sup>.

Un ulteriore rilievo critico mosso al principio dell'evento nella sua concretezza poggia su ragioni sistematiche: mentre per l'imputazione dell'evento nel reato commissivo è sufficiente *qualsiasi modificazione* dell'evento concreto, nel reato omissivo è necessaria una *modificazione rilevante* dell'evento, nella misura in cui è richiesto l'impedimento dell'evento. Così, nell'omissione si esclude di regola l'imputazione quando l'azione doverosa non avrebbe impedito con certezza l'evento o non avrebbe

<sup>193</sup> STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 257.

<sup>194</sup> Critici, in questo senso, DENCKER, *op.ult.cit.*, 86; KORIATH, *op.ult.cit.*, 524.

<sup>195</sup> STELLA, *op.ult.cit.*, 232.



determinato apprezzabili vantaggi per il bene tutelato (v. la copiosa giurisprudenza nell'ambito della responsabilità medica)<sup>196</sup>.

La formula convenzionale, secondo la quale il comportamento omissivo avrebbe con certezza evitato l'evento, non rappresenta il rovescio della causalità nel reato commissivo, perché non si basa sull'evento concreto nè sullo specifico decorso causale, ma corrisponde semplicemente alla formula della *c.s.q.n.* che nella causalità attiva è considerata fallace. Nell'ambito del reato omissivo improprio non vige il concetto di evento *hic et nunc*, ma quello (ben diverso) di evento astratto risultante dalla interpretazione della fattispecie (evento tipologico)<sup>197</sup>.

Si adotta dunque un parametro diverso per i reati commissivi e per quelli omissivi, con la inaccettabile conseguenza che qualora l'evento fosse inevitabile, il garante non risponderebbe mai (e quindi, paradossalmente, gli converrebbe astenersi da ogni azione), mentre l'agente commissivo risponderebbe per il solo fatto di aver influenzato in qualche modo la conformazione concreta dell'evento.

La dottrina tedesca ha discusso il problema in relazione al noto *Dachwohnungsbrandfall* (caso dell'incendio nel sottotetto): un uomo non si era risolto a lanciare i figli dalla finestra sotto alla quale attendevano i soccorritori, per paura che potessero rimanere uccisi nella caduta; all'ultimo momento egli saltò dalla finestra, salvandosi, mentre i figli perirono nell'incendio<sup>198</sup>. Ebbene: la scelta del *BGH* di affermare la causalità rispetto all'evento *hic et nunc* è stata criticata da parte della dottrina, sulla base del rilievo che la concezione concreta dell'evento condurrebbe a risultati ingiusti. È evidente tuttavia che nel caso di specie l'azione omissiva (lanciare i figli dalla finestra) avrebbe sicuramente impedito l'evento concreto *hic et nunc* (inteso come "morte nell'incendio all'ora x")<sup>199</sup>.

La questione della tipologia di evento da prendere in considerazione ai fini dell'accertamento del nesso di causalità nel reato omissivo viene raramente problematizzata (e nel caso quasi esclusivamente in relazione a ipotesi di accorciamento della vita<sup>200</sup>).

<sup>196</sup> Cass., 31.10.1991, Rezza, in *Cass.pen.*, 1994, 1204; Cass., 1.12.2004, n. 9739; Cass., 7.07.2000, Galelli, in *Riv.it.med.leg.*, 2002, 1270; Cass., 21.10.2011, n. 46472; Cass., 20.01.2011, n. 13758. Per i necessari riferimenti si rinvia alla dottrina e giurisprudenza citate nel cap. II, par. 1; v. inoltre, *infra*, par. 2.6. Sul punto, nella dottrina tedesca, v. FREUND, *MüKo*, cit., § 13, n. 202 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 167 ss.

<sup>197</sup> Per questa fondamentale obiezione, HERZBERG, *Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *MDR*, 1971, 882; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; KAHRS, *op.ult.cit.*, 40; SAMSON, *op.ult.cit.*, 122 s.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 937; HILGENDORF, *Zur Lehre*, cit., 523; PUPPE, *NK*, cit., n. 64; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 523; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107. Sono favorevoli al riferimento al criterio di evento astratto, tipico o tipologico, DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 167 s.; FREUND, *MüKo*, § 13, n. 202 ss.; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 285.

<sup>198</sup> *BGH*, 28.07.1970, 1 StR 175/70, in *MDR*, 1971, 361 ss. e in *JZ*, 1973, 173.

<sup>199</sup> In questo senso, HERZBERG, *op.ult.cit.*, 881 ss.; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 140; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 253; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 95. Diversamente, FREUND, *MüKo*, § 13, n. 203 ss. Critico, da noi, GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 405.

<sup>200</sup> Al riguardo, v. *infra*, par. 2.6.

La dottrina contraria all'impiego del criterio dell'evento concreto si limita a sostenere, da un lato, che i criteri validi per l'accertamento della causalità commissiva non possono essere automaticamente applicati all'omissione e, dall'altro, che la posizione di garanzia può avere ad oggetto soltanto l'impedimento di un evento lesivo<sup>201</sup>; si osserva inoltre che l'adozione del criterio concretizzante avrebbe come conseguenza che l'omissione di qualsiasi intervento, anche uno pericoloso o inutile, porterebbe ad affermare l'imputazione dell'evento<sup>202</sup>; infine, si segnala che a determinate condotte è connotato un rischio ineliminabile<sup>203</sup>.

È indubbio che nel reato omissivo il ruolo del criterio dell'evento *hic et nunc* si rivela particolarmente problematico. La ragione consiste probabilmente nell'esigenza, avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di evitare un'abnorme estensione della punibilità per omissione. La diversità di soluzioni potrebbe anche giustificarsi sulla base della natura residuale ed eccezionale della responsabilità omissiva nell'ordinamento penale: il sentimento giuridico è infatti più incline a punire chi ha agito piuttosto che chi non è intervenuto, a considerare meritevole di pena chi determina un pericolo nuovo rispetto a chi si limita a non neutralizzarne uno preesistente.

Tuttavia, posto che l'uomo, inserito in un contesto causale, per influenzare determinati processi causali è sempre costretto ad interagire con altre condizioni (positive e negative), la disparità di trattamento sotto il profilo della concezione dell'evento esige una motivazione ben più solida e articolata.

Occorre allora interrogarsi sulle ragioni che in caso di omissione inducono l'ordinamento a rinunciare alla tutela del bene giuridico quando questo appare non più salvabile e già compromesso e che, per contro, rendono irrilevante la dimostrazione che l'azione doverosa avrebbe perlomeno impedito l'evento *hic et nunc*. Occorre insomma chiedersi perché l'ordinamento è disposto a punire l'agente solo quando il suo intervento è indispensabile alla salvezza del bene e non quando è soltanto in grado di modificare le sue concrete caratteristiche o condizioni.

La soluzione tradizionale risulta ancor meno appagante se si considera che l'imputazione andrebbe coerentemente esclusa anche in ipotesi di omissione *dolosa*. L'esame dei precedenti giurisprudenziali dimostra però che in presenza del dolo i giudici sono restii ad escludere l'imputazione dell'evento sulla base dell'argomentazione che l'agente non avrebbe potuto impedire la verifica dell'evento e sembrano, al contrario, ritenere decisivo il fatto che egli potesse incidere sulle sue concrete modalità di verifica (v. il caso dell'incendio nel sottotetto poc'anzi citato)<sup>204</sup>.

<sup>201</sup> ULSENHEIMER, *Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungsbehandlung*, in *Jus*, 1972, 252 ss.; GEILEN, *Anm. zu BayObLG, Urt. 21.11.1972*, in *JZ*, 1973, 320 ss.; SCHLÜCHTER, *Grundfälle zur Lehre von der Kausalität*, in *Jus*, 1976, 794; SCHÜNEMANN, *Anmerkung zu BGH 3.5.1984 - 4StR 266/84*, in *StV*, 1985, 229 ss., il quale afferma che scopo dell'obbligo giuridico non è quello di modificare mere circostanze concomitanti e secondarie (*Begleitumstände*), ma di impedire l'evento lesivo.

<sup>202</sup> ERB, *op.ult.cit.*, 254.

<sup>203</sup> FREUND, *MüKo*, § 13, n. 202.

<sup>204</sup> HERZBERG, *op.ult.cit.*, 882, osserva criticamente rispetto al *Dachwohnungsbrandfall* che nel caso in que-

Se nel caso in cui un medico abbia intenzionalmente omesso un intervento doveroso e tempestivo allo scopo di cagionare la morte del paziente si dimostrasse che il suo intervento non avrebbe probabilmente impedito l'evento (perché il paziente era già affetto da una grave insufficienza cardiaca o da una incurabile infezione), vi sarebbe comunque la tendenza ad affermare il nesso di causalità.

Ma come possa l'atteggiamento psicologico dell'omittente influire sulla concezione astratta o concreta dell'evento e sull'esito del giudizio di imputazione causale non è affatto chiaro.

L'applicazione di un concetto di evento sostanzialmente astratto nelle ipotesi di causalità omissiva favorisce peraltro l'impiego del criterio dell'aumento del rischio, non dovendosi imputare un evento concreto che in assenza della omissione (ovvero in presenza della condotta doverosa) sarebbe stato diverso, ma il mero aumento del rischio.

È noto che una ragione per prediligere la conversione di fattispecie commissive colpose in corrispondenti fattispecie omissive improprie è data dai minori requisiti posti per l'affermazione del nesso causale (criterio della probabilità anziché della certezza); meno consapevoli si è del fatto che ciò consegue alla diversa modalità di descrizione dell'evento prescelta (evento concreto nella causalità attiva ed evento astratto nella causalità omissiva). Tanto più che il riferimento all'evento concreto anche nell'omissione consentirebbe di giungere facilmente ad un giudizio di certezza o probabilità confinante con la certezza.

Per concludere sul punto (sul quale torneremo<sup>205</sup>), si configurano due possibili soluzioni: o si fa riferimento all'evento concreto anche nell'illecito omissivo (con la conseguenza che la causalità andrebbe affermata anche quando l'azione omessa, pur non potendo impedire l'evento *tout court*, lo avrebbe anche di poco ritardato o ne avrebbe modificato in qualche modo le caratteristiche concrete)<sup>206</sup>; oppure si fa riferimento all'evento astratto anche nell'illecito commissivo (con la conseguenza che non ogni variazione dell'evento *hic et nunc* potrebbe di per sé determinare l'attribuzione dell'evento all'agente, e ciò indipendentemente dal suo atteggiamento psicologico)<sup>207</sup>.

La scelta, attualmente prevalente, di diversificare il trattamento richiede, come già sottolineato, una giustificazione particolarmente stringente e implica, a nostro avviso,

stione il rischio oggettivo era stato "ridimensionato", perché la condotta omessa (ritenuta moralmente e giuridicamente doverosa) rappresentava il male minore rispetto ad una morte certa nell'incendio; in un ipotetico caso colposo l'A. ritiene che il *BGH* avrebbe probabilmente escluso l'imputazione.

<sup>205</sup> V. *infra*, oltre al paragrafo successivo, anche cap. II, par. 1.

<sup>206</sup> Per questa soluzione, v. ERB, *op.ult.cit.*, 256, sul presupposto che ai fini della causalità rilevi qualsiasi modificazione dell'evento concreto, mentre il fatto che l'evento non sarebbe stato comunque evitato dovrebbe essere oggetto del giudizio normativo di imputazione.

<sup>207</sup> In questo senso, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107, sul presupposto che per la causalità non è di per sé rilevante una modificazione qualsiasi del bene giuridico.

l'onere di spiegare il collegamento tra la asserita differenza "ontologica" tra azione ed omissione e il problema della definizione dell'evento quale secondo termine di riferimento del nesso causale.

Ciò che conta, ai fini della nostra indagine, è che la differenziazione riflette molto chiaramente il diverso approccio al problema causale nell'ambito dell'azione e dell'omissione, svelando che nell'omissione, contrariamente all'azione, viene attribuito un ruolo ai decorsi ipotetici. Se la morte del paziente non viene imputata al medico, perché si accerta che l'intervento doveroso e tempestivo non avrebbe probabilmente impedito l'evento, ciò equivale a sostenere che la morte non è imputabile perché non era evitabile, perché si sarebbe verificata comunque. Ciò non toglie, però, che l'omissione abbia determinato l'evento nelle sue concrete modalità spazio-temporali (il paziente sarebbe sì morto comunque, ma in condizioni diverse, in un momento e forse anche in un luogo diverso).

### 2.3. *La descrizione dell'evento sul piano della causalità e sul piano della imputazione oggettiva*

La dottrina ha tradizionalmente affrontato la questione dei decorsi ipotetici come un problema relativo alla causalità, piuttosto che come un problema relativo all'evento e alla sua descrizione. Ancora oggi vengono discussi esempi stravaganti, come quello della cassapanca e della alluvione, rispetto ai quali una parte non indifferente della dottrina ammette la causalità<sup>208</sup>; ma, del resto, ciò costituisce una conclusione obbligatoria se si utilizza il criterio dell'evento *hic et nunc*<sup>209</sup>.

L'assurdità di tale soluzione è evidente; ben più grave è che essa venga imputata al supposto carattere tendenzialmente illimitato e avalutativo del concetto di causa e non invece alla inadeguata definizione del concetto di evento.

È significativo che gli esiti più aberranti del ricorso al criterio dell'evento *hic et nunc* vengano successivamente "corretti" sul piano della imputazione oggettiva dell'evento, ove la dottrina è in grado di modificare il risultato conseguito a livello causale attraverso criteri normativi (aumento del rischio, realizzazione del rischio e scopo di protezione della norma)<sup>210</sup>. L'impressione è che la dottrina tolleri giudizi causali evidentemente paradossali nella consapevolezza di poter fornire alla questione una appagante soluzione sul piano normativo della imputazione oggettiva. Ma non si comprende davvero per quale ragione sul piano della imputazione debba valere un criterio (quale peraltro?) diverso da quello utilizzato per la causalità; senza contare che –

<sup>208</sup> Ad es., ROXIN, *Strafrecht*, cit., 377; HILGENDORF, *Zur Lehre*, cit., 520.

<sup>209</sup> Determinando, senza dubbio, la condotta del soggetto (che si limita a spostare la cassapanca nella casa in fiamme o versa un secchio d'acqua in un fiume in piena) una diversa conformazione concreta dell'evento (il lato bruciato della cassapanca e la quantità di acqua).

<sup>210</sup> Critica in questo senso, PUPPE, *NK*, cit., n. 69.

come già osservato – nel reato omissivo improprio il criterio dell'evento concreto non viene neppure preso in considerazione<sup>211</sup>.

La possibilità di correggere sul piano normativo della imputazione errori o incongruenze nella definizione di causalità non è motivo sufficiente per continuare a servirsi di un criterio insufficiente e manipolabile per l'accertamento della causalità e per trascurare l'esigenza di una corretta definizione dei concetti implicati nella relazione causale. A fronte di tale sistema di accertamento della causalità non può meravigliare che l'importanza del nesso causale tra condotta ed evento quale fondamento della imputazione venga progressivamente svalutata<sup>212</sup>.

Come ha osservato *Puppe*, la quale ha mosso le più vigorose e convincenti obiezioni critiche alla teoria causale dominante, l'errore in cui incorre la dottrina è dovuto al fatto che, *sul piano causale*, persino la condotta e lo specifico decorso causale vengono ricompresi nella descrizione dell'evento, mentre *sul piano della imputazione oggettiva* si adotta un concetto di evento piuttosto astratto. La dottrina dominante procede nello stesso modo anche nelle ipotesi di diminuzione del rischio, ove allo stesso tempo si ammette la causalità rispetto all'evento concreto<sup>213</sup> e si esclude l'imputazione oggettiva dell'evento, perché il rischio è stato ridotto, operando anche qui contemporaneamente con due diversi concetti di evento, uno rispetto all'accertamento della causalità (l'evento *hic et nunc*) e l'altro rispetto all'accertamento dell'aumento del rischio (l'evento astratto, tipico)<sup>214</sup>.

Un fenomeno analogo si verifica quando si tratta di avanzare argomenti contro la rilevanza dei decorsi ipotetici nel reato doloso. La dottrina, sulla base dell'assunto che conti esclusivamente l'evento *hic et nunc* nella sua irripetibilità e unicità, procede ad un confronto tra evento reale ed evento ipotetico, giungendo immancabilmente ad affermare l'imputazione; diversamente, nel reato colposo la dottrina, sotto il profilo della verifica della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, muta il termine di riferimento e considera l'evento-tipo preso in considerazione dallo scopo di protezione della norma<sup>215</sup>.

Il problema è che una volta definito l'evento come evento concreto, ogni altro requisito della imputazione oggettiva (aumento del rischio, realizzazione del rischio, idoneità della condotta ecc.) e soggettiva (imputazione del dolo e della colpa) dovrebbe fare riferimento a quello stesso concetto di evento. Risulta incoerente negare l'imputazione dello stesso fatto sulla base della surrettizia sostituzione del concetto di evento.

Siamo convinti che quest'uso promiscuo e mutevole del concetto di evento, ora concreto ora astratto, sia funzionale alla separazione tra causalità e imputazione ed al

<sup>211</sup> FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 33.

<sup>212</sup> Così, ancora PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 13.

<sup>213</sup> RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 58; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 359; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 74.

<sup>214</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 20 s.

<sup>215</sup> Critico, da noi, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1504.

mantenimento del dogma della bipartizione del fatto tipico oggettivo (causalità naturalistica vs. imputazione normativa) e che poggi su due premesse indimostrate: da un lato, che la causalità sia suscettibile di un accertamento a-valutativo ed empirico basato sulla mera osservazione del decorso causale reale; dall'altro che la causalità si riferisca sempre e soltanto all'evento *hic et nunc*.

Indubbiamente, a fronte dello sforzo mostrato dalla dottrina per elaborare una unitaria teoria della azione, è mancata una corrispondente teoria dell'evento<sup>216</sup>. La dottrina si è sempre accontentata di fare riferimento all'evento *hic et nunc*, inteso come *dato naturalistico* preesistente<sup>217</sup>, senza approfondire il legame tra il concetto di evento e quello di lesione del bene giuridico (salvo che in occasione dell'esame di singole fattispecie di parte speciale, come ad esempio in relazione ai reati di lesioni personali e di omicidio o ai reati contro il patrimonio)<sup>218</sup>.

Posto che la legge contempla soltanto il concetto di "evento tipico", il punto di riferimento dell'accertamento della causalità e della imputazione oggettiva dovrebbe essere il medesimo e il problema della rilevanza dei decorsi ipotetici non dovrebbe riguardare un concetto empirico e pregiuridico di causalità, ma la interpretazione e definizione del concetto di evento, alla stregua della funzione delle norme orientate alla tutela oggettiva dei beni giuridici<sup>219</sup>.

La questione è oggi di enorme rilevanza e trascende di gran lunga la casistica da manuale, basata sugli inverosimili esempi dell'alluvione, della cassapanca e del boia. Si pensi soltanto al diritto penale ambientale o al settore dei danni da prodotto o della sicurezza sul luogo di lavoro, dove frequenti sono le ipotesi in cui più soggetti contribuiscono con la propria condotta, di per sé di scarso rilievo, alla verificazione di un evento che, in quanto frutto della somma di numerosi illeciti, assume proporzioni enormi (inquinamento di acque o terreni, intossicazione da sostanze dannose ecc.). Di fatto, la dottrina è già abituata a risolvere questi casi sul piano della imputazione oggettiva dell'evento e della realizzazione del rischio, e non su quello della causalità.

Nel caso di versamento di sostanze velenose in un fiume da parte di due soggetti (il primo che porta la concentrazione a livello 0,1 e il secondo che la porta a 0,3) è stato osservato che non si pone un problema di imputazione dell'evento, ma ben prima di definizione dello stesso. È possibile, infatti, identificare l'evento penalmente

<sup>216</sup> Sottolinea la lacuna soprattutto PUPPE, *op.ult.cit.*, 15; EAD., NK, cit., n. 62.

<sup>217</sup> Sulla definizione generale di "evento" come modificazione del mondo esterno, v., ad esempio, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 274; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 359; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 223.

<sup>218</sup> Come già ricordato, in Italia la problematica del concetto di evento (in senso naturalistico o giuridico) è tradizionalmente affrontata, da un lato, sotto l'aspetto del principio costituzionale di offensività (nel confronto con la concezione realistica del reato) e, dall'altro, in funzione dell'avvertita esigenza di valorizzare il ruolo del disvalore di evento (doveroso il richiamo a MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983); al riguardo, cfr. le osservazioni di DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 620 ss. (spec. 628); ID., *Illecito*, cit., 211 ss.

<sup>219</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 109. Per un approccio simile, cfr. LICCI, *Teorie causali*, cit., 249 ss.

rilevante nella singola porzione di evento (*Teilerfolg*) (rispettivamente l'aumento di 0,1 per un agente e di 0,2 per l'altro) oppure nell'evento complessivo (*Gesamterfolg*) (lo 0,3 totale) e di conseguenza giungere a soluzioni opposte (rispettivamente escludere l'imputazione o ammetterla nei confronti di entrambi gli agenti)<sup>220</sup>.

Similmente, nell'esempio di tre soggetti che versano ciascuno, uno dopo l'altro, una dose di 10 gocce di veleno nella bevanda della vittima e posto che la dose letale sia di 20 gocce, è ragionevole chiedersi se l'ultimo soggetto che versa le 10 gocce possa considerarsi causale. Egli ha certamente modificato la conformazione concreta dell'evento (maggiore concentrazione di veleno), ma si può dire che abbia anche determinato l'evento tipico?

Settori, tuttora minoritari, della dottrina sono orientati ad escludere la responsabilità per l'evento, sulla base della affermazione che il soggetto non ha inciso in senso peggiorativo sulla situazione del bene e che la sua condotta si è rivelata superflua, non essenziale rispetto alle condotte precedenti, e dunque non (più) necessaria<sup>221</sup>.

Il tema, evidentemente, tocca da vicino la problematica della riduzione o diminuzione del rischio (*Risikoverringering*). Basti qui anticipare che, a nostro avviso, l'unico luogo sistematico in cui può trovare considerazione il fatto che non può essere punita la riduzione (diminuzione) quantitativa di un evento lesivo appare la definizione del concetto di evento<sup>222</sup>.

In questo quadro, si rivela necessario determinare i presupposti per una razionale applicazione di tutti i concetti che implicano una relazione e che fanno riferimento al nesso tra condotta ed evento, come quelli di *causalità*, *imputazione*, *realizzazione del rischio*, *causalità della colpa*. La definizione univoca dell'oggetto del giudizio di impu-

<sup>220</sup> L'esempio è formulato da PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 19, che nei casi di *quantifizierbare Erfolge* ritiene che ognuno debba rispondere soltanto della parte di evento che ha effettivamente cagionato, e non di quella che è spiegabile causalmente senza la sua condotta. D'accordo, JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 191.

<sup>221</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 189 s. e 222 ss.; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 54 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 24; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss.; ID., *Principio*, cit., 377 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 183 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 103 s. Per la formulazione dell'esempio e la soluzione v. già SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 83. V. *infra*, par. 2.5 e cap. II, par. 3.2.; cap. III, par. 3.6.

<sup>222</sup> V. *infra*, cap. II, par. 3.2. e 4.6. La problematica della descrizione dell'evento si rivela inoltre rilevante rispetto al tema anch'esso molto attuale (e caro ai teorici della imputazione oggettiva dell'evento) dei danni a distanza (*Spätschäden, Folgeschäden*): anche qui non è affatto chiaro quale sia l'evento al quale debba farsi riferimento e la giurisprudenza utilizza in modo disinvolto un concetto di evento molto ampio (evento astratto e, per così dire, "categoriale"), pur di assicurarne la imputazione. Approfondimenti sul tema in FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 387 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne tendenzen*, cit., 715 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 138 ss. Nell'ambito delle dottrine sulla imputazione oggettiva dell'evento affrontano questo aspetto in modo specifico, NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, Frankfurt a.M., et al., 1993; GOMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998; EAD., *Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung*, in *ZStW*, 2001, 283 ss.; SCHLEHOFER, *Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des Hiv-Infizierten*, in *NJW*, 1989, 2017 ss.; SILVA SANCHEZ, *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, in *Estudios penales en memoria del Prof. Agustin Fernandez-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, 677 ss.

tazione costituisce senz'altro il primo passo in direzione di una compiuta e coerente *Zurechnungslehre*.

#### 2.4. La descrizione dell'evento in prospettiva normativa

Un evento lesivo, in quanto modificazione fisica della realtà esterna, è sempre “concreto”, ma altra è la questione, che viene a dipendere strettamente dal criterio di imputazione, se l'agente debba rispondere dell'evento quando ne abbia in qualche modo condizionato le specifiche caratteristiche o soltanto quando questo era evitabile, vale a dire quando in mancanza della sua condotta illecita l'evento sarebbe stato scongiurato<sup>223</sup>.

Ciò non significa che si debba “astrarre” dall'evento concreto, ma piuttosto che l'evento concreto (cioè la realizzazione dell'evento tipico) può rivelarsi irrilevante dal punto di vista della valutazione giuridica, per diverse ragioni attinenti alla *ratio* e alla finalità della fattispecie. Non è certamente nuova l'idea che si possa prescindere dalla lesione materiale di un bene giuridico e considerare altri fattori ai fini della imputazione o della sua esclusione (si pensi soltanto al principio della autoresponsabilità, al consenso quale causa di esclusione della tipicità o al bilanciamento tra beni in conflitto).

Se, come s'è detto, la teoria condizionalistica rappresenta una teoria giuridica in relazione al particolare concetto di *causa* adottato, non è remota l'idea che essa debba essere tale anche in relazione al concetto di *evento*. Tanto più che, per quanto si ammetta l'importanza della descrizione concreta dell'evento, questo rappresenta pur sempre un evento *illicito*, cioè un evento osservato attraverso la lente del diritto (penale).

A questo proposito è utile por mente alla distinzione sviluppata da Mackie tra “eventi” e “fatti”: per ogni “evento” possono esserci “fatti” diversi, perché i “fatti” rappresentano degli “eventi con descrizione”<sup>224</sup>. Per esempio: l'affermazione “Tizio morì” e l'affermazione “Tizio morì con due proiettili in corpo” possono riferirsi ad uno stesso *evento* descritto con maggiore o minore precisione, ma denotano *fatti* diversi. Per uno stesso evento può esserci dunque una pluralità di fatti diversi ed è evidente che «adottare fatti piuttosto che eventi come *relata* causali comporta delle differenze nell'accertamento dei nessi causali»<sup>225</sup>.

La necessità di una definizione *normativa* di evento in base allo scopo della singola norma incriminatrice è stata avvertita dalla dottrina più sensibile, con la opportuna precisazione che ciò non significa indulgere in descrizioni astratte e generalizzanti, ma semplicemente orientare la descrizione dell'evento concreto allo scopo della norma. Si tratta evidentemente di un approccio concretizzante diverso da quello solitamente

<sup>223</sup> KORIATH, *Grundlagen*, cit., 504; WOLTER, *Objektive*, cit., 31; già prima, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3. ed., 1981, 87.

<sup>224</sup> MACKIE, *The Cement*, cit., 248 ss.; PIZZI, *Eventi*, cit., 110.

<sup>225</sup> In questi termini, PIZZI, *loc.ult.cit.*



riscontrabile in dottrina e giurisprudenza e che concepisce la concretezza dell'evento non tanto come concretezza "fenomenologica" *hic et nunc*, quanto come concretezza riferita alla specifica norma incriminatrice<sup>226</sup>.

In questa prospettiva è possibile ridimensionare la stessa differenza tra concezione concreta e concezione astratta dell'evento, interpretando la prima come orientata alla fattispecie (evento tipico) e la seconda come riferita ad una classe di eventi<sup>227</sup>. Descrizione astratta e descrizione concreta così intese non rappresentano opzioni inconciliabili e fra loro alternative, ma indicano più semplicemente due aspetti del problema della concretizzazione dell'evento, due fasi del procedimento della sussunzione.

Il cambio di paradigma, poc'anzi criticato, tra piano della causalità e piano dell'imputazione può allora comprendersi alla luce della necessità di adottare diversi termini di riferimento in relazione alla determinazione, da un lato, della causalità intesa come generalizzazione causale e, dall'altra, della causalità intesa come imputazione individuale. Si ricordi la distinzione tratteggiata tra causalità generale riferita alla necessità di formulare un giudizio *ex ante* fondato su leggi scientifiche e causalità individuale riferita alla necessità di attribuire *ex post* un evento ad un soggetto in base alla formula condizionalistica. Ebbene: in questo quadro non può che essere valorizzata l'intuizione fondamentale delle teorie dell'evento astratto, volte a selezionare "tipi" o "classi" di eventi in connessione con l'esigenza di generalizzazione sottesa al procedimento di sussunzione, ovvero alla verifica di *congruenza*. Per quanto attiene, invece, al piano della imputazione individuale il *confronto* tra evento concreto ed evento astratto contemplato dalla norma è finalizzato non tanto ad un giudizio di congruenza, ma di *differenza*.

Emerge con sempre maggiore chiarezza che la concezione generalizzante dell'evento (già nella formulazione di *Traeger*), laddove affronta la questione se un evento astratto (del tipo di quello verificatosi in concreto) si sarebbe verificato anche senza la condotta, abbandona il piano strettamente causale introducendo un criterio di relazione. Il concetto di evento astratto (di "tipo" o "classe" di eventi) rappresenta infatti un *Relationsbegriff*<sup>228</sup>.

In verità, la concezione astratta dell'evento di *Traeger* implicava oltre alla generalizzazione dell'evento anche la generalizzazione della condizione (causa), nel senso di selezione delle condizioni che risultano adeguate rispetto all'evento (con il connesso problema della determinazione della base ontologica e nomologica del giudizio). Merito della concezione generalizzante dell'evento è dunque quello di aver eviden-

<sup>226</sup> STELLA, *La descrizione*, cit., 115; DONINI, *Illecito*, cit., 369 («Che la descrizione dell'evento (...) sia un problema risolvibile a prescindere dal significato tipico della lesività desumibile da ogni singola norma incriminatrice – quasi che la causalità nel diritto fosse indipendente dalla tipicità! – è il limite principale di approcci generalizzanti che astraggono dagli scopi di tutela delle singole norme incriminatrici»). In questo senso, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 97 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 552.

<sup>227</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 82.

<sup>228</sup> Per questa importante constatazione, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 12.

ziato il legame tra la questione della adeguatezza della condizione e la questione della descrizione dell'evento<sup>229</sup>.

Tornando all'interrogativo iniziale: non conta tanto chiedersi se la condotta abbia condizionato effettivamente l'evento (visto che la risposta è evidentemente positiva), quanto se il disvalore complessivo del fatto, alla luce della singola fattispecie esaminata, rimanga inalterato (e qui la risposta non è affatto scontata).

Tale questione risulta complicata dal fatto che la dottrina utilizza allo stesso tempo la formula della *c.s.q.n.* con riferimento all'evento concreto ai fini dell'accertamento della causalità (materiale, scientifica) e con riferimento all'evento astratto nel contesto della imputazione oggettiva, in particolare ai fini dell'accertamento del nesso di illiceità o evitabilità (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)<sup>230</sup>. È appena il caso di osservare che il ricorso alla formula della *c.s.q.n.* nel contesto della imputazione oggettiva è raramente esplicitato e avviene in modo tendenzialmente occulto. In ogni caso, questo duplice utilizzo della formula rispecchia la sua doppia funzione in relazione al tipo di evento (astratto o concreto) considerato: da un lato, essa ci dice se l'evento *concreto* è stato cagionato dalla condotta; dall'altro, essa – in quanto *Zurechnungsformel*, operante su un piano valutativo-teleologico – ci dice se l'evento tipico, astratto, sarebbe rimasto lo stesso, se era o meno evitabile. Ed è questa seconda funzione quella prettamente giuridica, l'unica che consenta di fondare un giudizio di disvalore rispetto all'evento e quindi un giudizio di imputazione.

La dottrina non sempre si avvede che la formula è la stessa e che essa viene soltanto impiegata in modo diverso a seconda degli scopi di accertamento della causalità o di imputazione normativa. Ciò che interessa qui evidenziare è che l'uso occulto fatto della *c.s.q.n.* nel contesto della imputazione oggettiva, peraltro in relazione al solo reato colposo attraverso il criterio della evitabilità e della causalità della colpa, potrebbe rappresentare in realtà l'uso *proprio*, specifico del giudizio di imputazione che, in quanto tale, riguarda l'illecito *in generale*.

Questa ricostruzione valorizza evidentemente il ruolo dell'evento come elemento di collegamento tra l'oggetto materiale e il bene giuridico e invita a riflettere anche sul possibile scarto esistente tra tipicità apparente e tipicità sostanziale, cioè tra modificazione del mondo esterno e lesione dell'interesse protetto, tra tipicità e offensività<sup>231</sup>. Del resto, la polemica tra concezione naturalistica e concezione giuridica dell'evento non è soltanto terminologica, ma riguarda soprattutto il modo di concepire il rapporto tra condotta ed evento<sup>232</sup>. Per la concezione naturalistica soltanto l'effetto naturale della condotta può considerarsi conseguenza della condotta, mentre la concezione

<sup>229</sup> Lo sottolinea KORIATH, *Kausalität*, cit., 62. Per un approfondimento di questo aspetto, v. cap. IV, par. 2.2. e 2.3.

<sup>230</sup> Come segnalava già SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2. ed., Tübingen, 1975, 235.

<sup>231</sup> STELLA, *La descrizione*, cit., 42 ss.

<sup>232</sup> Per tale conclusione, v. SANTAMARIA, voce *Evento (diritto penale)*, in *Enc.dir.*, XVI, Milano, 1967, 118 ss.

giuridica ammette un rapporto di causa ed effetto tra condotta ed offesa (con l'importante conseguenza che la stessa condotta risulta definita, "qualificata" dalla idoneità a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico)<sup>233</sup>.

La dottrina ha dimostrato che non sempre vi è coincidenza tra la descrizione degli aspetti naturalistici dell'evento verificatosi in concreto e la descrizione dei suoi aspetti offensivi e che quindi non sempre alla verifica dell'evento naturalistico corrisponde l'effettiva lesione dell'interesse tutelato. Si tratta di capire se la descrizione dell'evento naturalistico possa divergere o meno dalla descrizione dell'evento lesivo del bene protetto e se la condotta tipica debba anche essere concretamente lesiva dell'interesse tutelato dalla norma<sup>234</sup>.

Se, come abbiamo sottolineato, la descrizione dell'evento non può prescindere dalle indicazioni offerte dalla previsione legislativa, «il valore qualificante discende dalla norma al fatto, oltre che per la corrispondenza di quest'ultimo all'ipotesi astratta, anche per il suo rientrare compiutamente nella *ratio* della norma»<sup>235</sup>.

## 2.5. La descrizione dell'evento risultante dal confronto tra decorso reale e decorso ipotetico. Il giudizio differenziale.

Se dunque, come rilevato, la questione della descrizione dell'evento risulta preliminare rispetto alla determinazione del criterio di imputazione dell'evento, anche il problema della rilevanza dei decorsi ipotetici, contrariamente a quanto ritiene la dottrina tradizionale, non concerne affatto l'imputazione dell'evento, bensì già la sua definizione<sup>236</sup>.

Nell'ambito di un ordinamento volto alla tutela oggettiva dei beni giuridici il problema della descrizione dell'evento non può risolversi mediante il criterio dell'evento *bic et nunc*, ma richiede un approfondimento dell'idea di identità/diversità dell'evento alla luce di criteri normativi. Il diritto penale non può certo interessarsi delle innumerevoli modificazioni dell'aspetto o della situazione di un bene (sotto questo profilo la concezione concretizzante dell'evento determina una notevole estensione dell'ambito della causalità e, parallelamente, dei comportamenti vietati); ciò che conta sono le ripercussioni effettive sulle condizioni del bene in termini di peggioramento o svantaggio.

<sup>233</sup> Cfr. nella dottrina tedesca, recentemente, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107, quando afferma che la *c.s.q.n.* non va riferita all'evento *bic et nunc*, ma al «*statbestandliche Unwert*» in esso contenuto.

<sup>234</sup> Nell'ambito della concezione realistica del reato, v. M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, 160-161; ID., voce *Dolo (dir.pen.)*, in *Enc.dir.*, XIII, 1964, 787; FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 41 s.; L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1961, 1086; SCARANO, *Il tentativo*, 2 ed., Milano, 1960, 222 s., 228; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 131; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, 65 s., 72; NEPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965. Molto critico STELLA, *La descrizione*, cit., 75, per il quale il furto di un acino d'uva non è un fatto tipico ma inoffensivo, ma è un fatto *ab origine* atipico, non conforme al modello legale.

<sup>235</sup> M. GALLO, *Il dolo*, cit., 160 s.

<sup>236</sup> Chiaramente in questo senso, SAMSON, *op.ult.cit.*, 117.

È chiaro che l'alternativa tra teoria condizionalistica concretizzante e generalizzante (e la conseguente influenza dei decorsi ipotetici) richiama una diversa concezione della funzione delle norme<sup>237</sup>: nel primo caso, rileva la semplice incidenza (*Einwirkung*) sull'oggetto materiale, nel secondo le norme assumono una funzione di sostanziale conservazione (*Erhaltung*) dei beni giuridici<sup>238</sup>.

Come è stato osservato, l'applicazione rigorosa del criterio dell'evento *hic et nunc* conduce a conclusioni assurde proprio perché si limita a fornire una descrizione dettagliata e precisa di un solo elemento del contesto (cioè lo stato del bene giuridico), estromettendo dall'analisi le altre circostanze presenti. Si riprenda come esempio la versione modificata del già citato caso dell'avvertimento (*Ruffall*), in cui A avverte B del colpo fatale che sta per sopraggiungere in direzione della testa e B, giratosi, riceve il colpo alla spalla, rimanendo ferito. Ebbene, una descrizione concentrata sull'evento *hic et nunc* (ferita alla spalla), pur apparendo la più corretta e precisa, in realtà descrive la situazione in modo parziale e incompleto. La situazione complessiva dovrebbe essere descritta piuttosto nei termini seguenti: "B è stato ferito *soltanto* alla spalla, ma avrebbe potuto essere ferito in modo decisamente *più grave*". L'esclusione dalla descrizione di questa circostanza, decisiva per la valutazione giuridica, non può considerarsi ragionevole<sup>239</sup>.

Occorre ribadire, a questo proposito, che l'"evento concreto" non esiste, perché esso può essere concepito sempre e soltanto come entità astratta in relazione alla descrizione dell'interesse tutelato. L'evento "morte" non coincide con il colpo mortale al cuore e neppure con la fine delle funzioni cerebrali; questi infatti sono semplicemente criteri per stabilire la morte. In altre parole: non esiste la *morte* nella sua *konkrete Gestalt*, ma può esistere soltanto il *morire* nella sua concretezza; concreto è dunque soltanto il particolare percorso che ha condotto all'evento penalmente rilevante<sup>240</sup>.

L'evento penalmente rilevante non indica allora lo stato concreto di un bene giuridico, ma una modificazione di stati. Tale modificazione può essere apprezzata soltanto attraverso una valutazione differenziale; essa è, in altre parole, il risultato di un confronto, di una sorta di "saldo"<sup>241</sup>.

Abbiamo già sottolineato che il senso e il linguaggio comune identificano normalmente la causa di un evento in un fattore che *interferisce* con il corso degli eventi o influisce su un decorso causale modificandone l'esito<sup>242</sup>. La "causa" interviene su un

<sup>237</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 92; LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 211, ammette che la considerazione delle cause alternative ipotetiche implica una decisione di valore riguardo alla funzione delle norme penali. Cfr. le ricostruzioni di KAHL, *Das Problema*, cit., 136 ss.; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 247 ss.

<sup>238</sup> Si vedano, oltre ai già citati studi di Traeger e Tarnowski, WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss.; SAMSON, *op.ult.cit.*, 96 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 31.

<sup>239</sup> Così, KORIATH, *Grundlagen*, cit., 501 ss.

<sup>240</sup> In questi termini, DENCKER, *Kausalität*, cit., 99.

<sup>241</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 101 ss. In relazione al *Differenzprinzip*, v. SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss., con ampi riferimenti alla dottrina civilistica tedesca.

<sup>242</sup> V. *supra*, Introduzione.

dato contesto determinando una *differenza*, una *deviazione* rispetto al corso normale degli eventi e il suo significato non è tanto quello di condizione necessaria, quanto quello di “elemento che interviene a fare la differenza”<sup>243</sup>.

In questa prospettiva, il ricorso da parte della dottrina al criterio dell'evento *hic et nunc*, proprio in quanto motivato dall'esigenza di escludere la rilevanza dei decorsi ipotetici, non appare giustificato (e, anzi, determina – come abbiamo visto – un circolo vizioso). L'unico modo per fornire una descrizione concreta dell'evento, conservando al tempo stesso la fondamentale funzione della formula della *c.s.q.n.*, è quello di effettuare un confronto tra situazione reale e situazione ipotetica e concepire – in relazione alla *ratio* della singola fattispecie incriminatrice – l'evento come peggioramento (*Verschlechterung* o *nachteilige Veränderung*) del bene giuridico<sup>244</sup>.

Una descrizione dell'evento in questo senso non offre soltanto un termine di riferimento unitario per causalità e imputazione, ma risulta anche conforme agli orientamenti più recenti della teoria della imputazione oggettiva, che ritengono irrilevante una mera modificazione dell'evento o del rischio. Secondo questo indirizzo, ciò che conta non sarebbe tanto l'evento *hic et nunc*, quanto la differenza tra la variazione di un medesimo rischio (*Risikovariation*) e la creazione di un nuovo rischio (cui viene equiparata la sostituzione di un rischio precedente con uno nuovo): solo quest'ultima integrerebbe una causa penalmente rilevante<sup>245</sup>.

Merita di essere ricordato che proprio le teorie generalizzanti dell'evento, in quanto basate sul concetto di evento “tipo” o “categoriale”, introdussero la fondamentale distinzione tra *modificazione* e *sostituzione* del decorso causale e del rischio (*Kausalitätsmodifizierung* e *Kausalitätsersetzung*)<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> Cfr. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 29, ove richiamano il c.d. *Differenzprinzip*, affermando che «*the notion, that a cause is essentially something which interferes with or intervenes in the course of events which would normally take place, is central to the common-sense concept of cause (...) The cause, though not a literal intervention, is a difference from the normal course which accounts for the difference in the outcome*». Cfr. altresì WOLFF, *Kausalität*, cit., 29; KORIATH, *Kausalität*, cit., 20; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss. V. anche PIZZI, *La nozione di rilevanza causale*, cit., 47). Cfr. anche SANTONI DE SIO, *Il concetto*, cit., 3228 («Esiste un comune denominatore delle varie nozioni di causa, ed è il concetto, semplice anche se vago, di “fare la differenza”, cioè la nozione che converremo di chiamare di rilevanza causale”. Il giudizio di rilevanza causale implica un condizionale controfattuale, “in cui si asserisce che se non si fosse verificato l'evento-causa non si sarebbe verificato l'evento-effetto»); RONCO, *Aporie*, cit., 250.

<sup>244</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss.; PUPPE, NK, cit., n. 62 ss.; EAD., *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 483 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 142; ID., *Überlegungen*, cit., 267; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 37; DENCKER, *Kausalität*, cit., 109; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 79. Anche, per certi aspetti, ROMANO, *Commentario*, cit., 406. Analogamente, sotto il profilo dell'*Intensivierungsprinzip*, SAMSON, *op.ult.cit.*, 100 ss. e CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 143.

<sup>245</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 54; ERB, *op.ult.cit.*, 191; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip*, cit., 422; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., n. 195; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 399; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 288; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 94; ROMANO, *Commentario*, cit., 406; TRIMARCHI, *Kausalität*, cit., 41. Sul punto, SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1599; ID., *Principio*, cit., 380 ss.

<sup>246</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 17 ss.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 41 ss. In argomento, SAMSON, *op.ult.cit.*, 27; RÖDIG, *op.ult.cit.*, 131.

Nelle ipotesi in cui l'evento si sarebbe verificato comunque, perché l'agente ha determinato soltanto la *modificazione* di alcuni elementi della catena causale, come negli esempi tradizionali dell'avvertimento (la versione originaria del *Ruffall*) o del locomotore (*Triebwagenfall*)<sup>247</sup>, anche la dottrina tradizionale tendeva ad escludere l'imputazione dell'evento, sul presupposto che la condotta dovesse perlomeno anticipare il momento di verifica dell'evento (utilizzando quindi implicitamente il principio della *Verschlechterung*). Inutile sottolineare che si tratta di casi puramente teorici, poiché difficilmente un soggetto avrà interesse a modificare il mero decorso causale (colpire la vittima su un lato del capo piuttosto che sulla nuca) sapendo che l'evento si verificherà comunque nello stesso identico momento. Diversamente erano considerati i casi in cui l'agente non si limita a modificare un decorso causale preesistente, ma determina la completa *sostituzione* del decorso (come nel noto *Henkerfall* o nel caso del bastone).

La distinzione riaffiora nella letteratura più recente, ove si afferma che colui che non ha aumentato un rischio già esistente (per es. limitandosi a modificare il luogo della morte), nè sostituito il rischio precedente con uno nuovo, ha semplicemente modificato delle circostanze concomitanti (*Begleitumstände*) nell'ambito di un medesimo rischio (*Variation des schon bestehenden Risikos*)<sup>248</sup>. La modificazione di mere circostanze concomitanti – si afferma – non può essere oggetto di aspettative giuridiche penali. Come scrive *Jakobs*, «in questi casi si cagiona l'evento, ma non il rischio dell'evento»<sup>249</sup>.

*Jakobs* ci tiene a precisare che la differenziazione tra il mero condizionamento di elementi irrilevanti o secondari e la causazione dell'evento tipico è possibile solamente in base allo scopo delle norme: «Un avvenimento che non rende il mondo più pericoloso né sostituisce un complesso di condizioni dell'evento (un rischio) con un altro, non può essere ragionevolmente l'oggetto di un divieto giuridico di cagionare l'evento»<sup>250</sup>.

Oltre al nesso condizionalistico occorre dunque accertare se la ipotetica alternativa (immaginare la condizione come esistente o come assente) comporti una alternativa rispetto alla comparsa dell'evento. Per un ordinamento basato su norme volte ad

<sup>247</sup> Nel caso proposto da SAMSON, *op.ult.cit.*, 98, Tizio percorre a bordo di un locomotore un tratto ferroviario a due binari interrotto a causa di una improvvisa frana; Caio aziona un cambio facendo deviare il locomotore dal binario sinistro a quello destro, che pure è bloccato dalla frana, determinando la morte di Tizio. Al riguardo, v. anche SANCINETTI, *Principio*, cit., 384 s.

<sup>248</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 54. *Jakobs* formula il noto esempio del montacarichi che precipita a causa, da un lato, della negligente manutenzione che ha ridotto la capacità di carico e, dall'altro, di un carico eccessivo (*Aufzugfall*). Secondo l'A. risponde chi per primo ha realizzato il rischio sufficiente alla verifica dell'evento (nell'esempio, chi ha pregiudicato la capacità di carico dell'ascensore), mentre le sole modificazioni non sono imputabili (perché costituiscono mere variazioni di *Begleitumstände* nell'ambito di un rischio *già perfetto*). V. anche CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 283 ss. Sul punto, più approfonditamente, cap. III, par. 3.6.

<sup>249</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 55-56.

<sup>250</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189; anche ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 54.

impedire eventi lesivi può essere rilevante soltanto una condizione da cui dipenda la verificazione di un evento e non una condizione che semplicemente si inserisca nel corso degli eventi modificando o sostituendo le modalità del decorso<sup>251</sup>. L'evento penalmente rilevante si manifesta pertanto sotto forma di *Erfolgsdifferenz* tra un nesso causale reale e uno ipotetico<sup>252</sup>.

L'attenzione per la *Erfolgsdifferenz*, pur manifestandosi nel banale interrogativo “cosa sarebbe successo se...?” esprime un particolare punto di vista, non più naturalistico ma già normativo, in quanto contenente in sé un giudizio di valore, e costituisce il fondamento della *c.s.q.n.* intesa come *Zurechnungsformel*.

Tale differenza va poi accertata non mediante un confronto tra lo *status quo ante* (un uomo vivo, un vetro intatto) e la situazione conseguente alla condotta (un uomo morto, un vetro rotto), bensì tra questa e la situazione che si sarebbe creata in seguito al prevedibile sviluppo delle circostanze presenti in un dato contesto in mancanza della condotta illecita<sup>253</sup>.

In conclusione, possiamo constatare che una considerazione in questi termini dei decorsi ipotetici introduce nella discussione intorno al significato ed alle funzioni della *c.s.q.n.* una prospettiva *dinamica* di valutazione, che porta a concepire l'evento non come differenza statica tra un “prima” e un “dopo”, ma come differenza *qualitativa* riferita alle condizioni del bene giuridico.

## 2.6. L'esempio concreto della anticipazione o posticipazione dell'evento

In dottrina e giurisprudenza si sostiene frequentemente che rileva la condotta che abbia accelerato l'evento o anticipato (rispetto al decorso alternativo ipotizzato) il momento della sua verificazione<sup>254</sup>. Tuttavia, questa conclusione, apparentemente

<sup>251</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 24 ss., il quale utilizza il concetto di *erfolgsrelevante Bedingung*.

<sup>252</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 26; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 127; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 246.

<sup>253</sup> In questi termini, SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 664, il quale conclude che la *c.s.q.n.* potrebbe svolgere un ruolo normativo solo se intesa nel senso della *Differenzhypothese* (*ivi*, 683). Fondamentale, altresì, WOLFF, *Kausalität*, cit., 30, ove spiega che «risultato dell'azione è la differenza tra il processo causato e il decorso preesistente» («*Ergebnis des Tuns ist der Unterschied des bedingten Prozesses zum angelegten Geschehen*»).

<sup>254</sup> In giurisprudenza, tra le tante, v. Cass., 2.10.2008, n. 40924, che in tema di omicidio imputabile a colpa medica, ha affermato che «il rapporto causale va riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche alla natura e ai tempi dell'offesa, nel senso che il rapporto in questione deve essere riconosciuto anche quando risulti provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani ovvero quando risulti ricollegabile alla condotta del medico un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa»; in questo senso anche Cass., 21.02.2012, n. 10864; Cass., 20.01.2011, n. 13758; Cass., 21.01.2003, n. 17379; Cass. pen., sez. un., 12.07.2002, n. 30328, Franzese; Cass., 9.05.2003, n. 37432. V., altresì, Cass., 11.04.2008, n. 22165 che, in tema di esposizione ad amianto sul luogo di lavoro, ha ritenuto sussistente il nesso causale tra la morte del lavoratore e l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione «quando, pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia, deve ritenersi prevedibile che la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul suo tempo di latenza»; nello stesso senso, recentemente Cass., 27.08.2012, n. 33311, relativa al caso Fincantieri. Cfr., infine,

scontata, viene rimessa in discussione quando la condotta abbia non già anticipato, ma posticipato l'evento (e per analogia, quando lo abbia reso meno grave)<sup>255</sup>.

Soprattutto con riferimento ai reati contro la vita e la salute la diffusa convinzione che conti soltanto l'evento concreto e che i decorsi ipotetici non abbiano alcuna rilevanza, assume una connotazione di valore, uscendone ulteriormente rafforzata: non di rado, infatti, si afferma che in questi casi la considerazione dei decorsi ipotetici pri- verebbe di tutela persone che si trovano in condizioni fisiche già compromesse<sup>256</sup>.

Si pone dunque la decisiva questione di stabilire quale rilievo vada attribuito alla circostanza che, in assenza della condotta illecita o in presenza del comportamento lecito o doveroso, l'evento lesivo si sarebbe (forse) verificato ugualmente, anche se in tempi diversi; in particolare, se un tale comportamento avrebbe soltanto sortito l'effetto di *ritardare* il verificarsi dell'evento dannoso<sup>257</sup>.

Interessante notare che nel dibattito intorno alla descrizione dell'evento e alla rilevanza dei decorsi ipotetici la fattispecie di omicidio ha sempre rivestito un ruolo primario, perché si presta perfettamente a sostenere l'argomentazione che qualunque anticipazione dell'evento (anche di pochi istanti) è penalmente rilevante e imputabile. La descrizione dell'evento "morte" implica del resto che il decesso sia avvenuto prima del tempo in cui normalmente avrebbe dovuto verificarsi, conformemente al

Cass., 8.07.2011, n. 34238, che ha escluso la responsabilità del medico per il decesso del paziente «quando risulti, in occasione del giudizio controfattuale da effettuare in caso di addebito a titolo di responsabilità omissiva, che l'intervento del sanitario, che si assume omissso o ritardato, per la gravità della situazione del paziente, non avrebbe assicurato comunque alla vittima una ulteriore, significativa frazione di vita».

Nella dottrina tedesca si parla a questo proposito di «*Beschleunigung des Erfolgintritts*»; v. RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 46; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 80; PUPPE, *NK*, vor §§ 13, n. 94; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 555 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 190; FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 316. Sul punto, v. i noti *Peritonitisfälle* (BGH, *NStZ*, 1981, 218 ss. e BGH, *NStZ*, 1985, 26 ss.) discussi nella letteratura tedesca. In relazione alla responsabilità del medico, v. nella dottrina italiana, anche per gli essenziali riferimenti giurisprudenziali, BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 74; anche DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 53 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 129 s.; PIRAS, *Le modalità*, cit., 1 ss. Si vedano, inoltre, sul punto, PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1044; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 198.

<sup>255</sup> Si rammenti il già citato "caso della borraccia" (v. *supra*, cap. I, par. 1.1., nt. 13).

<sup>256</sup> Il riferimento è evidentemente alla ipotesi di uccisione di un moribondo; v. per tutti, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 427; ID., *Strafrecht*, cit., 359; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 191; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 97; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 163; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 190; DONINI, *Illecito*, cit., 441; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 66; in giurisprudenza, v. Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso relativo al disastro di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82. L'argomento è visibilmente pretestuoso, dato che l'uccisione di un moribondo rappresenta una anticipazione del momento di verifica dell'evento, la quale è sempre rilevante, specialmente rispetto alla fattispecie di omicidio. Sottolinea Cass., 22.11.2007, n. 2112, che «offrire un contributo determinante nella causazione della morte della vittima, almeno sotto il profilo della sua anticipazione, equivale alla sua causazione alla stregua del principio desumibile dall'art. 41, comma 1, c.p., per cui accelerare il momento della morte di una persona destinata a soccombere equivale a cagionarla». Cfr. anche Cass., 9.06.2011, 28782, Cezza (caso dell'oculista), per la quale «nessuno sosterebbe che uccidere un condannato a morte mentre sta per essere giustiziato non costituisca reato per mancanza del rapporto di causalità».

<sup>257</sup> Sul punto, approfonditamente, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 554 ss.; v. altresì, GRASSO, *Il reato*, cit., 402, in relazione alla vicenda dei genitori testimoni di Geova; PIRAS, *Le modalità*, cit., 1 ss.



senso comune secondo cui la morte è accorciamento della vita (così come il danneggiamento è la distruzione di una cosa prima del suo naturale deterioramento)<sup>258</sup>. È stato osservato al riguardo che la nozione di “causare la morte” non è così scontata come potrebbe sembrare. Poiché ciascuno deve morire, “causare la morte” normalmente comporta la nozione di accorciare la vita e non semplicemente di determinare il modo di morire; altrimenti i concetti di “causare la morte” e “prolungare la vita” sarebbero indistinguibili<sup>259</sup>. Nell’esempio dell’eutanasia l’imputazione dell’evento diviene possibile solo perché si utilizza come base del confronto non l’evento astratto (morte), ma la durata della vita o le modalità della morte. Si tratta, senza dubbio, di valutazioni di carattere normativo, dato che non ci si chiede più se la condotta è condizione necessaria dell’evento, ma piuttosto quale sia l’evento di cui tenere conto<sup>260</sup>.

Ebbene: occorre essere consapevoli che il problema della anticipazione o accelerazione dell’evento non è un problema causale, ma un problema di *definizione* dell’evento<sup>261</sup>.

La dottrina tradizionale da sempre fa uso del criterio della anticipazione della morte o dell’accorciamento della vita (*Lebensverkürzung*) nell’ambito dei reati commissivi e della mancata posticipazione della morte o del mancato prolungamento della vita (*unterlassene Lebensverlängerung*) nel reato omissivo; manca però ancora una disamina approfondita del sottostante intuitivo ragionamento (si è parlato al riguardo di *Verkürzungsgedanke*<sup>262</sup>). Quando in dottrina e in giurisprudenza si afferma che è sufficiente l’anticipazione del momento della morte ai fini della integrazione della fattispecie di omicidio, si intende dire implicitamente che l’integrazione della fattispecie è esclusa qualora tale anticipazione non si verifichi? E che dire dell’accorciamento o del prolungamento della vita di pochi minuti? Perché si è maggiormente disposti a prescindere dalle caratteristiche spazio-temporali dell’evento soprattutto in caso di condotte omissive?

È inevitabile osservare che l’adozione del criterio della anticipazione o posticipazione penalmente significativa si pone in contraddizione con l’assunto di partenza dato dalla rilevanza dell’evento *hic et nunc*.

Come ci viene spiegato, «noi tendiamo a considerare come cause le anticipazioni

<sup>258</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 240. Cfr. anche Cass., 21.01.2003, n. 17379.

<sup>259</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 240; PIZZI, *Eventi*, cit., 290.

<sup>260</sup> La dottrina è consapevole del fatto che non è affatto semplice stabilire in via generale un criterio di rilevanza della anticipazione della morte (dell’accorciamento della vita). Per NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 40, è rilevante soltanto l’anticipazione dell’evento che rientra nell’ambito dello *Schutzzweck*; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 264, considera i casi di anticipazione non significativa del momento di verifica dell’evento (*unerbeblliche Beschleunigung des Erfolgeintritts*) come ipotesi di tipicità apparente; ARM. KAUFMANN, “*Objektive Zurechnung*” beim Vorsatzdelikt?, in *Jescheck FS*, Berlin, 1985, 255, osserva che anche nei casi di irrilevante *Lebensverkürzung* si tratta di questioni normative relative alla interpretazione del concetto di evento tipico e alla teoria del bene giuridico.

<sup>261</sup> Chiaramente, in questo senso, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 50 ss. (spec. 53).

<sup>262</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 97.

ma non i ritardi». Tuttavia, pur non essendo sbagliato da un punto di vista logico sostenere che l'agente è causa del ritardo dell'evento, ci pare improprio sotto il profilo del linguaggio comune. «Non sembra infatti conversazionalmente corretto asserire semplicemente che qualcosa è causa di un evento quando sappiamo che questo è causa ritardante o causa anticipante di un evento, in quanto così viene omessa una parte importante dell'informazione riguardante il rapporto tra ciò che è accaduto e ciò che sarebbe accaduto in circostanze normali»<sup>263</sup>.

Nella giurisprudenza relativa alla responsabilità medica e alle malattie professionali sono molto numerosi i casi in cui, ai fini di un giudizio di condanna, viene attribuito un ruolo significativo alla accelerazione o alla intensificazione della lesione. L'aspetto problematico è dato evidentemente dalla difficoltà di quantificare lo spostamento temporale ritenuto rilevante o, come si dice, "apprezzabile" (minuti? ore? giorni?)<sup>264</sup>.

L'unica certezza (e l'unico aspetto che ci interessa a questo punto della indagine) è che, di fatto, si abbandona il criterio dell'evento *hic et nunc*.

Non conta certo l'evento concreto nella sua specifica dimensione di tempo e di luogo – il quale, in un'ottica *naturalistica*, non è ovviamente il medesimo se si verifica in un tempo o luogo differenti, per quanto di poco (cioè "in modo non apprezzabile" o "non significativo") –, ma il miglioramento o il peggioramento rispetto ad un evento ipotetico. L'anticipazione o la posticipazione dell'evento lesivo sono apprezzabili soltanto in virtù di un confronto con un decorso alternativo ipotetico<sup>265</sup>.

Dottrina e giurisprudenza, in realtà, dimostrano di utilizzare già un concetto di

<sup>263</sup> PIZZI, *Eventi*, cit., 130.

<sup>264</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 53; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 129; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 74 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1320 ss. In giurisprudenza, in relazione a casi di responsabilità medica e di esposizione alle polveri di amianto, v. Cass., 26.09.1990, in *Cass.pen.*, 1992, 2100; Cass., 11.07.2002, in *Cass.pen.*, 2004, 109; Cass., 3.10.2002, n. 38334; Cass., 3.01.2003, n. 17379; Cass., 26.10.2010, n. 41563. Nell'ambito dei casi di esposizione ad amianto un consistente filone giurisprudenziale riconosce il nesso causale non soltanto nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso omesso avrebbe evitato il prodursi dell'evento o ne avrebbe cagionato uno di intensità lesiva inferiore, ma anche nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti o ore) più lontani ovvero ancora quando alla condotta sia ricollegabile una accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa (v. le sentenze citate in nota 254). In giurisprudenza, è diffuso il criterio della verifica dell'evento «in epoca significativamente posteriore»; v. Cass., 20.01.2011, n. 13758; Cass., 22.12.2009, n. 10452; Cass., 2.10.2008, n. 40924; Cass., 10.07.2002, n. 30328, Franzese.

Il criterio dell'evento *hic et nunc* è applicato anche dalla giurisprudenza tedesca a ipotesi di colpa medica omissiva; si vedano, in particolare, i già citati *Peritonitisfälle*, in cui fu possibile accertare che l'intervento omesso avrebbe comunque ritardato l'evento (in un caso, di un giorno, nell'altro di alcune ore). In argomento, nella dottrina tedesca, v. DUTTGE, *MüKo*, § 15, nn. 167 e 169 s.

<sup>265</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 109, osserva a questo proposito che la concezione dell'evento come *differenza* è particolarmente evidente nelle fattispecie a tutela della vita; risulta invece più complicato applicare un tale concetto di evento nel caso di lesioni, poiché entrano in gioco considerazioni riguardo alla qualità della vita, più che alla quantità di tempo perduto dalla vittima. Il tema è senz'altro centrale nell'ambito della responsabilità medica.

evento astratto e normativo, nella misura in cui attribuiscono rilevanza penale soltanto ad un evento che, in una prospettiva valutativa, rappresenta una significativa e apprezzabile modificazione *in pejus* dello *status quo*.

Ma mentre questa soluzione sembra pacifica nell'ambito del reato omissivo, in cui rientra – o viene fatta rientrare – la maggior parte dei casi di responsabilità medica e di responsabilità per malattie professionali, rispetto al reato commissivo la dottrina e la giurisprudenza sono restie a ritenere necessario che, rispetto all'ipotesi di assenza della condotta o rispetto alla condotta lecita alternativa, la condotta reale dell'agente abbia modificato in modo significativo o apprezzabile la situazione del bene giuridico tutelato<sup>266</sup>.

La ragione di tale diversità di soluzioni è riconducibile – come abbiamo già osservato – al diverso concetto di evento utilizzato (*concreto* nel reato commissivo, *astratto* nel reato omissivo).

### 3. Inquadramento della problematica e impostazione dell'indagine

#### 3.1. Tradizionale irrilevanza delle cause ipotetiche

Ricapitolando: in modo sostanzialmente unanime la dottrina sostiene che la causalità di una condotta non può essere negata sulla base dell'affermazione che l'evento si sarebbe verificato comunque. Il principio fondamentale (riconducibile, come ricordato, a *Spende*<sup>267</sup>) stabilisce che nell'accertare l'esistenza o l'inesistenza del rapporto causale ci si deve riferire alla reale situazione di fatto, mentre va esclusa, nel modo più assoluto, la rilevanza di fattori ipotetici<sup>268</sup>. Tale posizione è sostenuta anche da autori che per altri aspetti della teoria dell'imputazione dell'evento sostengono idee e soluzioni divergenti<sup>269</sup>.

<sup>266</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 122 s., sottolinea (con riferimento alla fattispecie di omicidio) il diverso concetto di evento adottato dalla dottrina dominante rispetto al reato commissivo e a quello omissivo: il divieto posto alla base del reato commissivo concerne la causazione di *qualsiasi* modificazione dell'evento concreto, mentre l'obbligo posto alla base del reato omissivo non impone l'impedimento di qualunque aspetto concreto dell'evento, ma soltanto la posticipazione dell'evento. Secondo l'A. la soluzione più restrittiva adottata nei reati commissivi può giustificarsi con l'esigenza di sottolineare la intoccabilità e la indisponibilità del bene vita, compromesso già dalla mera modificazione delle modalità della morte. Cfr. altresì PAGLIARO, *Causalità e normativismo*, in *Volk FS*, München, 2009, 517, il quale differenzia a seconda dell'atteggiamento psicologico dell'agente («Se taluno cagiona la morte di un uomo cinque minuti prima di quando egli sarebbe morto naturalmente, dal punto di vista naturalistico abbiamo un evento diverso. Ma dal punto di vista teleologico la differenza non assume rilievo, almeno se si tratta di fatto colposo. Di guisa che l'anticipo del verificarsi della morte rimane irrilevante. L'aver anticipato di pochi minuti, per colpa, la morte di un uomo non è evento che possa essere preso in considerazione agli effetti penalistici»).

<sup>267</sup> *Supra*, par. 1.3.1.

<sup>268</sup> V. *supra*, nota 8.

<sup>269</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 223 ss., ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 562 ss.; PUPPE, *Die Erfolgsgzurechnung*, cit., 26 ss.; EAD., NK, vor § 13, n. 152; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 ss. e 62 ss.

Del tutto isolata rimane l'opinione di coloro che si sono espressi a favore del principio contrario, ammettendo la rilevanza (in presenza di determinate condizioni e con diversi limiti) dei decorsi ipotetici<sup>270</sup>.

Pur di mantenere fermo il divieto di considerare cause e decorsi ipotetici e di giungere a soluzioni accettabili in presenza di una causa sostitutiva o di riserva, la dottrina dominante ha provveduto, da un lato, a modificare e correggere la formula della *c.s.q.n.* e, dall'altro, ad utilizzare il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche (*gesetzmäßige Bedingung*) e quello dell'evento *hic et nunc* (*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*). Abbiamo già sottolineato il fatto che proprio il presunto contrasto tra teoria condizionalistica e divieto di considerare i decorsi ipotetici ha spinto la dottrina a rigettare la formula della *c.s.q.n.*

Rimane da chiarire se tale conclusione sia davvero necessitata o se non sia preferibile mettere in discussione il *topos* della irrilevanza dei decorsi ipotetici.

Comunemente si ritiene che la causa "ipotetica" si differenzi dalla causa "reale" per il fatto che essa non ha realmente cagionato l'evento.

Stupisce che proprio coloro che affermano l'esigenza di un accertamento causale basato su leggi scientifiche adottino un concetto di causa come "causa efficiente", come "forza" quando si tratta di risolvere il problema delle cause ipotetiche. Al di là del fatto che la coesistenza di due concetti di causalità completamente diversi ("forza" e "condizione") non è affatto soddisfacente da un punto di vista teorico, è noto che la scienza e la epistemologia hanno da tempo abbandonato il concetto di causa come "energia fisica". Infatti, se non si sa come la causa determini un effetto, tale concetto si risolve in un pleonaso e in un antropomorfismo; senza contare che esso non è suscettibile di essere applicato alla causalità nell'omissione, alla interruzione di decorsi salvifici, alla causalità psichica e ad altre forme non convenzionali di condotta<sup>271</sup>.

Un altro argomento avanzato frequentemente contro la rilevanza dei decorsi causali ipotetici è quello basato sull'assunto che il diritto penale non può privare di tutela un bene solo perché questo è ormai "perduto", già "compromesso" e "destinato a perire"<sup>272</sup>. Si afferma infatti, da un lato, che «la tutela offerta ai singoli e ai loro beni non viene meno in generale soltanto perché in una data situazione si consenta ad un particolare potere di intervenire e di sacrificarli» e, dall'altro, che «l'ordinamento non

<sup>270</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., *passim* e soprattutto 88 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 200 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 24, nt. 23 (posizione poi abbandonata dall'A. nei lavori successivi, v. *Strafrecht*, cit., 233 e spec. nt. 144); più recentemente, HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss., spec. 103 s.; ID., *Überbedingte*, cit., 175 ss., spec. 186 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 109 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss. Nella dottrina italiana, CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 71 ss.; problematicamente, FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 958 ss.; DONINI, *La partecipazione*, cit., 208 ss.; da ultimo, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1504 ss.

<sup>271</sup> PUPPE, *Naturalismus*, cit., 304; EAD., *Die Erfolgzurechnung*, cit., 37.

<sup>272</sup> LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 97; FRISCH, *op.ult.cit.*, 563 s.; DONINI, *Illecito*, cit., 441.

può certo sospendere i suoi obblighi e i suoi divieti nei confronti di alcuni solo perché altri si apprestano a violarli»<sup>273</sup>.

Secondo l'opinione dominante, dunque, la norma non perde la sua validità e funzione di tutela rispetto al singolo bene giuridico per il solo fatto che questo si trova già in pericolo o la sua lesione risulta inevitabile. Soprattutto in presenza di un autore sostitutivo (*Ersatzäter*) la dottrina ribadisce con fermezza che l'agente non può liberarsi affermando che un terzo avrebbe cagionato (dolosamente o colposamente) il medesimo evento<sup>274</sup>.

Le molteplici ragioni addotte per negare rilevanza ai decorsi ipotetici sono sostanzialmente di natura retributiva e preventiva: dai riflessi "antipedagogici" al "pericolosissimo significato culturale", «per cui i beni più deboli, più compromessi, più destinati al sacrificio sono *meno meritevoli* di tutela, e quindi (...) possono, più di altri, essere oggetto di aggressioni dolose»<sup>275</sup>. In particolare, si sottolinea la necessità che il diritto penale intervenga non soltanto per impedire la lesione concreta di beni giuridici, ma anche per garantire la consapevolezza del loro valore presso i consociati, nonché la intangibilità della vita e incolumità<sup>276</sup>.

A ben guardare, tuttavia, il "dogma" della irrilevanza dei decorsi ipotetici riveste un valore assoluto solo nell'ambito del reato commissivo. Altrove, invero, la dottrina dominante usa con disinvoltura schemi e soluzioni che mal si conciliano con il rifiuto di considerare cause ipotetiche<sup>277</sup>.

Senonché tale rilievo esige una precisazione. Occorre prendere atto del fatto che sono molteplici i problemi posti sotto l'etichetta di "causalità ipotetica" e che risulta di fondamentale importanza un chiarimento in ordine all'uso e al significato di tale concetto. Un equivoco ha infatti indotto a guardare con diffidenza ai decorsi ipotetici e, quindi indirettamente, alla *c.s.q.n.*, dimenticando che una dose di ragionamento ipotetico è indispensabile nel diritto. Lo dimostra il fatto che mentre i casi più antichi (come quelli del boia, dell'incendio di una casa in fiamme, del veleno, del bastone etc.) non vengono quasi più citati dalla dottrina contemporanea, se non come "aneddoti storici" (si ritiene, infatti, che essi non costituiscano alcun serio problema, anche se le argomentazioni tradizionali appaiono talora incomplete e poco approfondite), sono ancora oggi molto controversi e discussi (soprattutto dalla teoria della imputa-

<sup>273</sup> ROMANO, *Commentario*, cit., 406.

<sup>274</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 137 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 60; FRISCH, *op.ult.cit.*, 563; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 233; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 56; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 163; FORTI, *Colpa*, cit., 688; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1117; ROMANO, *op.ult.cit.*, 406.

<sup>275</sup> Così, DONINI, *Illecito*, cit., 441; FRISCH, *op.ult.cit.*, 564.

<sup>276</sup> Sul punto, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 104; DENCKER, *Kausalität*, cit., 76 ss. Per l'argomento fondato sull'esigenza di mantenere una sorta di "tabù" nei confronti della aggressione ai beni della vita e incolumità individuale, v. JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 62. Critico, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 689.

<sup>277</sup> Tale contraddizione è sottolineata in particolare da SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1581.

zione oggettiva) le ipotesi di cause sostitutive o di riserva e i casi di causalità sorpassante nell'ambito della responsabilità medica, del danno da prodotto e delle malattie professionali.

Inoltre, è significativo il fatto che la dottrina, benchè soltanto in un secondo momento, dopo aver abbandonato i casi di scuola ormai privi di interesse, abbia iniziato a confrontarsi con il problema dei decorsi ipotetici anche nell'ambito dei reati omissivi, in cui non è certo se la condotta doverosa avrebbe impedito l'evento, dei reati colposi, in cui non è certo se il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento e, infine, dei casi di interruzione di azioni salvifiche (*Abbrechung rettender Kausalverläufe*), in cui non è certo se l'azione interrotta sarebbe stata realmente salvifica.

È nel quadro di questa evoluzione che deve essere valutato il divieto di considerare cause e decorsi ipotetici che, pur rappresentando un principio unanimemente accolto dalla dottrina, viene relativizzato rispetto ad altri settori dell'illecito e ridimensionato sul piano della imputazione oggettiva<sup>278</sup>.

### 3.2. Aree di rilevanza dei decorsi causali ipotetici

Generalmente il termine "causalità ipotetica" viene utilizzato in relazione alla causalità omissiva e alla interruzione di decorsi salvifici, in cui è necessario accertare se, rispettivamente, l'azione doverosa omessa e l'intervento salvifico avrebbero potuto impedire l'evento. Tale accertamento richiede la considerazione dei decorsi ipotetici. Proprio l'assenza di un nesso eziologico tra entità reali (la mancanza di un reale decorso eziologico) e il necessario impiego della formula della *c.s.q.n.* evidenzerebbero la natura ipotetica, prognostica e normativa della causalità omissiva<sup>279</sup>.

Le cause sostitutive, si dice, «bandite dal territorio della causalità attiva, diventano il *perno* dimostrativo della spiegazione della causalità omissiva», poiché l'azione impositiva altro non è che una condizione ipotetica alternativa della condotta concretamente tenuta dal soggetto agente<sup>280</sup>.

La mancata considerazione dei decorsi ipotetici nell'omissione comporterebbe la punibilità di qualunque omissione rispetto ad un evento, visto che il decorso causale concreto (l'evento *hic et nunc*) risulta influenzato anche da un intervento inutile. Come già rilevato, viene trascurato il dato che la formula, secondo la quale il comportamento omesso avrebbe con certezza evitato l'evento, non rappresenta il rovescio della causalità nel reato commissivo, perché non si basa sull'evento e sul decorso causale in concreto, ma corrisponde semplicemente alla formula della *c.s.q.n.* che nella

<sup>278</sup> Ne prendono atto, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 108; DONINI, *La partecipazione*, cit., 208 s.; ID., *Il garantismo*, cit., 945 s.; FORTI, *Colpa*, cit., 677.

<sup>279</sup> V. ampiamente cap. II, par. 1.

<sup>280</sup> Così, PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv.it.med.leg.*, 1992, 845.

causalità attiva è considerata fallace. La diffusa divergenza di soluzioni e criteri tra causalità attiva e causalità omissiva non dipende dunque dalla presunta diversità strutturale ed ontologica della causalità omissiva, ma dal termine di riferimento del giudizio di imputazione. Solo adottando anche rispetto al reato omissivo improprio il parametro dell'evento *hic et nunc* vi sarebbe un effettivo parallelo tra causalità attiva ed omissiva, con la conseguenza che il giudice dovrebbe accertare se la condotta ipotetica omessa avrebbe impedito l'evento concreto.

Al pari dell'accertamento della causalità nel reato omissivo improprio, anche la verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito nei reati commissivi colposi viene collocata in un'ottica prettamente normativa. Ciò dipende evidentemente dal fatto che sia l'omissione che la colpa possono apprezzarsi soltanto in relazione ad una norma che impone un determinato comportamento.

Si potrebbe ritenere che proprio nell'ambito del reato commissivo colposo si presenta la deviazione più eclatante dal principio della irrilevanza dei decorsi ipotetici, dal momento che al soggetto che ha cagionato un evento lesivo mediante una condotta contraria al dovere di diligenza è concesso di invocare la circostanza che lo stesso evento si sarebbe verificato in caso di comportamento alternativo lecito. Di fatti, «la teoria del comportamento alternativo lecito non fa altro che raffrontare l'inevitabilità dell'evento alla condotta non colposa dell'agente (con un'operazione pur sempre a carattere irreali), anziché al più ampio settore degli accadimenti naturali o dell'azione lecita del terzo (o della vittima)»<sup>281</sup>.

La giustificazione di questa "eccezionale" rilevanza dei decorsi ipotetici nei reati colposi consiste, secondo la dottrina dominante, nel fatto che l'imputazione dell'evento è esclusa non in virtù dell'intervento ipotetico di un decorso causale *indipendente*, ma in virtù del fatto che proprio il comportamento lecito e diligente dello *stesso agente* non avrebbe impedito l'evento. Come vedremo, la dottrina aggiunge la considerazione che scopo di protezione della norma cautelare è quello di evitare quegli eventi lesivi che sono evitabili mediante il comportamento diligente e che per questa ragione la verifica dell'evento non rappresenta la realizzazione (o concretizzazione) del rischio che la norma mirava ad evitare<sup>282</sup>.

Anche per argomentare l'assenza di tipicità della condotta in caso di diminuzione del rischio (*Risikoverringung*) la dottrina dominante non esita a ricorrere ai decorsi causali ipotetici, persino quando *ex post* risulti innegabile che la condotta ha influenzato il decorso causale concreto<sup>283</sup>.

<sup>281</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 96.

<sup>282</sup> Al riguardo, v. ampiamente cap. III.

<sup>283</sup> Si rinvia, in particolare, al cap. II, par. 3.2.

### 3.3. Precisioni e delimitazione dell'ambito di rilevanza delle cause e dei decorsi ipotetici

Muovendo dalle considerazioni svolte è possibile procedere alla individuazione dei confini che definiscono l'ambito di rilevanza delle diverse tipologie di cause o fattori ipotetici, al fine di meglio precisare il campo di indagine.

Già ora è possibile sgomberare il campo dalle cause ipotetiche che sicuramente non possono considerarsi rilevanti.

In primo luogo, è necessario precisare che l'evento lesivo "ipotetico" deve essere naturalmente *identico* (con i limiti sopra evidenziati rispetto alla descrizione dell'evento concreto), nonché *concomitante* a quello reale<sup>284</sup>. Senza dubbio l'*anticipazione* dell'evento risulta nella maggior parte delle ipotesi penalmente rilevante (soprattutto nei delitti contro la vita e l'incolumità individuale); diverso potrebbe invece essere l'inquadramento dei casi di *posticipazione* dell'evento, che – come vedremo – potrebbe rilevare sotto il profilo della diminuzione del rischio.

In secondo luogo, vanno considerate senz'altro irrilevanti le cause ipotetiche meramente congetturali e quelle che consistono in avvenimenti futuri (come ad es., il fatto che la vittima sarebbe comunque perita in un incidente aereo<sup>285</sup> o che l'oggetto danneggiato sarebbe comunque andato distrutto in un incendio) o future condotte di terzi o della vittima (come ad es., il fatto che la vittima sarebbe stata comunque denunciata alle SS da un terzo<sup>286</sup>; che i pazienti sarebbero stati comunque uccisi da altri medici nazisti conniventi<sup>287</sup>; che il paziente sarebbe comunque riuscito ad evadere dalla clinica psichiatrica<sup>288</sup>; che l'imputato si sarebbe potuto procurare le armi sul mercato clandestino<sup>289</sup>; che il paziente avrebbe comunque potuto subire la medesima lesione in seguito ad un diverso trattamento<sup>290</sup>).

Ciò significa, *a contrario*, che potrebbero rilevare le cause ipotetiche già presenti e i decorsi ipotetici già avviati al momento del fatto, in quanto condizioni *realmente concorrenti* (come abbiamo già rilevato, la dottrina parla al riguardo di cause ipotetiche che erano già "*angelegt*" o "*vorhanden*")<sup>291</sup>.

<sup>284</sup> CASTALDO, *op.ult.cit.*, 72. In giurisprudenza, v. il già citato caso dell'oculista (Cass., 9.06.2011, n. 28782, Cezza), nel quale i giudici ammettono che l'agente risponde dell'evento concreto cagionato «salvo il caso in cui l'evento si sarebbe comunque verificato in relazione al medesimo processo causale, nei medesimi tempi e con la stessa gravità o intensità (sì da poter dire che l'evento non era evitabile)».

<sup>285</sup> Così WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 59.

<sup>286</sup> BGHSt, 2, 20.

<sup>287</sup> OGHSt, 1, 321; OGHSt, 2, 117.

<sup>288</sup> BGHSt, 49, 1, in NSTZ, 2004, 151.

<sup>289</sup> Cass., 12.11.2008, n. 4107, in *Cass.pen.*, 2010, 1462.

<sup>290</sup> Cass., 9.06.2011, n. 28782, Cezza (caso dell'oculista); Cass., 12.07.2011, n. 38774, Causo.

<sup>291</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17 («*bereits vorhandene Wirkungsfaktoren*»); WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss. («*vorher angelegte Geschebensabläufe*»); SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 42 ss. («*angelegter Erfolg*»); FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 566 («*bereits angelegt*»); v. anche SEEBALD, *Nachweis*, cit., 199; DENCKER, *Kausalität*, cit., 72; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 108 ss.; VOGEL, *LK*, § 15, n. 199. Cfr.



La distinzione presenta significative affinità con il diverso trattamento riservato nel sistema penale italiano alle concause preesistenti o concomitanti (considerate irrilevanti) ed a quelle sopravvenute (considerate invece eccezionalmente rilevanti se da sole sufficienti a determinare l'evento)<sup>292</sup>.

Sotto questo aspetto si potrebbe persino tentare una precisazione terminologica, proponendo di riservare la locuzione "cause ipotetiche" alle cause alternative meramente congetturali, cioè allo stato inesistenti, la cui verifica (futura) è soltanto una "ipotesi" appunto, e le locuzioni "cause sostitutive" e "cause di riserva" (*Ersatzursachen* o *Reserveursachen*) alle cause che rappresentano effettivamente una alternativa alla causa reale, la cui efficacia in termini di *Erfolgstendenz* è stata semplicemente "scalzata" o neutralizzata dal decorso reale<sup>293</sup>.

Si ricordi che lo stesso *Spendel* aveva riferito il divieto di aggiungere mentalmente (*hinzudenken*) fattori ipotetici esclusivamente alle cause ipotetiche inesistenti, non ancora realizzate ed estranee al contesto, non invece a quei fattori che in assenza della condotta dell'agente avrebbero continuato ad esplicare i propri effetti<sup>294</sup>.

A questo proposito, l'utilizzo dell'espressione "condizioni negative" nell'ambito della causalità omissiva o della interruzione dei decorsi salvifici pare significativo, in quanto chiaramente riferita a quelle condizioni *già presenti* che – se attivate – avrebbero impedito l'evento. In questo senso, le condizioni negative non costituiscono meri fattori "ipotetici" e "congetturali", ma anzi rivestono un ruolo equivalente alle condizioni positive.

La distinzione tratteggiata consente, a nostro avviso, di respingere l'accusa principale rivolta all'indirizzo dottrinale che ammette la rilevanza delle cause ipotetiche sulla base del rilievo che la considerazione di eventi o comportamenti ipotetici cozza contro la realtà dei fatti e, in alcuni casi, finirebbe per legittimare la commissione di reati (v. l'argomento della uccisione di un moribondo).

altresi JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 66 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 230, e il concetto di rischio che risulta già "perfekt bedingt". STELLA, *La descrizione*, cit., 177, ribadisce che i fattori ipotetici, anche quelli che si sono realmente verificati ma che sono stati neutralizzati dalla condotta dell'agente (v. gli esempi del boia e del bastone), non possono essere considerati perché non esiste alcuna regola di esperienza o legge scientifica che consenta di affermare che l'evento, in assenza della condotta, si sarebbe verificato ugualmente. Una simile affermazione sarebbe giustificata solo se tali fattori ipotetici rimasti poi inoperanti risultassero collegati all'evento da un «processo continuo» di sviluppo, da una «storia continua». DONINI, *Imputazione*, cit., 105 (nt. 22), ribadisce che «non si possono considerare neppure nella causalità omissiva i fattori alternativi ipotetici puramente congetturali, ma solo quelli normalmente prevedibili come conseguenze di condizioni già esistenti e note al tempo del fatto». Anche DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 317, distingue tra cause alternative reali (rispetto alla causalità sorpassante) o presunte e causalità alternativa ipotetica, osservando che «quando la causa è definita "presunta", tale attributo si riferisce all'impossibilità di verificare in concreto (attraverso la *c.s.q.n.*) l'operatività di un fattore pur sempre esistente e non già alla presenza immaginaria, meramente supposta, di quest'ultimo. Tale ipotesi rientrerebbe nel diverso tema della c.d. causalità alternativa ipotetica.» Cfr. anche ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 50, nt. 63.

<sup>292</sup> V. riguardo al nesso tra causalità ipotetica e disciplina delle concause, cap. II, par. 5.3.

<sup>293</sup> Analogamente, seppur utilizzando una diversa terminologia, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 108 ss.

<sup>294</sup> SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 187. V. *supra*, par. 1.3.1.

Le cause di riserva sono generalmente considerate irrilevanti a causa della difficoltà di determinare con certezza l'evoluzione ipotetica del decorso interrotto o sorpassato. Tale difficoltà non rappresenta tuttavia un ostacolo insuperabile per la dottrina nei casi di causalità omissiva e di interruzione di un decorso salvifico, dove abitualmente si effettuano "pronostici" circa il prevedibile sviluppo degli eventi (dando peraltro per scontata la possibilità di formulare giudizi in termini di certezza o probabilità confinante con la certezza), nè impedisce di valutare il contributo del partecipe nel concorso di persone o di accertare la causalità psichica. Anche ai fini dell'accertamento delle cause di giustificazione (per es. stato di necessità o legittima difesa) viene attribuita rilevanza ai decorsi causali ipotetici, nella misura in cui è necessario stabilire (mediante una prognosi) come si sarebbe evoluta la situazione pericolosa nel momento in cui il soggetto ha agito<sup>295</sup>.

La questione diviene particolarmente complessa quando la causa ipotetica si sostanzia nella condotta di un altro soggetto (*Ersatztäter*).

Quando la causa ipotetica consiste nel comportamento di un terzo (o della vittima) si può verificare, da un lato, un'ipotesi di causalità addizionale (in caso di condotte tra loro indipendenti) e, dall'altro, un concorso di persone<sup>296</sup>. In ogni caso, rispetto alle condotte umane sorge un problema in ordine alla distribuzione della responsabilità tra diversi soggetti (in base ai rischi da essi attivati e alle loro sfere competenza), che richiede evidentemente un confronto con fondamentali questioni di carattere normativo<sup>297</sup>.

Anche rispetto all'intervento ipotetico di terzi occorre preliminarmente espungere dal campo di indagine le condotte non ancora intraprese o realizzate, che rappresentino una mera intenzione.

La ragione della loro irrilevanza è data dalla mera potenzialità (dovuta al fatto che non sono ancora state intraprese): finchè non viene iniziata l'esecuzione di una condotta l'ordinamento non può escludere che il soggetto desista. La considerazione delle condotte ipotetiche meramente supposte di terzi pone delicati interrogativi sul piano politico-criminale, chiamando in causa, da un lato, lo spinoso tema del libero arbitrio del terzo, e presupponendo, dall'altro, l'esistenza di norme di comportamento vincolanti per i destinatari. Tali questioni – è stato osservato – vanno necessariamente affrontate sul diverso piano della imputazione e non su quello della causalità, nell'ambito della quale potrebbero tutt'al più rilevare i decorsi naturali ipotetici e le condotte sostitutive già realizzate. Queste ultime, in particolare, vengono assimilate alla causalità ipotetica naturale nella misura in cui contribuiscono a formare lo speci-

<sup>295</sup> Per tale constatazione, v. SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 665.

<sup>296</sup> V. già *supra*, par. 1.3.2. e 1.3.3.

<sup>297</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 68. Più in generale sul tema della imputazione rispetto a distinte sfere di competenza degli individui, v. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 222; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 62; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 19 ss. e 85 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 105 ss. e 241 ss.

fico contesto causale<sup>298</sup>. L'elemento decisivo è che, al momento della condotta, l'azione od omissione del terzo sia già stata realizzata in modo tale da non consentire più all'agente di eliminare il rischio attivato<sup>299</sup>.

Del resto, le potenzialità della teoria della imputazione oggettiva, intesa dalla dottrina più sensibile come strumento per definire *spazi di libertà*, sarebbero frustrate in un sistema che condiziona l'imputazione di un evento ad un soggetto all'ipotetico comportamento di un altro, perché ciò costituirebbe una palese violazione del principio della libertà (nonché di autoresponsabilità) dell'individuo. Ipotizzare la condotta (futura, non ancora realizzata) di un terzo significa infatti negare che costui possa agire diversamente.

L'unica eccezione potrebbe essere rappresentata dalle condotte doverose, la cui realizzazione è imposta dall'ordinamento, così da escludere la possibilità per il soggetto di agire diversamente<sup>300</sup>. In questi casi è lecito assumere tali condotte come conformi al diritto (per es., se l'agente avesse avvertito tempestivamente il medico, la vittima sarebbe stata salvata, perché si suppone che il medico avrebbe agito secondo le *leges artis*)<sup>301</sup>.

Si è soliti distinguere altresì tra ipotetici comportamenti *leciti* e *illeciti* di terzi.

Vi è accordo in dottrina circa la irrilevanza delle ipotetiche condotte illecite di terzi<sup>302</sup>. Ampia la casistica: l'omicidio sarebbe stato commesso comunque da un altro complice; il trasferimento di un ebreo in un campo di concentramento sarebbe avvenuto comunque<sup>303</sup>; l'incidente si sarebbe verificato comunque per il sopraggiungere di un'altra automobile<sup>304</sup>. Così, nel già citato caso dei medici che durante il *terzo Reich* parteciparono alla selezione dei malati destinati ad essere trasferiti nei campi e là uccisi, non è stato considerato rilevante il fatto che, senza l'intervento dei medici, le vittime sarebbero state addirittura più numerose in virtù delle segnalazioni fornite da soggetti fedeli al regime<sup>305</sup>. Tutt'al più, tale circostanza può rilevare come scriminante o causa di esclusione della colpevolezza o comportare una attenuazione della pena<sup>306</sup>.

Da quanto detto si evince che quando la causa ipotetica consiste in una condotta altrui la evitabilità oggettiva dell'evento viene misurata secondo parametri non tanto

<sup>298</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 73; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 108 ss.; VOGEL, *LK*, § 15, n. 199.

<sup>299</sup> Questa la prospettiva delle riflessioni di SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1599 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 175 ss.

<sup>300</sup> FRISTER, *op.ult.cit.*, 110.

<sup>301</sup> PUPPE, *Zurechnung*, cit., 296; DENCKER, *op.ult.cit.*, 70.

<sup>302</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 137 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 112; PUPPE, *Die Erfolgsszurechnung*, cit., 64 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 563; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 60; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 s.; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 98; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1600; FORTI, *Colpa*, cit., 688; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1117; ROMANO, *Commentario*, cit., 406.

<sup>303</sup> *BGHSt* 2, 24.

<sup>304</sup> *BGHSt* 30, 228; da noi, v. Cass., 19.06.2006, n. 12224; Cass., 25.09.2009, n. 42502.

<sup>305</sup> *OGHSt* 1, 321; 2, 117.

<sup>306</sup> SPENDEL, *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 509 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 361.

probabilistici, ma deontologico-normativi, confermando la natura in senso stretto “normativa” della problematica, in quanto collegata alla funzione delle norme<sup>307</sup>.

L’attenzione a questo aspetto della questione è fondamentale per comprendere le diverse soluzioni adottate nel corso del tempo in dottrina e per valutarne la validità.

Per quanto concerne la peculiare, benché sostanzialmente affine, problematica del comportamento diligente dello stesso agente, la riflessione si appunta su questioni tradizionalmente affrontate nell’ambito della colpa (*sub* evitabilità e causalità della colpa), che presentano una stretta connessione con il problema dello scopo e della finalità delle norme (cautelari) violate. Occorre chiarire, in primo luogo, se il comportamento alternativo lecito dell’agente costituisca una causa ipotetica e, in secondo luogo, se i decorsi causali ipotetici rilevino soltanto quando avrebbero provocato il medesimo evento con certezza o se sia sufficiente la mera possibilità.

Non potrà mancare, infine, un confronto con la questione della rilevanza del comportamento alternativo lecito e, in generale, dei decorsi causali ipotetici nell’ambito del reato doloso.

<sup>307</sup> Così, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1116. Analogamente, PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1046, ove sottolinea che questa soluzione dipende «dalla finalità, propria del diritto, di disciplinare condotte umane».

## Capitolo II

### AMBITI DI RILEVANZA DEI DECORSI CAUSALI IPOTETICI

SOMMARIO: 1. La rilevanza dei decorsi ipotetici nella causalità omissiva. - 1.1. La natura normativa della causalità omissiva. - 1.2. L'accertamento della causalità omissiva. - 1.3. Concezione unitaria di causalità attiva ed omissiva. - 1.4. La confusione tra causalità della condotta e causalità della colpa. - 1.4.1. Il momento omissivo della colpa. - 1.4.2. La problematica distinzione tra agire ed omettere. - 1.4.3. Tentativi di assimilazione tra causalità e colpa nei reati omissivi impropri colposi. - 1.5. Riflessioni conclusive. - 2. La rilevanza dei decorsi causali ipotetici nei reati commissivi colposi. - 2.1. L'ipotetico comportamento alternativo lecito e l'evitabilità dell'evento. - 2.2. Il rapporto tra comportamento alternativo lecito e cause ipotetiche. - 2.3. La *ratio* del comportamento alternativo lecito. - 3. Altri casi di eccezionale rilevanza dei decorsi causali ipotetici. - 3.1. L'interruzione di decorsi causali salvifici. - 3.2. La diminuzione del rischio. - 3.3. L'incidenza dei decorsi causali ipotetici sulla commisurazione della pena. - 4. Orientamenti minoritari che ammettono la rilevanza dei decorsi causali ipotetici. - 4.1. Premessa. - 4.2. La rilevanza dei decorsi ipotetici alla luce della funzione e dello scopo delle norme. - 4.3. Il principio di evitabilità. - 4.4. L'indispensabile confronto tra decorso reale e decorso ipotetico e il ruolo della *condicio sine qua non* quale formula di imputazione. - 4.5. L'idea dell'aumento del rischio. - 4.6. (*segue*) La ridefinizione del concetto di evento. - 4.7. La peculiarità dei decorsi ipotetici consistenti in comportamenti altrui. - 5. I decorsi causali ipotetici tra causalità e imputazione. - 5.1. Eterogeneità delle questioni. - 5.2. Il ruolo della causalità ipotetica nel diritto civile. - 5.3. Cause ipotetiche e concause nella dottrina italiana. - 5.3. La transizione dalla causalità alla imputazione oggettiva.

#### 1. *La rilevanza dei decorsi ipotetici nella causalità omissiva*

##### 1.1. *La natura normativa della causalità omissiva*

I decorsi causali ipotetici sono considerati rilevanti nell'ambito dei reati omissivi, in cui l'accertamento della causalità richiede la prova che il comportamento doveroso omesso avrebbe evitato l'evento. Controverso è soltanto il grado di probabilità necessario per l'imputazione dell'evento.

Poiché l'accertamento assume un valore ipotetico e prognostico (si tratta, infatti, di verificare se l'eventuale compimento dell'azione doverosa omessa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo), la dottrina prevalente ritiene che la causalità omissiva non abbia carattere naturalistico, "reale", ma normativo<sup>1</sup>. Si sostiene, infatti, che

<sup>1</sup> Per tutti, v. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 78: «L'imputazione causale

l'enunciato "se l'azione doverosa fosse stata compiuta, l'evento non si sarebbe verificato" non abbia ad oggetto né la spiegazione di un avvenimento passato, né la previsione di un accadimento futuro; esso costituisce invece un condizionale controfattuale, un enunciato ipotetico, nel quale tanto l'antecedente quanto il conseguente sono per definizione falsi<sup>2</sup>.

A ciò si aggiunga che tradizionalmente l'omissione, da un punto di vista naturalistico, è considerata un "nulla", da cui non può derivare alcunché (*ex nihilo nihil fit*). Colui che omette di agire non incide in alcun modo sul decorso causale preesistente che conduce all'evento, ma si limita a non modificare il corso degli eventi lasciando che le cose procedano da sé<sup>3</sup>. Se un medico omette di sottoporre a terapia un malato,

dell'evento tipico presuppone che si accerti che il compimento dell'azione doverosa ma non realizzata avrebbe, con una probabilità vicina alla certezza, impedito l'evento tipico; ed un tale accertamento dipende dall'impiego della seguente formula ipotetica: l'omissione è causa dell'evento solo quando non può essere mentalmente sostituita dalla azione doverosa, senza che l'evento venga meno»; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 136 (anche 385), ove afferma che mentre nei reati commissivi il nesso causale «indica un rapporto tra due entità reali (l'azione dell'uomo e un accadimento esterno), il cui accertamento presuppone la spiegazione di quanto si è verificato, con riguardo ai reati omissivi l'accertamento assume un valore ipotetico o prognostico in quanto si tratta di verificare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e, in particolare, se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo». V. inoltre, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 375 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 155; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 365.

In giurisprudenza si afferma comunemente che «nei reati omissivi impropri la causalità, essendo giustificata in base ad una ricostruzione logica e non in base ad una concatenazione di fatti materiali esistenti nella realtà ed empiricamente verificabili, costituisce una causalità costruita su ipotesi e non già su certezze. Si tratta quindi di una causalità ipotetica, normativa, fondata, come quella commissiva, su un giudizio controfattuale ("contro i fatti": se l'intervento omesso fosse stato adottato si sarebbe evitato il prodursi dell'evento?) alla quale si fa ricorso per ricostruire una sequenza che però, a differenza della causalità commissiva, non potrà mai avere una verifica fenomenica che invece, nella causalità commissiva è spesso (non sempre però) verificabile»; in questi termini, Cass., 15.11.2005, n. 3380; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837 (con nota di Di Salvo); v. anche, Cass., 14.07.2010, n. 34846.

<sup>2</sup> GRASSO, *op.ult.cit.*, 386. Il giudizio sulla efficacia impeditiva dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento costituisce una mera *prognosi* su come il decorso causale si sarebbe sviluppato in caso di compimento dell'azione doverosa. Si vedano, PALIERO, *La causalità*, cit., 836 s.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 126; VENEZIANI, *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo*, in *Ind.pen.*, 1998, 551; MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 498; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1685; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 158; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 366. Nella letteratura di lingua tedesca, v. ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 29 ss.; ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 64 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 129 ss.; WEIGEND, in Laufhütte et al. (a cura di), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12. ed., Berlin, 2007, § 13, n. 70; WOHLERS, in Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 3. ed., Baden Baden, 2010, § 13, n. 14 ss.

<sup>3</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1973 ss.; MASERA, *Il modello causale*, cit., 500; da ultimo, v. ANGIONI, *Note*, cit., 1284; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1681. Nella dottrina tedesca, v., fra i tanti, ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., 61; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 83; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 618; FREUND, *MüKo*, § 13, n. 10. In giurisprudenza, v. Cass., 4.05.2011, n. 21028; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, cit.; Cass., 15.11.2005, n. 3380.

che in seguito muore, non v'è dubbio che la causa biologica della morte del paziente sia la malattia; il medico può solo essere ritenuto responsabile per non aver arrestato il decorso naturale della malattia e non aver impedito la morte. Il nesso tra condotta omissiva ed evento rappresenterebbe quindi una vera e proprio *fictio iuris*, posto che l'evento lesivo deriva "naturalisticamente" da un processo causale precedente e autonomo rispetto alla condotta omissiva dell'agente<sup>4</sup>.

La concezione apertamente naturalistica della causalità commissiva (basata sull'idea di causa come *causa efficiens*) condiziona la ricostruzione della causalità omissiva: «La causalità dell'omissione finisce col risolversi nella formula della *c.s.q.n.*: manca infatti, a differenza della causalità dell'azione, un reale influsso eziologico sul mondo esterno; per cui il giudizio ipotetico sull'idoneità della condotta doverosa ad impedire l'evento costituisce criterio di accertamento e, nello stesso tempo, criterio sostitutivo della causalità»<sup>5</sup>.

Nella causalità omissiva il momento normativo di imputazione appare dunque prevalente e induce la dottrina a concepire la causalità omissiva come "quasi-causalità" o come "equivalente normativo" della causalità commissiva<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Per tutti, v. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig.disc.pen.*, VIII, Torino, 1994, 547, secondo il quale «l'azione rappresenta qualcosa di reale nel mondo esterno, un fenomeno dotato di fisicità e perciò naturalisticamente percepibile con i sensi: per cui essa è definibile – al minimo – come un movimento corporeo dell'uomo che provoca una modificazione osservabile del mondo esterno. L'omissione, invece, è qualcosa di materialmente non percepibile; essa è priva di substrato fisico, è un dato immateriale, un "nulla"». Ancora FIANDACA, *op.ult.cit.*, 555: «L'omissione, in quanto condotta carente di fisicità esteriore, non è in grado di mettere in moto processi causali reali». Da ultimo, ancora PERINI, *Il concetto*, cit., 436; BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 48; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1681 («Il giudizio usualmente etichettato come "causalità omissiva" ha struttura logica *prognostica*, radicalmente eterogenea rispetto al giudizio [di natura *esplicativa*] sul nesso causale tra azione ed evento»); VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 192; RAMPONI, *Concausa antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass.pen.*, 2008, 576. Molto diffusa l'opinione secondo cui il soggetto agendo introduce nel concreto svolgersi dei fatti un fattore positivo di rischio, mentre omettendo si limita a non impedire un decorso causale già in atto. Così, ROMANO, *Commentario*, cit., 316; VENEZIANI, *Il nesso*, cit., 1975; MASERA, *Il modello causale*, cit., 500; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 119; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 155; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 327 s. In giurisprudenza, v. Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini, relativa al caso delle Ferrovie Trento-Malè, in *Cass.pen.*, 2011, 1679, con commento di Bartoli, e in *Foro it.*, 2012, II, 10, con nota di Calò; Cass., 29.04.2009, 26020.

<sup>5</sup> FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 78; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43 ss.; ID., *Il garantismo*, cit., 951.

<sup>6</sup> GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 386 ss.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 126; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 159 s.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 156 ss.; nella manualistica, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 599; PADOVANI, *Diritto penale*, 10 ed., Milano, 2012, 136; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 364. Nella dottrina tedesca, v. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., 64 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 214; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 80 ss.; KAHLÖ, *Das Problem*, cit., 282 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 619; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 791; FREUND, *MüKo*, § 13, n. 198 ss.; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, vor § 13, n. 72. Diversamente, sostenendo la identità strutturale di causalità attiva ed omissiva, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 29 ss.; SPENDEL, *Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, in *JZ*, 1973, 139; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 895 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 43; HILGENDORF, *Fragen der Kausalität*, cit., 564; STELLA, *La nozione*, cit., 1249 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 839 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 36 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 3. ed., Torino, 2008, 274 s.

Secondo l'impostazione tradizionale, la normatività dell'omissione indica che essa «non ha significato e ragion d'essere se non in relazione ad una norma»<sup>7</sup>, ovvero che essa si comprende soltanto nell'ottica di una inottemperanza ad un comando: il soggetto omette di compiere l'azione che avrebbe dovuto porre in essere, in virtù di un obbligo giuridicamente rilevante. Nel reato omissivo improprio, in particolare, è altresì l'equivalenza tra il «*non impedire*» e il «*cagionare*», sancita dalla clausola di equivalenza contenuta nell'art. 40 cpv. c.p., ad esprimere la natura normativa della causalità e il particolare nesso tra la condotta omissiva e l'evento.

Va però incidentalmente chiarito che, sebbene l'art. 40 cpv., inserito tra le norme dedicate al nesso eziologico, sembri far dipendere la causalità dell'omissione dall'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento, i due profili restano tra loro distinti. La presenza di un obbligo giuridico di impedire un evento non rende per ciò solo causale la condotta. La formula adottata nell'art. 40 cpv. risulta sotto questo aspetto ambigua, nella misura in cui congiunge il problema causale dell'omissione con la violazione di un obbligo giuridico di impedire un evento<sup>8</sup>.

La precisazione pare opportuna soprattutto a fronte della recente riemersione dell'orientamento che, sul presupposto che la causalità omissiva sia una finzione giuridica, attribuisce la funzione del nesso causale alla posizione di garanzia e al connesso obbligo di impedire l'evento<sup>9</sup>. In questa prospettiva, la causalità nel reato omissivo non dipenderebbe da un indefinibile nesso oggettivo tra omissione ed evento, ma unicamente dall'esistenza di una posizione di garanzia, con la conseguenza che «l'imputazione dell'evento a chi aveva il dovere giuridico di impedirlo ex art. 40, co. 2 c.p. *non richiede* la prova di alcun *nesso causale*»<sup>10</sup>.

Rinviando l'esposizione delle ragioni che rendono tale ricostruzione non condivisibile al momento in cui esamineremo la problematica delle interferenze tra causalità e colpa in relazione al c.d. momento omissivo della colpa, preme qui approfondire l'aspetto normativo della causalità omissiva legato all'accertamento causale effettuato sul piano dei decorsi alternativi ipotetici.

Si afferma in letteratura che le cause alternative ipotetiche, «tendenzialmente bandite dal territorio della causalità attiva, diventano il *perno* dimostrativo della spiegazione della causalità omissiva», poiché l'azione doverosa omessa, impeditiva

<sup>7</sup> GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1934, 20. Per tutti, v. inoltre, CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., 157 ss.

<sup>8</sup> GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 117; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 37. ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 203, nt. 2, ricorda come già Carnelutti avesse osservato che «questa formula ha un difetto: confonde due problemi diversi, quali sono il problema dell'*esistenza della causalità* e il problema della sua *rilevanza giuridica*; che vi sia un obbligo giuridico non è una condizione affinché *esista la causalità*, ma affinché *l'aver cagionato diventi un fatto punibile*».

<sup>9</sup> WALDER, *Die Kausalität im Strafrecht*, in *SchwZStr*, 1977, 155; ora, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1717; ANGIONI, *Note*, cit., 1282 ss.

<sup>10</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1723.



dell'evento, altro non è che una condizione ipotetica alternativa rispetto alla condotta concreta tenuta dall'agente<sup>11</sup>.

La dottrina, tuttavia, giunge raramente ad affermare esplicitamente che l'azione doverosa omessa costituisce una causa alternativa ipotetica, malgrado la responsabilità per omissione rappresenti il caso più eclatante in cui è una *ipotesi* a spiegare la responsabilità di un soggetto e nonostante sia unanimemente condiviso il principio per cui l'evento non è imputabile all'omittente se l'azione doverosa non avrebbe potuto impedire la sua verifica<sup>12</sup>.

Solitamente si afferma che è la presenza di condizioni negative o impeditive (cioè di condizioni la cui assenza determina l'evento e che dunque sono idonee ad impedire l'evento) a rendere indispensabile la costruzione di decorsi causali ipotetici per la verifica del nesso eziologico. Nella causalità omissiva, infatti, il soggetto non introduce nuovi fattori di rischio, ma si limita a non impedire la verifica di un evento, non attivando fattori in grado di bloccare o neutralizzare il rischio dell'evento.

Questa visione, ancora prevalente in dottrina, concepisce la causalità omissiva come un *minus* rispetto alla causalità commissiva e come una finzione normativa tollerata esclusivamente in funzione dell'esigenza di imputare un evento ad un soggetto<sup>13</sup>. Essa incorre nell'errore di considerare le condizioni negative proprie soltanto del reato omissivo e, come presto vedremo, dell'illecito colposo<sup>14</sup>.

È evidente che, una volta respinta la visione arcaica e naturalistica della causalità come "forza", come dispiego di energie materiale, la causalità è data anche da condizioni e processi "statici" o "negativi"<sup>15</sup>. Neppure il senso comune fatica a riconoscere l'esistenza di relazioni causali rispetto a condizioni negative o impeditive. L'effetto condizionante rimane, infatti, un effetto *reale* a prescindere dalla struttura positiva o negativa assunta dalla condizione<sup>16</sup>, posto che, al pari della condizione positiva, la

<sup>11</sup> PALIERO, *La causalità*, cit., 845.

<sup>12</sup> SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679.

<sup>13</sup> «La causalità omissiva non consiste in una vera e propria forma di causalità, ma si risolve in una tecnica di imputazione oggettiva dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale» (BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 19). V. inoltre FIANDACA, *Omissione*, cit., 555; PERINI, *Il concetto*, cit., 436.

<sup>14</sup> VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 38 ss.; in parte, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43 ss. In giurisprudenza, v. recentemente, Cass., 4.05.2011, n. 21028, ove afferma che nelle fattispecie omissive, «qualificate dalla presenza di condizioni negative dell'evento, si rende indispensabile la costruzione di decorsi causali ipotetici: il giudice, procedendo alla ricostruzione controfattuale del nesso causale, si interroga in ordine all'evitabilità dell'evento, per effetto delle condotte doverose mancate che, naturalisticamente, costituiscono un "nulla".»

<sup>15</sup> STELLA, *La nozione*, cit., 1253, sottolinea, citando Carnap, che la concezione della causalità come impiego di forze e energie materiali è inaccettabile e rappresenta «una specie di proiezione dell'esperienza umana nel mondo della natura (...) Ai nostri giorni, l'uomo civilizzato, o per lo meno lo scienziato, non si accosta più così antropomorficamente alla natura», ma analizza le relazioni causali in termini di processi o eventi, di condizioni necessarie o sufficienti». Per una impostazione analoga, v. PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 37; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 43. Molto critico nei confronti di tale forma di "naturalismo", JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 791.

<sup>16</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 29 ss.; SPENDEL, *Zur Dogmatik*, cit., 139; PUPPE, *NK*, vor §§ 13 ff., n. 117;

condotta omissiva «concorre effettivamente alla realizzazione del risultato cagionato dalle condizioni positive»<sup>17</sup>.

È inoltre possibile affermare con certezza che la condizione necessaria per il verificarsi di un determinato avvenimento consiste nel fatto che non subentrino fattori negativi che ne impediscano il verificarsi; se, ad esempio, una persona è morta a seguito di un incidente, si può affermare che la morte si è verificata perché nessuno ha prestato soccorso in tempo utile<sup>18</sup>; parimenti è possibile affermare, facendo riferimento alle medesime leggi naturali, che la somministrazione di un farmaco, così come la sua mancata somministrazione, hanno procurato la morte.

Indubbiamente la formulazione dell'art. 40 c.p., contemplando la doppia locuzione "azione-omissione" (al posto del termine unitario "condotta"), ha generato inutili controversie relative alla natura reale e ipotetica dell'omissione e sui criteri di accertamento e imputazione rispetto a condotte meramente ipotizzate. Di fatti, come spiegava già *Antolisei*, la causalità omissiva non pone problemi «se si ammette che nei giudizi sulla causalità umana il comportamento del soggetto non va considerato da solo, ma in unione con le forze esterne che egli può *dominare* (...) La causalità dell'omissione non differisce punto da quella dell'azione, perché al pari di questa trova la sua spiegazione nella cooperazione di fattori esterni che si imputano all'uomo, in quanto possono essere da lui dominati»<sup>19</sup>.

Pare allora più appropriato distinguere tra causalità che cagiona un evento (*herbeiführende o bewirkende Kausalität*) e causalità che impedisce un evento (*vermeidende Kausalität*), indipendentemente dalla natura attiva od omissiva della condotta realizzata<sup>20</sup>. «Non l'attività, da un lato, e l'inerzia, dall'altro, sono distinguibili (almeno come generi di condotta), ma l'attività e l'inerzia *che non impediscono* un determinato risultato, da un canto, e l'attività *che lo cagiona* dall'altro»<sup>21</sup>.

STELLA, *La nozione*, cit., 1252 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 825; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 160; ROMANO, *Commentario*, cit., 376.

<sup>17</sup> SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 79. Cfr. la *Relazione* al progetto definitivo (I, 83): «Sul riconoscimento di tale figura di *causalità indiretta*, vivo è il dibattito, e il progetto, tra le opposte tendenze, ha seguito quella che ritiene sussistente il rapporto di causalità; ma agli effetti penali ha limitato il valore di tale riconoscimento, dichiarando giuridicamente rilevante la sola ipotesi di un impedimento che sia legato alla inosservanza di un obbligo giuridico. Questa specifica limitazione può giustificare la denominazione di *causalità giuridica*, con cui vuole essere designato il rapporto che intercede tra questa specie particolare di omissione e l'evento; ma la denominazione non va intesa nel senso che al rapporto fisico e materiale di causalità venga a sostituirsi una *finzione* di causalità *ex lege*».

<sup>18</sup> MAIWALD, *Kausalität*, cit., 84.

<sup>19</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 198 s. Analogamente, WOLFF, *Kausalität*, cit., 29 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 307, il quale sottolinea – nel quadro della sua personalissima impostazione – che anche l'omissione determina una *Veränderung* della realtà di una determinata relazione interpersonale.

<sup>20</sup> Per questa classificazione, v. SEEBALD, *Nachweis*, cit., 194 s.; prima ancora, WOLFF, *op.ult.cit.*, 30.

<sup>21</sup> SPASARI, *L'omissione*, cit., 55. Cfr. altresì GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 107 ss., ove distingue tra omissioni causali (omissioni che sono direttamente causa dell'evento perché pongono le condizioni dell'evento, disciplinate dall'art. 40, co. 1 c.p.) e omissioni consistenti nel non impedimento (omissioni che non eliminano pree-

Coloro che attribuiscono valore causale esclusivamente al cagionare misconoscono che l'efficacia (da un punto di vista causale) di un fattore ben può consistere nell'incidere su un altro fattore rivolto ad un determinato evento, evitandone la verificazione (come quando un medico neutralizza gli effetti collaterali di un farmaco o un datore di lavoro fornisce ai suoi dipendenti i mezzi per proteggersi da esalazioni nocive). L'essenza della *vermeidende Kausalität* è data dalla presenza di un fattore preesistente e rivolto all'evento, che senza l'intervento impeditivo avrebbe cagionato l'evento. Non diversamente, nella *bewirkende Kausalität* occorre che non siano presenti altri fattori rivolti all'evento, in modo che senza di essa l'evento non si verificherebbe.

Se si ammette che la causalità nella sua dimensione giuridica ha sempre carattere logico (perché esprime una relazione necessitata, ineliminabile tra condizione ed evento), tra causalità commissiva ed omissiva non si rinviene alcuna differenza giuridicamente rilevante. La teoria della *c.s.q.n.* richiede che l'agente abbia posto una condizione dell'evento e dunque anche l'omissione è causa dell'evento qualora senza di essa l'evento non si sarebbe verificato<sup>22</sup>. La *c.s.q.n.* esprime un concetto normativo di causalità laddove attribuisce rilevanza alle condizioni negative e solo una causalità intesa in senso riduttivamente naturalistico può muovere dal presupposto che *ex nihilo nihil fit*<sup>23</sup>.

Abbiamo più volte sottolineato che è lo specifico punto di vista del diritto (espresso dalla formula della *c.s.q.n.*) ad imporre una ricostruzione causale controfattuale fondata sul confronto con i decorsi ipotetici<sup>24</sup>. Il giudizio ipotetico segna infatti un passaggio fondamentale anche nell'accertamento della causalità commissiva<sup>25</sup>, dove non si limita a svolgere una funzione meramente "esplicativa" e "tautologica"<sup>26</sup>. Le

sistenti condizioni produttive dell'evento perché determinate da altri o comunque estranee alla condotta dell'agente, disciplinate dall'art. 40 cpv.). Analogamente, LICCI, *Teorie causali*, cit., 292.

<sup>22</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 139; STELLA, *La nozione*, cit., 1254; negano che vi sia differenza, dal punto di vista logico, tra causalità attiva ed omissiva anche DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 33; DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 615; LICCI, *op.ult.cit.*, 290 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1064; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 255. Nella dottrina tedesca, v. ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 30; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 619; KAHLO, *Das Problem*, cit., 306; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 899.

<sup>23</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 135; WOLFF, *Kausalität*, cit., 28. Assimila causalità attiva ed omissiva in prospettiva normativa, FREUND, *Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in *Herzberg FS*, Tübingen, 2008, 225 ss.

<sup>24</sup> V. cap. I.

<sup>25</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 455; STELLA, *La nozione*, cit., 1254; PALIERO, *La causalità*, cit., 839, il quale però individua una differenza nella struttura «doppiamente ipotetica» della formula di accertamento; LICCI, *op.ult.cit.*, 298 («si sdrammatizza la distinzione tra forme commissive e omissive di condotta, la quale non può certo riposare su una sorta di realismo ingenuo che considera eterogenee due figurazioni giuridiche perché le prime, a differenza delle seconde, appartenerebbero al *see-touch-world*»). Ritiene il giudizio controfattuale passaggio decisivo anche per l'accertamento della causalità nei reati commissivi, Cass., Sez. un., 10.07.2002, n. 30328, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 608.

<sup>26</sup> In questi termini, invece, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 58 e 81, ove precisa che «l'accertamento della causalità passa attraverso la costruzione di condizionali congiuntivi solo nelle ipotesi di condizioni negative

difficoltà di accertamento nell'omissione vengono collegate alla sua natura ipotetica e irrealizzabile ed erroneamente attribuite al procedimento di ricostruzione controfattuale, ritenuto congetturale e meramente fittizio; in realtà, si dimentica così che il metodo controfattuale è una regola strutturale del ragionamento inferenziale<sup>27</sup>. Sotto il profilo normativo la differenza tra causalità attiva ed omissiva è destinata a svanire, poiché l'efficacia condizionante di una circostanza è accertabile soltanto con l'ausilio del metodo controfattuale e mediante la formulazione di giudizi ipotetici.

Entrambe le tipologie di causalità possono allora apprezzarsi come *differenza* tra il processo effettivamente cagionato e quello preesistente (“*angelegt*”), tra l'avvenimento reale e ciò che sarebbe accaduto al posto di questo. La causalità, insomma, si sostanzia sempre nella modificazione di un processo già esistente<sup>28</sup>. In questa prospettiva, che concepisce l'accertamento causale come operazione di *confronto* tra un decorso reale e uno ipotetico e riconosce che ogni comportamento umano contiene in sé sia un cagionare (il concreto decorso) sia un impedire (il decorso preesistente), risulta indifferente che l'uno venga mentalmente eliminato e l'altro mentalmente aggiunto.

## 1.2. L'accertamento della causalità omissiva

Posto dunque che il giudizio ipotetico (controfattuale) non caratterizza soltanto la causalità omissiva, ma anche quella commissiva, risulta del tutto ingiustificata e arbitraria la scelta di applicare alla prima un criterio di accertamento diverso e, in particolare, meno rigoroso<sup>29</sup>. L'asserita natura ipotetica della causalità omissiva ha fatto sì

o impeditive (...) Nelle condizioni positive, invece, l'indagine sui decorsi causali ipotetici non è indispensabile, ma – a parte il problema delle cause addizionali e di quelle meramente sostitutive ipotetiche – si risolve in una traduzione linguistica, in termini condizionali, dell'accertamento autonomamente e previamente accertato di un decorso reale, senza che questo abbia necessità del previo impiego di condizionali controfattuali».

<sup>27</sup> Sul punto, chiaramente, PASCALI, *Causalità*, cit., 66; v. inoltre, approfonditamente, PIZZI, *Eventi*, cit., 51 ss.; HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 455.

<sup>28</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 29 e 455; WOLFF, *Kausalität*, cit., 30, per il quale il risultato dell'agire umano è sempre la differenza tra processo condizionato e accadimento esistente («*der Unterschied des bedingten Prozesses zum angelegten Geschehen*»); in questo senso, v. anche ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19; SEEBALD, *Nachweis*, cit., 195. Segnaliamo anche l'opinione di JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 142 s., secondo il quale l'identità tra azione ed omissione può apprezzarsi proprio sotto il profilo della determinazione di una «*Erfolgendifferenz*».

<sup>29</sup> La struttura della spiegazione causale va pertanto considerata identica nel reato commissivo e nel reato omissivo; v. SPASARI, *L'omissione*, cit., 31 ss.; STELLA, *La nozione*, cit., 330 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 375 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 226 ss.; LICCI, *Teorie causali*, cit., 296; DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 615; M. GALLO, *Causalità e imputazione oggettiva: forse sono la stessa cosa*, in *Crit. dir.*, 2003, 208; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 253; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 30; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 618; ROXIN, *Strafrecht*, AT, vol. II, cit., 2003, 640 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 899; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 94; DENCKER, *Kausalität*, cit., 45. In giurisprudenza, v. Cass., 15.11.2005, n. 3380 («La causalità omissiva ha la medesima struttura della causalità attiva e ne differisce esclusivamente per la necessità di far ricorso ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico anziché fondato sui dati della realtà»); sottolineano che anche la causalità omissiva va provata con certezza, Cass., 21.10.2011, n. 46472; Cass., 20.01.2011, n. 13758.

che si affermasse l'orientamento che ritiene necessario un *surplus* di onere probatorio e quindi inevitabile la formulazione di giudizi probabilistici esposti a margini di incertezza e connotati da un livello di rigore inferiore<sup>30</sup>. Secondo questo orientamento, nella causalità omissiva è ammesso il ricorso a criteri meno stringenti, persino al criterio dell'aumento del rischio o della mancata diminuzione del rischio<sup>31</sup>.

Emblematica l'evoluzione della giurisprudenza nel settore della responsabilità medica<sup>32</sup>: ad un primo indirizzo che, distinguendo causalità attiva ed omissiva, si accontentava nell'omissione di livelli probabilistici di evitabilità dell'evento anche molto bassi (dal 30% al 50%)<sup>33</sup>, seguì un secondo indirizzo, che richiedeva un livello probabilistico medio-alto (70%) oppure utilizzava formule diverse, ma sostanzialmente analoghe nella loro indeterminatezza ("poche probabilità di successo", "seria ed apprezzabile possibilità di successo" etc.)<sup>34</sup>. Sulla scorta delle radicali critiche pervenute dalla dottrina si è successivamente imposto in giurisprudenza un orientamento

<sup>30</sup> In questi termini, PALIERO, *La causalità*, cit., 844. Per questa impostazione, v. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 396; FIANDACA, *Causalità*, cit., 126; VENEZIANI, *Utilizzazione di amianto*, cit., 558; VIGANO, *Riflessioni*, cit., 1681; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 296. Nella dottrina tedesca, v. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., 57 ss.; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 83; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 791; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 620.

<sup>31</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 27; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 430; ID., *Strafrecht*, AT, vol. II, cit., 645 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 237 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip*, cit., 417 ss.; RUDOLPHI, SK, vor § 13, n. 16. Da noi, v. FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 949 ss.; ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 915; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 295 ss.

Seguono questa impostazione, in tema di malattie professionali, Cass., 11.05.1990, Papini, in *Cass.pen.*, 1991, 1826; Pretura di Torino, 9.02.1995, Barbotto Beraud, in *Foro it.*, 1996, II, 107 ss.; App. Torino, 15.10.1996, Barbotto Beraud, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1448, con commento di Piergallini; Pretura di Padova, 3.06.1998, Macola, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1998, 720 ss.; Cass., 11.07.2002, Macola, in *Foro it.*, 2003, II, 324 ss.; Trib. Casale Monferrato, 30.10.1993, Giannitrapani; Cass., 2.07.1999, Giannitrapani, in *Foro it.*, 2000, II, 260 ss.; Pret. Torino, 2.06.1998 Camposano; Cass., 30.03.2000, Camposano, in *Foro it.*, 2001, II, 278, con commento di Guariniello; Pret. Bergamo, 3.04.1997, Covili; in tema di responsabilità medica, Cass., 7.03.1989, Prinzivalli, in *Giust.pen.*, 1990, II, 103; Cass., 7.01.1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, II, 351; Cass., 12.07.1991, Silvestri, *ivi*, 1992, II, 363. Per il ricorso al canone dell'aumento del rischio nelle vesti dell'accorciamento dei tempi di latenza, si vedano inoltre, più recentemente, la già citata Cass., 27.08.2012, n. 33311 (relativa al caso Fincantieri); Cass., 30.09.2008, n. 42128, Rizza, in *Dir.pen.proc.*, 2009, 152.

<sup>32</sup> Per una panoramica, non limitata peraltro al settore della responsabilità medica, v. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 49 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 848 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 104 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 675 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, 63 ss.; MANNA, *Danno alla salute e rischio professionale: le controverse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale per omissionem*, in *Ind.pen.*, 2004, 27 ss.; BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass.pen.*, 2006, 803 ss.; ID., *Causalità*, cit., 268 ss.; MASERA, *Il modello causale*, cit., 493 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2011, 597 ss.; ZIRULLA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, *ivi*, 2012, 1 ss.; BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, 117 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale: tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012, 78 ss.

<sup>33</sup> Cass., 12.07.1991, Silvestri, in *Foro it.*, 1992, II, 363; Cass., 23.03.1993, rv. 195169, De Donato.

<sup>34</sup> Cass., 7.03.1989, Prinzivalli, in *Riv.pen.*, 1990, 119; Cass., 2.04.1987, Ziliotto, in *Cass.pen.*, 1989, 72; Cass., 7.07.1993, De Giovanni, in *Giust.pen.*, 1994, II, 269; Cass., 14.07.2000, Falvo, Ced 217149.

più rigoroso in tema di accertamento del rapporto di causalità, improntato ad un modello causale strettamente nomologico-deduttivo, che ammette il ricorso alle leggi probabilistiche soltanto qualora attestino un valore percentualistico vicino a cento<sup>35</sup>.

In questo quadro la celebre sentenza delle Sezioni unite del 10 luglio 2002<sup>36</sup> ha segnato un passaggio importante, definendo un nuovo approccio all'accertamento giudiziale della causalità e avviando una nuova fase del dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Le Sezioni unite, dopo aver escluso che le peculiarità della causalità omissiva rispetto a quella commissiva possano giustificare il ricorso a criteri di imputazione alternativi alla *c.s.q.n.*, orientati al paradigma dell'aumento del rischio, hanno messo in luce l'inadeguatezza del modello di accertamento rigidamente nomologico-deduttivo, valorizzando il momento di concretizzazione della spiegazione causale. È indubbio, infatti, che il ricorso a schemi probabilistici di spiegazione causale, sebbene si ponga con maggiore urgenza e problematicità rispetto alle ipotesi di causalità omissiva, costituisce in realtà un nodo centrale della generale categoria della causalità e, in particolare, del modello di spiegazione mediante leggi. Le riflessioni sul punto riguardano, pertanto, in eguale misura la causalità commissiva e omissiva. L'avvertita esigenza di richiedere per l'accertamento della causalità nell'omissione un grado di probabilità inferiore e diverso rispetto quello richiesto per il reato commissivo implica un ingiustificato svilimento della causalità omissiva e una erronea valutazione dei presupposti di validità delle leggi di copertura.

I diversi orientamenti segnalati in tema di responsabilità del medico e di malattie professionali sono indicativi di un persistente disorientamento circa il significato della spiegazione causale mediante leggi statistiche, riconducibile alla confusione intorno al concetto stesso di *probabilità* e non certo ad una presunta diversità ontologica della causalità omissiva.

Per lungo tempo le sentenze hanno trascurato di evidenziare la distinzione tra un concetto di probabilità *in senso empirico*, esprime una relazione tra classi di eventi, e un concetto di probabilità *in senso logico-induttivo*, quale relazione tra proposizioni. Se nel primo caso il giudizio di probabilità è riferito alla percentuale (statistica) di casi in cui sussiste una connessione tra fenomeni, nel secondo la probabilità rinvia ad uno stato psicologico, inteso quale grado di convincimento del giudice riguardo

<sup>35</sup> In questo senso, v. Cass., 28.09.2000, Baltrocchi, in *Foro it.*, 2001, II, 420; Cass., 28.11.2000, Musto, e Cass., 29.11.2000, Di Cintio, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 277, con nota adesiva di Centonze; Cass., 25.09.2001, Sgarbi, e Cass., 25.09.2001, Covili, in *Foro it.*, 2002, II, 289. Aderiscono a questo orientamento, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 197 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia*, cit., 1215 ss.; ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 379 ss.; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di cassazione*, in *Cass.pen.*, 2006, 2133; D'ALESSANDRO, *La certezza*, cit., 737; ID., *Le frequenze medio-basse*, cit., 4812. Da ultimo, PERINI, *Il concetto*, cit., 462.

<sup>36</sup> Cass., Sez.Un., 10.07.2002, n. 30328, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 602, con nota di Di Giovine; in *Cass.pen.*, 2002, 3643, con nota di Massa; in *Dir.pen.proc.*, 2003, 50 ss., con nota di Di Martino; in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 1133, con nota di Stella.

alla sussistenza del nesso tra fenomeni<sup>37</sup>. La differenza tra probabilità empirica (matematica) e probabilità logica è data dal fatto che la prima si basa su generalizzazioni tratte dall'osservazione di regolarità tra due fenomeni considerati come *tipi di eventi* (evento generico), la seconda riguarda l'*evento specifico*<sup>38</sup>.

Come noto, le Sezioni unite hanno chiarito il significato del principio della necessaria credibilità razionale della spiegazione causale mediante leggi, confermando che «non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso eziologico, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta (...) è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con *alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*»<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> La distinzione rinvia alla differenza fondamentale tra oggetto e accertamento della causalità, fra *concetto di causa* e *verificabilità processuale* dello stesso; in questi termini, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 49. Evidenziano la necessità di una chiara distinzione tra le due accezioni di probabilità, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 309; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 658 ss.; CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 1193 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 372; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1042; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 64 ss.; BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, 1878 ss. Nella letteratura tedesca la questione è esplicitamente affrontata da HOYER, *Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"*, in *ZStW*, 1993, 532 ss.; MEURER, *Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, in Tröndle FS, Berlin-New York, 1989, 533 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in Lenckner FS, München, 1998, 712; ZIETHEN, *Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2004, 14; PEREZ BARBERÀ, *Kausalität und Determiniertheit. Das Problem der ontologischen Voraussetzung bei Erfolgsdelikten in nicht kausal determinierten Bereichen*, in *ZStW*, 2002, 619; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 113 ss. La giurisprudenza tedesca ha implicitamente accolto il principio già dai tempi della sentenza sul *Lederspray*, differenziando, sul piano della causalità generale, l'aspetto probabilistico collegato al valore esplicativo riconosciuto alla legge di copertura e, sul piano della causalità concreta, il momento del libero convincimento del giudice in ordine all'accertamento del nesso causale nel caso concreto attraverso la ragionevole esclusione di cause alternative.

<sup>38</sup> Sul punto, ampiamente, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 643; EAD., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, 2151 ss. Per un approfondimento di questo aspetto, si rinvia al cap. IV.

<sup>39</sup> Cass., Sez.un., 10.07.2002, Franzese, cit., 601. La distinzione era peraltro già stata abbozzata da Cass., 23.01.2002, Orlando, cit.; Cass., 11.05.1990, Papini, cit.; Cass., 11.07.2002, Macola, in *Foro it.*, 2003, II, 324. Il concetto di "probabilità logica" è stato introdotto nel dibattito penalistico da STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 222 ss., sulla scorta delle tesi di CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971, 52 ss.; prima della sentenza delle Sezioni unite, v. anche GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, 363; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 650. Il criterio è ormai costantemente applicato in giurisprudenza; v. tra le tante, da ultimo, Cass., 21.02.2012, n. 10864; Cass., 4.05.2011, n. 21028; Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini; Cass., 14.07.2010, n. 34846; Cass., 11.02.2010, n. 8641; Cass., 22.12.2009, n. 10452; Cass., 23.09.2009, n. 39959; v. inoltre, Cass., 24.05.2007, n. 35115; Cass., 14.12.2006, n. 4177, in *Cass.pen.*, 2008, 1866; Cass., 17.05.2006, n. 4675, *ivi*, 2009, 2837; Cass., 25.05.2005, n. 25233, *ivi*, 2006, 3219; per una applicazione del criterio alla causalità nel concorso di persone, v. Cass., Sez.un., 12.07.2005 Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80.

Va in ogni caso respinto l'uso distorto del criterio dell'aumento del rischio che, concepito originariamente nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva dell'evento come limitazione dell'imputazione causale dell'evento e operante sul piano normativo della selezione delle condotte penalmente rilevanti, viene qui utilizzato esclusivamente sul piano dell'accertamento della causalità generale, senza che si giunga alla concretizzazione del giudizio causale necessaria a fondare l'affermazione della causalità individuale<sup>40</sup>.

Neppure è condivisibile l'orientamento che considerando la causalità omissiva «una tecnica d'imputazione oggettiva dell'evento escogitata per far fronte a specifiche esigenze della responsabilità penale», rilevante più sul piano della responsabilità che su quello della causalità, apre la strada alla configurabilità di diverse forme di causalità e alla convivenza di due diversi criteri di imputazione, uno per l'azione l'altro per l'omissione<sup>41</sup>. A maggior ragione, se tale canale differenziato è riservato quasi esclusivamente ai delitti (omissivi) colposi diffusi in settori circoscritti (responsabilità medica, malattie professionali, danni da prodotto etc.).

In dottrina, aderiscono alla impostazione della Cassazione, CANZIO, *Prova scientifica*, cit., 1193 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 61 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass.pen.*, 2006, 3219 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 372; DI GIOVINE, *Probabilità statistica*, cit., 2151 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 236 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1042; BRUSCO, *Applicazioni*, cit., 1878; RONCO, *Aporie*, cit., 247; DONINI, *Il garantismo*, cit., 925 s. Critici, oltre a STELLA, *Etica e razionalità*, cit., 767 ss.; ID., *Verità*, cit., 1215 ss.; CENTONZE, *Causalità attiva*, cit., 289 ss.; D'ALESSANDRO, *La certezza*, cit., 744; anche VENEZIANI, *Il nesso*, cit., 1994; MASERA, *Il modello causale*, cit., 498 ss.; PERINI, *Il concetto*, cit., 510 ss.; VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità «scientifica», in *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2011, 342 ss.

<sup>40</sup> L'orientamento radicale che propone esplicitamente di adottare un parametro di imputazione fondato sull'aumento del rischio in sostituzione della causalità rimane del tutto minoritario; v. KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 46 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 237 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip*, cit., 417 ss.; SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung*, cit., 172 ss.; KAHL, *Das Problem*, cit., 142 ss.; più recentemente, HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss. Nella dottrina italiana mostrano aperture in questo senso, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 168 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 846; FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 954 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 296 ss e 310 ss.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 109 ss.; VIGANÒ *Riflessioni*, cit., 1688, seppur ritenendo che non di causalità si tratti, ma di colpa (v. *infra*, cap. II, par. 1.4.3.).

<sup>41</sup> In questi termini, BLAIOTTA, *op.ult.cit.*, cit., 19, 296 e 309, il quale conclude che «il carattere condizionalistico non è un tratto per così dire ontologico della causalità giuridica» e che «nell'ambito dei reati omissivi impropri, diverse ragioni logiche e normative inducono a ritenere possibile un'imputazione causale non condizionalistica ma probabilistica», sulla base di «un criterio di carattere normativo distinto rispetto a quello della causalità commissiva». Similmente, FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 951, il quale sostiene che «può apparire strutturalmente più compatibile con la responsabilità omissiva la prospettiva – piuttosto che della vera e propria creazione *ex novo* del rischio – dell'aumento o della mancata diminuzione di un rischio preesistente». V. altresì VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1681, per il quale il giudizio di causalità omissiva «evoca un problema di imputazione dell'evento penalmente rilevante, che *prescinde* dal paradigma condizionalistico caratteristico del giudizio di causalità tra un'azione ed un evento penalmente rilevante.» Riguardo alla esistenza di una pluralità di tipologie di causalità, v. BARTOLI, *op.ult.cit.*, I, ove ritiene che non si debba parlare di causalità penale al singolare, ma di una pluralità di modelli causali; in particolare, esisterebbero due tipologie differenziate di causalità, una per l'azione (decorso causale reale) e l'altra per l'omissione (decorso causale ipotetico).



Come sottolineato, la causalità omissiva non pone di per sé problemi particolari, né il suo accertamento risulta meno certo rispetto a quello della causalità commissiva (si pensi, ad esempio, al mancato salvataggio di un bagnante o al mancato allattamento del neonato). Il punto è che vi sono *contesti eziologicamente problematici*, a prescindere dalla natura attiva od omissiva della condotta realizzata, caratterizzati dalla incertezza o insufficienza delle conoscenze scientifiche, dalla interazione di più fattori e dalla complessità dei fenomeni; contesti in cui anche la rilevanza causale di una azione può essere difficilmente dimostrata (s'immagini il caso di un soggetto che cerchi di cagionare la morte della vittima facendole inalare polvere di amianto; si pensi altresì alla casistica in tema di contagio sessuale da virus Hiv).

Anche il diverso requisito della “probabilità confinante con la certezza” richiesto da parte della dottrina appare superfluo, poiché indica soltanto la misura della residua incertezza connessa alla possibilità di conoscenza dell'uomo<sup>42</sup>. Tali incertezze riguardano la prova dei fatti e danno luogo ad un problema prettamente processuale, che affligge egualmente causalità commissiva ed omissiva. Coloro che nella omissione operano con la formula della “probabilità confinante con la certezza” al fine di evidenziare le peculiarità dell'accertamento di un decorso ipotetico, in realtà sottintendono che l'omissione non possa cagionare nulla. L'asserzione che «la verifica o non verifica dell'evento dipende quasi sempre anche da fattori ulteriori rispetto alla condotta del soggetto, e dei quali egli non ha pressoché mai un completo controllo»<sup>43</sup> non si addice soltanto alla causalità omissiva ma anche a quella commissiva, sicché l'enfatizzazione delle incertezze legate all'accertamento può risultare fuorviante<sup>44</sup>.

### 1.3. Concezione unitaria di causalità attiva ed omissiva

L'orientamento che nega la causalità materiale nell'omissione ritiene di dover ricorrere ad un criterio di accertamento diverso da quello utilizzato nel reato commissivo, perché al posto della domanda “*cosa è concretamente accaduto?*”, che caratterizza l'approccio alla causalità commissiva, chiede “*cosa sarebbe successo se fosse stata realizzata la condotta doverosa?*”. Ma questa, come già sottolineato sulla scorta delle osservazioni di *Engisch*, è questione di natura normativa, non estranea neppure alla valutazione della rilevanza causale dell'azione.

<sup>42</sup> Per tale criterio di giudizio, v. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 78; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 396; PALIERO, *La causalità*, cit., 824; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 76; ROMANO, *Commentario*, cit., 376; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 619; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 793; WOHLERS, NK, § 13, n. 14; FREUND, *MiKo*, § 13, n. 201. In giurisprudenza, v. Cass., 31.10.1991, Rezza, in *Cass.pen.*, 1994, 1204; Cass., 28.11.2000, n. 14006; Cass., 1.12.2004, n. 9739.

<sup>43</sup> VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1702.

<sup>44</sup> Come quando si sottolinea (v., ad esempio, VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1704), con riferimento ad un caso di omissione di trattamento sanitario, che vi sono troppe incognite di cui tenere conto, come la violazione delle *leges artis* da parte di un altro medico chiamato ad intervenire; l'insorgere di complicanze postoperatorie; la comparsa di metastasi nonostante la rimozione del tumore, ecc.

La “normatività” della causalità omissiva non dipende – come si ritiene tradizionalmente – dalla sua subordinazione ad una norma di comando, né dalla sua inesistenza fisica (dall’essere un *nihil*), né dalla presenza di una espressa clausola di equivalenza, né infine dalla necessità di considerare i decorsi ipotetici e di formulare una prognosi.

La difficoltà di elaborare un chiaro e univoco concetto di causalità nei reati omissivi trova la sua ragione nella oscurità del rapporto tra causalità e imputazione oggettiva, tra elementi fattuali e normativi<sup>45</sup>. L’omissione, ci si limita a sottolineare, contrariamente all’azione è un concetto normativo, una qualificazione, un giudizio; essa non ha reale consistenza, ma si comprende soltanto in relazione ad una norma che imponga un determinato comportamento. Ma se prendiamo in considerazione questo aspetto valutativo-qualificativo, la causalità si risolve sempre nella inosservanza di una norma, che sia un divieto o un comando<sup>46</sup>. L’omissione allora appare non tanto un mero *non facere*, quanto – al pari dell’azione – un *non facere quod debetur*<sup>47</sup>.

Il “persistente equivoco” è ben illustrato da Spasari: «Mentre col termine “omissione” s’indica il *disvalore* di un tipo di comportamento umano o, se si crede meglio, un tipo di comportamento considerato *anche* nel suo momento di contraddizione ad una norma qualsiasi, viceversa, con quello di “azione” si accenna *soltanto* ad una specie di condotta, ma *non* ad una specie di condotta normativamente valutata e qualificata come *negazione* di un valore». L’A. conclude condivisibilmente che occorre «impostare la ricerca sempre dal *medesimo profilo*, ora formale ora sostanziale»<sup>48</sup>. Pertanto, «alla considerazione dell’omissione deve corrispondere quella dell’*azione antidoverosa* (ossia dell’azione negativamente significativa in relazione ad una norma di qualsiasi specie), allo studio dell’azione quello del tipo di *comportamento* (attività o inerzia) *sottostante* al giudizio omissivo».

La riflessione coglie perfettamente il nodo problematico: in relazione alla causalità nell’azione si è soliti prendere in considerazione la “condotta” di per sé sola, “neutra”, priva di connotati di illiceità, mentre in relazione alla causalità dell’omissione si pretende di giudicare una “condotta antidoverosa” considerata già nella sua dimensione illecita e anti giuridica. Questo diverso approccio al problema causale non può che riflettersi sul metodo e sulla finalità dell’accertamento.

Anche l’azione, da un punto di vista normativo, è “omissione” di un dovere giuridico, mancato compimento di una condotta conforme al diritto, omissione di evitare ciò che si poteva, ma soprattutto si doveva evitare. Solo in questa dimensione essa

<sup>45</sup> Molto critico in questo senso, KAHL, *Das Problem*, cit., 24.

<sup>46</sup> Lo sottolinea chiaramente già DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 135.

<sup>47</sup> Fondamentali le osservazioni di SPASARI, *L’omissione*, cit., 31. Si vedano, altresì, JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, in *Eb. Schmidt FS*, Göttingen, 1961, 152; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, 1955, 41 ss.; LAMPE, *Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, in *ZStW*, 1967, 477.

<sup>48</sup> SPASARI, *L’omissione*, cit., 38.

risulta giuridicamente rilevante e può costituire oggetto di un giudizio di imputazione; al di fuori di questa dimensione anche l'azione rappresenta di per sé un *nihil* per l'ordinamento.

Se dunque ogni comportamento può essere ricostruito come un “non fare ciò che l'ordinamento impone”, la formulazione della norma cessa di essere decisiva<sup>49</sup>. Superato un concetto naturalistico di condotta e di causalità, anche la clausola “non impedire equivale a cagionare” assume un significato diverso: essa «non contrappone il termine cagionare al termine non impedire, bensì accomuna le due situazioni in riferimento alla tematica della responsabilità»<sup>50</sup>.

Semmai, l'espressione scelta dal legislatore, incentrata sul verbo “impedire” fornisce una chiara indicazione circa la natura del nesso che deve sussistere tra omissione ed evento, indicazione cui potrebbe attribuirsi un valore ben più generale, riferibile non soltanto all'omissione, ma ad ogni condotta considerata sotto il profilo normativo<sup>51</sup>. In altri termini: l'imputazione presuppone sempre che l'evento sia evitabile ed impedibile – poco importa se attraverso l'omissione dell'azione illecita o il compimento dell'azione doverosa – perché solo allora esso è riconducibile alla dimensione antidoverosa della condotta<sup>52</sup>.

Interessanti da questo punto di vista si rivelano quegli orientamenti che adottano l'omissione come paradigma generale dell'illecito penale fondato sulla evitabilità (*Vermeidbarkeit*)<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Osserva PASCALI, *Causalità*, cit., 115 che «nel loro mestiere i giuristi danno corpo ad una delle possibilità (ad esempio, può essere antiggiuridico il fare, o viceversa il non-fare) e negano l'esistenza dell'altra, realizzando l'antinomia. Ma ciò equivale a negare parte dell'esistente. Fare qualcosa o non farla significa fare una cosa oppure farne una qualsiasi altra tra mille possibili, tutte diverse dalla prima. Poiché solo la prima è moralizzata e dunque visibile, tutte le altre tendono a scomparire, considerate come sono una negazione della prima. Le paradossali situazioni che ne derivano sono interpretate dai giuristi come assenza di causalità».

<sup>50</sup> Questa la netta conclusione di LICCI, *Teorie causali*, cit., 305. Cfr., in questa prospettiva, ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 215, il quale concepisce la *c.s.q.n.* nell'omissione come *Haftungsformel*. Vedi anche FREUND, *Tatbestandsverwirklichungen*, cit., 225 ss.

<sup>51</sup> In questo senso, chiaramente, LICCI, *op.ult.cit.*, 305, il quale parla di «relazione di impedibilità»; v. altresì EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 220 ss.

<sup>52</sup> Cfr., seppur nel quadro di una impostazione differente, DONINI, *Illecito*, cit., 441, nt. 192, ove afferma che «non si tratta, infatti, della causalità dell'azione storica, nella sua naturalistica identità, ma nella sua, previamente individuata, illiceità, inosservanza, e quindi della causalità della “colpa” (condotta colposa inosservante) rispetto all'evento, accertabile quindi solo sotto la logica presupposizione di una norma la quale individui la illiceità della condotta storica». «In realtà si è sempre inteso che la rilevanza di determinati decorsi eziologici ipotetici avviene alla luce di parametri *normativi* e al fine di valutare l'illiceità di condotte *reali* nel loro effettivo, e non eventuale, significato antiggiuridico».

<sup>53</sup> KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 34; GÖSSEL, *Norm und fabrlässiges Verhalten*, in *Bruns FS*, Köln et al., 1978, 48 ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, 205. Per certi aspetti, v. anche JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 130 s. e 142; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 39 s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., 1966, 163 ss.; OTTO, *Kausaldiagnose*, cit., 100; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 89, per il quale il concetto di imputazione è espresso anche nel principio di evitabilità «che in modi diversi è posto al centro della teoria della imputazione: il *minimum* per

Equiparare il non impedire un evento al cagionare significa far coincidere la causalità con la evitabilità. Ma – si osserva – se la causalità intesa come evitabilità caratterizza l’omissione quale forma minore ed eccezionale di responsabilità, essa deve potersi rintracciare a maggior ragione nell’azione, considerata pacificamente la forma più grave di responsabilità<sup>54</sup>.

Alla conclusione della sostanziale identità tra causalità attiva ed omissiva si può giungere anche confrontando il modello omissivo improprio con le fattispecie commissive colpose: sotto il profilo della inottemperanza ad un dovere (di agire o di osservare una regola di diligenza) «il reato omissivo e quello attivo *non costituiscono* forme separate di costruzione della fattispecie penale» e «il primo si configura come peculiare modalità descrittiva della *medesima realtà* che sta alla base del secondo»<sup>55</sup>.

L’omissione dunque non è causale solo perché è condizione negativa di un evento, ma perché rappresenta “un non fare malgrado la possibilità di fare”. Quindi, omette soltanto chi non impedisce un evento potendo (e dovendo) impedirlo<sup>56</sup>. Una conclusione non diversa dovrebbe valere per la causalità attiva: anche qui il fatto di aver posto una condizione dell’evento non è sufficiente, ma occorre che la *condotta* sia *illicita* e che l’*evento* sia *evitabile*.

Si delineano allora due alternative: o si ritiene abbia “cagionato” colui che “poteva evitare”, con la conseguenza che anche nell’omissione è possibile concepire una causalità; oppure si ritiene abbia “cagionato” soltanto chi ha posto una *causa efficiens*, con la conseguenza che la causalità non potrebbe costituire un requisito generale dell’illecito, dal momento che un’omissione non può mai essere causale. I problemi sorgono naturalmente quando si assume un concetto naturalistico di causa rivendicando al tempo stesso una causazione dell’evento nell’omissione.

Respinta la visione della causalità omissiva come *fictio* e mero equivalente della causalità attiva, appare più proficuo costruire un concetto unitario di causalità, valido sia per l’azione sia per l’omissione e incentrato sull’idea di evitabilità e dominabilità. Nella causalità omissiva tale profilo normativo risulta semplicemente più evidente e percepibile, mentre nella causalità attiva esso resta celato sotto l’apparente semplicità e tangibilità della connessione causale<sup>57</sup>.

la responsabilità penale è che l’agente abbia avuto la possibilità effettiva di evitare l’evento dannoso – ossia che egli non sia stato solo spettatore dello svolgersi di un decorso causale da lui indipendente». Esalta la funzione del requisito della evitabilità nell’illecito in generale, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061 ss. Cfr., infine, il criterio della causalità umana dello stesso ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 178 ss.

<sup>54</sup> A partire da questa argomentazione, HERZBERG, *op.ult.cit.*, 107, giunge alla conclusione che la causazione di un evento e il mancato impedimento di un evento trovano il loro punto d’incontro nell’ «evitabile non evitare» (*vermeidbares Nichtvermeiden*) dell’evento.

<sup>55</sup> Così, EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1064. Da angolazione differente anche ANGIONI, *Note*, cit., 1290 ss.

<sup>56</sup> ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, 132.

<sup>57</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 520 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 34 ss.; ARTH.

Va notato, a questo proposito, che mentre nei reati omissivi la verifica della evitabilità dell'evento viene affrontata sul piano della causalità materiale (c.d. causalità ipotetica nell'omissione), nei reati commissivi la questione emerge in via autonoma esclusivamente in presenza di una condotta colposa, ove si lega all'accertamento del nesso normativo tra colpa ed evento sotto il profilo della idoneità del comportamento alternativo lecito ad evitare l'evento (c.d. causalità della colpa) e quindi, secondo l'impostazione preferibile, sul piano della imputazione normativa<sup>58</sup>.

Come vedremo, tale diversità di approccio è particolarmente evidente nei reati colposi: nel reato omissivo colposo l'evitabilità dell'evento, rilevando già sul piano causale, induce la dottrina a concludere, alternativamente, che non vi sia spazio per una ulteriore verifica della idoneità del comportamento alternativo lecito ad evitare l'evento (e che dunque non si ponga un problema autonomo di imputazione oggettiva) oppure che il nesso causale sia superfluo, contando soltanto il nesso normativo tra colpa ed evento<sup>59</sup>. Nei reati *omissivi* colposi non esisterebbe insomma la "duplicazione di giudizi" (data dalla distinzione tra causalità della condotta e causalità della colpa) propria dei reati *commissivi* colposi, trattandosi sempre e soltanto di un problema *non strettamente* causale. Nesso di causalità e nesso di colpa vengono a coincidere, variando soltanto lo slittamento ora verso la causalità ora verso la colpa (o imputazione oggettiva)<sup>60</sup>.

È evidente, invece, che anche nei reati omissivi è possibile (nonché opportuno) tenere distinti i due profili della causalità e della imputazione; la trasparenza di tale operazione è però messa a repentaglio dalla tendenza, già segnalata, di utilizzare un mutevole concetto di "evento"<sup>61</sup>. Finché nel reato omissivo si prescinde dalla considerazione dell'evento concreto *hic et nunc*, è inevitabile ricostruire *ab origine* la causalità in prospettiva normativa e, viceversa, finché nel reato commissivo ci si ostina a prendere in considerazione qualsiasi modificazione dell'evento *hic et nunc* ai fini dell'accertamento della causalità, sarà sempre necessario ritornare sul problema della evitabilità dell'evento in una fase successiva, deputata alla imputazione normativa. Se nella causalità attiva il profilo della causalità materiale rispetto all'evento concreto e quello della causalità normativa rispetto all'evento astratto (evitabilità) vengono chia-

KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 122; FREUND, *op.ult.cit.*, 225 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 187 ss.; LICCI, *Teorie causali*, cit., 298 ss.

<sup>58</sup> Riguardo alle diverse opzioni sistematiche, v. cap. III.

<sup>59</sup> Questa peraltro la conclusione dei sostenitori della *Risikoerböhungstheorie*; v. KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 218; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 227; SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerböhung*, cit., 172; RUDOLPHI, *SK*, vor § 13, n. 16 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95.

<sup>60</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 681; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 38; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 184; PERINI, *Il concetto*, cit., 580; GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cass. pen.*, 2005, 1541; da prospettiva peculiare, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1679 ss.; ANGIONI, *Note*, cit., 1279 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3227; MASSARO, *op.ult.cit.*, 4715.

<sup>61</sup> V. *supra*, cap. I, par. 2.3.

ramente distinti, mentre nella causalità omissiva i due profili tendono a confondersi, deve essere chiaro che tale fenomeno non è da ricondursi alla speciale conformazione della causalità attiva e di quella omissiva, bensì – più semplicemente – alla *diversa descrizione dell'evento* (che a sua volta riflette l'influenza di considerazioni di ordine politico-criminale).

Si potrebbe osservare che per mantenere realmente una corrispondenza tra causalità commissiva ed omissiva, onde evitare che nell'omissione l'accertamento della evitabilità resti assorbito in quello della causalità, basterebbe adottare il doppio livello di indagine applicato all'azione: prima si dovrebbe procedere alla descrizione dell'evento concreto individuandone la causa (mediante il riferimento a leggi causali) e poi accertare (in via ipotetica, mediante il giudizio controfattuale) se esso era anche evitabile (cioè se aggiungendo la condotta doverosa esso si sarebbe comunque verificato)<sup>62</sup>.

La dottrina non ha difficoltà ad ammettere che «ci si può interrogare sulla causalità *ipotetica* dell'omissione solo *dopo aver prima* accertato il *decorso causale* sfociato nell'evento concreto (...) Se non si sa “come sono *andate* le cose” – quale sia stato il meccanismo di produzione dell'evento concreto verificatosi *hic et nunc* –, non ci si può interrogare, in via ipotetica, su “come *sarebbero andate* le cose” se l'azione omessa fosse stata compiuta». Nessuno può dubitare del fatto che «ha senso interrogarsi sulla causalità *ipotetica* dell'azione *impeditiva* omessa dal garante, *solo dopo* aver previamente accertato, al di là di ogni ragionevole dubbio, la *causa reale* dell'evento da *impedire*»<sup>63</sup>.

Ma di quale causalità si tratterebbe nell'omissione? Evidentemente di una causalità riferita ad un *fattore diverso* dalla condotta dell'agente, cioè alla *causa reale* dell'evento. E quale rilevanza può mai avere la *causa reale* di un evento non impedito ai fini del giudizio di imputazione dell'evento al soggetto (che di fatto nulla ha cagionato)?

È di tutta evidenza che l'unico profilo giuridicamente rilevante concerne la evitabilità o impedibilità dell'evento da parte del soggetto. Ma se nell'omissione non è la causalità la questione centrale, ma la possibilità (il dovere) di dominare e controllare il decorso causale, va da sé che la conclusione non può essere diversa rispetto al fatto commissivo<sup>64</sup>: anche qui infatti la causalità riferita all'evento *hic et nunc* costituisce di per sé un dato privo di rilevanza se svincolato da un contestuale giudizio circa la evitabilità. La causalità si limita a registrare l'incidenza materiale della condotta sulle condizioni del bene, il mero manifestarsi di una forza o energia all'esterno; senza

<sup>62</sup> Cfr. ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 256; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 46; BARTOLI, *op.ult.cit.*, 3231, che ritiene che la causalità omissiva abbia una fase ulteriore in cui si verifica l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito.

<sup>63</sup> MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 523 s.

<sup>64</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 214; SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 86; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 520 ss. Cfr. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059-60, ove afferma che «la condotta che ha rilievo penale (...) è sempre soltanto quella che costituisce la violazione di una *regola di diligenza* (rivolta, cioè, in senso cautelare alla protezione di un determinato bene giuridico) e, specificamente di un regola finalizzata a evitare il prodursi di un evento (...) del tipo di quello verificatosi».

contare che, come già osservato, ogni condotta presenta di per sé una natura ibrida risultante dalla commistione di profili commissivi ed omissivi e riconducibile al fatto di essere inserita all'interno di una rete di condizioni positive e negative e di un processo dinamico di interazione di molteplici fattori causali concorrenti.

In un'ottica *avalutativa* di accertamento della causalità (sia nel fatto commissivo sia in quello omissivo) sarà sempre sufficiente provare che l'agente ha in qualche modo determinato o influenzato l'evento concreto; soltanto in un'ottica *valutativa* sarà necessario stabilire se la condotta poteva evitare o impedire l'evento, operando un confronto con la condotta lecita o normativamente prescritta. Finché la causalità viene associata all'idea di semplice modificazione di un qualunque aspetto, magari anche secondario, della realtà esterna, essa continuerà a rappresentare un problema per la teoria della imputazione, costringendo la dottrina a ripercorrere all'infinito la strada della ricerca di criteri correttivi e limitativi rispetto alla banale logica del *post hoc ergo propter hoc*; ed essa continuerà a ricoprire un ruolo marginale ai fini della imputazione.

Alla luce di tali considerazioni, l'esistenza stessa della responsabilità omissiva – per non aver impedito un evento che è materialmente cagionato da un fattore estraneo ed indipendente dalla condotta dell'agente – testimonia che la causalità materiale (fenomenica) non rappresenta affatto l'elemento decisivo ai fini della imputazione e costituisce la manifestazione più evidente della *ratio* della imputazione in generale: il non evitare o impedire un evento evitabile quale conseguenza della violazione di una norma (di divieto o di comando)<sup>65</sup>.

Appare pertanto più sensato, a nostro giudizio, perseguire l'obiettivo della uniformità e corrispondenza tra causalità attiva ed omissiva (peraltro sancita dal nostro diritto positivo) non enfatizzando l'esigenza di un doppio livello di indagine, bensì riducendo la complessità dell'accertamento e semplificando il ragionamento sistematico.

Il percorso si snoda in direzione opposta: l'omissione non rappresenta affatto una "anomalia" sotto il profilo della coincidenza tra causalità ed evitabilità, ma semmai costituisce il paradigma generale della causalità giuridicamente rilevante (della causalità intesa nella prospettiva della imputazione). Il giudizio causale viene a coincidere con il giudizio di evitabilità-impedibilità.

La struttura della spiegazione causale – fondata sul metodo controfattuale e sul confronto tra decorso reale e decorso ipotetico – è identica nel reato commissivo e in quello omissivo; anche la causalità commissiva presenta una forte connotazione ipotetica, nella misura in cui l'accertamento richiede una prognosi circa la evitabilità dell'evento; inoltre, al giudice viene richiesto in ogni caso di pervenire ad un giudizio dotato di elevata credibilità razionale o probabilità logica, a prescindere dalla natura attiva od omis-

<sup>65</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1064; ANGIONI, *Note*, cit., 1289 ss.; LICCI, *Teorie causali*, cit., 300 ss.; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 41 ss.; LAMPE, *Problematik der Gleichstellung*, cit., 477; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 130 ss.; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 24 e 39 s.

siva della condotta e dal coefficiente percentualistico espresso dalla legge di copertura<sup>66</sup>. Il giudizio controfattuale è dunque una componente essenziale di ogni giudizio causale e non può che avvenire sulla base della previa spiegazione/comprendimento dell'evento (reale). La consueta duplicazione dei livelli di indagine nell'illecito commissivo (assente di regola in quello omissivo) riflette semplicemente un più elementare e riconoscibile svolgimento dei fatti, ma nulla aggiunge all'accertamento di una causalità che rimane imputazione e, anzi, genera una grave frattura tra azione ed omissione.

Dall'analisi congiunta del giudizio ipotetico nel reato omissivo e in quello commissivo è possibile ricavare una importante indicazione riguardo alla configurabilità di un criterio comune di imputazione basato sulla evitabilità dell'evento quale riflesso della dominabilità<sup>67</sup>. Una ricostruzione in questo senso unitaria delle due forme di causalità appare preferibile anche a fronte del disorientamento rilevabile nella prassi circa la qualificazione di una condotta, soprattutto se colposa, come attiva od omissiva e della conseguente sovrapposizione tra causalità della condotta e causalità della colpa. Anche la recente inversione di tendenza della giurisprudenza (specialmente in materia di esposizioni professionali), che ora mostra di prediligere la ricostruzione del fatto in termini commissivi affermando la causalità (in virtù della natura esplicativa del relativo giudizio) per poi poter ricorrere a criteri probabilistici ai fini della imputazione della colpa (in virtù del carattere prognostico del giudizio di evitabilità)<sup>68</sup>, non fa che perpetuare la inutile duplicazione di giudizi.

Come vedremo, l'esame del reato commissivo colposo, e in particolare del criterio del comportamento alternativo lecito, dimostra che il nesso causale naturalistico conta ben poco; esso viene presto e facilmente sacrificato dalla stessa dottrina, non appena si presenti l'esigenza di rimediare a qualche incongruenza o risultato sgradito, in favore di una imputazione basata in definitiva sul solo nesso normativo tra colpa ed evento (espressione della evitabilità).

#### 1.4. *La confusione tra causalità della condotta e causalità della colpa*

##### 1.4.1. *Il momento omissivo della colpa*

Il problema della causalità omissiva, come accennato, viene oggi prevalentemente tematizzato con riguardo alle fattispecie omissive *colpose*. Ciò non è casuale, data la presenza di analogie strutturali tra omissione e colpa riconducibili alla natura normativa del giudizio di inosservanza di una regola comportamentale<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> STELLA, *La nozione*, cit., 1254.

<sup>67</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 212; LICCI, *Teorie causali*, cit., 300 ss. Cfr. altresì FORTI, *Colpa*, cit., 220 ss.

<sup>68</sup> Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, relativa al caso di Porto Marghera; Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini; Cass. 29.04.2009, n. 26020, Cipiccia.

<sup>69</sup> Sull'affinità tra omissione e colpa, v. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 110; FORTI, *op.ult.cit.*, 27 ss. e 179 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 90 ss. e 409; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 55 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit.,



Come è stato notato, sussiste una «contiguità pericolosa di nuclei normativi (il dovere di attivarsi che fonda la posizione di garanzia e il dovere di diligenza che fonda la colpa) che rischiano, sovrapponendosi, di oscurare gli stessi confini e rapporti fra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva, ovvero fra tipo e colpevolezza»<sup>70</sup>. Tale analogia trova un avvallo nelle stesse disposizioni del codice in tema di colpa e di omissione impropria: «L'art. 40 cpv. sancisce l'equivalenza fra il cagionare l'evento e il non impedirlo, quando si sia destinatari di un obbligo giuridico in tal senso, mentre l'art. 43 qualifica come "causa" la relazione fra gli attributi di antidoverosità della condotta colposa e l'evento»<sup>71</sup>.

Dottrina e giurisprudenza tendono a considerare omissive condotte colpose che in realtà sono commissive quando il soggetto è contemporaneamente il garante del bene. Il problematico rapporto tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia nei reati omissivi impropri genera così il noto fenomeno della conversione della inosservanza del primo nella inosservanza del secondo; causalità attiva e causalità omissiva finiscono col sovrapporsi<sup>72</sup>.

38 («La verifica della causalità nel reato omissivo improprio si colloca in un'ottica eminentemente normativa, al pari della verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito nella prospettiva dei reati colposi d'evento commissivi. In definitiva, si tratta pur sempre di accertare un "nesso di illiceità" [normativo, appunto], e non di tipo naturalistico, tra condotta colposa [contraria a una o più regole cautelari], ed evento. Ciò dipende dalla natura stessa dell'omissione, che, come la colpa, rileva e si comprende solo nella sua dimensione di inottemperanza ad un comando: il soggetto omette di compiere l'azione che avrebbe dovuto porre in essere, in virtù di un obbligo giuridicamente rilevante»); GIZZI, *Il criterio*, cit., 1538 ss.; MASERA, *Il modello causale*, cit., 500; RAMPONI, *Concause*, cit., 572 s.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 91; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 205 ss.; MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011, 12 ss.

Sulla componente omissiva della colpa, v. RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, in *ZStW*, 1904, 346 ss.; MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. ed., Berlin-München, 1949, 149; ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, 284 ss.; ID., *Die Dogmatik*, cit., 167 s.; BINAVINCE, *Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte*, Bielefeld, 1969, 37 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 212; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 418; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 193; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 96 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 141 ss.; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 69. Nella letteratura italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 265 ss.; SGUBBI, *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 138 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 90 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 139 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit. 55 ss.

<sup>70</sup> PALIERO, *La causalità*, cit., 829 ss., il quale lamenta il fatto che la prassi finisce con l'omettere la verifica del nesso causale, limitandosi a stabilire la sussistenza di un dovere giuridico di attivarsi e accertando così, allo stesso tempo, sia la posizione di garanzia che la colpa.

<sup>71</sup> RAMPONI, *Concause*, cit., 572.

<sup>72</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 522, riconduce la sovrapposizione operata dalla giurisprudenza alla «omogeneità dello strumentario nomologico e ontologico di cui occorre avvalersi per questi, pur distinti, giudizi di imputazione». In argomento, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 50; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 374; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 104; PALIERO, *op.ult.cit.*, 828 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 96 ss.; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, cit., 631 ss.; RAMPONI, *op.ult.cit.*, 571; BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass.pen.*, 2010, 4331; GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass.pen.*, 2005, 4118 ss.; EAD., *Il criterio*, cit., 1541 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 45; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 453 ss.; MASERA, *Il modello causale*, cit., 500; AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali*

Inutile ribadire che la componente omissiva della colpa (*Unterlassungsmoment*) non può trasformare i reati commissivi in reati omissivi e che obbligo di garanzia e obbligo di diligenza devono rimanere distinti e autonomi<sup>73</sup>. La posizione di garanzia, invero, fonda il dovere di agire per impedire la verificazione dell'evento, mentre il dovere di diligenza indica le modalità di svolgimento dell'azione doverosa<sup>74</sup>; così, nel reato omissivo improprio colposo l'azione doverosa viene omessa per inosservanza del obbligo di diligenza e delle regole cautelari (il medico non impedisce la morte del paziente trascurando di sottoporlo ai necessari accertamenti diagnostici o applicando

*conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass.pen.*, 2007, 2807 ss. Numerosi sono i casi di "conversione" di fattispecie commissive colpose in reati omissivi impropri nell'ambito della responsabilità medica, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali; v. per es., *Cass.*, 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo, in *Cass.pen.*, 2005, 1533; *Pret. Torino*, 9.02.1995, Barbotto Beraud, in *Foro it.*, 1996, II, 107; *App. Torino*, 15.10.1996, Barbotto Beraud, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1448; *Cass.*, 19.09.1997 Barbotto Beraud, in *Ind.pen.*, 1998, 541; *Pret. Bergamo*, 3.04.1997, Covili, in *Foro it.*, 1998, II, 484; *Trib. Milano*, 10.12.1999, Trioni, *ivi*, 2001, II, 54. V. inoltre, *Cass.*, 15.11.2005, n. 3380, in *Cass.pen.*, 2007, 2793 ss., con nota di Amara; *Cass.*, 7.04.2004, n. 25311; *Cass.*, 20.01.2004, n. 18641.

Confonde il piano della causalità con quello della colpa, *Cass.*, 27.08.012, n. 33311 (caso Fincantieri); *Cass.*, 1.10.2008, n. 39882, in *Cass.pen.*, 2009, 4696; differenziano invece chiaramente i due profili, *Cass.*, 23.01.2002, n. 22568 e *Cass.*, 17.09.2010, n. 43786, Cozzini. Proprio quest'ultima sentenza testimonia la progressiva inversione della tendenza a valorizzare il profilo omissivo della condotta in favore di un inquadramento del fatto come commissivo, allo scopo di superare le notevoli difficoltà dell'accertamento causale nei reati omissivi in ragione della struttura predittiva e prognostica del giudizio. Nella stessa direzione, v. anche *Cass.*, 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, relativa al Petrolchimico di Marghera, in *Foro it.*, 2006, II, 550; *Cass.*, 18.04.2009, n. 26020. Sul punto, v. ZIRULIA, *Ancora oscillazioni*, cit., 1 ss. Per una rassegna della giurisprudenza, v. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 176 e 205 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 168 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4121 ss., la quale cita una interessante pronuncia (Trib. Roma, 4.07.1983, Disegna, in *Foro it.*, 1984, II, 75), relativa al caso di un soggetto che, dopo aver scavato una buca, aveva omesso di predisporre adeguate misure di protezione, determinando così la caduta di un bambino nella buca; il Tribunale, tuttavia, esclude il nesso causale sulla base dell'accertamento che le misure di protezione sarebbero comunque state rimosse successivamente nel corso di lavori di sbancamento del terreno così che l'evento si sarebbe verificato ugualmente. Per un approccio critico, v. invece *Cass.*, 1.03.2011, n. 15002.

<sup>73</sup> Sotto il profilo della *fonte*, dei *destinatari*, del *momento di insorgenza*, come precisato da MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 174, nt. 51. In questo senso, v. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 372, FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 37 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 96 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 830; ROMANO, *Commentario*, cit., 435; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 56 ss.; GARGANI, *Ubi culpa*, cit., 636 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4127; RAMPONI, *Concausa*, cit., 577 («Nel reato omissivo improprio, infatti, le norme richiamate come fondanti un obbligo di impedimento, e che ne regolano i presupposti, sono prescrittive, al pari della stessa norma penale, rendendo possibile la conversione in comando di una disposizione di divieto. Per converso, nel reato colposo commissivo, l'inosservanza concerne norme strumentali o tecniche accedenti allo svolgimento di un'attività. La distinzione tra agire ed omettere non precede, dunque, quella fra divieti e comandi ma, piuttosto, finisce per dipendere da quest'ultima»). Affermano la necessità di distinguere posizione di garanzia e violazione della diligenza, *Cass.*, 6.11.2009, n. 43966; *Cass.*, 27.02.2004, n. 24030. Diversamente, per la identificazione tra dovere di diligenza e obbligo di garanzia, MARINUCCI, *La colpa*, cit., 102; *Id.*, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, 157 ss.; SGUBBI, *Responsabilità*, cit., 176 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 106 s.; ANGIONI, *Note*, cit., 1284; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1717. Radicalmente, in passato, NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fabrlässigkeit*, Tübingen, 1951, 62, il quale giunge alla posizione estrema di ricostruire tutti i reati colposi come reati omissivi impropri.

<sup>74</sup> GIUNTA, *Illiceità*, cit., 96.

in modo scorretto una terapia)<sup>75</sup>. L'orientamento tradizionale sottolinea, inoltre, che nel caso di condotta commissiva colposa è la condotta positiva ad innescare il processo causale che conduce all'evento, non la mancata adozione delle cautele, mentre nel caso di condotta omissiva l'evento risulta cagionato da forze esterne, naturali o umane (comportamenti altrui) e l'obbligo gravante sul garante ha ad oggetto proprio la neutralizzazione e l'impedimento di tali fattori causali<sup>76</sup>.

La causalità rimane attiva anche quando sia connessa ad un obbligo di diligenza, inteso come obbligo di attivarsi adottando determinate modalità di condotta, e la violazione del dovere di diligenza non implica automaticamente la lesione del dovere di garanzia, restando peraltro sempre configurabile una omissione senza violazione dell'obbligo di garanzia (omissione dolosa, omissione propria).

I casi di omissione colposa sono ritenuti emblematici perché evidenziano la «diversa portata del dubbio sulla evitabilità» nei reati commissivi colposi e nei reati omissivi<sup>77</sup>. Nei primi, come spiega *Donini*, sussistendo la causalità materiale, il problema della evitabilità dell'evento mediante la condotta osservante costituisce «una problematica interna al fatto tipico colposo»; nei secondi, diversamente, non avendo l'omissione causato naturalisticamente alcunché, «non è possibile attribuire al soggetto come “fatto proprio” il decorso causale effettivo se non ricostruendolo come omissione e quindi attraverso il suo ipotetico comportamento alternativo lecito». In questo modo il dubbio sulla causalità della colpa si traduce in un dubbio sulla causalità, ovvero in «un dubbio su un momento giuridicamente decisivo della causalità “naturalistica”: che se pure c'è stata (...) trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa»<sup>78</sup>.

Proprio il fatto che non si tratti di un dubbio sulla causalità naturalistica, bensì di «un dubbio sulla rilevanza giuridica del condizionamento causale» spiega, secondo

<sup>75</sup> Cfr. Cass., 1.03.2011, n. 15002, la quale osserva criticamente che «spesso (e proprio in tema di responsabilità medica vi è stata l'elaborazione teorica della distinzione tra i due tipi di condotta) viene ritenuta omissiva una condotta che tale non è in quanto si confonde tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi dell'agente che pone in essere una condotta attiva colposa omettendo di adottare quella diligente non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva. È il caso del medico che adotta (comportamento attivo) una terapia errata e quindi omette di somministrare quella corretta (comportamento passivo). Causalità omissiva sarà dunque solo quella di chi omette la condotta dovuta: il medico che omette proprio di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo». V. anche Cass., 6.11.2007, n. 840 («Il caso del medico che adotta una terapia errata di conseguenza omettendo di somministrare quella corretta, non rientra nella causalità omissiva, bensì in quella commissiva; una volta accertato che l'evento è causalmente ricollegabile alla condotta attiva del medico non è pertanto necessario verificare, secondo i canoni del giudizio controfattuale, se il mutamento della terapia avrebbe avuto efficacia salvifica, giacché qualunque fosse l'esito di tale verifica l'evento rimarrebbe comunque ricollegabile all'iniziale condotta commissiva del medico»); Cass., 15.11.2005, n. 3380 («È di natura omissiva il comportamento del medico che, in forza di un errore diagnostico, causa un evento lesivo ponendo in essere una condotta diversa da quella doverosa secondo le regole della comune prudenza, perizia e diligenza»).

<sup>76</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4127.

<sup>77</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 41 ss.

<sup>78</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 44.

Donini, la diffusa confusione tra causalità della colpa e causalità della condotta<sup>79</sup>.

L'incongruenza sembrerebbe riconducibile all'utilizzo della *c.s.q.n. in funzione causale* nel reato omissivo e *in funzione normativa* nel reato commissivo colposo<sup>80</sup>. Il giudizio sulla evitabilità dell'evento, basato sullo schema controfattuale, viene affrontato ora sul terreno della colpa ora sul terreno del nesso causale. Nel reato omissivo improprio colposo, in particolare, l'applicazione della formula della *c.s.q.n.*, in quanto riferita all'azione impeditiva, conduce all'accertamento *contestuale* della causalità e del nesso normativo tra colpa ed evento<sup>81</sup>.

Dalla natura normativa della causalità omissiva parte della dottrina trae la conseguenza che nell'omissione la causalità in senso proprio non esisterebbe, identificandosi con la sola imputazione normativa, e che la relazione tra condotta ed evento acquisterebbe rilevanza esclusivamente su un piano normativo, quello del nesso di illiceità o antidoverosità (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)<sup>82</sup>. Nell'omissione colposa, contrariamente a quanto accade nell'azione, non esisterebbe quindi la distinzione tra causalità della condotta e causalità della colpa e non vi sarebbe spazio per la operatività autonoma del criterio del comportamento alternativo lecito e della evitabilità sul piano del nesso di illiceità. Se vi è la prova di un sicuro impedimento del risultato la condotta doverosa omessa è *c.s.q.n.* e non vi è necessità di un giudizio ulteriore sulla causalità della colpa.

La conclusione è netta: «Causalità ipotetico-omissiva della condotta e causalità della colpa si sovrappongono nelle omissioni (...): provata la prima, è provata anche la seconda»<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 41 ss. Negli stessi termini, VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 37; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 184; PERINI, *Il concetto*, cit., 580 ss.; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 69; in giurisprudenza, Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini.

<sup>80</sup> KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 115; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 70.

<sup>81</sup> PALIERO, *La causalità*, cit., 828 ss.; DONINI, *op.ult.cit.*, 44 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3227; PERINI, *op.ult.cit.*, 580; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1541; MASSARO, *Concretizzazione del rischio*, cit., 4715.

<sup>82</sup> KAHRS, *op.ult.cit.*, 218; RUDOLPHI, *SK*, vor § 13, n. 16a; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 237; HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss.; DONINI, *op.ult.cit.*, 41 ss.; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 38; BLAIOTTA, *op.ult.cit.*, 184.

<sup>83</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 167; PALIERO, *op.ult.cit.*, 831; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 689, nt. 160; PERINI, *op.ult.cit.*, 580 ss. («Nel reato omissivo improprio colposo il controfattuale impiegato per l'accertamento della causalità dell'omissione risulta, in sostanza, *ambivalente*. Grazie alla particolare caratterizzazione dell'azione impeditiva sulla quale è imperniato, esso fornisce, cioè, *due* risposte *contestuali*: sulla sussistenza della causalità e sulla sussistenza del nesso fra colpa ed evento» [...] È la peculiarità *strutturale* [quasi ontologica, se non si trattasse di un elemento eminentemente normativo] dell'omissione, intesa come antecedente del quale verificare la valenza eziologica *dal punto di vista* del diritto penale, che determina l'*anticipazione* di una componente del successivo accertamento della colpa sul piano della spiegazione causale: anticipazione, cioè, di verifica di tipicità della condotta [in questo caso, omissiva] *colposa*); FRISCH, *op.ult.cit.*, 69. La sovrapposizione tra causalità e nesso di illiceità (antigiuridicità) nell'omissione è da tempo considerato un grave errore, «un peccato metodologico di primo rango (HANAU, *Kausalität*, cit., 98); così, del resto, già ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., 266.

#### 1.4.2. La problematica distinzione tra agire ed omettere

Dal quadro tratteggiato emerge con chiarezza il ruolo decisivo della distinzione tra agire ed omettere, discendendo dall'inquadramento di un fatto come commissivo od omissivo notevoli conseguenze.

Diverse sono le ragioni per prediligere la conversione di fattispecie commissive colpose in fattispecie omissive: da un lato, la necessaria sussistenza di una posizione di garanzia e, dall'altro, i minori requisiti per affermare il nesso di causalità (probabilità anziché certezza, stando all'orientamento dominante)<sup>84</sup>. Una stessa condotta può dunque risultare punibile o meno a seconda della sua qualificazione come azione od omissione<sup>85</sup>.

Senza contare che le difficoltà poste dal divieto di considerare cause ipotetiche possono essere agevolmente superate trasformando i casi problematici in corrispondenti ipotesi omissive: diviene così lecito chiedersi se l'evento sarebbe stato evitato mediante la condotta doverosa omessa (c.d. *Unterlassungslösung*).

Questa è, di fatto, la strada percorsa dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca nei celeberrimi casi che hanno dato origine al dibattito sulla rilevanza del comportamento alternativo lecito e sulla causalità della colpa: il caso del farmacista (*Apothekerfall*), il caso della novocaina (*Kokainfall*), il caso dei peli di capra (*Ziegenhaarfall*) e il caso del ciclista (*Radfabrerfall*) presentano tutti tratti ambivalenti dovuti alla difficile distinzione tra agire ed omettere<sup>86</sup>.

Nonostante la sua centralità il tema della distinzione tra agire ed omettere viene di rado affrontato esplicitamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane<sup>87</sup>, benché siano frequenti le ipotesi di condotte ambivalenti in cui componenti attive e passive interagiscono tra loro, come nel caso di comportamenti colposi contenenti un profilo omissivo (ad es., il medico che adotti una terapia sbagliata omettendo di somministrare quella corretta; il medico che, a seguito di un errore diagnostico, causi un evento lesivo ponendo in essere una condotta diversa da quella doverosa secondo le regole della comune prudenza, perizia e diligenza; l'ingegnere che progetti un edificio omettendo

<sup>84</sup> Osserva RAMPONI, *Concause*, cit., 573, che prima della pronuncia delle Sezioni unite tale orientamento era funzionale alla applicazione del criterio più elastico dell'aumento del rischio; oggi, invece, conduce alla sostanziale scomparsa dei reati colposi commissivi.

<sup>85</sup> Per questo fondamentale rilievo critico, ormai risalente, v. SCHAFFSTEIN, *Die Risikorböbung*, cit., 172. Nel caso, ad esempio, di un medico che cagioni la morte del paziente somministrando una dose eccessiva di farmaco (azione) o omettendo di somministrare il farmaco (omissione), il medico risponderebbe, nel primo caso, dell'evento (*hic et nunc*) anche se permane il dubbio che il paziente sarebbe morto comunque e, nel secondo caso, non risponderebbe dell'evento finché non sia dimostrato con certezza che l'azione doverosa avrebbe evitato l'evento.

<sup>86</sup> Per la descrizione dei casi v. *infra*, par. 2.1., e per il loro esame, v. cap. III, par. 1. In argomento, v. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, in *Gallas FS*, Berlin, New York, 1973, 163 ss.; SAMSON, *Begehung und Unterlassung*, in *Welzel FS*, Berlin et al., 1974, 579; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 98.

<sup>87</sup> V. nella dottrina più recente, DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 680 s.; RAMPONI, *Concause*, cit., 573 ss.; AMARA, *Fra condotta attiva*, cit., 2792 ss.; BARBIERI, *Reato colposo*, cit., 4329 ss.; MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1479 ss.

di seguire le regole; il soggetto che scavi una buca omettendo di ricoprirla o segnalarla)<sup>88</sup>, di impedimento di azioni di salvataggio altrui o di recesso da un'azione di salvataggio, di *actio libera in causa* (come negli esempi del casellante ubriaco che ometta di abbassare le sbarre del passaggio a livello o del distacco di un respiratore artificiale)<sup>89</sup>.

Al contrario, nella dottrina tedesca sono sorti differenti orientamenti e da tempo si discute intorno ai numerosi criteri di distinzione proposti, che possono suddividersi a grandi linee in due categorie: criteri naturalistici (ontologici) e criteri normativi (valorativi)<sup>90</sup>.

Rientrano nel primo gruppo gli indirizzi che fanno leva sul criterio dell'*impiego di energia* sul piano materiale-fisico, in forma di attività muscolare (*Energieeinsatz* e *Körperbewegung*)<sup>91</sup>, e della *reale efficacia condizionante* (criterio causale), attribuendo solo all'agire una causalità effettiva (*Erfolgs-Kausalität* o *erfolgsbewirkende Kausalität*)<sup>92</sup>. Tali criteri sono piuttosto diffusi anche nella dottrina e giurisprudenza italiane<sup>93</sup>.

Sono invece inquadrabili nel secondo gruppo gli orientamenti che ricorrono ad un criterio di rilevanza del comportamento illecito, distinguendo non in base all'aspetto esteriore del fatto, ma in relazione all'oggetto del rimprovero penale (*Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit* o *Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens*)<sup>94</sup> o al significato sociale del comportamento (*sozialer Sinn des Geschehens* o *soziale Sinnhaftigkeit des Verhaltens*)<sup>95</sup>; adottano indubbiamente un criterio normativo anche gli orienta-

<sup>88</sup> Cass., 1.03.2011, n. 15002; Cass., 29.04.2009, n. 26020, Cipiccia; Cass., 6.11.2007, n. 840; Cass., 15.11.2005, n. 3380. Per casi di conversione di fattispecie commissive colpose in corrispondenti fattispecie omissive, v. *supra*, nota 72.

<sup>89</sup> Sul punto, v. SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; recentemente, MERKEL, *Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt. Altes, Neues, Ungelöstes*, in Herzberg FS, Tübingen, 2008, 193 ss.

<sup>90</sup> Per una rassegna, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 85; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 39; WOHLERS, NK, § 13, n. 7; BRAMMSEN, *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, in GA, 2002, 193 ss.; MERKEL, *Die Abgrenzung*, cit., 193 ss.; nella dottrina italiana, v. RAMPONI, *op.ult.cit.*, 574 ss.; BARBIERI, *op.ult.cit.*, 4332 ss.; AMARA, *op.ult.cit.*, 2792 ss.

<sup>91</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 29; ID., *Tun und Unterlassen*, 170 ss.; SAMSON, *op.ult.cit.*, 590; RUDOLPHI, SK, vor § 13, n. 6; GÖSSEL, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, in ZStW, 1984, 326; BRAMMSEN, *op.ult.cit.*, 212; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968, 110 ss.; WOHLERS, NK, § 13, n. 7.

<sup>92</sup> ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., 61 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 603; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 776; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 415; SAMSON, *op.ult.cit.*, 595; FREUND, *MüKo*, § 13, n. 8.

<sup>93</sup> Rispettivamente, da un lato, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 57; PALIERO, *La causalità*, cit., 825; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 236; dall'altro, ROMANO, *Commentario*, cit., 314. In giurisprudenza, v. Cass., 1.03.2011, n. 15002; Cass., 29.04.2009, n. 26020.

<sup>94</sup> DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in ZStW, 1940, 160; MEZGER, *Anm. zu BGH, Urt. 25.9.1957*, in JZ, 1958, 281; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 271. Il criterio è molto diffuso nella giurisprudenza tedesca, v. BGHSt 6, 59; BGH NStZ, 1999, 60. Tali orientamenti sono stati criticati per il fatto di utilizzare parametri vaghi e manipolabili; v. ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, cit., 170; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 418; RUDOLPHI, SK, vor § 13, n. 6; BRAMMSEN, *op.ult.cit.*, 193 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 776 s.; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 212.

<sup>95</sup> EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 75 ss., 160 ss.; ID., *Soziale Handlungslehre*, in Engisch FS, Frankfurt a.M.,

menti che sostengono la *Zweifelslösung* (*in dubio pro actione*) e in generale il principio della sussidiarietà dell'omissione rispetto all'azione<sup>96</sup> o che fanno riferimento alla regola *cautelare violata*, differenziando a seconda che il precetto violato sia un comando o un divieto<sup>97</sup>.

Più che la condivisibilità e ragionevolezza dei citati criteri preme sottolineare che, a monte, la ritenuta ambivalenza ed equivocità dei casi esaminati dalla giurisprudenza e discussi dalla dottrina risulta ancora una volta riconducibile al diverso approccio alla problematica causale nel reato commissivo e in quello omissivo. Se, infatti, si inquadra una condotta come azione, eventuali decorsi ipotetici risultano generalmente irrilevanti, perché avrebbero determinato comunque un evento *hic et nunc* diverso; se, invece, si inquadra la stessa condotta come omissione l'imputazione appare dubbia, poiché risulta difficile dimostrare che l'azione doverosa omessa avrebbe sicuramente evitato l'evento.

La scelta di ricostruire una condotta come omissione anziché come azione fornisce un «*escamotage* dogmatico per esimere da responsabilità – in obbedienza al sentimento giuridico – soggetti che, proprio in quanto responsabili della causazione naturalistica dell'evento, avrebbero dovuto essere chiamati a risponderne»<sup>98</sup>. Basti notare che, da un lato, i giudici non spiegano mai le ragioni per le quali ritengono si tratti di azione od omissione (ed anzi, spesso non prendono neppure una chiara posizione al riguardo) e, dall'altro, la maggior parte dei criteri utilizzati appaiono estremamente manipolabili e arbitrari.

Posta in termini naturalistici – per cui in caso di reato commissivo si ammette il nesso causale e in caso di reato omissivo lo si nega, poiché nel primo caso senza la condotta l'evento sarebbe venuto meno, mentre nel secondo anche con la condotta omessa l'evento non sarebbe stato (probabilmente) evitabile – la questione della distinzione tra agire ed omettere appare indubbiamente pregiudiziale rispetto a quella della

1969, 338. Anche questo orientamento appare criticabile sotto l'aspetto della arbitrarietà e indeterminatezza del criterio, v. BRAMMSEN, *Tun oder Unterlassen*, cit., 198 (secondo il quale il criterio conduce a dare prevalenza alla componente omissiva e quindi a qualificare quasi sempre le condotte come omissive); STRUENSEE, *Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt*, in *Stree/Wessels FS*, Heidelberg, 1993, 137.

<sup>96</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 200, 212; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 194; WEIGEND, *LK*, § 13, n. 7; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, 147, 152 ss.; ID., *Pflichtwidrigkeit*, cit., 415 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. ed., Berlin, 1969, 203; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 603.

<sup>97</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 601; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 41; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 105; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 151 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 54 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 314; Cass., 1.03.2011, n. 15002; Cass., 29.04.2009, n. 26020; Cass., 9.05.2006, Ced 235177; Cass., 20.02.2008, Ced 239902; Cass., 15.11.2005, n. 3380. In argomento, AMARA, *Fra condotta attiva*, cit., 2797.

<sup>98</sup> Così, FIANDACA, *op.ult.cit.*, 108. V. anche CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 120, ove conclude che «la pretesa *Ambivalenz* di talune condotte si riduce per tanto alla sfasatura tra visione *meccanicistica* e *normativa* del fenomeno» e che «vi è il sospetto che la preoccupazione di non infliggere pene per fatti stimati al di fuori della *Schutzwürdigkeit* – più precisamente della *Schutzbedürftigkeit* – sia ottenuta ponendo in discussione le caratteristiche della condotta, anziché agendo sulla *objektive Zurechnung*».

rilevanza del comportamento alternativo lecito e della evitabilità dell'evento ed impone di indagare *se e per quale ragione* si debba individuare un reato commissivo piuttosto che omissivo. La stessa distinzione tuttavia, pur mantenendo la sua importanza ai fini della definizione della tipicità della condotta<sup>99</sup>, perde valore (e, anzi, si rivela un falso problema<sup>100</sup>) se si abbandona una visione naturalistica della causalità in favore di una sua ricostruzione in chiave normativa, che riconosca alla verifica della evitabilità attraverso la considerazione dei decorsi ipotetici un ruolo centrale ai fini della attribuzione dell'evento.

Una delle ragioni principali per respingere le impostazioni che risolvono l'alternativa tra agire ed omettere in un diverso criterio di accertamento è data dalla illegittimità dell'adozione non soltanto di un difforme concetto di evento come termine di riferimento per la verifica della causalità (evento *hic et nunc* vs. evento astratto)<sup>101</sup>, ma anche di una differente ricostruzione della condotta. Invero, nell'illecito commissivo viene preso in considerazione il fatto *complessivo*, mentre nell'illecito omissivo soltanto un singolo aspetto, ovvero la sola *componente antidoverosa* della condotta. Se nel reato omissivo colposo si individua l'omissione soltanto nel mancato rispetto della cautela, senza considerare l'intero fatto, si dovrebbe procedere nello stesso modo anche nel reato commissivo, verificando la causalità della condotta attraverso la eliminazione del solo profilo della condotta che risulta contrario a diligenza. La discrepanza conduce inevitabilmente a risultati differenti<sup>102</sup>.

È evidente che tale soluzione, identificando la colpa esclusivamente nella inosservanza della diligenza obiettiva, attribuisce in ogni illecito colposo un peso decisivo all'*Unterlassungsmoment*. Del resto, proprio l'idea di colpa come *Ausserachtlassung der objektiven Sorgfalt*, e non come assunzione di un rischio illecito (non più consentito),

<sup>99</sup> Se la concezione che risolve l'agire colposo nella omissione della diligenza necessaria (e più in generale nella inosservanza di una norma) di fatto cancella la differenza tra azione ed omissione, una distinzione meramente materiale tra agire ed omettere può basarsi soltanto sull'aspetto esteriore della comportamento; il criterio naturalistico dell'impiego di energia risulta allora preferibile. In dottrina si registra comunque una progressiva perdita di valore della distinzione di fronte all'avanzamento tecnologico e alla conseguente organizzazione e gestione di attività. Si pensi al discusso caso della interruzione di un sostegno salvavita e alla controversia figura dell'*Unterlassen durch Tun* (premere un bottone o non premerlo, a seconda di come è costruita la macchina). V., sul punto, WOHLERS, NK, § 13, n. 5; FRISTER, *Begehung und Unterlassung bei der Steuerung von Maschinen*, in *Samson FS*, Heidelberg, 2010, 19 ss.; SEELMANN, *Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, in *Jus*, 1987, 35, parla di «sostituibilità tecnica e organizzativa tra agire ed omettere» («*technische und organisatorische Austauschbarkeit zwischen Handeln und Unterlassen*»).

<sup>100</sup> Lo definisce uno *Scheinproblem*, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 97; v. altresì, HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., 241; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 415; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 122.

<sup>101</sup> Così, nell'esempio dell'avvertimento: se ravvisiamo l'evento concreto nella lesione della vittima, la condotta assume la forma di un cagionare; se invece ravvisiamo l'evento nella lesione meno grave (rispetto a quella ipotetica più grave) allora la condotta rappresenta un impedimento di un evento più grave. Cfr. SEEBALD, *Nachweis*, cit., 196; SAMSON, *Begehung*, cit., 590.

<sup>102</sup> Chiaro, in proposito, HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., 241.



spiega la tendenza alla assimilazione tra causalità omissiva e reato colposo<sup>103</sup>. Nei casi controversi il *momento* omissivo viene semplicemente “scorporato” dalla condotta, reso autonomo ed elevato a *reato* omissivo, così da costituire la base di partenza dell’indagine. Tale scomposizione ideale della condotta in una parte attiva e in una omissiva risulta tuttavia inaccettabile sotto il profilo metodologico, dal momento che la componente attiva e quella omissiva di per sé non rilevano penalmente<sup>104</sup>. Trattandosi di una caratteristica della condotta che indica semplicemente la non corrispondenza con la norma di comando, tale opera di “separazione” sarebbe impossibile: la condotta “*neutra*” (nel caso del ciclista: il sorpasso in sé; nel caso dell’amianto: la lavorazione dell’amianto in sé) non può essere considerata come elemento a sé stante e slegato dal significato del fatto umano nella sua interezza, ma rappresenta soltanto una parte di una entità complessiva, necessariamente comprensiva dell’aspetto *antidoveroso* (il sorpasso a distanza ravvicinata non consentita; la lavorazione dell’amianto in assenza di presidi di tutela dei lavoratori). Solo in questa dimensione la condotta acquista significato e rilevanza per il diritto.

Una concezione della condotta come complesso o insieme indivisibile di aspetti attivi ed omissivi nella loro dimensione illecita consente di ridimensionare la distinzione tra azione ed omissione e di configurare una soluzione unitaria della imputazione sul piano causale così come sul piano del nesso normativo<sup>105</sup>. Il giudizio relativo al nesso causale e quello relativo al nesso di illiceità non possono divergere, trattandosi sempre di stabilire una relazione tra l’evento e la condotta illecita intesa come un tutt’uno inscindibile.

Prima di proseguire l’indagine nel senso indicato, riteniamo opportuno dare conto di due significative e radicalmente contrapposte soluzioni delineatesi nella nostra dottrina rispetto alla problematica della interferenza tra causalità e colpa nel reato omissivo<sup>106</sup>. Si tratta di orientamenti che, seppur tesi a delimitare reciprocamente causalità

<sup>103</sup> RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, cit., 333 ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 98. Anzi, se l’inosservanza del dovere di diligenza “genera” un reato omissivo, ciò significa che tutti i reati colposi dovrebbero in realtà costituire reati omissivi. Così, ad es., NIESE, *Finalität*, cit., 62. Critici nei confronti della concezione della colpa come inosservanza del dovere di diligenza, ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 96 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 141 e 149; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 319; NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre von der Fabrlässigkeit*, in *JZ*, 1958, 337.

<sup>104</sup> WESSELS, *Anm. zu BGH*, cit., 450, ritiene assurdo il tentativo di separare la *pflichtwidrige Unterlassung* (l’inosservanza del dovere di diligenza) da un autonomo momento causale, dato che in questo modo si ottiene soltanto l’effetto di ridurre tutti i reati commissivi colposi a reati omissivi. Cfr. anche ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 96 ss.; SALM, *Das vollendete Verbrechen*, 1. Teil, *Über Fabrlässigkeit und Kausalität*, 1. Halbband, *Der Tatbestand des fabrlässigen Erfolgsdeliktes*, Berlin, 1963, 271; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 10.

<sup>105</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 97; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 415, che pure ritiene che la distinzione tra agire ed omettere non sia in linea di principio problematica, affermando che ogni azione positiva può essere concepita al tempo stesso come omissione di un non-fare o di un fare qualcosa di diverso. In questo senso anche ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlin, 1963, 63; SALM, *op.ult.cit.*, 271

<sup>106</sup> L’argomento sarà oggetto di più ampia riflessione nel cap. III.

tà e colpa nel reato omissivo improprio colposo, finiscono per dissolvere l'una nell'altra. Il rapido esame di tali impostazioni si rivela importante per avvalorare l'opinione che il tema del rapporto tra causalità della condotta e causalità della colpa (tra nesso causale e nesso normativo) non può che risolversi in modo unitario, valorizzando nell'ottica della semplificazione sistematica gli elementi comuni.

#### 1.4.3. Tentativi di assimilazione tra causalità e colpa nei reati omissivi impropri colposi

Due sono le tesi alternative configurabili: da un lato, quella che sostiene che nell'omissione la causalità assorba il profilo della causalità della colpa<sup>107</sup>; dall'altro, quella che, ribadendo l'assenza di causalità nell'omissione, ritiene che si ponga esclusivamente un problema relativo alla colpa<sup>108</sup>.

Abbiamo già sottolineato che in dottrina è stata messa in luce (soprattutto da *Donini*) la diversa rilevanza del giudizio di evitabilità nei reati omissivi e in quelli commissivi colposi. Ciò perché «nella colpa commissiva il dubbio sulla evitabilità non esclude che la causazione dell'evento sia “fatto proprio” del soggetto, se si tratta di un caso in cui la condotta materiale (prima di essere “colposa”) ha comunque determinato con certezza l'evento o un evento peggiorativo, in termini di lesività. Non così nell'omissione, dove il dubbio sull'evitabilità dell'evento è nello stesso tempo un'incertezza sulla attribuibilità dell'evento come “fatto causalmente proprio”: giacché fatto proprio è sicuramente solo la condotta omissiva»<sup>109</sup>. Nei reati omissivi impropri colposi, benché esista la causalità naturalistica data dal fatto che l'evento è seguito alla condotta, «la rilevanza giuridica di quel condizionamento (...) trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa, rappresentata dalla mancata attivazione della misura precauzionale e dalla sua “rilevanza causale” rispetto all'evento storico»<sup>110</sup>.

*Donini* precisa che «i casi in cui è difficile distinguere causalità della condotta e causalità della colpa sono quelli in cui la colpa consiste nel non aver attivato *condizioni salvifiche, condizioni negative* (così che l'evento appare sempre come verificatosi “per conto proprio”)». In questi casi, «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

<sup>107</sup> Per questa soluzione, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43 ss.; da ultimo, ID., *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 677 ss. (spec. 688). Nello stesso senso, anche CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 50; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 38 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 184 ss. e 324; PERINI, *Il concetto*, cit., 582; MASSARO, *La colpa*, cit., 250 ss. Nella prospettiva della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, v. KAHLO, *Das Problem*, cit., 54. V. altresì, FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 69.

<sup>108</sup> In questo senso, recentemente, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1679 ss.; ANGIONI, *Note*, cit., 1290. Cfr., con accenti diversi, MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind.pen.*, 2000, 26.

<sup>109</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44; ID., *Lettura sistematica*, cit., 1121.

<sup>110</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44. V. anche, VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 37, ove ribadisce che «il dubbio sulla causalità della colpa, se non è un dubbio sulla causalità naturalistica della condotta reale, è tuttavia, nello stesso tempo, un dubbio sulla rilevanza giuridica del condizionamento causale».

della colpa. Il profilo omissivo della colpa resta prevalente»<sup>111</sup>.

Insomma: nei reati commissivi colposi caratterizzati dalla c.d. *culpa in agendo* «come nell'omissione vera e propria – il dubbio sulla causalità della colpa (cioè su ciò che sarebbe successo se ci fosse stata la condizione impeditiva, negativa dell'evento, "osservante" e diligente a un tempo) è contemporaneamente un dubbio su un momento giuridicamente decisivo della causalità "naturalistica"»<sup>112</sup>, con la conseguenza che «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*»<sup>113</sup>.

Tale peculiarità è riscontrabile in tutti i casi caratterizzati da causalità ipotetico-omissiva, in cui l'agente non pone delle condizioni positive ma negative (cioè non attiva condizioni impeditive): oltre che nella causalità omissiva e nei casi di colpa con componente omissiva assorbente (omissione di cautele impeditive), anche nelle ipotesi di interruzione di decorsi salvifici. Qui l'accertamento risulta necessariamente ipotetico e fondato sul giudizio controfattuale e il dubbio sulla evitabilità dell'evento concerne il nesso causale prima ancora del nesso normativo (anzi, essi vengono a coincidere)<sup>114</sup>.

*Donini* conclude differenziando l'accertamento della causalità omissiva rispetto a quello della evitabilità dell'evento nel reato colposo: per l'accertamento della causalità (nel caso in cui causalità della condotta e causalità della colpa coincidano), si deve utilizzare il criterio di accertamento causale proprio dell'omissione, cioè il giudizio controfattuale di alta credibilità razionale o probabilità confinante con la certezza; per l'accertamento della causalità della colpa (nel caso in cui causalità della condotta e della colpa siano ancora distinguibili), l'A. ammette il ricorso a «valutazioni molto più probabilistiche»<sup>115</sup>. *Donini* spiega che «l'evitabilità ai sensi dell'art. 43 c.p., non essen-

<sup>111</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 118; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 323 ss.

<sup>112</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44.

<sup>113</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 106. Anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 122, conclude che nel reato omissivo colposo «non avrebbe senso stabilire un nesso tra la condotta *tout court* e l'evento: la "causalità" non può che essere, appunto, tra la condotta colposa (contraria alla regola cautelare) e l'evento, derivandone la pura normatività del relativo giudizio. Di qui la coincidenza tra "causalità della colpa" (evitabilità dell'evento in caso di condotta ipoteticamente osservante) e "causalità dell'omissione" (definibile allo stesso modo)»; PERINI, *Il concetto*, cit., 582. Per questa impostazione, nella dottrina tedesca, v. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 655; KAHOLO, *Das Problem*, cit., 118 ss. e 262 ss.

<sup>114</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 680 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 118; PERINI, *op.ult.cit.*, 583.

<sup>115</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 447; ID., *La causalità omissiva*, cit., 58. In giurisprudenza, segue questa impostazione Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini. Aderiscono a questo orientamento, da ultimo, DE SANTIS, *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell'evento alla luce di alcuni recenti arresti della IV Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.pen.*, 2011, 1108 ss.; DI SALVO, *Violazione di regole cautelari, concretizzazione del rischio e causalità della colpa*, in *Giur.mer.*, 2012, 143 ss.; GROTTI, *Principio di colpe-*

do la causalità ai sensi dell'art. 40 c.p., significa qui rilevante probabilità di evitare un evento *comunque certamente cagionato*<sup>116</sup>.

Così, nel caso dell'omissione «la condotta doverosa omessa è *c.s.q.n.* se abbiamo la prova di un sicuro impedimento del risultato» e non vi è necessità di un giudizio ulteriore sulla causalità della colpa<sup>117</sup>. Diversamente, nei casi in cui vi è la sicura causazione dell'evento (reato commissivo colposo privo di componenti omissive), si avrà colpa (causalità della colpa) «finché le probabilità di salvare il bene siano significativamente superiori in caso di condotta diligente», cioè quando il comportamento alternativo lecito mantiene un «significato salvifico vero» perché l'evento sarebbe stato «più probabilmente» evitato. La ragione è che «non è essenziale sapere che cosa sarebbe esattamente successo», poiché «il senso della cautela doverosa è che fosse utile, laddove si sappia che la condotta colposa ha cagionato la lesione e la negligenza ha peggiorato in modo decisivo (superiore al 50%) la situazione del bene»<sup>118</sup>. «Più probabile che non» significa dunque che ci sarebbero state più del cinquanta per cento di probabilità di salvezza o miglioramento della situazione del bene giuridico<sup>119</sup>.

È davvero convincente la proposta di “trattare” allo stesso modo omissione e colpa “omissiva”, assimilando la seconda alla prima in virtù della ritenuta prevalenza di una componente omissiva della condotta, della mancata attivazione di condizioni impeditive o salvifiche, e della assenza di «profili di causalità attiva apprezzabile»?<sup>120</sup>

Quando il momento omissivo può considerarsi “prevalente” e “assorbente” e quando la causalità risulta “apprezzabile”? Sono queste valutazioni effettuate *in rerum natura* o secondo un parametro normativo?

L'orientamento descritto parte dal presupposto che nei casi di omissione e nei casi ad essa assimilabili (reati commissivi colposi con componente omissiva prevalente, in cui il soggetto, pur agendo, omette delle cautele) «la condotta attiva, quella reale, non abbia “cagionato” nulla di significativo» e che «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 attivo causalmente rilevante l'ha solo... lasciato accadere»<sup>121</sup>.

*volezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 217 ss. Nella letteratura di lingua tedesca, v. DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 176.

<sup>116</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 78. Per questa soluzione, anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 28; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 209; FORTI, *Colpa*, cit., 709; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 120; ROMANO, *Commentario*, cit., 411. *Contra*, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067 s.; ANGIONI, *Note*, cit., 1288; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4135; PERINI, *Il concetto*, cit., 583; BARTOLI, *Il problema*, cit., 91; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1710, nt. 51; GROTTO, *op.ult.cit.*, 217 ss.

<sup>117</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 689, nt. 160. V. anche BLAIOTTA, *op.ult.cit.*, 184; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 41 ss.; PERINI, *op.ult.cit.*, 583; ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 151.

<sup>118</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 121.

<sup>119</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 679. Cfr., altresì, FORTI, *Colpa*, cit., 709.

<sup>120</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 694.

<sup>121</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 691.

Ciò significa, altresì, che negli altri casi è sempre possibile distinguere tra «condotta “oggettiva” (senza qualificazioni di antidoverosità) e condotta colposa (contrassegnata dalla violazione di precauzioni)»<sup>122</sup> ed accertare la rilevanza della prima rispetto alla causalità naturalistica e della seconda rispetto al nesso normativo tra colpa ed evento.

Ma come giustificare la previsione di distinti criteri di accertamento (da un lato, la probabilità confinante con la certezza e, dall'altro, “il più probabile che non”)? A fronte della *certezza* della efficacia causale della condotta inosservante, diventa – a nostro giudizio – difficile ipotizzare l'eventualità che il *medesimo evento* si potesse verificare anche in sua assenza<sup>123</sup>. Una volta che «si sappia che la condotta colposa ha cagionato la lesione» ha ancora senso chiedersi se «la negligenza ha peggiorato in modo decisivo (superiore al 50%) la situazione del bene»<sup>124</sup>? Se c'è stata lesione del bene giuridico, il peggioramento della sua situazione non è *in re ipsa* (a meno che il concetto di “lesione del bene giuridico” si riferisca a qualcos'altro)?

La persistente separazione tra causalità della condotta e causalità della colpa – quantunque circoscritta ad una tipologia specifica di illecito – implica indubbiamente l'accoglimento di un concetto naturalistico di causalità come mera consequenzialità (in quanto tale indistinta, illimitata, avalutativa). A tutt'oggi rimane priva di una convincente spiegazione la funzione all'interno della teoria del reato di una causalità così concepita. Per contro, il ricorso a locuzioni quali «momento giuridicamente decisivo della causalità naturalistica» o «rilevanza giuridica del condizionamento» segna la chiaramente il convincimento che, per quanto sia indispensabile valutare *in primis* la rilevanza causale della condotta naturalistica, il momento davvero decisivo o significativo attiene comunque al profilo della illiceità, la cui rilevanza causale viene testata successivamente<sup>125</sup>.

Ma è davvero possibile concepire una condotta materiale non ancora colposa, cioè “neutrale” dal punto di vista del diritto? E quale rilevanza potrebbe mai avere una tale condotta priva di connotati di antidoverosità (“colposità”)? A nostro avviso una condotta che non sia colposa (perché potenzialmente lesiva di un bene protetto) non può avere alcuna rilevanza per il diritto penale; non può trattarsi in definitiva di una condotta tipica che costituisce presupposto ineliminabile del nesso di causalità<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 679.

<sup>123</sup> Osserva che la disparità di valutazione appare priva di fondamento nel diritto positivo e «slegata da qualsiasi ancoramento razionalmente sostenibile a presupposti fattuali», EUSEBI, *Appunti*, cit., 1068.

<sup>124</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 121.

<sup>125</sup> L'ambiguità è alimentata anche dal ricorrente uso improprio del termine “comportamento alternativo lecito”, che viene utilizzato indifferentemente per indicare ora il comportamento conforme alla regola cautelare (colpa) ora il comportamento doveroso omesso (omissione) (v., ad es., VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 104 ss.); ciò non fa che incrementare la confusione tra causalità della condotta e causalità della colpa. Più precisa la giurisprudenza, che utilizza correttamente il termine “azione doverosa” nell'ambito dell'accertamento della causalità omissiva.

<sup>126</sup> Cfr. EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1067.

Se nel caso della novocaina o in quello del ciclista tentiamo di isolare un rapporto di causalità “naturalistico” rispetto al nesso di evitabilità connesso alla condotta qualificata, ciò che rimane è soltanto un condizionamento *hic et nunc*, un nesso del tutto insignificante, spesso originato da una condotta pienamente lecita e consentita.

Non soltanto nei reati omissivi, ma anche nei reati commissivi la causalità di per sé non esprime nulla di “significativo” e di “giuridicamente rilevante”. Per quale ragione soltanto nei reati omissivi impropri colposi la causalità naturalistica, data dal fatto che l’evento è seguito alla condotta, dovrebbe rimanere priva di rilevanza a favore del «momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa, rappresentata dalla mancata attivazione della misura precauzionale e dalla sua “rilevanza causale” rispetto all’evento storico»<sup>127</sup>?

Operare una distinzione significa perpetuare una visione anacronistica dell’omissione, che *nihil fit* e che non determina nel mondo esterno alcuna modificazione significativa, limitandosi a fare accadere le cose. Come già sottolineato, il dato decisivo ai fini della imputazione di un evento ad un soggetto non è costituito dalla causalità naturalistica, ma dalla violazione di un dovere di evitare eventi lesivi (sia in forma commissiva che omissiva). Nel reato omissivo tale profilo normativo viene facilmente allo scoperto, risultando più evidente e percepibile, ma esso è ben presente anche nel reato commissivo.

La delimitazione della equiparazione – in prospettiva normativa – tra causalità della condotta e causalità della colpa ai soli settori dei reati omissivi e dei reati commissivi colposi con componente omissiva prevalente non consente di emanciparsi dalla dominante visione naturalistica della causalità e si espone a fondamentali obiezioni critiche.

Ancor meno convincente appare la soluzione opposta, recentemente prospettata da Viganò, tesa ad unificare causalità della condotta e causalità della colpa sul versante della colpa.

Tale indirizzo, pur prendendo le mosse dalla condivisibile premessa della identità strutturale tra accertamento della causalità omissiva e della causalità della colpa, giunge alla conclusione che la questione circa l’efficacia impeditiva della condotta doverosa nel reato omissivo non rappresenti un problema di causalità ma esclusivamente di colpa<sup>128</sup>.

Scrive Viganò: «Il giudizio usualmente etichettato come “causalità omissiva” ha struttura logica *prognostica*, radicalmente eterogenea rispetto al giudizio (di natura *esplicativa*) sul nesso causale tra azione ed evento. Tale giudizio evoca un problema di *imputazione* dell’evento penalmente rilevante, che *prescinde* dal paradigma condizio-

<sup>127</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44; v. in questo senso anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 37.

<sup>128</sup> VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1698. Cfr. altresì ANGIONI, *Note*, cit., 1308. Cfr. la peculiare ricostruzione di MORSELLI, *Note critiche*, cit., 26, il quale ritiene che nel reato omissivo improprio elemento centrale sia la «colpa in senso lato» ovvero la «Colpa» (*culpa lata*).

nalistico caratteristico del giudizio di causalità tra un'azione ed un evento penalmente rilevante. Più precisamente, il giudizio in parola costituisce un momento del più complesso giudizio di "imputazione per colpa" dell'evento penalmente rilevante, che costituisce un *passaggio obbligato* tanto al fine del riconoscimento di una responsabilità per l'omesso impedimento *colposo* dell'evento, quanto al fine di una condanna per l'omesso impedimento *doloso* dell'evento medesimo<sup>129</sup>. In particolare, il giudizio in questione si collocherebbe – per usare una terminologia ormai consolidata nella dottrina italiana – nell'ambito del c.d. "secondo nesso tra colpa ed evento", cioè della c.d. "causalità della colpa"<sup>130</sup>.

Viganò conclude che «coerentemente con tale collocazione sistematica, la questione relativa all'efficacia dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento nei reati omissivi impropri dovrebbe allora essere impostata e discussa alla luce della logica della rimproverabilità dell'agente per l'evento penalmente rilevante che informa il giudizio di colpa, non già sulla base di fuorvianti parallelismi con il giudizio di causalità tra azione ed evento nell'ambito dei reati commissivi»<sup>131</sup>; di conseguenza, non sarebbe richiesto un accertamento ai limiti della certezza, ma sarebbe sufficiente la prova che la condotta omessa abbia «significativamente ridotto le chances di verificazione dell'evento», sulla base delle conoscenze disponibili al momento del giudizio, cioè di tutte le circostanze concrete ancorché emerse soltanto *ex post*<sup>132</sup>.

In conclusione, secondo questa peculiare ricostruzione la causalità indicherebbe esclusivamente il nesso tra azione ed evento nei reati commissivi; nei reati omissivi impropri, per contro, non esisterebbe causalità, ma soltanto causalità della colpa intesa come giudizio di rimproverabilità<sup>133</sup>.

La tesi – come significativamente sintetizza lo stesso Viganò – implica «morte della causalità omissiva e trasfigurazione nella colpa»<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1681; anche, 1689: «In tanto ha senso parlare di causalità, in quanto ci si riferisca alla spiegazione di "come sono andate realmente le cose"; mentre, ogniqualvolta ci si proponga di stabilire "come sarebbero andate le cose se", si starà sempre discutendo, in realtà, della imputazione per colpa dell'evento».

<sup>130</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1681, nt. 4; cfr. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 20 ss.

<sup>131</sup> L'A. (*op.ult.cit.*, 1688) sottolinea l'esigenza «di assicurare che la verificazione dell'evento sia *personalmente rimproverabile* al soggetto, nel rispetto del principio di cui all'art. 27, co.1, Cost., in ragione – da un lato – dello speciale vincolo di tutela che lega il soggetto al bene (posizione di garanzia), e – dall'altro – dalla possibilità in capo al soggetto medesimo di incidere effettivamente nel decorso causale, aumentando così le chances di salvezza del bene». Lo stesso A. avvicina la sua tesi a quelle sviluppate, seppur in base ad argomentazioni diverse, da FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 945 ss., e BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 309 ss.

<sup>132</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1682; 1715.

<sup>133</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1710 (nt. 51) precisa che la funzione tipizzante svolta dal nesso causale nel reato commissivo è affidata nel reato omissivo all'obbligo giuridico di impedire l'evento *ex art. 40 cpv.* «L'equiparazione normativa tra una condotta che causa e una condotta che non impedisce la morte di un uomo è possibile in forza unicamente della posizione di garanzia» e non di un (inesistente) nesso oggettivo tra l'inazione del soggetto e l'evento (*ivi*, 1717). Molto chiaramente, *op.ult.cit.*, 1723: «L'imputazione dell'evento a chi aveva il dovere giuridico di impedirlo *ex art. 40, co. 2 c.p. non richiede* la prova di alcun nesso causale». Nello stesso senso, ANGIONI, *Note*, cit., 1284.

<sup>134</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1715.

Anche questo indirizzo teorico, come il precedente, muove dall'assunto che solo il giudizio di causalità riferito al nesso tra azione ed evento sia in grado di "spiegare" la realtà (di «chiarire se una determinata condotta abbia avuto un ruolo nella dinamica che ha condotto alla verifica di un dato evento»), mentre il corrispondente giudizio riferito alla condotta omissiva costituisce «una pura *prognosi* su come il decorso causale reale sarebbe stato modificato *nell'ipotesi* in cui l'imputato avesse compiuto l'azione doverosa»<sup>135</sup>.

Viene dunque nuovamente proposta la visione tradizionale della causalità attiva quale unica "vera" causalità, fisicamente percepibile, in contrapposizione alla causalità omissiva concepita come mera "finzione" e prognosi di natura ipotetica, visione da cui trae origine la convinzione di dover stabilire una rigida ed invariabile correlazione tra giudizi esplicativo-diagnostici e causalità, da un lato, e tra giudizi predittivo-prognostici e colpa e/o omissione, dall'altro, nonché – su un piano più generale – la confusione tra causalità generale (previsione) e causalità individuale (spiegazione)<sup>136</sup>.

Non si considera che la causalità individuale è sempre spiegazione di eventi singoli e concreti formulata all'esito di un giudizio ipotetico (controfattuale), anche nei reati commissivi, e pur sempre *retrospettivamente* rispetto alla condotta, anche nei reati omissivi. L'asserzione che nel reato omissivo improprio non si abbia causalità, ma qualcosa di diverso e coincidente con la causalità della colpa poggia sostanzialmente sull'unica argomentazione della generica difficoltà di accertamento causale nei reati omissivi impropri e sull'utilità di una prova basata sull'aumento delle *chances* di salvezza per il bene (per Viganò anche il 30% rappresenta una chance significativa)<sup>137</sup>. Sorge il sospetto che tale posizione sia sostenibile solo in quanto riferita non alla causalità, bensì alla colpa come rimproverabilità; semplicistica appare peraltro la conclusione che nel reato omissivo la verifica stessa dell'evento dimostrerebbe che l'evento non è stato impedito e che dunque sarebbe superflua qualunque indagine circa il nesso causale<sup>138</sup>.

Resta, infine, oscura l'operatività del proposto meccanismo di "trasfigurazione" della causalità omissiva in colpa nei reati omissivi impropri *dolosi*, così come l'inquadramento del problema della evitabilità dell'evento mediante la condotta omessa nei casi in cui la regola cautelare violata miri non solo al contenimento del rischio, ma al suo azzeramento. Da questo punto di vista la tesi, proprio perché concepita espressamente come «paradigma generale di imputazione per colpa nella responsabilità per reati omissivi impropri», sconta a nostro giudizio una notevole limitazione del proprio ambito di applicazione.

<sup>135</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1685.

<sup>136</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1689; cfr. anche BARTOLI, *Il problema*, cit., 19 ss. e 26; BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 172 ss.

<sup>137</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1708. Molto critico DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 689, nt. 160, il quale ritiene la tesi «palesamente *contra legem*».

<sup>138</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1717.



### 1.5. Riflessioni conclusive

La nostra indagine mira a verificare se le dispute circa la distinzione tra agire ed omettere e la sovrapposizione tra causalità della condotta e causalità della colpa, al di là della condivisibilità delle soluzioni proposte e del possibile inquadramento dogmatico, siano il sintomo di un'intuizione fundamentalmente corretta: che il nesso causale giuridicamente rilevante (*Kausalität im Rechtssinne*) si sostanzia di fatto nel nesso normativo esistente tra una condotta illecita (che abbia violato una norma diretta a prevenire eventi lesivi) ed un evento evitabile (a prescindere dalla denominazione di tale nesso: "secondo nesso tra colpa ed evento", "causalità della colpa", *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)<sup>139</sup>. Forse la tanto criticata tendenza alla conversione dei reati commissivi colposi in reati omissivi esprime la percezione della sostanziale coincidenza fra causalità ed evitabilità, fra criterio di imputazione oggettiva e dovere (e potere) di evitare o impedire un evento.

L'utilizzo dell'espressione "causalità" riferita alla colpa è dovuto alla sovrapposizione tra colpa ed omissione (in virtù del momento omissivo della colpa) e la centralità della questione ha finito per surclassare l'accertamento del nesso causale tra condotta ed evento. Non si discute più tanto se il sorpasso abbia causato l'evento, quanto se la inosservanza dell'obbligo di mantenere una determinata distanza di sicurezza abbia determinato l'evento. Proprio questo slittamento dal piano del nesso eziologico a quello della colpa non appare del tutto irrazionale, ma anzi potrebbe essere interpretato quale segno di una maggiore consapevolezza rispetto agli aspetti normativi della causalità.

A questo scopo occorre interrogarsi innanzitutto sulle ragioni che impediscono alla dottrina di affrancarsi definitivamente da una concezione naturalistica di causalità, abbandonando la duplicazione del giudizio di imputazione sul piano del nesso causale e su quello del nesso normativo di illiceità (duplicazione che, di fatto, sopravvive ormai soltanto nell'ambito dei reati commissivi dolosi) e operando direttamente secondo schemi eziologici di stampo normativo.

La stessa dottrina che difende la necessità di un doppio giudizio di attribuzione dell'evento, ammette che «la condotta "oggettiva" (in un reato doloso o colposo), scevra ancora di dolo e colpa, è solo un'astrazione, e come tale può essere concepita in modo puramente causale (in termini di rapporto eziologico puro e semplice). Non

<sup>139</sup> In questa direzione, le riflessioni di EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061, per il quale «risulta in linea con le scelte del codice penale in tema di nesso eziologico fra condotta ed evento desumere che il giudizio sulla evitabilità di quest'ultimo sia *parte integrante* (e quindi *ineliminabile*), dal punto di vista penalistico, del giudizio complessivo sul nesso citato»; ANGIONI, *op.ult.cit.*, 1289, il quale osserva che «la causalità penalmente significativa, da accertarsi con un livello di credibilità razionale prossimo alla certezza, è quella che attiene al rapporto tra la regola di diligenza e l'evento» e che di conseguenza appare «inadeguato nei reati causalmente orientati attribuire il centro dell'offensività dell'illecito alla causalità materiale dell'evento», dovendosi piuttosto individuarlo «nella colpa e nel nesso effettuale che l'avvince all'evento» (*ivi*, 1291). V. altresì, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 520 ss.; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 70.

così la condotta tipica, necessariamente sorretta da colpa e da dolo»<sup>140</sup>. Se è vero che «il rapporto causale è tradizionalmente collegato alla condotta “oggettiva” nel significato astratto di azione (od omissione) causante, che prescinde in quanto tale da dolo e colpa», mentre «il rapporto di rischio riguarda anche la condotta “oggettiva” che, nella sua dimensione esteriore, è tuttavia “segnata” dalla dolosità o colposità»<sup>141</sup>, occorre motivare le ragioni che giustificano la conservazione di siffatta ridondante costruzione, che costringe ad accertare un nesso causale materiale che potrebbe rivelarsi in seguito insufficiente (o irrilevante), nel momento in cui si dimostri che l'evento non era comunque evitabile mediante la condotta lecita.

Come può il nesso di causalità, quale elemento della tipicità, riferirsi ad una condotta *giuridicamente insignificante* (perché non pericolosa o inidonea) e priva di *tipicità soggettiva*? Che rilevanza ha per il diritto penale la circostanza che l'evento sia stato cagionato, se non è stato cagionato *per colpa o secondo intenzione*?

La dottrina spiega che «è la peculiarità *strutturale* (quasi ontologica, se non si trattasse di un elemento eminentemente normativo) dell'omissione, intesa come antecedente del quale verificare la valenza eziologica *dal punto di vista* del diritto penale, che determina l'*anticipazione* di una componente del successivo accertamento della colpa sul piano della spiegazione causale: anticipazione, cioè, di verifica di tipicità della condotta (in questo caso, omissiva) *colposa*»<sup>142</sup>. Ebbene, la prospettiva corretta è, a nostro avviso, opposta: non si tratta di una anticipazione della colpa nella causalità, ma di una causalità che ha senso solo nella misura in cui viene riferita a condotte soggettivamente qualificate. Appare allora del tutto superflua la riproposizione della questione *anche* nell'ambito della colpa, come se l'accertamento sul piano della causalità fosse “provvisorio” e richiedesse sempre e comunque una seconda verifica.

Abbiamo già sottolineato la scorrettezza e la inutilità della scomposizione della condotta in aspetti attivi ed omissivi (la condotta in sé, neutra, oggettiva, da un lato, e l'antidoverosità e illiceità della condotta, la sua connotazione dolosa o colposa, dall'altro), che singolarmente considerate non rilevano penalmente, per concludere che la violazione della diligenza in sé rimane normativamente del tutto insignificante se non associata ad una determinata condotta. La preferibile teoria del *Verhaltenskomplex* considera impossibile separare la “omissione” della diligenza dall'azione e assurdo tentare di aggiungere (mentalmente) la diligenza quando si sia eliminata (mentalmente) la condotta<sup>143</sup>. Ai fini dell'accertamento della causalità occorre valutare l'efficacia eziologica della condotta penalmente rilevante intesa come complesso unitario e indivisibile; insomma, deve rilevare “il sorpasso a distanza ravvicinata” e non “il sorpasso” in sé, affinché la valutazione del grado di evita-

<sup>140</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 639.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> PERINI, *Il concetto*, cit., 582.

<sup>143</sup> ANDROULAKIS, *Studien*, cit., 63 ss.; SALM, *Das vollendete Verbrechen*, cit., 271 ss.

bilità dell'evento mediante il riferimento a ipotesi alternative abbia un senso.

L'incoerenza deriva dal fatto che il giudizio relativo alla causalità commissiva è ritenuto di natura esplicativa, e quindi di più agevole accertamento rispetto a quello relativo alla causalità omissiva (e alla colpa) considerato di natura prognostico-ipotetica.

La casistica della esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto assume sotto questo profilo una valenza paradigmatica. Si afferma, infatti, che ai fini dell'accertamento della causalità commissiva basta applicare il giudizio controfattuale e chiedersi se eliminando l'esposizione venga meno l'evento. Ma che senso ha eliminare l'esposizione in sé? Siffatto modo di intendere il procedimento di eliminazione mentale conduce a costruire un mondo immaginario del tutto slegato dalla situazione concreta, quando invece si dovrebbe ipotizzare una situazione corrispondente a quella reale ma priva dei connotati di illiceità. Occorre considerare allora che l'ordinamento all'epoca dei fatti non vietava l'attività in sé della lavorazione dell'amianto, ma la sottoponeva a limiti e condizioni. Se dunque pare inutile immaginare l'assenza della esposizione all'amianto, posto che tale attività era tollerata (a determinate condizioni) dall'ordinamento, decisivo è sapere se il rispetto delle cautele previste per contenere il rischio avrebbe garantito la tutela dei beni giuridici minacciati. In breve: la questione non è cosa sarebbe successo in mancanza della esposizione, bensì cosa sarebbe successo in caso di esposizione lecitamente praticata (cioè caratterizzata dall'uso di tutte le cautele disponibili ed esigibili all'epoca della condotta). Nel caso dell'amianto l'alternativa penalmente rilevante ai fini del giudizio di imputazione non è costituita dalla mancata esposizione dei lavoratori (ipotesi evidentemente assurda, dato che si tratta proprio di valutare la rilevanza penale della esposizione), ma dalla esposizione consentita, cioè effettuata nel rispetto delle regole cautelari (ancorchè improprie). Questa è l'unica ipotesi controfattuale sensata e pertinente.

Ciò non significa – si badi – che la condotta venga a coincidere con la sua antidoverosità e illiceità (nel senso di *Pflichtwidrigkeit*). È evidente, infatti, che la condotta materiale rappresenta un'entità fenomenica reale, mentre la sua antidoverosità è un carattere della condotta stessa e acquista rilevanza soltanto nell'ottica della valutazione giuridica. Il sorpasso in sé costituisce la condotta materiale (che indubbiamente cagiona l'investimento del ciclista), mentre l'essere il sorpasso effettuato a distanza ravvicinata rappresenta una *qualificazione* (in termini di anti-giuridicità). Permane dunque l'esigenza teorica di distinguere tra aspetti ontologici e normativi, posto che la teoria della causalità non può svilupparsi correttamente finchè i due profili vengano confusi e finchè la condotta venga ricostruita come mera entità giuridica. La questione centrale è piuttosto un'altra e cioè se il requisito della causalità sia di per sé sufficiente o se debba essere integrato dal nesso normativo di illiceità o antidoverosità (quale causalità giuridicamente rilevante).

Le riflessioni svolte circa le peculiarità della causalità omissiva mettono in luce che in caso di omissione non si tratta di accertare la causalità della condotta reale dell'agente (che nulla ha cagionato), ma una cosa ben diversa: l'efficacia potenziale di una

condotta alternativa ipotetica, la sua idoneità ad evitare l'esito lesivo. Nel reato colposo, come in quello omissivo, si può aggiungere mentalmente la condotta alternativa lecita, ma è scorretto concludere che la causalità reale non sussista, dovendosi escludere soltanto l'idoneità e l'efficacia del comportamento alternativo, cioè la evitabilità dell'evento<sup>144</sup>.

Inadeguate e insufficienti sono le argomentazioni portate dalla dottrina per sostenere che il c.d. "secondo nesso" normativo tra colpa ed evento (dato dalla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito), diversamente dal nesso causale, possa accertarsi mediante un parametro probabilistico: come ricordato, si afferma solitamente che ciò è consentito proprio perché un solido e sicuro legame tra condotta ed evento è assicurato dal nesso di causalità, cioè proprio da ciò che si dovrebbe dimostrare. A questa regola fanno "eccezione" i reati *omissivi* colposi, nei quali si ritiene necessario un accertamento in termini di certezza (certezza che l'azione doverosa omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento), sul presupposto che il nesso causale qui coincida con il nesso tra colpa ed evento. Ma nuovamente nel reato omissivo *doloso* tale criterio viene abbandonato.

Le persistenti incertezze della dottrina e della giurisprudenza dimostrano, in realtà, che non è affatto semplice distinguere tra profilo causale (relativo alla efficacia impeditiva della condotta omessa, valutata in base al giudizio controfattuale) e profilo della colpa (relativo alla efficacia preventiva o impeditiva della condotta lecita, valutata in base al giudizio controfattuale). In questo contesto, sembra irragionevole pretendere, da un lato, che il nesso eziologico sia accertato secondo parametri rigorosi e stringenti e, dall'altro, che il nesso normativo tra colpa ed evento si basi su un criterio più elastico, come se l'accertamento del nesso normativo tra colpa ed evento fosse meno decisivo ai fini del giudizio di responsabilità; come se soltanto il nesso causale potesse assicurare l'attribuibilità di un fatto ad una persona, poco importa se poi si scagiona l'imputato perché non si è certi dell'efficacia impeditiva o preventiva della condotta doverosa (invocando il principio di colpevolezza contro la logica del *versari*).

Ebbene: se si dimostra che la condotta ha cagionato l'evento (perché senza di essa l'evento non si sarebbe verificato o perché la condotta doverosa omessa l'avrebbe certamente impedito), cosa potrebbe giustificare l'esclusione della imputazione dell'evento? La circostanza che il fatto non sia *rimproverabile* all'agente perché l'evento si sarebbe verificato comunque? Oppure la circostanza che manchi un nesso oggettivo, un nesso di evitabilità, tra condotta ed evento?

La medesima incertezza affligge gli orientamenti orientati ad individuare una soluzione unitaria: l'asserita coincidenza tra causalità omissiva e causalità della colpa richiede che si precisi il significato del concetto di "colpa" in questo contesto argomentativo. Non è chiaro se si tratti della colpa intesa come violazione di regole di

<sup>144</sup> SEEBALD, *Nachweis*, cit., 198; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 55; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 46.

diligenza<sup>145</sup> oppure di una colpa intesa come generica antidoverosità e illiceità della condotta, risultante dalla violazione di un dovere giuridico di impedire eventi lesivi<sup>146</sup>.

Il criterio della evitabilità, essendo concepito tradizionalmente come elemento della colpa, risente della diversa concezione di quest'ultima ora quale elemento del fatto tipico (*Unrechtsselement*) ora quale elemento della colpevolezza (*Schuldelement*). L'organizzazione sistematica indica due strade percorribili: o si affronta il problema della evitabilità *unitariamente*, correndo il rischio di mescolare questioni attinenti alla colpevolezza con questioni rilevanti nell'ambito della illiceità, oppure si tiene ferma la distinzione tra tipicità, antigiuridicità e colpevolezza, separando di fatto ciò che, da un punto di vista sostanziale, appare senza dubbio assimilabile<sup>147</sup>.

Un ultimo argomento in grado di acuire la problematicità della distinzione tra agire ed omettere e di accrescere la separazione tra causalità della condotta e causalità della colpa emerge dal confronto con le corrispondenti ipotesi dolose.

Che il problema della distinzione tra azione ed omissione non venga posto nel caso di reati dolosi conferma la sua stretta connessione con l'universo della colpa riconducibile alla presenza di un momento omissivo ed alla innegabile affinità strutturale con l'omissione. Ciò ha fatto sì che la dottrina abbia approfondito, comprensibilmente, il tema del rapporto tra causalità della condotta e nesso normativo esclusivamente in relazione al reato omissivo colposo.

La conversione dei casi controversi in corrispondenti ipotesi dolose (si pensi, ad esempio, al *Radfabrerfall*) agevola la percezione della natura attiva della condotta, facendo sorgere allo stesso tempo la consapevolezza che le modalità di realizzazione del fatto non possono influenzare la struttura fondamentale della condotta (il mancato rispetto della distanza di sicurezza non modifica la struttura commissiva della condotta)<sup>148</sup>. Ciò dimostra che il problema della causalità nell'omissione – sotto il profilo della necessità di un accertamento ipotetico-controfattuale e della rilevanza dei decorsi ipotetici – riguarda in eguale misura l'ipotesi colposa e quella dolosa (benché in quest'ultima i termini della questione siano parzialmente differenti, data l'assenza della violazione di una regola cautelare in senso stretto).

È pacifico, infatti, che *anche nel caso di omissione dolosa* l'imputazione dell'evento debba essere esclusa quando il comportamento doveroso omesso non avrebbe comunque salvato il bene giuridico (ad es.: il bagnino intenzionalmente omette di intervenire per salvare la vittima, ma questa sarebbe comunque annegata perché il mare era molto agitato; il medico intenzionalmente omette un trattamento, ma il paziente sarebbe comunque morto a causa dell'allergia al farmaco); ciò però impone di spiegare perché la inevitabilità dell'evento in caso di condotta alternativa conforme al diritto rile-

<sup>145</sup> VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1701 ss.; ANGIÒNI, *Note*, cit., 1289 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 3 ss.

<sup>146</sup> In questo senso, più chiaramente, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1060 ss.

<sup>147</sup> Così, ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 56.

<sup>148</sup> ULSSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 96 ss.

vi in modo differente nel reato commissivo colposo e in quello omissivo (doloso o colposo che sia) e, soprattutto, perché non rilevi nel reato *commissivo doloso*<sup>149</sup>.

Se le conseguenze del comportamento alternativo lecito (diligente o doveroso) contano sia nel reato commissivo colposo sia nel reato omissivo, in virtù della medesima esigenza di fondare l'imputazione dell'evento sull'esistenza di un nesso normativo tra inosservanza della norma di condotta ed evento, le due questioni non possono essere collocate in due ambiti sistematici diversi (*causalità* per l'omissione e *causalità della colpa* per l'azione colposa), né possono adottarsi criteri di accertamento diversi (*probabilità* nell'azione e *certezza* nell'omissione).

In questa diversa prospettiva, come è stato dichiarato, «le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 c.p. – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, e, dunque, *coincidono*»<sup>150</sup>.

## 2. La rilevanza dei decorsi causali ipotetici nei reati commissivi colposi

### 2.1. L'ipotetico comportamento alternativo lecito e l'evitabilità dell'evento

Il principio della irrilevanza dei decorsi ipotetici subisce una deroga nell'ambito dei reati commissivi colposi: dottrina e giurisprudenza ammettono, infatti, che l'agente possa sottrarsi a responsabilità provando che il medesimo evento da lui cagionato si sarebbe verificato anche in caso di condotta osservante. In questa casi, pur sussistendo il nesso di causalità tra condotta ed evento in base a leggi scientifiche, si ritiene che venga a mancare il nesso normativo tra colpa ed evento, denominato anche nesso di illiceità (antidoverosità) o antiguridicità (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang* o *Rechtswidrigkeitszusammenhang*) o causalità della colpa (*Kausalität der Fahrlässigkeit*), poiché l'evento non appare “conseguenza” della violazione della regola di diligenza<sup>151</sup>.

Si tratta della nota problematica del comportamento alternativo lecito (*rechtmäßiges Alternativverhalten*)<sup>152</sup> che, come presto vedremo, si intreccia con i criteri dello scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*), secondo cui si può imputare soltanto un even-

<sup>149</sup> Sul punto, v. cap. IV, par. 2.

<sup>150</sup> EUSEBI, *op. ult. cit.*, 1060 s.

<sup>151</sup> Talvolta si indica tale nesso anche con l'espressione “nesso di rischio” (*Risikozusammenhang*). Al tema è dedicato il successivo cap. III, cui rinviamo per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>152</sup> In Germania la giurisprudenza indica il comportamento alternativo lecito con i concetti di “*rechtstreu*es” o “*verkehrsgerechtes*” *Verhalten* e la dottrina utilizza il concetto di “*rechtmäßiges*” o “*pflichtgemäßes*” *Verhalten*. Nella dottrina italiana sono utilizzate indifferentemente le locuzioni *comportamento alternativo lecito* e *comportamento alternativo diligente*. Occorre segnalare che nella dottrina italiana si rinviene la tendenza (a nostro avviso criticabile, in quanto foriera di equivoci) ad utilizzare il termine “comportamento alternativo lecito” anche in relazione al reato omissivo improprio per indicare il comportamento doveroso omesso; v., ad esempio, VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 104 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3227.

to che ricada nell'ambito di protezione della norma, e della realizzazione (o concretizzazione) del rischio (*Risikorealisation*), per cui l'evento deve rappresentare la concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava ad evitare e prevenire.

Nel caso in esame, l'agente non si appella al fatto che l'evento sarebbe stato cagionato da un decorso causale alternativo e indipendente dalla sua condotta (accadimento naturale o comportamento di un terzo), bensì alla circostanza che *la sua stessa ipotetica condotta diligente* non avrebbe evitato l'evento.

I casi, intorno ai quali si è sviluppato il dibattito, sono noti<sup>153</sup>. Quello più antico è il caso del farmacista (*Apothekerfall*)<sup>154</sup> accusato di omicidio colposo per aver consegnato, senza attendere il rinnovo della prescrizione medica, un farmaco a base di fosforo alla madre di un bambino poi deceduto; l'imputato si difese sostenendo che il medico, se interpellato, avrebbe comunque prescritto il farmaco. Nel celebre caso della novocaina (*Kokainfall* o *Novokainfall*)<sup>155</sup> un paziente morì durante un intervento chirurgico in seguito alla erronea somministrazione di cocaina al posto di novocaina; si accertò che il paziente sarebbe comunque deceduto, anche se fosse stata utilizzata novocaina, in quanto sensibile a tutte le sostanze anestetiche a causa di una patologia endocrina. Nell'altrettanto conosciuto caso dei peli di capra (*Ziegenhaarfall*)<sup>156</sup> un imprenditore, titolare di una ditta di pennelli, consegnò alle sue lavoratrici peli di capra non disinfettati e alcune di loro morirono; non fu possibile stabilire se la disinfezione dei peli avrebbe evitato con certezza l'evento. Successivamente, ebbe grande risonanza il più volte citato caso del ciclista (*Radfabrerfall*)<sup>157</sup>, in cui un camionista, superando un ciclista senza rispettare la distanza di sicurezza prescritta, ne causò la caduta e la morte; si accertò in seguito che il ciclista, in quanto ubriaco, sarebbe con ogni probabilità finito comunque sotto le ruote del mezzo. Sempre nell'ambito della casistica relativa alla circolazione stradale, è divenuto famoso il caso dei pedoni (*Fußgängerfall*)<sup>158</sup>: due persone, in violazione del codice della strada, camminavano di notte sul lato destro della car-

<sup>153</sup> Per una rassegna, v. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 411 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 40 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 299 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 323 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 73 ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 26 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 679 ss.

<sup>154</sup> *RGSt* 15, 151 ss. del 20.12.1886. Per un caso simile recentemente esaminato dalla giurisprudenza italiana, v. Cass., 18.06.2009, n. 37478. La Corte ha stabilito che la consegna da parte del farmacista di un medicinale in assenza di prescrizione medica, con espresso invito all'assunzione solo previa autorizzazione del medico curante, non può ritenersi causa sufficiente e determinante dell'evento lesivo successivamente patito dal paziente in seguito all'assunzione del farmaco laddove, in forza del giudizio controfattuale in sede di accertamento del nesso eziologico, si giunga alla conclusione che, pur ipotizzando come realizzata la condotta doverosa della consegna del farmaco dietro regolare prescrizione medica, il paziente avrebbe comunque subito l'evento lesivo a seguito di una reazione allergica al farmaco.

<sup>155</sup> Sentenza del RG del 15.10.1926, in *HRRS*, 1926, 1636, n. 2302; caso riferito da EXNER, *Fabrlässiges Zusammenwirken*, in *Frank Festgabe*, I, Tübingen, 1930, 583.

<sup>156</sup> *RGSt* 63, 211 del 23.4.1929, in *JW*, 1932, 411.

<sup>157</sup> 25.9.1957, *BGH* 11, 1, in *JZ*, 1958, 280, con commento di *Mezger*.

<sup>158</sup> *BGHSt* 10, 369 ss. dell'11.7.1957.

reggiata causando lo sbandamento e la morte di un motociclista sopraggiunto e accortosi troppo tardi della loro presenza; gli imputati eccepirono che il motociclista sarebbe morto anche se essi si fossero mossi nel senso opposto o fossero stati fermi lungo la strada. Infine, nell'ambito della responsabilità medica, molto dibattuto fu il caso del dentista (*Zahnarztfall o Myokarditisfall*)<sup>159</sup>, in cui un medico decise di praticare ad una paziente un'anestesia totale senza aver prima consultato un internista; durante l'intervento la paziente morì per un arresto cardiaco riconducibile ad una malformazione non diagnosticabile.

Anche l'esame della giurisprudenza contemporanea fornisce una variegata casistica, dalla quale è possibile estrapolare alcuni casi emblematici. Nell'ambito della responsabilità medica, si segnala il già citato *caso dell'oculista*<sup>160</sup>, in cui il medico, che a causa dell'agitazione del paziente aveva ommesso di effettuare la sutura della ferita chirurgica determinando la lesione dell'occhio, si difese affermando che neppure l'anestesia generale avrebbe evitato l'evento in termini di elevata credibilità razionale, poiché la conseguente intubazione avrebbe potuto provocare il medesimo evento in concreto verificatosi (fuoriuscita di tessuto oculare). Nel *caso della omessa diagnosi tumorale*<sup>161</sup> è necessario accertare se la comparsa o l'aggravamento delle metastasi siano riconducibili alla tardiva scoperta e cura della neoplasia, cioè se l'errore e il conseguente ritardo diagnostico abbiano influenzato il decorso della patologia o se questo fosse addebitabile esclusivamente alle caratteristiche genetiche particolarmente aggressive del tumore. Nell'ambito delle malattie professionali, è doveroso citare il *caso dei danni da esposizione ad amianto* (o ad altra sostanza tossica, come ad esempio il CVM)<sup>162</sup>. Comune denominatore dell'ormai sterminata casistica è l'esigenza di stabilire se il comportamento alternativo lecito del datore di lavoro, consistente nell'adottare le misure necessarie a tutelare la salute dei lavoratori, avrebbe impedito la verifica dell'evento o quantomeno evitato l'aggravamento del danno o l'anticipazione del momento della sua verifica. Nell'ambito della circolazione stradale può citarsi il *caso dell'eccesso di velocità*<sup>163</sup>, in cui l'imputato aveva attraversato un incrocio a velocità superiore a quella consentita, collidendo con il ciclomotore condotto dalla vittima, la quale a sua volta aveva impegnato l'incrocio con luce semaforica gialla e a velocità così ridotta da risultare insufficiente ad attraversare il crocevia. Infine, merita di essere ricordato il *caso della frana di Sarno*<sup>164</sup>, in cui fu necessario verificare se in caso di corretta individuazione ed evacuazione delle zone a rischio da

<sup>159</sup> BGHSt 21,59 del 27.4.1966.

<sup>160</sup> Cass., 9.06.2011, n. 28782, Cezza.

<sup>161</sup> Cass., 5.05.2011, n. 36603; Cass., 10.05.2012, n. 20650; Cass., 27.10.2011, n. 46830.

<sup>162</sup> Ricordiamo qui, tra le molte sentenze citate nel corso del lavoro, Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (relativa al caso del Petrolchimico di Marghera); Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini (relativa al caso delle ferrovie Trento-Malè).

<sup>163</sup> Cass., 11.02.2008, n. 19512.

<sup>164</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761.



parte del sindaco gli eventi lesivi non si sarebbero verificati o si sarebbero verificati con caratteristiche di minore gravità provocando un numero inferiore di vittime.

Il ridimensionamento del dogma della irrilevanza dei decorsi ipotetici viene giustificato – esattamente come nel reato omissivo – in virtù della natura normativa della colpa: solo mediante la costruzione di un decorso eziologico irreali, alternativo alla condotta concreta e riferito alla osservanza della cautela, è possibile accertare l’evitabilità dell’evento. La colpa, come l’omissione, rileva nella misura in cui l’agente non ha fatto qualcosa che doveva e poteva fare; diversamente, nel reato doloso il criterio del comportamento alternativo lecito sarebbe privo di rilevanza, sul presupposto che l’alternativa alla condotta dolosa non è un comportamento osservante e lecito, ma l’omissione del comportamento stesso<sup>165</sup>.

A fronte di tale uniforme panorama dottrinale, oggetto di controversia in dottrina e giurisprudenza pare essere oggi esclusivamente il criterio di accertamento della evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito: si discute, da un lato, del grado di evitabilità dell’evento richiesto per fondarne l’imputazione e, dall’altro, del soggetto che debba sopportare il relativo onere probatorio. Posto che vi è unanimità circa il fatto che l’imputazione dell’evento debba escludersi quando è certo che nemmeno il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l’evento<sup>166</sup>, basti qui ricordare che l’orientamento prevalente in Germania (in applicazione del principio *in dubio pro reo*), segue il criterio della certezza in base al quale per affermare l’imputazione dell’evento è necessaria la certezza circa il fatto che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l’evento e dunque la mera possibilità (il “dubbio ragionevole”) che l’evento si sarebbe verificato comunque è sufficiente ad escludere l’imputazione, mentre la diversa opinione (risalente a *Roxin* e piuttosto diffusa in Italia) fa leva sul criterio dell’aumento del rischio (*Risikoerhöhung*), imputando l’evento quando la condotta illecita abbia aumentato il rischio di verifica dell’evento. In estrema sintesi è possibile concludere che il dibattito attualmente si incentra sulla ammissibilità e legittimità del criterio dell’aumento del rischio<sup>167</sup>.

Ciò precisato, la dottrina sembra non ritenere necessario un approfondimento del tema della rilevanza del criterio del comportamento alternativo lecito, né una verifica della legittimazione del nesso tra colpa ed evento. Essa si limita a ribadire che la que-

<sup>165</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 441 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 187; ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 71 s. e 156; KAHLO, *Das Problem*, cit., 39. Sul punto, v. cap. IV, par. 2.

<sup>166</sup> Per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 392; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 288; FORTI, *Colpa*, cit., 690; ROMANO, *Commentario*, cit., 409. Del tutto isolata è rimasta l’opinione opposta (considerata “radicale”), secondo cui neppure la certezza che l’evento non sarebbe stato impedito può escludere l’imputazione; tale orientamento nega, di conseguenza, ogni rilevanza al comportamento alternativo lecito. Così, SPENDEL, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 17; ID., *Zur Unterscheidung*, cit., 190; EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 201; BINAVINCE, *Die vier Momente*, cit., 218; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, 136, nt. 83; 128 ss., 135 ss.

<sup>167</sup> Per gli essenziali riferimenti alla dottrina e giurisprudenza, v. *infra*, cap. III, note 111-113.

stione della rilevanza del comportamento alternativo lecito è del tutto estranea al problema causale e che una imputazione fondata sulla mera “somma” di causalità e colpa rappresenterebbe un ritorno alla logica del *versari in re illicita*: si percepisce come ingiusta la responsabilità per un fatto colposo quando l’evento si sarebbe (forse) verificato anche osservando una condotta diligente e si ritiene necessario garantire che l’evento trovi il suo fondamento proprio nell’inosservanza della diligenza prescritta<sup>168</sup>.

La dottrina dominante risolve dunque il problema del comportamento alternativo lecito sul terreno dell’illecito colposo, senza interrogarsi sul ruolo della formula della *c.s.q.n.* e omettendo di fornire, da un lato, le ragioni della esclusione della imputazione dell’evento e, dall’altro, un preciso inquadramento della questione sul piano della causalità, della colpa o della imputazione oggettiva<sup>169</sup>.

## 2.2. Il rapporto tra comportamento alternativo lecito e cause ipotetiche

Il rapporto tra comportamento alternativo lecito e causalità ipotetica si è rivelato sin dall’inizio piuttosto ambiguo e la distinzione tra le due figure appare assai proble-

<sup>168</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., Berlin, 1930, 362; ID., *Die Kausalität*, cit., 64; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 136; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 52; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 207; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 431 s.; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie*, in *Jus*, 1969, 551 s.; ULSENHEIMER, *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *JZ*, 1969, 367; ID., *Das Verhältnis*, cit., 143 s.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 160; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583 ss. Nella letteratura italiana, v. DELITALA, *Il fatto*, cit., 87; M. GALLO, *Colpa*, cit., 640; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 68 s.; FORTI, *Colpa*, cit., 421 ss.; MARINUCCI, *Il reato*, cit., 163 s.; ID., *La colpa*, 263; MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 297; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 175 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 153 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384 ss.; MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 309; PIERGALLINI, *Il danno da prodotto*, cit., 404; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 111; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 105; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4110; PERINI, *Il concetto*, cit., 574; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 562; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 347.

<sup>169</sup> In Italia il tema viene sviluppato nell’ambito della dogmatica della colpa (sotto il profilo della idoneità della regola cautelare a prevenire l’evento e dello scopo di protezione della norma), mentre in Germania esso viene affrontato ormai esclusivamente nell’ambito della imputazione oggettiva. Al riguardo v. più precisamente le osservazioni svolte nel cap. III, par. 1 e 2. Critici nei confronti dell’approccio tradizionale al tema, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 34; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 249; KAHLO, *Das Problem*, cit., 55; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 29; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 73. Affrontano il problema dalla prospettiva del disvalore d’evento anche ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 228; LAMPE, *Täterschaft*, cit., 594; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 177; anche KÜPER, *op.ult.cit.*, 266, il quale sottolinea che il misterioso elemento che giustifica il venir meno dell’imputazione riguarda esclusivamente l’evento (e il suo disvalore). Un diverso indirizzo ritiene, per contro, che l’assenza del nesso di illiceità o antidoverosità in caso di inutilità del comportamento alternativo lecito determini un mutamento del disvalore che si attribuisce alla condotta del soggetto, incidendo sulla sua stessa tipicità; v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 147; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 65. V. inoltre la ricostruzione di FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 530, il quale considera la questione della evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito relativa alla precisazione (effettuata *ex post*) della *Gefahrendimension* della condotta. In questa direzione, con riferimento ai fenomeni di ridondanza causale e con argomentazioni differenti, anche JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 230 ss.; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; SANCINETTI, *Principio*, cit., 378 ss.

matica. È difficile, infatti, argomentare la compatibilità del criterio del comportamento alternativo lecito con il divieto generale di considerare decorsi ipotetici.

A prima vista risulta singolare che per la tipicità di un delitto colposo d'evento non si ritenga sufficiente che l'evento sia stato cagionato da una condotta caratterizzata dalla violazione della diligenza, ma che venga richiesto l'ulteriore requisito della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, dal momento che la connessione reale tra evento e condotta illecita non può venir meno per il fatto che l'evento avrebbe potuto realizzarsi anche in seguito ad un diverso decorso che *di fatto* non si è verificato. Se soltanto l'accadere *reale* è degno di considerazione, la questione di *come sarebbero andate altrimenti le cose* non dovrebbe rivestire alcuna importanza.

In effetti, per la dottrina cause ipotetiche e comportamento alternativo lecito costituiscono due problematiche nettamente distinte tra loro (collocate di conseguenza in ambiti sistematici differenti)<sup>170</sup>, in virtù della argomentazione che nel caso di comportamento alternativo lecito sarebbe la *condotta alternativa dello stesso agente* a cagionare il medesimo evento e non un decorso diverso ed indipendente<sup>171</sup>.

Ai fini dell'accertamento – si sottolinea – occorre eliminare mentalmente non già la condotta intera, ma soltanto la violazione della diligenza (*Pflichtwidrigkeit*), cui va sostituito il corrispondente comportamento diligente, senza modificare in altro modo la situazione reale. Questo *modus procedendi*, alquanto artificioso, è funzionale a salvaguardare l'esistenza del nesso causale materiale, posto che applicando la *c.s.q.n.* nel modo consueto ed eliminando la condotta illecita *tout court* l'evento verrebbe meno.

Nella medesima direzione si argomenta che può rilevare solo il comportamento alternativo ipotetico dello stesso agente, in quanto rientrante nell'ambito della sua competenza e da lui dominabile; le alternative consistenti in condotte di terzi o della vittima o in accadimenti naturali si presentano, dalla prospettiva dell'agente, come mera casualità, inidonea ad escludere la sua responsabilità<sup>172</sup>.

Si è osservato altresì che il diverso ruolo delle cause ipotetiche e del comportamento alternativo lecito dipende dal significato attribuito alla verifica dell'evento, che reclamerebbe l'applicazione della pena allo scopo di ripristinare l'ordine giuridico violato; i decorsi ipotetici che si sostanziano nel comportamento alternativo lecito sarebbero eccezionalmente rilevanti soltanto perché l'inevitabilità dell'evento in caso di osservanza della norma di diligenza eliminerebbe il disvalore dell'azione e verrebbe meno la funzione social-pedagogica del diritto penale<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> Si vedano, ad esempio, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 563; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 223; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 289; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 411; ROMANO, *Commentario*, cit., 409; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 185.

<sup>171</sup> Così, tra gli altri, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 101; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 258; FRISCH, *op.ult.cit.*, 567; ERB, *op.ult.cit.*, 104; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99.

<sup>172</sup> Per questa precisazione, v. in particolare, VOGEL, *LK*, § 15, n. 199; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 162 s.

<sup>173</sup> In questi termini, FRISCH, *op.ult.cit.*, 567.

La dottrina civilistica, che più approfonditamente si è occupata del rapporto tra comportamento alternativo lecito e cause ipotetiche, ha individuato svariate ragioni in grado di motivare il diverso peso attribuito alle due figure: oltre al fatto che l'evento risulterebbe causato dall'agente stesso e non da una causa esterna, si evidenzia la doverosità del comportamento alternativo lecito (in relazione ad una specifica norma di comportamento) rispetto alla indeterminatezza e potenziale infinità di cause alternative ipotizzabili e si sottolinea l'importanza del criterio temporale rappresentato dal momento di verifica dell'evento (contestualità)<sup>174</sup>.

In giurisprudenza non risultano prese di posizione al riguardo; anzi, la scelta di attribuire rilevanza al solo comportamento alternativo lecito e non ad altre cause ipotetiche non viene in alcun modo giustificata o spiegata (se non con il debole argomento che rilevano soltanto le circostanze reali e con il generico riferimento all'esigenza che la colpa "si realizzi" nell'evento concreto)<sup>175</sup>.

Raramente viene messo in luce il rapporto che lega il comportamento alternativo lecito e le cause ipotetiche, anche se – come è stato puntualmente osservato – «la teoria del comportamento alternativo lecito non fa altro che raffrontare l'inevitabilità dell'evento alla condotta non colposa dell'agente (con un'operazione pur sempre a carattere irreali), anziché al più ampio settore degli accadimenti naturali o dell'azione lecita del terzo (o della vittima)»<sup>176</sup>. Sono di fatto pochissimi gli autori che trattano il

<sup>174</sup> Riguardo alla rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto civile, v. i cenni *infra*, par. 5.2.

<sup>175</sup> Per tutte, Cass., 12.03.2010, n. 16761 (relativa alla frana di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82, con commento di Verrico («L'addebito soggettivo dell'evento richiede non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine [cosiddetto comportamento alternativo lecito], non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione "ex ante", non avrebbe potuto comunque essere evitato»); Cass., 22.09.2011, n. 38786 («Per potere affermare una responsabilità colposa, non è sufficiente che il risultato offensivo tipico si sia prodotto come conseguenza di una condotta inosservante di una determinata regola cautelare [appunto, una norma di comportamento del Codice della Strada], ma occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata intendeva fronteggiare. Occorre, cioè, che il risultato offensivo sia la "concretizzazione" del pericolo preso in considerazione dalla norma cautelare; ovvero, in altri termini, che l'evento lesivo rientri nella classe di eventi alla cui prevenzione era destinata la norma cautelare.»); Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (relativa al caso del Petrochimico di Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837, con commento di Di Salvo; Cass., 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo, relativa ad un caso di distocia del feto in cui non era stato chiarito se la manovra omessa dal medico fosse prevista solo per salvare la vita del feto oppure anche per evitare le conseguenze lesive verificatesi nell'ipotesi in esame, non potendosi nel primo caso addebitare al medico l'evento perché egli, con la condotta imperita, avrebbe sì aumentato il rischio di morte del feto per asfissia ma avrebbe cagionato un evento che neppure la corretta manovra avrebbe potuto evitare («In tema di colpa medica, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta imperita e l'evento lesivo, non è sufficiente che venga accertato che un determinato comportamento, omissivo e commissivo, abbia determinato il verificarsi dell'evento, ma è necessario accertare altresì che la previsione della regola di cautela – della quale emerge la mancata osservanza – fosse predeterminata ad evitare proprio quell'evento»).

<sup>176</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 96, il quale sottolinea (*ivi*, 75) «le contraddizioni cui l'insegnamento contrario è costretto al fine di far convivere nel delitto colposo la teoria del comportamento alternativo lecito con la generalizzata negazione delle cause ipotetiche». In questo senso, v. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 249; DONINI, *La partecipazione*, cit., 1120; ID., *Illecito*, cit., 440 (nt. 188); ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 203 ss.;

tema del comportamento alternativo lecito nel contesto dei decorsi causali ipotetici e, in generale, in relazione alla rilevanza del procedimento ipotetico nel diritto penale<sup>177</sup>. Si tratta evidentemente di orientamenti minoritari che operano nell'ambito di una concezione normativa della causalità e che, in questa prospettiva, analizzano le problematiche specifiche dell'aumento del rischio e della *Risikokonkurrenz*.

Che la dottrina non abbia approfondito le analogie esistenti tra comportamento alternativo lecito e causalità alternativa ipotetica stupisce ancor più se si considera che la *ratio* su cui poggia la rilevanza del criterio del comportamento alternativo lecito (secondo cui in un ordinamento oggettivamente rivolto alla tutela dei beni giuridici non possono essere imputati eventi sulla base di condotte che non avrebbero potuto impedirne la verifica) è la medesima attribuita alla teoria condizionalistica (che considera causa ogni condizione necessaria dell'evento). Non a caso è stata coniata l'espressione "causalità della colpa" per indicare il particolare nesso che deve sussistere tra condotta colposa ed evento.

Sta di fatto che, a differenza del diritto civile ove il comportamento alternativo lecito viene talvolta esplicitamente assimilato alle cause ipotetiche, il diritto penale attribuisce ad esso rilevanza esclusivamente nell'illecito colposo.

Si potrebbe azzardare l'ipotesi che la scelta di trattare il comportamento alternativo lecito invece che come sotto-categoria della causalità ipotetica come tema autonomo e a sé stante sia riconducibile non tanto alla sua presunta eterogeneità o specificità, quanto alla sua notevole rilevanza pratica (legata alla frequenza dei casi giurisprudenziali), ben maggiore rispetto a quella delle ipotesi di causalità ipotetica "in senso stretto". Nessuna delle argomentazioni addotte per distinguere il comportamento alternativo lecito dalle altre cause ipotetiche pare infatti risolutiva e l'affermazione per cui l'agente non risponde dell'evento che si sarebbe realizzato anche in caso di comportamento alternativo lecito, perché in esso non si è realizzata la *Pflichtwidrigkeit*, rischia di tradursi in un assioma privo di una chiara legittimazione.

Il tema del rapporto tra comportamento alternativo lecito e decorsi causali ipotetici merita una riflessione più accurata, alla luce delle *rationes* che fondano l'esclusione della imputazione dell'evento, *rationes* che vanno ricercate dipanando il complesso intreccio tra causalità e imputazione oggettiva.

Due sono le possibili soluzioni: o la evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito costituisce davvero una problematica autonoma, distinta

SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 96 ss.; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; RANFT, *Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, in NJW, 1984, 1427 ss.; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1581; ID., *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 662. Cfr. anche FORTI, *Colpa*, cit., 709; più recentemente, FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 959, riconduce esplicitamente il comportamento alternativo lecito alla categoria dei decorsi causali ipotetici; nello stesso senso, altresì, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1500. Per l'equiparazione, seppur in prospettiva critica, DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 463.

<sup>177</sup> Cfr., con differenti accenti, ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 203 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 69 ss.; SAMSON, *op.ult.cit.*, *passim*; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 114; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 108 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 175 ss. Per un quadro generale, v. *infra*, par. 4.

rispetto a quella causale e propria del solo illecito colposo, oppure il comportamento alternativo lecito appartiene alla categoria dei decorsi causali ipotetici e l'evitabilità indica un requisito necessario per la imputazione oggettiva dell'evento comune a tutte le forme di illecito.

### 2.3. *La ratio del comportamento alternativo lecito*

La particolarità del comportamento alternativo lecito, rispetto ad altri decorsi ipotetici, consiste nel fatto che esso rappresenta una mera eventualità a causa della "radicale" alternatività tra condotta lecita e illecita. Non si tratta, infatti, di un decorso causale sostitutivo ("di riserva") pronto a intervenire al posto della condotta del reo e rimasto ipotetico solo perché neutralizzato dalla sua condotta, ma di un decorso del tutto "irreale".

Tale differenza risulta però ridimensionata non appena si consideri che la valutazione del comportamento alternativo lecito costituisce, al pari della considerazione dei decorsi ipotetici, un passaggio essenziale per la formulazione di un giudizio normativo sul nesso tra condotta ed evento. Da questo punto di vista, il comportamento alternativo lecito non è un criterio *eccezionale* di accertamento della evitabilità dell'evento nel reato colposo, ma solo la manifestazione più evidente dell'esigenza che l'evento sia riconducibile al contenuto antiggiuridico (illecito) della condotta. Invero, come più volte sottolineato, ciò che conta è il nesso normativo tra una precisa *qualità* (penalmente significativa) della condotta e un evento concepito anch'esso nella sua dimensione di disvalore.

È evidente che la *ratio* della esclusione dell'imputazione in caso di comportamento alternativo lecito non consiste nell'assenza di causalità, né – possiamo già anticipare – nella mancata realizzazione del rischio nell'evento; di fatto, la condotta illecita ha causato l'evento e in questo si è realizzato proprio il pericolo creato dalla condotta illecita. Essa può giustificarsi soltanto alla luce dell'esigenza di fondare l'imputazione dell'evento (e il rimprovero per averlo cagionato) sulla inosservanza di un obbligo di condotta in grado di evitare o impedire l'evento.

Attribuendo esclusivo rilievo alla causalità materiale (che indubbiamente esiste), diviene incomprensibile l'esclusione della imputazione sulla base della mera eventualità che l'evento si potesse verificare altrimenti. La perplessità scompare se al posto della causalità naturalisticamente intesa subentra la causalità *in senso normativo*, cioè la causalità riferita non alla condotta in sé, ma alla condotta inosservante. Solo in questa prospettiva può essere apprezzato il significato del riferimento al comportamento alternativo lecito: è *questo* a costituire il parametro per valutare l'*Unrecht* e il fondamento del rimprovero personale, *non il fatto che l'evento (forse) si sarebbe verificato ugualmente!*

La fondamentale funzione del comportamento alternativo lecito emerge con particolare chiarezza in relazione agli illeciti colposi caratterizzati dalla inosservanza di determinate norme di comportamento o diligenza e non dalla semplice violazione di

un divieto. Risulta ancora una volta decisiva la differenza tra norme di condotta che impongono un divieto (*Verbotnormen*) o un comando (*Gebotsnormen*).

Nel reato commissivo doloso, integrato dalla trasgressione di norme-divieto, si nega l'esistenza del nesso normativo dato dalla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, perché questo si sostanzia nella omissione della stessa condotta illecita. Torneremo sul punto. Qui preme soltanto osservare che il comportamento alternativo lecito dipende dalla presenza di una norma di condotta, la cui inosservanza fonda il rimprovero per l'evento; non conta infatti la circostanza che l'evento potesse verificarsi anche altrimenti, per qualunque ragione, potendo l'esonero da responsabilità avvenire esclusivamente quando la violazione della norma e il comportamento alternativo lecito risultino strettamente correlati, per il fatto che il rimprovero si riferisce proprio alla configurabilità di un comportamento alternativo giuridicamente significativo (perché lecito o prescritto).

La deroga subita dal principio della irrilevanza dei decorsi ipotetici in relazione ai reati omissivi impropri e ai reati colposi esprime la fondamentale esigenza normativa di radicare l'imputazione dell'evento su un confronto tra la situazione reale derivante dalla violazione di norme e la situazione ipotetica conforme al diritto, su un bilanciamento tra ciò che l'ordinamento vieta e ciò che l'ordinamento considera irrilevante o è disposto a tollerare.

Come già sottolineato, l'identità sostanziale tra causalità attiva ed omissiva è conseguenza della presa d'atto che il nesso penalmente rilevante è solo quello tra la componente illecita della condotta (la "violazione della regola cautelare" nei reati colposi) e l'evento, posto che conta soltanto l'incidenza causale della dimensione illecita (antidoverosa) della condotta e non la condotta in sé da un punto di vista naturalistico. Il confronto tra le conseguenze della condotta illecita (dolosa, colposa e omissiva) rispetto a quelle della ipotetica condotta conforme al diritto (lecita, diligente o doverosa) richiede la considerazione di decorsi ipotetici necessaria a formulare un giudizio di imputazione di un evento concepito come lesione di un bene giuridico; occorre, in altri termini, trattare la condotta illecita, che non abbia determinato un rischio diverso o maggiore per il bene giuridico rispetto alla corrispondente condotta lecita, al pari di una condotta lecita<sup>178</sup>.

In questa prospettiva, il criterio del comportamento alternativo lecito – come in generale la considerazione dei decorsi ipotetici – consente di effettuare un confronto tra realtà e ipotesi per apprezzare la situazione del bene giuridico in termini di miglioramento o peggioramento<sup>179</sup>.

<sup>178</sup> Per questa fondamentale intuizione, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 432 ss.; anche PUPPE, *Kausalität*, cit., 661; EAD., *Die Beziehung*, cit., 600; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 270 ss.; anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 252. Sul punto, ampiamente, cap. IV.

<sup>179</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 396, e FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 959, sottolineano chiaramente l'importanza del confronto ai fini del giudizio sull'aumento del rischio connesso alla condotta illecita rispetto a quella lecita.

Come detto, questo fenomeno è particolarmente evidente nella causalità omissiva e nella “causalità della colpa”, ove più spiccata è la componente normativa della condotta (sotto il profilo del contrasto con una norma giuridica) e di conseguenze più forte l’interesse a valutare l’evitabilità dell’evento mediante la condotta lecita: un rimprovero fondato sulla inosservanza di un determinato obbligo di condotta risulta inevitabilmente messo in discussione se la condotta alternativa prescritta avrebbe determinato il medesimo evento.

Tuttavia, l’esigenza di stabilire un nesso tra questa componente illecita della condotta e l’evento non caratterizza soltanto il reato colposo (in cui tale specifico nesso viene accertato in aggiunta al nesso causale) e il reato omissivo (in cui tale nesso si confonde con il nesso causale), ma ogni reato. È dunque sempre necessaria la considerazione unitaria della condotta come comprensiva della sua dimensione illecita e risulta priva di senso e utilità una scomposizione tra la condotta “neutra” e la sua antidoverosità (*Pflichtwidrigkeit*).

La causalità penalmente rilevante va dunque riferita non già alla causalità della *condotta in sé*, ma alla causalità della *condotta illecita*. Ciò che intendiamo dire è che se la causalità reale continua a rappresentare un presupposto (indispensabile) della causalità della illiceità, essa non è da sola in grado di legittimare l’imputazione dell’evento.

Questa concezione della causalità – come già osservato – ridimensiona la differenza tra azione ed omissione, poiché la causalità viene riferita non all’elemento distintivo tra le due forme di condotta, ovvero alla natura attiva o passiva del comportamento, ma ad un elemento comune, ovvero alla loro antidoverosità. Ciò che muta, di conseguenza, non è il concetto di *causalità* (posto che questa viene pur sempre accertata mediante la formula della *c.s.q.n.*, che ben esprime il concetto di causalità giuridica), bensì il concetto di *causa* cui questo si riferisce: si fa infatti riferimento non all’agire o all’omettere, ma alla loro dimensione illecita (data dalla inosservanza e violazione della norma)<sup>180</sup>.

Del resto, la stessa dottrina tradizionale nel caso di inevitabilità dell’evento in presenza del comportamento alternativo lecito finisce col ritenere irrilevante (o non sufficiente) il nesso causale naturalistico tra la condotta e l’evento, il che indubbiamente «evidenzia come ai fini della suddetta imputazione risulti decisivo il quesito se sia risultata causale la violazione di una regola di diligenza e, dunque, se sia risultata causale non una condotta *tout court*, bensì una condotta antidoverosa dell’agente»<sup>181</sup>.

Ciò – vale ribadirlo – non significa che il nesso causale materiale non abbia alcuna rilevanza; esso continua a formare un indispensabile presupposto per la verifica della

<sup>180</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, XXXVIII e 252; HANAU, *op.ult.cit.*, 15.

<sup>181</sup> Così, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1063. V. nello stesso senso, già MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 22 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 52 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 41 ss.; MÜNZZBERG, *Verhalten*, cit., 127; HANAU, *op.ult.cit.*, 14 ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 107; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 520 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 62 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 88; DONINI, *Illicito*, cit., 443 (nt. 192); ANGIONI, *Note*, cit., 1292.



evitabilità. La questione decisiva tuttavia non è se la causalità materiale costituisca o meno un requisito per l'imputazione, ma piuttosto se un nesso condizionalistico debba sussistere oltre che tra l'evento e la condotta in sé, anche tra l'evento e la "illiceità" della condotta.

La "scoperta" del criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito ha sconvolto la dogmatica tradizionale nella misura in cui ha reso evidente che il comportamento alternativo lecito (e con esso la dimensione ipotetica) è rilevante non solo nei reati omissivi, ma anche in quelli commissivi. Il riconoscimento dell'elemento del comportamento alternativo lecito produce effetti ad ampio raggio: non si tratta solo di una isolata casistica, ma del nesso (ancora poco indagato) tra azione/omissione e la loro causalità rispetto all'evento.

Si consolida l'idea che si tratti di un problema di causalità, cioè dell'accertamento della causalità della condotta in rapporto ad eventuali fattori alternativi concorrenti, accertamento che va condotto sulla base della *c.s.q.n.* e del giudizio controfattuale. La verifica della evitabilità (effettuata di regola solo nel reato omissivo improprio e in quello colposo) consente di valutare il ruolo della condotta umana rispetto all'insieme di fattori causali che conducono all'evento e di escludere l'imputazione dell'evento quando si accerti che la rilevanza causale della condotta non è stata esclusiva o determinante.

Il procedimento di eliminazione mentale del comportamento illecito e la sua sostituzione con il comportamento alternativo lecito può generare tuttavia un equivoco, un "abbaglio": ci induce a credere che l'evento sarebbe stato "causato" anche dal comportamento alternativo lecito o – al rovescio – che la condotta illecita dell'agente non sia la causa dell'evento.

In realtà, il comportamento alternativo lecito non può mai rappresentare una *causa* alternativa o sostitutiva dell'evento, ma soltanto una condotta che non è utile ad evitarlo. Ciò che interessa non è infatti la causalità della condotta dell'agente, ma la efficacia potenziale di una condotta alternativa ipotetica, la idoneità di questa ad evitare l'esito lesivo. Ciò però significa anche che l'evento è riconducibile ad una *causa diversa* (che, ad es., nel caso del ciclista consiste nella ubriachezza del ciclista e nel caso della novocaina nella malattia della vittima). Da questo punto di vista, il comportamento alternativo lecito non potrebbe "causare" comunque l'evento, ma soltanto non impedirlo, e l'evento non sarebbe "causato" ipoteticamente dal comportamento alternativo lecito, ma da un diverso fattore alternativo concorrente (concomitante). L'inutilità del comportamento alternativo lecito rappresenta nulla più che un sintomo dell'assenza di causalità.

Si tratta peraltro del medesimo meccanismo operante nel reato omissivo improprio. Proprio in relazione al reato omissivo improprio avevamo osservato che l'evento non è mai riconducibile alla sola condotta dell'agente, ma piuttosto deriva dalla sua interazione con altre condizioni positive e negative concomitanti; di conseguenza non ha senso indagare sulla differenza tra azione ed omissione e irrigidirsi sul divieto di

aggiungere mentalmente decorsi ipotetici. La condotta umana è sempre inserita in un flusso continuo e dinamico di eventi e può assumere il ruolo di condizione positiva o negativa di eventi a seconda della prospettiva dell'osservatore. Nel classico esempio del mancato intervento sanitario non ci interessa tanto sapere se le cure omesse avrebbero condotto alla guarigione, quanto se il decorso causale in atto (implicante un ineliminabile *Restrisiko* di esito infausto) avrebbe comunque determinato l'evento.

In questo senso il comportamento alternativo lecito non può differenziarsi dagli altri decorsi ipotetici solo perché la causa, nell'uno, consiste nella condotta dello stesso agente e, negli altri, in fattori o condotte esterni. Così come un evento può essere senza dubbio causato da una condizione senza alcun contributo dell'agente, anche la condotta dell'agente di per sé sola (cioè senza il concorso di altri fattori causali) non è mai in grado di cagionare un evento.

Ciò fa sì che anche la sostituzione della condotta illecita con quella osservante determini inevitabilmente una alterazione del quadro situazionale, che implica ulteriori supposizioni ipotetiche. Non è possibile espungere la sola condotta illecita dalla spiegazione causale e sostituirla con la condotta diligente senza determinare ulteriori modificazioni del contesto causale<sup>182</sup>.

La concezione del comportamento alternativo lecito come problema autonomo e separato introduce una inaccettabile divergenza rispetto alla causalità omissiva, che pure dipende dall'accertamento delle conseguenze della condotta osservante: il comportamento alternativo lecito viene inquadrato nel reato commissivo come problema relativo al nesso normativo tra colpa ed evento (nesso di antiggiuridicità, illiceità) e nel reato omissivo come problema di causalità, comportando altresì criteri di accertamento diversificati. Le analogie riscontrabili giustificano, per contro, la collocazione della problematica nel medesimo luogo sistematico e impongono il ricorso a metodi e parametri di accertamento uniformi.

Si delinea la nostra tesi, la cui validità dovrà essere sottoposta a vaglio critico: la questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito non è prerogativa dell'illecito colposo, ma indica l'esigenza più generale – connaturata alla *ratio* della imputazione dell'evento in tutte le tipologie di illecito – di misurare la rilevanza causale della condotta all'interno di un determinato contesto causale, in cui operano diversi fattori causali, attraverso un confronto tra la condotta illecita e la sua alternativa normativamente significativa (ovvero la condotta priva di connotati di illiceità nel senso di “conforme al diritto”, “consentita” o “prescritta”).

<sup>182</sup> RANFT, *Berücksichtigung*, cit., 1425 ss.; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53, 72, nt. 25; ERB, *op.ult.cit.*, 103 ss., 291; SCHATZ, *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt und die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe*, in *NStZ*, 2003, 585.

### 3. Altri casi di eccezionale rilevanza dei decorsi causali ipotetici

#### 3.1. L'interruzione di decorsi causali salvifici

La dottrina tradizionale è disposta ad affermare l'eccezionale rilevanza delle cause ipotetiche nei casi di interruzione di decorsi causali salvifici (*Unterbrechung rettender Kausalketten*). Anche in questi casi, come nell'omissione, si ritiene infatti necessario inserire nella spiegazione un elemento ipotetico; in particolare, si è costretti a verificare l'assenza di fattori ipotetici: per accertare la causalità della condotta dell'agente occorre stabilire se, in assenza dell'intervento "interruttivo", i decorsi causali ipotetici (nella specie, salvifici) avrebbero o meno impedito l'evento<sup>183</sup>. Detto in altri termini: la condotta dell'agente può considerarsi causale soltanto se non erano presenti altri fattori che avrebbero potuto impedire l'evento; in virtù della mera presenza di tali altri fattori il decorso ipotetico cessa infatti di essere "salvifico". La dottrina ritiene che sia configurabile un nesso causale rispetto all'evento quando vi sia la prova che senza l'impedimento dell'azione di salvataggio l'evento sarebbe stato evitato (la vittima sarebbe stata salvata)<sup>184</sup>.

I decorsi causali ipotetici sono ritenuti in via straordinaria rilevanti nei casi di interruzione o impedimento di azioni salvifiche altrui per il solo fatto che essi vengono considerati non per sostituire la condotta dell'agente, ma per integrarla, dal momento che essa si è inserita su un decorso causale già avviato modificandolo e quindi determinando l'evento. Se la salvezza del bene non sarebbe comunque riuscita, non esiste un *rettender Kausalprozess* e l'imputazione va esclusa (come, ad es., nel caso in cui venga distrutto un siero salvavita che si sarebbe comunque guastato durante il trasporto)<sup>185</sup>.

Di fatto però i casi di interruzione di decorsi salvifici costituiscono una lampante eccezione al principio della irrilevanza delle cause ipotetiche: da un lato, si ammette che anche le condizioni negative possano dare luogo ad un nesso di causalità e, dall'altro, si abbandona il criterio dell'evento *hic et nunc*<sup>186</sup>.

La dottrina tende comunque a concepire l'interruzione di un decorso salvifico

<sup>183</sup> In argomento, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 27 e 30; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 94; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 84; SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Berlin, 1997; WINTER, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt a.M., 2000; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin, 2002; REINHOLD, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, 2009; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 56; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 416; GIMBERNAT ORDEIG, *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1545 ss.

<sup>184</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 605; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 27 s.; MEZGER, *Strafrecht*, cit., 133; SAMSON, *Begehung*, cit., 591; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 903 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 193; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 43; GRASSO, *Il reato omissivo*, 416 ss.; FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 958; ROMANO, *Commentario*, cit., 316.

<sup>185</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 365.

<sup>186</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 96; DONINI, *Illecito*, cit., 439; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1593 ss.

come un *minus* rispetto alla causalità reale, semplicemente perché occorre prendere in considerazione circostanze che non si sono realmente verificate (come nel caso della causalità omissiva, del resto). Ma, come già chiarito rispetto all'omissione, i fattori salvifici non vanno espunti dall'esame della situazione concreta solo perché devono essere immaginati e non sono "percepibili", dato che al pari di tutte le condizioni positive formano il contesto che ha portato all'evento. Trattandosi di ipotesi di neutralizzazione di condizioni negative per il verificarsi dell'evento l'accertamento risulta più difficoltoso per la semplice ragione che la "realtà" dell'assenza di condizioni salvifiche (impeditive dell'evento) è meno riconoscibile<sup>187</sup>.

L'equivoco è riconducibile ancora una volta al "naturalismo" della impostazione dominante: non si tratta di accertare una causalità in termini di "forza" o di "impulso", bensì di stabilire quali siano le condizioni per il verificarsi dell'evento. In questo senso, l'atto di interrompere un'azione di salvataggio (o, in generale, un decorso salvifico) rappresenta una condizione (reale!) della lesione del bene<sup>188</sup>.

### 3.2. La diminuzione del rischio

I decorsi causali ipotetici sono considerati rilevanti anche quando la condotta dell'agente, pur avendo determinato l'evento concreto, ne abbia impedito uno più grave. Secondo un consolidato orientamento, l'imputazione viene esclusa quando l'agente diminuisce il rischio esistente o riduce il danno intervenendo su un decorso causale già avviato, senza determinare un nuovo e diverso pericolo per il bene<sup>189</sup>.

Secondo l'impostazione dominante, il principio della diminuzione del rischio esclude l'imputazione dell'evento e, in particolare, la tipicità della condotta. «Manca ancor prima la creazione di un rischio e pertanto la possibilità di imputazione, se l'agente modifica il decorso causale in modo tale da diminuire il pericolo già esistente per la vittima, ovvero migliora la situazione dell'oggetto della condotta»<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Così, DENCKER, *Kausalität*, cit., 88.

<sup>188</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 193.

<sup>189</sup> Sull'argomento, specificamente, v. SANCINETTI, *Principio*, cit., 377 ss.; SCHROEDER, *Die so genannte Risikoverringerung*, in Hefendehl et al. (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, 2005, 151 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerböhung*, cit., 481 ss.; SAMSON, *Erfolgszurechnung und Risiko - Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in Lüderssen FS, Baden Baden, 2002, 587 ss.

<sup>190</sup> ROMANO, *Commentario*, cit., 405, il quale spiega che «l'ordinamento non prende in considerazione già ai fini della tipicità una modifica in melius della situazione del bene»; nello stesso senso, v. ROXIN, *Gedanken*, cit., 136; ID., *Strafrecht*, cit., 375 ss.; RUDOLPHI, SK, vor § 1, n. 58; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 72. In generale, per questa impostazione v. MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 31 ss. e 51; WOLFF, *Kausalität*, cit., 17, 22 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 109; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 229; WOLTER, *Objektive*, cit., 32; OTTO, *Risikoerböhungsprinzip*, cit., 417 ss., 422; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 59 s., nt. 242. Nello stesso senso, sebbene dalla diversa prospettiva di una riformulazione del concetto di evento, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 96 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 883 ss.; EAD., NK, vor § 13, n. 78 s.; ancora recentemente, SANCINETTI, *Principio*, cit. 378 ss. Nella letteratura italiana, oltre a ROMANO, *loc.ult.cit.*, v. CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 69; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1057 (seppur con esclusivo riferi-

Minoritario è rimasto l'indirizzo secondo il quale la questione non attiene al piano della tipicità, bensì a quello della antigiuridicità<sup>191</sup>. L'opinione prevalente ritiene, infatti, che le cause di giustificazione possano rilevare (specialmente il consenso dell'avente diritto e lo stato di necessità) soltanto nell'ipotesi in cui un rischio venga *sostituito* con un altro che determini un evento meno dannoso<sup>192</sup>.

È di tutta evidenza che una concezione che subordina l'imputazione dell'evento al peggioramento del danno o alla anticipazione dell'evento implica la considerazione dei decorsi ipotetici. Invero, nell'ambito della impostazione dominante che colloca a fondamento della imputazione oggettiva dell'evento la creazione di un rischio illecito non consentito, non può non rilevare la questione se il rischio creato abbia determinato una maggiore probabilità di verificazione dell'evento (ovvero un peggioramento della situazione del bene giuridico) rispetto al rischio preesistente, rendendo necessario un confronto tra un decorso reale e uno ipotetico. Ciononostante, il collegamento tra principio della diminuzione del rischio e rilevanza dei decorsi ipotetici rimane tuttora in ombra<sup>193</sup>.

Ciò è ancora più curioso se si considera che la problematica della *Risikoverringung* risale agli studi di *Traeger*<sup>194</sup>, il quale (sulla base del noto esempio della deviazione del colpo dalla testa alla spalla) l'aveva affrontata in relazione al problema della descrizione dell'evento e della imputazione causale. Nello specifico, *Traeger* aveva concluso che una condotta che determina un danno meno grave non può considerarsi condizione dell'evento. In seguito, il caso fu ripreso da *Müller*<sup>195</sup> per dimostrare la necessità di una concezione concretizzante dell'evento (la ferita sul capo rappresenta un evento diverso dalla ferita sulla spalla) e da *Wolff*<sup>196</sup> allo scopo di approfondire, da un lato, la distinzione tra la creazione di un nuovo rischio (o sostituzione di un rischio) e la mera modificazione di un rischio preesistente e, dall'altro, la prospettiva della *ratio* della fattispecie (sotto il profilo della interpretazione del concetto di evento tipico).

mento all'illecito colpo); CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 687 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1465 (nt. 76); BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 98; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 194. Critici, sulla base di argomentazioni differenti, ARTH. KAUFMANN, *Kritisches zur Risikoerböhungstheorie*, in *Jesbeck FS*, I, Berlin, 1985, 273 ss.; HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS Lenckner*, München, 1998, 119 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerböhung*, cit., 481 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 5; DONINI, *Illecito*, cit., 488; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 361 (nt. 57).

<sup>191</sup> DONINI, *op.ult. cit.*, 488, il quale attribuisce preminente rilievo all'intenzione del soggetto: se l'intenzione era quella di diminuire il rischio ma realizzando comunque il fatto tipico, si avrà imputazione; se invece l'intenzione era realmente salvifica, si avrà giustificazione (stato di necessità); ID., *Imputazione oggettiva*, (voce), cit., 674; OTTO, *Risikoerböhungsprinzip*, cit., 1980, 417; MAIWALD, *Zur strafsystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in *Miyazawa FS*, Baden Baden, 1995, 465 ss.; BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. ed., Bielefeld, 2003, §14 n. 67.

<sup>192</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 375.

<sup>193</sup> Rilevano la contraddizione, SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1600 s., CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 71.

<sup>194</sup> TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 56 ss.

<sup>195</sup> MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 13 ss.

<sup>196</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 23.

La riduzione del rischio e la connessa necessità di un confronto ipotetico pongono il problema di stabilire se la valutazione debba essere effettuata *ex ante* (tenendo conto del rischio al momento della condotta) o *ex post* (considerando l'evento concretamente prodotti). Il nodo è rimasto sostanzialmente irrisolto: non è affatto chiaro se si tratti di diminuzione del *rischio* o di diminuzione del *danno*, posto che una riduzione del primo non si accompagna necessariamente ad una riduzione del secondo<sup>197</sup>.

Il criterio della diminuzione del rischio (come del resto quello dell'aumento del rischio) può infatti avere due distinte applicazioni: da un lato, secondo l'impostazione originaria di *Roxin* elaborata con specifico riferimento ai reati commissivi colposi, la diminuzione del rischio implica l'assenza di un rischio riprovato e atipicità della condotta, perché l'agente ha diminuito un rischio *ex ante* già esistente e maggiore (prospettiva *ex ante*); dall'altro, secondo una estensione posteriore del criterio (approvata successivamente dallo stesso *Roxin*), la diminuzione del rischio rappresenta l'equivalente dell'aumento del rischio nei reati omissivi e consta pertanto di un giudizio ipotetico volto a verificare se la condotta avrebbe diminuito il rischio di verificazione dell'evento (prospettiva *ex post*)<sup>198</sup>.

Vero è che la dottrina, parlando di riduzione del *rischio*, suscita l'impressione che essa incida sulla tipicità della condotta e sulla sua idoneità *ex ante* a generare un rischio di verificazione dell'evento; in questo senso, la valutazione dovrebbe rimanere ferma a prescindere dal fatto che *ex post* il rischio risulti effettivamente ridotto o meno. Solo facendo riferimento alla riduzione del *danno* (cioè al grado di lesione del bene giuridico) subentra una prospettiva *ex post*, che costringe ad assumere come criterio decisivo la misura della lesione e quindi l'evento.

Nonostante tale imprecisione terminologica e dogmatica, la *Risikoverringung* viene trattata prevalentemente come un problema di imputazione dell'evento: il principio della diminuzione del rischio viene così a dipendere non dal fatto che sia stato effettivamente ridotto il *rischio* che minacciava di realizzarsi, ma dal fatto che l'intervento dell'agente si sia rivelato in definitiva "vantaggioso" per il bene. In questa prospettiva, risulta decisiva la comparazione dell'*evento cagionato* con *quello che si sarebbe verificato* senza la condotta.

A questo proposito, è stato osservato criticamente che «ciò che determina la non imputazione dell'evento quando l'agente diminuisce il rischio, anche se in seguito si produca l'evento, determina anche la non imputazione di un aumento del rischio, se la decisione volta alla riduzione era di per sé ragionevole secondo un giudizio *ex ante* nella prospettiva dell'agente: "anche quando qualcosa finisce male, si può aver agito correttamente" (...) I decorsi *ex post* non alterano un verdetto di atipicità dettato in

<sup>197</sup> Sul punto, SANCINETTI, *Principio*, cit., 382 ss.; SCHROEDER, *Die so genannte Risikoverringung*, cit. 15; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 689; DONINI, *Illecito*, cit., 488.

<sup>198</sup> Al riguardo, v. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 101 ss.

funzione di un giudizio di prognosi; ciò dovrebbe suggerire di per sé che *ogni* giudizio di imputazione relativo ad una condotta indebita, anche quando si crea un rischio riprovato, deve limitarsi alla valutazione del rischio iniziale che l'agente poteva ragionevolmente creare, ovvero che la misura della riprovazione del *rischio*, che la condotta poteva ragionevolmente creare secondo una prognosi, deve determinare anche la misura dell'illecito»<sup>199</sup>.

Sullo sfondo della connessione tra *Risikoverringerungsprinzip* e decorsi ipotetici si delinea la questione più generale del rapporto tra disvalore d'azione e disvalore d'evento nella struttura dell'illecito<sup>200</sup>. Si tratta, infatti, di verificare se nelle ipotesi di diminuzione del rischio venga meno (in prospettiva *ex ante*) l'illiceità della condotta, con la conseguenza che l'evento cagionato (più o meno grave rispetto a quello ipotetico) risulta del tutto irrilevante e ininfluenza sul disvalore di tale condotta; oppure se la diminuzione del rischio determini (in prospettiva *ex post*) una minore offensività sul versante dell'evento, del danno concretamente prodotto, con la conseguenza che l'imputazione dell'evento deve basarsi sul raffronto con un decorso ipotetico a prescindere dal grado di rischio valutabile *ex ante* e dall'atteggiamento psicologico dell'agente.

### 3.3. L'incidenza dei decorsi causali ipotetici sulla commisurazione della pena

Se ai decorsi ipotetici, per un verso, viene fermamente negata rilevanza sul piano della imputazione dell'evento, per l'altro, viene loro riconosciuto il potere di attenuare la pena.

Secondo l'opinione risalente già ad *Engisch*<sup>201</sup>, la probabile verificazione dello stesso evento (o di un evento sostanzialmente uguale) potrebbe legittimare una *Strafmilderung*, anche in considerazione del fatto che il valore del bene sarebbe comunque ridotto a causa della prossima e inevitabile lesione<sup>202</sup>.

Questa soluzione "compromissoria" ricalca, del resto, l'inquadramento delle cause ipotetiche nell'ambito del diritto civile quali cause di attenuazione del danno risarcibile<sup>203</sup>.

Resta il fatto – come è stato osservato – che la riduzione della pena può giustificarsi soltanto in base ad una corrispondente diminuzione del disvalore del fatto; lo sposta-

<sup>199</sup> SANCINETTI, *Principio*, cit., 392, il quale, coerentemente con la propria impostazione sistematica, colloca il disvalore d'evento fuori dall'ambito dell'illecito.

<sup>200</sup> Tale approccio caratterizza lo studio di SANCINETTI, *Principio*, cit., 377 ss. V. inoltre, WOLTER, *Objektive*, cit., 32 ss.; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 263 ss.; v. anche FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., *passim*.

<sup>201</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 18, nt. 1.

<sup>202</sup> V. anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 224 ss.; SPENDEL, *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 511 e 523; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 233; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 568, nt. 220; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 97. Da noi, v. DONINI, *La partecipazione*, cit., 213, ove suggerisce di recuperare la considerazione dei decorsi causali ipotetici «in altri ambiti della sistematica del diritto penale» ovvero, oltre che all'interno della imputazione oggettiva, nella teoria della commisurazione della pena.

<sup>203</sup> V. *infra*, par. 5.2.

mento del problema dal piano della teoria della imputazione a quello della commisurazione della pena non risponde perciò al quesito centrale relativo alle condizioni in presenza delle quali i decorsi ipotetici possano incidere sulla responsabilità penale<sup>204</sup>.

#### 4. Orientamenti minoritari che ammettono la rilevanza dei decorsi causali ipotetici

##### 4.1. Premessa

La diffidenza mostrata dalla dottrina nei confronti della tesi della rilevanza dei decorsi ipotetici è molto probabilmente riconducibile al fatto che essa fu difesa in origine come teoria causale<sup>205</sup>. Solo a partire dagli anni '60 del secolo scorso, unitamente allo sviluppo della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, si assiste ad una ripresa di interesse per l'argomento. La nuova generazione di studi dedicati al tema dei decorsi causali ipotetici mira non più alla ricerca di un concetto causale alternativo, ma all'approfondimento di una specifica questione di *imputazione*, da un lato, e della definizione del *concetto di evento*, dall'altro. In questo modo diviene possibile superare la critica principale rivolta alla teoria: quella di voler negare l'evidenza di un nesso causale realmente esistente.

Si rafforza la consapevolezza che il problema richiede un approccio *valutativo*, che non prescinde dalla causalità e dal riconoscimento della sua rilevanza per il diritto penale, ma presenta radici proprie. Alcuni iniziano a chiedersi se l'atteggiamento di chiusura della dottrina dominante nei confronti dei decorsi ipotetici sia legittimo e sostenibile o se, piuttosto, la perenne disputa non sia un indizio del fatto che l'analisi si sia limitata esclusivamente alla definizione del concetto di causalità trascurando altri aspetti essenziali della imputazione dell'evento<sup>206</sup>. Anche la contraddizione insita nell'impostazione dominante diviene sempre più evidente: non si prendono in considerazione i decorsi ipotetici, ma allo stesso tempo l'imputazione dell'evento nel reato colposo e in quello omissivo avviene sulla base del criterio del comportamento alternativo lecito, cioè proprio sulla base della ammissibilità di un decorso ipotetico sostitutivo<sup>207</sup>.

Si fa strada l'idea che il ruolo attribuito ai decorsi ipotetici non abbia nulla a che vedere con la causalità materiale (e che non implichi affatto l'abbandono del princi-

<sup>204</sup> Per queste osservazioni critiche, SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1606. Anche SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 107, ritiene che questa soluzione sia frutto della incapacità di gestire dogmaticamente il problema e della volontà di scaricarlo sui giudici.

<sup>205</sup> Cfr. TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 38 ss.

<sup>206</sup> In questi termini, SAMSON, *op.ult.cit.*, 18. Per un approccio critico v. inoltre, da diverse prospettive, KÜPER, *Überlegungen*, cit., 247 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 22 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 28 s.; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss.; ID., *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 99 ss.

<sup>207</sup> SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 905; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1580 s.



pio di causalità), ma dipenda dalla funzione della norma e dalla interpretazione della fattispecie incriminatrice<sup>208</sup>. Come può la funzione di tutela oggettiva dei beni giuridici giustificarsi quando la lesione si rivela inevitabile e non impedibile?

Il tema della rilevanza dei decorsi ipotetici viene dunque affrontato in una prospettiva più ampia: non più con esclusivo riferimento alla causalità dell'omissione e al comportamento alternativo lecito nel reato colposo, ma come problema relativo all'illecito in generale<sup>209</sup>.

Ciò posto, le soluzioni rinvenibili in letteratura divergono notevolmente: vi è chi affronta il tema sul piano della imputazione dell'evento<sup>210</sup> o della definizione di evento<sup>211</sup> e chi lo inquadra nell'ambito della antigiuridicità<sup>212</sup> o della colpevolezza<sup>213</sup>; ma anche chi si interroga sul fondamento dell'*Handlungsunrecht*<sup>214</sup>.

Si tratta di capire quale incidenza abbiano i decorsi ipotetici sul piano degli obblighi di condotta e su quello della imputazione dell'evento. Da un lato, infatti, la rilevanza dei decorsi ipotetici può legittimarsi alla luce della funzione delle norme (l'ordinamento non può imporre un dovere giuridico volto a tutelare un bene giuridico laddove l'osservanza di tale obbligo si riveli inidoneo); dall'altro, la verifica di un evento lesivo impone di stabilire a quali condizioni esso debba essere imputato ad un soggetto.

*Arthur Kaufmann* fu il primo ad occuparsi del ruolo dei decorsi causali ipotetici in diritto penale, verificando l'applicabilità dei criteri elaborati nell'ambito del diritto civile<sup>215</sup>. In particolare, *Kaufmann* si avvale del concetto civilistico di "*Schadensanlage*" (nel senso di "predisposizione al danno") per affermare che l'unico caso in cui si possa attribuire rilevanza alle cause ipotetiche è quello in cui una condizione *preesistente* avrebbe comunque determinato *con certezza lo stesso evento*<sup>216</sup>. Qualora la condotta

<sup>208</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 124; WOLTER, *Objektive*, cit., 331 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 24 e 120; FRISTER, *op.ult.cit.*, 107 ss.; da noi, CASTALDO, *op.ult.cit.*, 905.

<sup>209</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 207.

<sup>210</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 118 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17 ss.; KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 33 ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 143 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 53; KAHLO, *Das Problem*, cit., 21 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 109 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 175 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 71 ss. Ritene percorribile questa strada anche DONINI, *La partecipazione*, cit., 206 ss.; ID., *La causalità omissiva*, cit., 57 ss.

<sup>211</sup> In questa direzione, soprattutto, SAMSON, *op.ult.cit.*, 27 ss. e 100 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 870 ss.; EAD., *Naturalismus*, cit., 299 ss.; EAD., *Die Erfolgzurechnung*, cit., 26 ss.; VOGEL, *LK*, § 15, n. 198.

<sup>212</sup> BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 280 ss.

<sup>213</sup> Per tale soluzione assolutamente minoritaria, v. EXNER, *Fabrlässiges Zusammenwirken*, cit., 568 ss.

<sup>214</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 19 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 529 ss. e 565 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 155 ss.; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1601 ss.; ID., *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 ss.; FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 321 ss.

<sup>215</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 203.

<sup>216</sup> ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 215 s. e 227, citando come precedente ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 18, nt. 1. Anche JAKOBS, *Studien*, cit., 24, ha seguito un'impostazione analoga, pur con rilevanti e numerose eccezioni. *Arthur Kaufmann (Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, cit., 273 ss.) ha successivamente ribadito la sua posizione, rafforzando il collegamento con il criterio dell'aumento del rischio e sottolineando l'importanza del grado di probabilità di verifica della causa ipotetica.

colpisca un oggetto che in quel momento contiene in sé il “germe” del medesimo evento lesivo, nel senso che questo si sarebbe verificato comunque anche senza la condotta dell’agente, viene meno l’*Erfolgsumwert*<sup>217</sup>. Mancando il disvalore di evento e rimanendo, per contro, intatto il disvalore della condotta, potrebbe configurarsi tutt’al più un tentativo (peraltro soltanto nel reato doloso).

È interessante notare come pure *Kaufmann* (non diversamente da *Spendel*<sup>218</sup>) abbia delimitato la rilevanza delle cause ipotetiche a quelle già esistenti (“*angelegt*”), cioè a quelle che, proprio perché già presenti nella situazione data, in base alla normale scienza ed esperienza avrebbero prevedibilmente condotto all’evento<sup>219</sup>. *Kaufmann* ritiene dunque rilevante la *Ersatzursache* solo qualora la sua potenzialità lesiva sia talmente intensa e sviluppata da compromettere la salvezza del bene giuridico, escludendo così l’*Erfolgsumwert* e lasciando sussistere invece il mero *Handlungsumwert*.

La soluzione di *Kaufmann* è stata fortemente criticata, soprattutto per l’idea – considerata ripugnante – di *Wertminderung*, ovvero della perdita di valore del bene giuridico già “compromesso”. Uno degli argomenti prediletti opposti dalla dottrina fa leva sulla inammissibile rinuncia alla tutela di persone moribonde<sup>220</sup>. Tali critiche – decisamente pretestuose a fronte della indubbia rilevanza penale della mera anticipazione del momento di verificazione di un evento lesivo, soprattutto nell’ambito dei delitti contro la vita e l’incolumità individuale – non legittimano di per sé la conclusione della irrilevanza dei decorsi causali ipotetici e, anzi, dovrebbero motivare la dottrina a trovare una giustificazione ben più convincente per la posizione assai rigorosa assunta (soprattutto a fronte delle molteplici deroghe previste). Inoltre, l’applicazione al diritto penale del criterio civilistico della “predisposizione al danno” (*Schadensanlage*) non necessariamente deve condurre alla conclusione che i beni giuridici siano privi di valore e non meritevoli di tutela, ma richiederebbe una riflessione approfondita tesa a valorizzare la *ratio* del criterio nella prospettiva della definizione dell’evento e della sua funzione nel quadro della singola fattispecie incriminatrice<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 228; in questo senso, anche WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 7. ed., 1960, 118. Esaminano la questione sotto il profilo dell’*Erfolgsumwert*, benché da prospettive differenti, anche LAMPE, *Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *ZStW*, 1989, 20 s.; WOLTER, *Objektive*, cit., 334; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 246 ss. Ritieni che venga meno il disvalore d’evento anche CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 908, 910. Molto critico, invece, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 566, il quale individua una delle *rationes* dell’evento nella riparazione della *Rechtsfriedensstörung*, integrata dal fatto che una condotta abbia leso un bene giuridico; che lo stesso evento lesivo si sarebbe verificato comunque può tutt’al più ridimensionare l’entità della *Rechtsfriedensstörung*, ma non certo cancellarla.

<sup>218</sup> V. *supra*, cap. I, par. 1.3.1.

<sup>219</sup> Come scrive l’A. (*op.ult.cit.*, 228), quelle che «nach menschlichem Ermessen erwartet werden mussten».

<sup>220</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 427; SPENDEL, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 20; ANDROULAKIS, *Studien*, cit., 67; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 128; FRISCH, *op.ult.cit.*, 568; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 403; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 66.

<sup>221</sup> In questa direzione, recentemente SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss. Cfr., *infra*, par. 4.6.

#### 4.2. La rilevanza dei decorsi ipotetici alla luce della funzione e dello scopo delle norme

Sin dall'inizio fu evidente che la considerazione dei decorsi ipotetici richiede la soluzione della questione preliminare relativa alla funzione delle norme, questione che definisce chiaramente l'ambito in cui acquistano oggi rilevanza le problematiche dello *Schutzzweck* e della *Risikoerhöhung*.

È stato criticamente segnalato che la dottrina dominante, negando rilevanza ai decorsi ipotetici, estende lo scopo delle norme penali: queste non avrebbero più soltanto la funzione di impedire la lesione di un bene giuridico, ma colpirebbero anche le condotte che non peggiorano concretamente le sue condizioni e che appaiono soltanto manifestazione di un atteggiamento di indifferenza o disprezzo verso di esso. Peraltro, quando si tratta di imputare l'evento in caso di omissione o di interruzione di decorsi salvifici e nell'illecito colposo si torna ad applicare un criterio restrittivo, nell'intento di affermare la responsabilità soltanto quando il bene giuridico poteva essere effettivamente salvato<sup>222</sup>.

Gli orientamenti più sensibili al ruolo dei decorsi ipotetici avvertono l'esigenza di verificare se le norme penali siano dirette a vietare le condotte dalla cui realizzazione non dipende il *se* o il *quando* dell'evento concreto, ma solamente il *come* (condotte, cioè, la cui omissione non potrebbe garantire la tutela del bene perseguita dalla norma).

Se si parte dal presupposto che la funzione del sistema penale sia la tutela dei beni giuridici e che quindi le norme penali abbiano senso solamente laddove il loro rispetto eviti una effettiva lesione del bene, all'agente non potrebbe essere imputato l'evento che si sarebbe verificato anche senza la sua condotta o che non abbia peggiorato in alcun modo la situazione del bene<sup>223</sup>. In questa luce le norme sono finalizzate alla conservazione del bene giuridico e non soltanto alla sua tutela da un'angolazione per così dire "formale", che punisca qualsiasi intervento materiale su di esso, a prescindere dalla effettiva incidenza sulle sue condizioni<sup>224</sup>.

Si sottolinea che eventi inevitabili sono irrilevanti nel sistema penale, in quanto fatti non influenzabili da una norma<sup>225</sup>, e che una norma incriminatrice diretta alla cieca protezione del bene giuridico «riuscirebbe incomprensibile ai destinatari, né si giustificherebbe sotto il profilo della prevenzione generale integratrice»<sup>226</sup>.

Da un diverso punto di vista, che sposta lo sguardo dall'*Erfolgswert* all'*Handlungswert*, si avanza l'ipotesi che in caso di inevitabilità dell'evento la *condotta* cessi di essere *tipica e vietata*<sup>227</sup>. Il tema della rilevanza dei decorsi ipotetici viene così

<sup>222</sup> Si vedano al riguardo le fondamentali osservazioni di SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 96.

<sup>223</sup> RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 87; WOLTER, *Objektive*, cit., 31; FRISTER, *Strafrecht*, cit. 103 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 104 s.

<sup>224</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 52; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648.

<sup>225</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 120; ID., *Strafrecht*, cit., 130.

<sup>226</sup> CASTALDO, *op.ult.cit.*, 72; JAKOBS, *loc.ult.cit.* Cfr. anche, da speciale angolazione, FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 99 ss.

<sup>227</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 98 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor §1, n. 59; parz. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 303; FRISCH,

affrontato sotto una luce completamente diversa: non più sul versante della imputazione causale, ma su quello degli *obblighi di condotta*. Quando l'evento risulta inevitabile, perché era presente un decorso alternativo alla condotta dell'agente che lo avrebbe comunque cagionato, il divieto rivolto all'agente non è più in grado di esplicare la sua funzione di tutela nei confronti del bene protetto e la mera aggressione al bene non può giustificare la pena<sup>228</sup>.

Secondo *Sancinetti*, in un sistema penale che trova la sua legittimazione nella tutela oggettiva dei beni giuridici è lecito chiedersi se gli obblighi previsti dalle norme incriminatrici conservino validità quando la loro osservanza non sia in concreto di alcuna utilità per il bene tutelato<sup>229</sup>. Per quale motivo infatti – osserva *Sancinetti* – la norma dovrebbe continuare a esigere l'adempimento di determinati obblighi di condotta che si rivelano privi di qualsiasi influenza sulle condizioni del bene giuridico?<sup>230</sup> Nella prospettiva dell'A. la risposta va ricercata non più sul piano della validità ed effettività della norma trasgredita, bensì sul piano dell'esistenza stessa di un *obbligo giuridicamente vincolante*.

Se tale ricostruzione sul piano della tipicità della condotta (e non su quello della anti-giuridicità) appare convincente nei casi in cui la condotta reale diminuisca il rischio rispetto a quella ipotetica<sup>231</sup> o determini un vantaggio per il bene protetto (v. specialmente le ipotesi di trattamenti medici in grado di prolungare la vita del paziente), più controversi sono i casi in cui il decorso ipotetico avrebbe condotto al medesimo evento.

Specialmente *Frisch* – coerentemente con la sua sistematica generale – affronta il problema sotto il profilo della *Tatbestandsmäßigkeit* della condotta, chiedendosi se comportamenti evidentemente pericolosi in vista di un evento tipico e dunque disapprovati dall'ordinamento non perdano (in parte) questa loro qualità se la minaccia della stessa lesione provenga anche da altri fattori (naturali o umani)<sup>232</sup>. *Frisch* osserva, da un lato, che il senso e lo scopo della *Verhaltensnorm* non vengono meno solo perché la lesione del bene giuridico è inevitabile; non è possibile infatti mettere in dubbio *ex post* l'utilità (*Sinnhaftigkeit*) di una norma di condotta basata su una valutazione necessariamente *ex ante* (e in quanto tale diretta a prevenire eventuali eventi lesivi); dall'altro, che il ricorso al significato e alla legittimazione della norma di

*Tatbestandsmäßiges*, cit., 529; DENCKER, *Kausalität*, cit., 76; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 s.; FREUND, *Müko*, vor §§ 13, n. 231 ss. Cfr. anche HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., 204, il quale concepisce la evitabilità non come *Zurechnungsprinzip*, ma come *Handlungsbegriff* comune ad azione e omissione.

<sup>228</sup> Così, SAMSON, *op.ult.cit.*, 115; SANCINETTI, *loc.ult.cit.*

<sup>229</sup> SANCINETTI, *loc.ult.cit.*

<sup>230</sup> SANCINETTI, *loc.ult.cit.*; in questo senso anche SAMSON, *op.ult.cit.*, 19 e 138 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 24 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 155 ss.

<sup>231</sup> V. l'orientamento circa l'inquadramento della diminuzione del rischio (*Risikoverringung*) di cui *supra*, par. 3.2.

<sup>232</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 562 ss.

condotta costituisce un *topos* troppo poco specifico, dato che non è possibile stabilire i confini della imputazione dell'*evento* facendo ricorso al significato e alla funzione della *norma* (questione, questa, collocata su un piano completamente diverso ed autonomo), ma soltanto sulla base della *ratio dell'evento*<sup>233</sup>.

*Frisch* dunque conclude che i decorsi causali ipotetici non possono cancellare *ex ante* l'esigenza di tutela del bene giuridico né la *Verbotnorm*, ma che incidono esclusivamente sull'imputazione dell'evento *ex post*. La *Risikoschaffung* riscontrabile *ex ante* rimane una *mißbilligte Risikoschaffung* e neppure la certezza della lesione del bene giuridico costituisce motivo sufficiente per esonerare altri dall'osservanza della norma, considerando la lesione del bene come una condotta non (più) illecita<sup>234</sup>.

Nell'ambito di siffatta concezione "social-pedagogica" del diritto penale lo scopo è quello di evidenziare il disvalore di determinate condotte dovuto alla loro efficacia eziologica rispetto a determinati eventi e non certo quello di dimostrare nel caso concreto l'utilità ed l'efficienza del diritto penale ai fini della tutela dei beni giuridici (questo semmai costituisce il presupposto dell'intervento penale preventivo). Ciò, secondo *Frisch*, vale a maggior ragione nei casi in cui il "fallimento" del progetto di tutela è riconducibile a fattori del tutto casuali ed eccezionali, che certo non ci inducono a dubitare della necessità di continuare a vietare determinate condotte<sup>235</sup>.

#### 4.3. Il principio della evitabilità

Il fondamento del principio della evitabilità è costituito dall'assunto, sviluppato nell'ambito dei reati omissivi, che un evento può essere imputato ad un soggetto solamente se questi poteva evitarlo (e l'ordinamento gli imponeva di evitarlo). L'evitabilità nei reati omissivi impropri si lega strettamente alla presenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento: il soggetto può essere ritenuto responsabile soltanto quando abbia agito violando un obbligo e l'ordinamento può imporre di evitare soltanto ciò che può essere evitato.

Non è raro che, muovendo dalla concezione dell'omissione come modello fondamentale di illecito, la causalità finisca per essere condensata nel mancato impedimento di un evento evitabile<sup>236</sup>. La oggettiva possibilità di evitare l'evento rappresenta, in

<sup>233</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 567.

<sup>234</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 566. Anche DENCKER, *op.ult.cit.*, 78, il quale osserva che la questione della imputazione dell'evento non può essere risolta sul piano della funzione e degli scopi della norma. Diversamente, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 ss.

<sup>235</sup> FRISCH, *loc.ult.cit.*

<sup>236</sup> Per tutti, v. HERZBERG, *Die Unterlassung*, cit., 170 ss.; BEHRENDT, *Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht*, in *Jescheck FS*, I, Berlin, 1985, 303 ss. Cfr. anche MEZGER, *Strafrecht*, cit., 75, secondo il quale, in analogia con l'accertamento della causalità nel reato omissivo improprio, la questione della evitabilità dell'evento mediante la condotta lecita attiene al nesso causale e la concreta inevitabilità dell'evento comporta l'insussistenza della stessa fattispecie obiettiva. Tale soluzione finisce col trasformare tutti i reati colposi in altrettanti reati commissivi mediante omissione, facendo leva sul momento omissivo della colpa.

quest'ottica, il risvolto della causalità (così come cristallizzato dalla teoria condizionalistica): non si tratta infatti di accertare se l'agente abbia cagionato l'evento, ma più correttamente se l'agente avrebbe potuto evitarlo. La *Vermeidbarkeit* si presenta dunque come equivalente della causa come condizione *necessaria* dell'evento: se la condotta dell'agente è *c.s.q.n.* per la verifica dell'evento, l'agente aveva il potere di evitare l'evento<sup>237</sup>.

Variegati sono gli orientamenti che identificano nella evitabilità dell'evento, da accertarsi mediante il riferimento ai decorsi ipotetici, un requisito fondamentale dell'illecito (commissivo ed omissivo, doloso e colposo).

Secondo la nota impostazione di *Kahrs* è configurabile un vero e proprio principio di evitabilità (*Vermeidbarkeitsprinzip*), alternativo al principio causale, desunto dagli scopi e dalle funzioni delle norme penali e applicabile sia alle azioni sia alle omissioni: «Un evento viene imputato ad un soggetto quando questi non lo ha evitato, benché il diritto glielo abbia prescritto»<sup>238</sup>.

Benché la tesi di *Kahrs* coincida nei risultati con la teoria condizionalistica (l'evento viene imputato se era evitabile, cioè se senza la condotta esso non si sarebbe verificato), il principio di evitabilità discende dallo scopo delle norme e, in quanto tale, non riguarda la possibilità di evitare in concreto la verifica dell'evento, ma l'obbligo giuridico di evitare (*Rechtspflicht zur Vermeidung*). In questa prospettiva, che collega l'evitabilità alla presenza di una norma-comando, si può parlare di "evitabilità in senso giuridico" (*Vermeidbarkeit im Rechtssinne*), posto che la mera possibilità concreta di evitare un evento lesivo non ha alcuna rilevanza ai fini della imputazione<sup>239</sup>. L'evitabilità dell'evento non si misura infatti in relazione alla situazione così come è, ma a come dovrebbe essere, cioè in relazione a ciò che l'agente avrebbe *dovuto e potuto fare*<sup>240</sup>. Soltanto dalle norme è possibile ricavare l'obbligo, nonché le modalità con le quali evitare l'evento: la condotta lecita (doverosa) alternativa è sempre e soltanto quella delineata dalla norma (desumibile dai suoi scopi di tutela)<sup>241</sup>. Vedremo che – nella impostazione dominante – questa è l'idea centrale su cui si radica la rilevanza del comportamento alternativo lecito nell'illecito colposo<sup>242</sup>.

Il criterio della evitabilità presenta un ulteriore vantaggio rispetto alla teoria con-

<sup>237</sup> PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 68; DENCKER, *op.ult.cit.*, 111.

<sup>238</sup> KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 34; anche HARDWIG, *Zurechnung*, cit., 137 ss. e ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, cit., 102.

<sup>239</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 37 ss.; già HARDWIG, *op.ult.cit.*, 137 ss.; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 138. Molto critico, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 38.

<sup>240</sup> Così anche JAKOBS, *Studien*, cit., 91. Cfr. anche FORTI, *Colpa*, cit., 195, ove spiega che «il quesito circa il carattere "normativo" o "naturalistico" del concetto di evitabilità corrisponde alla identificazione di quest'ultimo rispettivamente come "dovere di evitare" (*Vermeidensollen*) o "potere di evitare" (*Vermeidenkönnen*)». Cfr. altresì GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 89, ove sottolinea la esclusiva rilevanza dell'evitabilità riferita al comportamento descritto nella fattispecie incriminatrice.

<sup>241</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 73.

<sup>242</sup> V. cap. III.

dizionalistica: esso consente di superare le difficoltà probatorie nei casi in cui non vi sia certezza in ordine al grado di verificabilità dell'evento. *Kahrs*, in particolare, propone di adottare il criterio della distruzione di obiettive possibilità di salvezza (*Vernichtung objektiver Rettungsmöglichkeiten*). Mentre l'utilizzo della *c.s.q.n.* come formula causale implica che la condotta possa essere alternativamente soltanto *condicio* o non *condicio*, l'evitabilità come *Zurechnungsformel* si rivela un criterio elastico suscettibile di graduazione (un evento può essere infatti più o meno evitabile)<sup>243</sup>. L'evitabilità, come parametro graduabile di imputazione dell'evento (sul piano della imputazione della colpa nel solo illecito colposo o sul piano della imputazione causale nell'illecito omissivo, a seconda dell'orientamento), costituisce ancora oggi il cardine della *Risikoerhöhungstheorie*.

Più in generale, l'evitabilità viene concepita come requisito del *Tatbestand* obiettivo, sia nei reati dolosi che in quelli colposi, nel quadro delle concezioni normoteoretiche che assegnano alle norme la funzione di stabilire obblighi di evitare o impedire la lesione di un bene giuridico<sup>244</sup>.

Se la norma penale è diretta a impedire la lesione di beni giuridici attraverso il divieto o il comando di determinate azioni umane, essa presuppone necessariamente la possibilità, da un lato, di orientare le condotte e, dall'altro, di evitare il comportamento vietato attraverso l'osservanza degli obblighi di condotta prescritti. Il criterio normativo di selezione è dunque basato sullo scopo di protezione delle norme penali (criterio *teleologico*): le norme penali non possono vietare quelle condotte in assenza delle quali il bene non sarebbe comunque tutelato<sup>245</sup>.

La "causalità della evitabilità" (*Vermeidbarkeitskausalität*) riferita al nesso tra evitabilità ed evento lesivo può essere delimitata dallo scopo della norma sotto un duplice profilo: da un lato, l'evento deve rientrare nell'ambito di protezione della norma (*Schutzzweckzusammenhang*) e, dall'altro, il rischio connesso alla violazione della norma deve essersi realizzato nell'evento (*Risikozusammenhang*)<sup>246</sup>. Non è un caso che

<sup>243</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 46 ss.

<sup>244</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung, IV, Die Fabrlässigkeit*, Leipzig, 1919, 449; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 118 ss.; ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 267; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 1 ss.; STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *Schmidt FS*, Göttingen, 1961, 383 ss.; JAKOBS, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, in *Welzel FS*, Berlin et al., 1974, 314 s.; GÖSSEL, *Norm und fabrlässiges Verbrechen*, cit., 46; KAHRs, *op.ult.cit.*, 36 s.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 130 ss. e 142 ss.

<sup>245</sup> Questo l'assunto fondamentale delle *Vermeidbarkeitstheorien*; v. SAMSON, *op.ult.cit.*, 138 s.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 138; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 533, 566 ss.; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53, 67 e 69; ID., *Strafrecht*, cit., 130; ID., *Vermeidbares Verhalten*, cit., 309; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 60. Lo sviluppo più estremo di questi orientamenti si rinviene nell'ambito delle concezioni normative e funzionali di causalità; v. ad esempio, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 77. Dal principio della tutela dei beni giuridici viene dedotta la necessità di concepire le leggi causali come finalizzate a fornire le conoscenze necessarie per impedire ed evitare la lesione dei beni giuridici e la questione centrale in tema di causalità è se il danno avrebbe potuto essere evitato adottando una determinata condotta.

<sup>246</sup> Così, GÖSSEL, *Norm und fabrlässiges Verhalten*, cit., 48 ss.

le teorie dello *Schutzzweck* e del *Risikozusammenhang* rappresentino la versione contemporanea e dogmaticamente più raffinata della primitiva teoria della evitabilità<sup>247</sup>.

Anche *Jakobs*, nel suo importante studio del 1972, collega la evitabilità allo scopo della norma: «L'esigenza normativa di considerare qualcuno responsabile penalmente o civilmente per un evento deve capitolare di fronte alla inevitabilità dell'evento, se il diritto non vuole rinunciare alla sua funzione di stabilire regole volte ad evitare eventi»; «ciò vale anche nella misura in cui la condizione *già presente* [*bereits angelegte Bedingung*] non consiste in un accadimento naturale, ma in un decorso dominabile da parte di un altro soggetto»<sup>248</sup>.

*Jakobs* precisa che la causazione e la condizionalità sono utilizzabili come indizi tipici della *Erfolgsrelevanz*, ma non la identificano sempre: infatti «non interessa la genesi di un evento, ma il fatto che esso avrebbe potuto non verificarsi»<sup>249</sup>.

Il requisito della *Vermeidbarkeit* così intesa è fondamentale non soltanto nel reato colposo, ma anche in quello doloso, ove si colloca accanto alla volontà e alla rappresentazione: un evento è voluto o consapevolmente dominabile in quanto *voluto e previsto come evitabile*<sup>250</sup>. In questo modo l'evitabilità caratterizza un concetto superiore unitario di azione ed assume il ruolo di *Oberbegriff* dei concetti di dominabilità e controllo (*Steuerbarkeit* e *Steuerung*)<sup>251</sup>.

*Jakobs*, pur avendo mutato opinione riguardo alla rilevanza dei decorsi ipotetici<sup>252</sup>, mantiene l'evitabilità come cardine del suo sistema («La norma può riferirsi soltanto a decorsi evitabili per il soggetto: la condotta rappresenta la causazione evitabile di un evento») <sup>253</sup>, riconoscendo coerentemente che essa può essere accertata soltanto con l'ausilio del metodo ipotetico<sup>254</sup>.

Nella medesima direzione muovono sostanzialmente gli indirizzi che collegano l'evitabilità alla controllabilità e dominabilità (*Berherschbarkeit* e *objektive Bezweckbarkeit*) dell'evento, sul presupposto che solo ciò che è oggettivamente controllabile e perseguibile dall'agente è anche evitabile e che soltanto ciò che è evitabile rientra nell'ambito del controllo e della dominabilità umani<sup>255</sup>. Tale ambito viene definito dalle norme:

<sup>247</sup> In merito, si rinvia al cap. III, par. 2.1. ss.

<sup>248</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 24 (trad. nostra).

<sup>249</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 24.

<sup>250</sup> Anche ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 267; GÖSSEL, *op.ult.cit.*; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 197 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 180; FORTI, *Colpa*, cit., 220.

<sup>251</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 39; ID., *Vermeidbares Verhalten*, cit., 314; ID., *Strafrecht*, cit., 130 e 142 s. Anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 222; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 197 ss. e il criterio della *Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts durch rationale Planung*; LICCI, *Teorie causali*, cit., 320.

<sup>252</sup> L'A. ritiene irrilevanti i decorsi causali ipotetici nel Manuale *Strafrecht*, cit., 191.

<sup>253</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 130.

<sup>254</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 140.

<sup>255</sup> Nella letteratura più antica, v. HONIG, *Kausalität*, cit., 184; HARDWIG, *Die Zurechnung*, cit., 137 s.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 40 e 240; OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, 71 ss.; ID., *Die erlaubte Gefährsetzung*, cit., 237; LAMPE, *Problematik*, cit., 504 ss.; OTTO,



le norme prescrivono soltanto comportamenti mediante i quali è possibile ottenere determinati risultati; ne consegue che il nesso causale penalmente rilevante deve essere escluso quando l'evento non è influenzabile mediante la condotta prescritta.

Anche Roxin presenta la sua teoria dell'aumento del rischio come una specificazione del criterio della *objektive Bezweckbarkeit*, spiegando chiaramente il nesso tra criterio dell'aumento del rischio, inevitabilità dell'evento e dominabilità: se il rispetto della norma si rivela del tutto inidoneo ad evitare l'evento, la realizzazione dell'evento mediante la sua violazione non è oggettivamente perseguibile (*bezweckbar*)<sup>256</sup>.

In quest'ottica, la causalità non indica soltanto un nesso naturale tra causa ed effetto, ma un mezzo razionalmente utilizzato dall'uomo per dirigere gli accadimenti verso un determinato obiettivo<sup>257</sup>. La causalità è insomma un «accadimento significativo» («*sinnhaftes Geschehen*»)<sup>258</sup>, nel senso di complesso di modificazioni significative del contesto sociale determinato dalla condotta di un uomo. La concezione del nesso causale come “nesso teleologico” affonda le sue radici nel concetto di “*Kausalität aus Freiheit*” propria dell'agire umano<sup>259</sup>: se la decisione a favore di una alternativa di condotta costituisce fondamento dell'imputazione dell'evento, deve rilevare non soltanto ciò che è accaduto nella realtà, ma anche ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse agito diversamente; a questo scopo non rileva qualsiasi possibilità di azione, ma solo l'alternativa normativamente significativa, prescritta.

Del resto, tutte le teorie che fanno leva sui criteri della *Bezweckbarkeit*, *Tatmacht* o *Beherrschbarkeit* rinviano alla idoneità (*Eignung*) della condotta a produrre determinate conseguenze<sup>260</sup>. Solo nella misura in cui una condotta appare idonea a cagionare un determinato evento, questo può ritenersi conseguenza dominabile e finalisticamente perseguibile da parte dell'agente per mezzo della condotta<sup>261</sup>.

Una concezione unitaria della condotta, connotata dal requisito del mancato impedimento di un evento che poteva e doveva essere impedito, conduce necessariamente a concepire il nesso causale come relazione di prevenibilità ed evitabilità della situazione disvolta dall'ordinamento<sup>262</sup>. Questa visione, presente già nel concetto di causalità umana sviluppato da Antolisei, assume l'esistenza di una sfera di

*Kausaldiagnose*, cit., 91 ss.; FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 735 ss.; da ultimo, ancora KORIATH, *Kausalität*, cit., 147. Anche GIUNTA, *Illiceità*, cit., 289; LICCI, *Teorie causali*, cit., 320; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1460 («I fatti che il diritto penale mira a prevenire [...] possono essere soltanto quelli che danno luogo a conseguenze dominate o almeno dominabili dall'agente, in quanto oggettivamente prevedibili ed evitabili»).

<sup>256</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 140.

<sup>257</sup> Fondamentale, LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 194.

<sup>258</sup> RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenstheorie*, in *Frank FG*, I, Tübingen, 1930, 161.

<sup>259</sup> Soprattutto, WOLFF, *Kausalität*, cit., 8 ss; KAHLO, *Das Problem*, cit., 237 s.; KORIATH, *Kausalität*, cit., 147 ss.

<sup>260</sup> Lo rilevò già LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, cit., 81 ss.

<sup>261</sup> Per questa visione, notoriamente incentrata sulla tipicità della condotta, FRISCH, *Der gegenwärtige Stand*, cit., 737; ID., *Tatbestandsmäßiges*, cit., 71 ss. L'A. ritiene che possa essere imputato all'agente soltanto ciò che è da lui «*planmäßig vermeidbar*» (ivi, 531).

<sup>262</sup> LICCI, *op.ult.cit.*, 349 e 417.

dominio di ordine sia psichico che causale ed aspira ad instaurare una sorta di parallelismo tra momento oggettivo e soggettivo<sup>263</sup>, tra «nesso psichico, inteso come attribuibilità all'uomo di un comportamento non coartato e perciò dominabile con i suoi poteri di impulso e di inibizione, e nesso causale, inteso come sfera di signoria che si estende sul mondo esteriore dominabile mediante le facoltà conoscitive e volitive»<sup>264</sup>.

L'adozione della evitabilità quale criterio di imputazione applicabile indifferentemente ai reati dolosi e colposi implica, evidentemente, una concezione del tutto *oggettiva* della evitabilità, rilevante già sul piano della fattispecie oggettiva e indipendente dalle capacità e dalle conoscenze dell'agente concreto.

A sostegno di questa ricostruzione è utile ricordare l'orientamento che ravvisa il fondamento dell'illecito colposo non nella inosservanza della diligenza obiettiva (*Sorgfaltspflichtverletzung*), ma nella causazione della lesione del bene giuridico mediante una condotta contraria alla diligenza<sup>265</sup>. Il "cambio di prospettiva" consente di liberare il *Tatbestand* colposo dal predominio del profilo omissivo della colpa (consistente nella inosservanza della diligenza) e di attribuire un ruolo centrale alla lesione evitabile del bene tutelato.

Già *Engisch* assimilava il concetto di diligenza obiettiva (*objektive Sorgfalt*) all'obbligo di evitare la verificazione dell'evento lesivo, indicando la violazione della diligenza obiettiva nient'altro che il mancato impiego doveroso dei mezzi idonei a evitare la verificazione di un evento. In questo modo, il requisito della violazione della diligenza obiettiva, divenuto superfluo per l'imputazione colposa, acquista invece rilevanza sul piano della imputazione oggettiva comune a reato doloso e colposo, insieme a quello della evitabilità<sup>266</sup>.

<sup>263</sup> Così già HONIG, *Kausalität*, cit., 182 ss.; WELZEL, *Kausalität*, cit., 703 ss.

<sup>264</sup> In questi termini, da ultimo, ancora LICCI, *op.ult.cit.*, 383.

<sup>265</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 61 s.; SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte der Fabrlässigkeitdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolgs im Verbrechensaufbau*, in *Schaffstein FS*, Göttingen, 1975, 162 s.; SCHMIDHÄUSER, *Fabrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, *ivi*, 131 s. Sul punto, FORTI, *Colpa*, cit., 181; v. anche cap. IV, par. 2.

<sup>266</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 267 e 352; anche WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6. ed., 1958, 116 s., proponeva una soluzione incentrata sulla *Vermeidbarkeit* equiparando la causazione dell'evento mediante l'inosservanza della diligenza obiettiva con l'impedimento dell'evento mediante l'osservanza della diligenza obiettiva. Critico, LAMPE, *Täterschaft bei fabrlässiger Straftat*, in *ZStW*, 1959, 601, perché tale interpretazione confonde i concetti sostituendo la «*Verursachung durch die Außerachtlassung der verkehrserforderlichen Sorgfalt*» con la «*Vermeidung durch die Innehaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt*»; la seconda espressione non sarebbe altro che la spiegazione della prima: vi è causazione mediante inosservanza quando l'osservanza avrebbe evitato la causazione. Critico, da una diversa angolazione, DONINI, *Illecito*, cit., 444, il quale conclude che – con riferimento ai soli reati commissivi (essendo per quelli omissivi necessaria una «costruzione del tutto autonoma sul piano sistematico») – «appare fonte di confusione non solo "sistematica", ma anche concettuale, trattare l'evitabilità e tutto ciò che ad essa è connesso (...) come qualcosa di "oggettivo" allo stesso modo con cui si parla dell'"oggettività" del nesso causale o dell'idoneità della condotta nei requisiti minimi di rischio unitariamente validi, ecc.». Sul punto, v. ancora *infra*, cap. IV, par. 2.2. e 2.3.

L'evitabilità, in questo senso, «serve ad individuare quali sono i comportamenti che occorre omettere o tenere, perché idonei ad evitare un danno, non ad escludere la colpa ove si provi che un certo evento si sarebbe verificato anche se fossero state osservate le regole di diligenza»<sup>267</sup>. La verifica della evitabilità dell'evento riguarda pertanto l'accertamento del nesso di causalità e precede il momento soggettivo. Intendendo l'evitabilità come *parte integrante* del giudizio causale<sup>268</sup>, diviene possibile accomunare dolo e colpa per mezzo di essa, nella misura in cui una lesione del bene sarà da ritenere evitabile allorché avrebbe potuto essere impedita tenendo una determinata condotta o astenendosi da ogni condotta<sup>269</sup>.

Giova, a questo proposito, ribadire ancora una volta che se nell'omissione la domanda relativa alla evitabilità dell'evento mediante la condotta doverosa omissa concerne la causalità, il criterio della evitabilità non può assumere una diversa funzione nell'ambito dei reati commissivi. Per coerenza, la questione della evitabilità dell'evento deve riguardare anche nell'ambito dei reati commissivi il piano della causalità: se si accerta che senza (con omissione della) condotta illecita l'evento sarebbe venuto meno, vi è causalità e dunque anche evitabilità<sup>270</sup>.

L'esame della dottrina rivela che, pur da posizioni differenti e con motivazioni eterogenee, la *Vermeidbarkeit* rappresenta un criterio fondamentale di imputazione.

Come vedremo, la ragione ultima per cui l'agente non può essere ritenuto responsabile è che la verificazione dell'evento lesivo in caso di comportamento lecito sarebbe stata tollerata dall'ordinamento<sup>271</sup>. Invero, l'imputazione dell'evento, esigendo che il soggetto potesse influenzare la sua verificazione (impedendolo o evitandolo), si giustifica soltanto se sussisteva una alternativa lecita di condotta che avrebbe evitato l'evento. Decisiva è dunque la questione (prettamente ipotetica) se il decorso concreto sarebbe stato evitabile mediante l'osservanza della norma; in caso contrario esso rappresenta la realizzazione di un rischio lecito e non di un rischio illecito<sup>272</sup>.

L'intuizione più feconda a sostegno di questo argomento proviene proprio dalla teoria dell'aumento del rischio, laddove afferma che anche il soggetto che viola la norma di condotta ha diritto di invocare il beneficio del rischio consentito contenuto nella sua condotta, operando una sorta di "*fictio*" per cui l'agente colposo viene trattato *come* quello diligente<sup>273</sup>. Del resto, l'esistenza stessa di un ineliminabile *Restrisiko*, collegato

<sup>267</sup> M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, 638.

<sup>268</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061.

<sup>269</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 220.

<sup>270</sup> KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 221; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 100; JAKOBS, *Studien*, cit., 101 s.

<sup>271</sup> Già, KAHRS, *op.ult.cit.*, 87 s.; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 432 ss.; PUPPE, *Kausalität*, cit., 661; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 270 ss. V. inoltre cap. IV, par. 3.2.1. ss.

<sup>272</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 565 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 344; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 259.

<sup>273</sup> In applicazione del principio di uguaglianza, secondo la nota argomentazione di ROXIN, *loc.ult.cit.* Analogamente PUPPE, *op.ult.cit.*, 661; EAD., *Die Beziehung*, cit., 600 ss., seppur in prospettiva critica.

a determinate condotte considerate lecite e tollerate dall'ordinamento nonostante la loro pericolosità, presuppone di fatto una sorta di bilanciamento di interessi<sup>274</sup>.

Ciò dimostra però che l'aspetto principale e più significativo della irrilevanza penale di determinate condotte e di determinati eventi lesivi non è tanto l'esclusione del disvalore della condotta (in virtù della osservanza della diligenza), quanto il bilanciamento oggettivo tra rischi ed eventi lesivi<sup>275</sup>.

Allorché una condotta superi il rischio consentito non basta chiedersi se l'evento fosse evitabile rispettando le condizioni e i limiti del rischio consentito, ma occorre prendere in considerazione anche contenuto e scopo del precetto. La rilevanza dell'ipotetico comportamento alternativo lecito dell'agente (l'evitabilità) si basa infatti sulla constatazione che l'ordinamento mette in conto la verifica di determinati eventi lesivi rinunciando a ricercare e a punire i responsabili<sup>276</sup>. Questa ricostruzione mette in luce che può essere consentita non soltanto la realizzazione di una condotta, ma anche la verifica di un determinato evento dannoso; in altri termini: se dal confronto tra il rischio non consentito (determinato dalla condotta illecita) e il rischio residuo consentito (connesso al comportamento alternativo lecito) risulta che il primo non è maggiore del secondo, anche l'evento risulta "tollerato"<sup>277</sup>.

Il punto, a nostro avviso centrale, andrà approfondito nel contesto della riflessione critica intorno alla *Risikohöhungstheorie* e al criterio del *Risikozusammenhang*<sup>278</sup>.

#### 4.4. *L'indispensabile confronto tra decorso reale e decorso ipotetico e il ruolo della condicio sine qua non quale formula di imputazione*

La rilevanza dei decorsi ipotetici poggia sull'assunto che l'agire umano costituisca sempre una modificazione di processi causali già in atto e che, di conseguenza, all'uomo si possa imputare esclusivamente la differenza tra l'evento destinato a prodursi in virtù delle circostanze date (*angelegter Erfolg*) e l'evento derivante dalla sua condotta<sup>279</sup>.

È il procedimento di eliminazione mentale proprio della teoria condizionalistica ad imporre la considerazione del decorso causale alternativo che però – si badi – ha ben poco di "ipotetico" nella misura in cui rappresenta la modificazione alla quale

<sup>274</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln et al., 1983, 139 ss.; PREUB, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, 122 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 575 ss.

<sup>275</sup> Per la valorizzazione di questo aspetto, v. specialmente KÜPER, *op.ult.cit.*, 270 ss.; cfr. anche FRISCH, *op.ult.cit.*, 529, 546.

<sup>276</sup> KAHRS, *op.ult.cit.*, 73.

<sup>277</sup> Parla di «erlaubter Risikoerfolg», KÜPER, *op.ult.cit.*, 273.

<sup>278</sup> Cap. III, par. 2, e cap. IV, par. 3.2.

<sup>279</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 38; WOLFF, *Kausalität*, cit., 21; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 42; DENCKER, *Kausalität*, cit., 101 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 32; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 59; KORIATH, *Kausalität*, cit., 20; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.

era destinata la situazione nel momento in cui l'agente è intervenuto in essa<sup>280</sup>. In quest'ottica, anche il citato criterio della *Schadensanlage* utilizzato da *Arthur Kaufmann* (e pacificamente applicato in diritto civile) si riferisce in realtà alla effettiva presenza di fattori e circostanze (con)causali nel contesto nel quale opera la condotta dell'agente.

Già la dottrina più risalente chiarì la natura "apparentemente" ipotetica del decorso alternativo, rimarcando che il procedimento di eliminazione mentale della condotta non comporta una finzione, ma la semplice osservazione della situazione reale in cui il bene si trovava (senza la condotta) e la sua proiezione nel futuro, cioè la valutazione della sua successiva evoluzione, la quale non è affatto ipotetica, ma fondata su circostanze e condizioni realmente esistenti<sup>281</sup>.

La condotta umana rappresenta sempre un fattore causale *sorpassante* rispetto ad una situazione preesistente e comporta sempre la *sostituzione* di un decorso o elemento preesistente. È indispensabile allora considerare l'agire umano nel quadro di un insieme dinamico di circostanze, in costante evoluzione. Causa ed effetto non sono elementi statici, ma formano un complesso dinamico in cui l'agire umano irrompe modificandone il decorso.

Come già sottolineato, la *prognosi* circa l'evoluzione ragionevolmente prevedibile di un decorso causale non costituisce peraltro un metodo eccezionale o anomalo di accertamento, ma viene comunemente utilizzato per verificare la presenza di cause di giustificazione (ad es. legittima difesa, stato di necessità), il condizionamento psichico e l'idoneità degli atti nel tentativo.

In questa prospettiva, la formula della *c.s.q.n.* rappresenta uno strumento perfettamente funzionale all'esigenza di un confronto tra un decorso reale e uno ipotetico, tra i fatti considerati secondo la loro originaria linea di sviluppo e la nuova situazione determinata dall'agente. Il confronto è diretto a valutare una *differenza* alla stregua di parametri normativi ed esalta il ruolo della formula quale *criterio di selezione* tra condizioni<sup>282</sup>: essa non costituisce più un criterio di accertamento della condizionalità, ma uno strumento per calcolare una differenza e una modificazione tra situazioni (nella specie, l'aggravamento delle condizioni del bene giuridico) attraverso la selezione delle condizioni a ciò necessarie (tali in base alla legge di copertura).

La *c.s.q.n.*, in quanto metodo ipotetico, ha altresì il vantaggio di essere applicabile non soltanto a *fatti* materiali, ma anche alle qualificazioni e ai predicati di questi. Ciò

<sup>280</sup> Come spiega bene WOLFF, *op.ult.cit.*, 21, «non si tratta di un decorso meramente "ipotetico", ma della modificazione alla quale erano predisposti [*angelegt*] gli eventi quando l'agente è intervenuto».

<sup>281</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17; diffusamente, WOLFF, *Kausalität*, cit., 21; più recentemente, TOEPEL, *Kausalität*, cit., 62; DENCKER, *Kausalität*, cit., 107 ss.

<sup>282</sup> Già TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 120 ss.; ENGISCH, *op.ult.cit.*, 19; WOLFF, *op.ult.cit.*, 31, ove definisce la *c.s.q.n.* «*eine Formel für das menschliche Bewirken*». Collega esplicitamente la formula della *c.s.q.n.* al *Differenzprinzip* del diritto civile, SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 682. Nella letteratura civilistica, v. TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1434 ss.; ID., *Causalità*, cit., 8 ss.

avviene quando si riferisce la formula non alla coppia “condotta-evento” in senso naturalistico, ma alla coppia “illiceità-evento” in prospettiva normativa, trasformandola da criterio di accertamento della causalità materiale (veste in cui – come noto – essa può rivelarsi fallace) in strumento di accertamento della evitabilità. La *c.s.q.n.* opera così come formula di imputazione<sup>283</sup> o *Vermeidbarkeitsformel*<sup>284</sup>.

Secondo la già segnalata impostazione di *Kahrs*, l’evitabilità dell’evento può stabilirsi soltanto mediante la formula della *c.s.q.n.* che, in virtù di una opera di “ridefinizione”, individua una *condicio* in ogni fatto che rende evitabile un evento, indipendentemente dal fatto che costituisca anche un fattore causale. Di conseguenza, può essere *condicio* soltanto un fatto illecito/antidoveroso (*pflichtwidriger Sachverhalt*)<sup>285</sup>.

Si badi che la formula della *c.s.q.n.*, interpretata alla luce del principio di evitabilità e riferita alla violazione dell’obbligo giuridico di evitare o impedire l’evento (e dunque alla componente illecita della condotta), fornisce un unitario criterio di imputazione dell’evento nel reato commissivo e in quello omissivo (laddove invece la dottrina riconosce tale coincidenza tra causalità ed evitabilità esclusivamente nel reato omissivo).

#### 4.5. L’idea dell’aumento del rischio

Secondo gli orientamenti favorevoli alla considerazione dei decorsi causali ipotetici, il confronto tra decorso reale e decorso ipotetico è funzionale ad accertare se il bene giuridico potesse essere salvato e se la condotta dell’agente abbia aggravato la sua posizione<sup>286</sup>.

Posto che l’imputazione va esclusa quando l’agente abbia diminuito il rischio (come riconosce del resto anche la dottrina dominante) ed affermata quando l’agente abbia peggiorato la situazione del bene, i casi problematici sono quelli in cui lo stesso evento si sarebbe verificato nello stesso momento per un’altra causa. In questa pro-

<sup>283</sup> ENGISCH, *loc.ult.cit.*; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 12; WOLFF, *op.ult.cit.*, 31; RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 110 ss.; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 601; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 68; LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 19 s.; WOLTER, *op.ult.cit.*, 70; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 95; DENCKER, *Kausalität*, cit., 61; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 65 ss.; JÄGER, *Die notwendige Bedingung*, cit., 348; STELLA, *La descrizione*, cit., 176; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 91; DONINI, *Imputazione oggettiva*, 65; ID., *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658; ROMANO, *Commentario*, cit., 368.

<sup>284</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 130; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 41 ss.; DENCKER, *op.ult.cit.*, 61; PUPPE, *loc.ult.cit.*

<sup>285</sup> KAHRS, *op.ult.cit.*, 41 ss.; LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 209, per il quale l’eliminazione mentale non concerne la condotta e l’evento naturalisticamente intesi, ma il significato della condotta e dell’evento, nell’ottica di un nesso causale concepito come “*funktionaler Sinnzusammenhang*”.

<sup>286</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 200 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 88 ss., 96 ss., 108 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 88; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; JAKOBS, *Studien*, cit., 24 ss. (ma non più in *Strafrecht*, cit.); WOLTER, *Objektive*, cit., 32; KAHLO, *Das Problem*, cit., 142; CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 906.

spettiva, il ricorso alle condizioni ipotetiche costituisce il *mezzo* per determinare l'aumento del rischio<sup>287</sup>.

La teoria dell'aumento del rischio (così come quella della diminuzione del rischio), presupponendo un rischio di partenza (*Grundrisiko*), dato dall'insieme di fattori causali preesistenti alla condotta dell'agente che avrebbero condotto all'evento, è costretta ad operare con i decorsi causali ipotetici; il concetto di *Risikoerhöhung* da questo punto di vista è un *Relationsbegriff*.

Il criterio dell'aumento del rischio (o della mancata diminuzione del rischio) è stato inquadrato nell'ambito della teoria della evitabilità a partire dalla funzione di tutela delle norme penali<sup>288</sup>. Conseguentemente l'aumento del rischio viene ad identificarsi, di fatto, con l'evitabilità dell'evento: se l'evento è inevitabile (perché si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito o di altra causa ipotetica), la condotta dell'agente non può comportare alcun aumento del rischio; soltanto quando il bene tutelato non appare definitivamente "compromesso" l'agente può aumentare il rischio di lesione<sup>289</sup> e la distruzione di una possibilità di salvezza anche minima può essere sufficiente a fondare l'imputazione.

L'aumento del rischio può essere altresì espressione dell'aggravamento della lesione subita dal bene giuridico. Secondo il noto principio di intensificazione (*Intensivierungsprinzip*) elaborato da *Samson*, è vietato il peggioramento della condizione del bene giuridico protetto che può consistere soltanto nella intensificazione della lesione cui il bene era già destinato (*Intensivierung der angelegten Verletzung*)<sup>290</sup>. Non sarebbe infatti possibile accertare se il rischio di una determinata modificazione dell'evento sia stato aumentato, ma soltanto se vi fosse il pericolo di una intensificazione della lesione<sup>291</sup>.

È controverso se l'aggravamento della situazione del bene consista nella maggiore gravità o entità del danno (o della lesione) o nell'aumento del rischio della sua lesione, vale a dire se la valutazione differenziale abbia ad oggetto l'evento o il rischio connesso alla condotta. Si tratta di precisare il rapporto tra *Intensivierungsprinzip* e *Risikoerhöhungslehre*.

<sup>287</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 24; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 234; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; HOYER, *Kausalität*, cit., 102; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 142.

<sup>288</sup> Così, KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 53.

<sup>289</sup> STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 234.

<sup>290</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 25; 100. L'A. precisa che l'aggravamento viene valutato in modo differenziato a seconda della tipologia di bene giuridico; così, rispetto al bene "vita" rileva anche una minima anticipazione temporale del momento della morte, mentre nel caso del reato di danneggiamento l'anticipazione o posticipazione dell'evento lesivo potrebbe risultare irrilevante. Condividono il criterio, STRATENWERTH, *Literaturbericht (Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt a.M., 1972)*, in *ZStW*, 1975, 939; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 681.

<sup>291</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 152; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 143 («Il criterio dell'aumento del rischio finisce per assumere una valenza analoga al *Verschlechterungsprinzip*, in quanto l'incremento del rischio permette di concretizzare nella pratica il concetto di "aggravamento sostanziale" del bene protetto, altrimenti troppo generico»).

La questione può affrontarsi sia sotto il profilo della definizione dell'evento (intensificazione o aggravamento della lesione in prospettiva *ex post*) sia sotto il profilo della determinazione dei requisiti di tipicità della condotta (aumento del rischio di lesione in prospettiva *ex ante*), allo scopo di verificare se la condotta dell'agente abbia, in confronto al decorso ipotetico, effettivamente aumentato il rischio che minacciava di realizzarsi o effettivamente aggravato le condizioni del bene.

Indubbiamente la dizione "aumento del rischio" è fuorviante, perché non sempre si tratta di accertare un aumento del rischio (*ex ante*), ma di stabilire l'effettiva verifica di un evento lesivo (*ex post*). Il problema è complicato dal fatto che vi possono essere situazioni in cui esiste *ex ante* una condotta cui è connesso un aumento del rischio di verifica dell'evento (*risikoerhöbendes Verhalten*), ma in cui *ex post* non si accerti un rischio effettivamente aumentato (*Risikoerhöhungserfolg*)<sup>292</sup>.

Il tema non è affatto nuovo e fu già esaminato da *Welzel*, il quale distingueva tra "pericolosità" (*Gefährlichkeit*) e "pericolo effettivamente corso dal bene giuridico" (*Gefährdung*). L'esempio dell'automobilista che "taglia" una curva in assenza di visibilità dimostra chiaramente che non vi è pericolo senza pericolosità, ma ben può esservi una pericolosità senza pericolo, dal momento che per la pericolosità di una condotta non è necessario che un bene giuridico sia anche effettivamente minacciato (nell'esempio, la condotta di tagliare la curva rimane pericolosa anche se in quell'istante non sopraggiunga alcuna vettura in direzione opposta)<sup>293</sup>. Così, mentre la pericolosità indica una caratteristica della condotta da accertarsi esclusivamente *ex ante* al fine di stabilire la sua illiceità, il pericolo (nel senso di *Gefährdung* ossia pericolo corso dal bene giuridico, "minaccia") indica una condizione e quindi un evento, implicando necessariamente la considerazione di fattori conosciuti anche in un momento successivo a quello della condotta (prospettiva *ex post*).

Solo avendo presente la differenza tra pericolosità e pericolo è possibile superare le ambiguità poste dal concetto di *Risikoerhöhung*.

Vi è chi ribadisce, ciononostante, che «anche se in determinati contesti si potesse presupporre che un determinato evento sarebbe stato effettivamente inevitabile con un probabilità *equivalente* alla certezza, nella maggior parte dei casi nella vita pratica i rischi si presentano comunque in modo tale che il loro esito non è determinato o la loro determinazione non è nota. L'unica cosa *sempre* comparabile in entrambi i decorsi è l'entità del *rischio*»<sup>294</sup>. Non vi sarebbe pertanto necessità di ricorrere alla definizione di "evento tipico" attraverso il confronto tra oggetti eterogenei (rischio *versus*

<sup>292</sup> Sul punto, v. le riflessioni di WOLTER, *op.ult.cit.*, 36 ss. La distinzione è ben presente anche in ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., 645 ss. V. inoltre quanto già osservato *supra*, par. 3.2., a proposito della diminuzione del rischio.

<sup>293</sup> WELZEL, *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fabrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, 22 ss.; anche BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt*, cit., 37 ss. e 141. Cfr. anche la distinzione tra «*primäres*» e «*sekundäres Erfolgsunrecht*» sviluppata da WOLTER, *op.ult.cit.*, 32 ss. Da noi, CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 150.

<sup>294</sup> SANCINETTI, *Principio*, cit., 384.



evento); semplicemente: colui che incide su un rischio senza aumentarlo in una prospettiva *ex ante* – specialmente colui che lo riduce – non crea un rischio riprovato<sup>295</sup>.

Le posizioni estreme di chi propende esclusivamente per una visione *ex ante* o *ex post* vanno senz'altro respinte, se – come riteniamo – il disvalore dell'evento deve essere ricostruito come concetto di relazione basato sul confronto tra il rischio generato *ex ante* dalla condotta e l'aumento del rischio realizzatosi *ex post*, tra la creazione di un concreto rischio di evento e creazione (o distruzione) di reali possibilità di salvezza.

La *Risikoerhöhung* – al di là della improprietà terminologica – può essere accertata tenendo conto di tutte le circostanze concretamente presenti, anche se conosciute solo *ex post*. Si avrà aumento del rischio (nella prospettiva dell'evento) solo laddove sia possibile accertare che il comportamento lecito nel caso concreto avrebbe determinato una reale possibilità di impedire l'evento<sup>296</sup> e, all'inverso, che il comportamento illecito ha provocato un reale aggravamento (peggioramento) delle condizioni del bene giuridico<sup>297</sup>. Soltanto a queste condizioni il *Risikovergleich* può rivelare se si è verificata una effettiva lesione del bene tutelato<sup>298</sup>.

#### 4.6. (segue) *La ridefinizione del concetto di evento*

È *Samson* ad aver sottolineato per primo che non è di per sé il concetto di causalità ad imporre la considerazione dei decorsi ipotetici, bensì il concetto di evento (alla luce della interpretazione della fattispecie incriminatrice)<sup>299</sup>.

L'A., prendendo spunto dalla fattispecie di omicidio, che punisce la mera anticipazione della morte (*Lebensverkürzung*), ha concepito il principio generale di intensificazione (*Intensivierungsprinzip*), in base al quale l'ordinamento vieta soltanto il peggioramento (*Verschlechterung*) delle condizioni del bene giuridico. Tale principio trova espressione nei criteri della anticipazione (o mancata posticipazione) del momento di verifica dell'evento lesivo pacificamente applicati da dottrina e giurisprudenza nell'ambito dei reati contro la vita e l'incolumità individuale<sup>300</sup>.

Nelle intenzioni dell'A. l'*Intensivierungsprinzip* condivide con la tradizionale teoria condizionalistica il principio secondo cui l'agente risponde dell'evento solo quando questo non si sarebbe verificato senza la sua condotta. Di fatto, quando l'evento si

<sup>295</sup> SANCINETTI, *loc.ult.cit.*; v. inoltre, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 60; ID., *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges*, in Roxin FS, Berlin et al., 2001, 232; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 61; RUDOLPHI, SK, vor § 1, n. 58; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 191; DONINI, *Illecito*, cit., 488; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 689.

<sup>296</sup> BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 142; ROXIN, *Strafrecht*, II, cit., 645 ss.

<sup>297</sup> STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 234.

<sup>298</sup> KAHLO, *Das Problem*, cit., 143.

<sup>299</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 109.

<sup>300</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 100. Al riguardo, v. SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 383 s.; anche BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 66 ss. V. *supra*, cap. I, par. 2.

sarebbe verificato comunque esso non implica – in prospettiva normativa – una *Verschlechterung*<sup>301</sup>.

D'altro canto, *Samson* tiene a prendere le distanze dalla tesi di *Arthur Kaufmann* fondata sulla *Schadensanlage*. Il criterio della intensificazione, infatti, non esclude l'imputazione dell'evento perché il bene giuridico abbia perso valore e non meriti più di essere tutelato, ma perché l'astensione dalla condotta illecita non comporta alcun vantaggio per il bene<sup>302</sup>; pertanto, ogni intervento peggiorativo sulle condizioni di un bene giuridico comunque destinato a perire implica responsabilità (tant'è vero che negli esempi addotti da *Kaufmann* si verifica sempre una anticipazione dell'evento, che non può che essere sempre penalmente rilevante).

Anche i concetti di "aggravamento" o "peggioramento" (come quello di *Risikoerhöhung*) rappresentano concetti di relazione<sup>303</sup> ed implicano necessariamente la considerazione dei decorsi causali ipotetici e una valutazione "differenziale"<sup>304</sup>. Essi – come precisa *Samson* – dipendono però dalla natura e dalle caratteristiche del bene giuridico tutelato dalla singola fattispecie. La quantificazione della lesione e del peggioramento delle condizioni del bene giuridico costituisce, insomma, un problema di interpretazione delle norme di parte speciale<sup>305</sup>.

Così, occorre di volta in volta considerare, ad esempio, se rilevi l'anticipazione del momento di verifica dell'evento (come nei reati contro la vita e incolumità individuale), se la norma tuteli oltre alle condizioni del bene giuridico anche l'autonomia di disposizione del bene da parte del suo titolare (come nel caso dei reati contro il patrimonio). In quest'ultimo caso, infatti, ai fini della valutazione si dovrà tenere conto anche della limitazione o del condizionamento della libertà e dell'autodeterminazione della persona offesa. La dottrina precisa, altresì, che l'aggravamento può consistere in una modifica della *entità* dell'evento così come delle *modalità* della sua verifica. Anche in questo secondo caso, occorre distinguere a seconda della singola fattispecie: vi sono fattispecie in cui il peggioramento delle condizioni del bene può essere identificato soltanto in una modificazione *quantitativa* (vita e patrimonio) e altre in cui il bene viene tutelato anche da semplici variazioni *qualitative* (incolumità, persona, proprietà) che possono pregiudicare la libertà e autodeterminazione della vittima<sup>306</sup>.

La natura "*quantificabile*" del concetto di aggravamento consentirebbe non soltanto di imputare ad un soggetto la parte di evento personalmente cagionata<sup>307</sup>, ma anche

<sup>301</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 102.

<sup>302</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 103.

<sup>303</sup> Già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 12.

<sup>304</sup> Per tale visione, v. ENGISCH, *op.ult.cit.*, 19; WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 101 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 664; TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1434 ss.; ID., *Causalità*, cit., 8 ss. Per il concetto di *Erfolgendifferenz*, JAKOBS, *Studien*, cit., 24.

<sup>305</sup> SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 99 ss.; anche KAHLO, *Das Problem*, cit., 143.

<sup>306</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 110 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 109; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 38 ss.

<sup>307</sup> PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 19 ss.

di “compensare” il danno con il vantaggio allo stesso tempo determinato per il bene<sup>308</sup>.

Diversi sono gli autori che – in prospettiva teleologica – richiedono che l’aggressione al bene sia indice di un effettivo aggravamento delle condizioni del bene protetto<sup>309</sup>. È considerata causale soltanto una condotta che abbia aumentato l’intensità o la gravità della lesione, che abbia aumentato la probabilità della sua verifica<sup>310</sup> o anticipato il momento della sua verifica, perché soltanto la prevenzione e l’impedimento di tali eventi può costituire scopo delle norme volte alla tutela di beni giuridici<sup>311</sup>. In un ordinamento costituito da norme dirette ad impedire eventi lesivi può essere rilevante soltanto una condizione da cui dipenda la verifica di un evento concretamente lesivo e non una condizione che semplicemente si inserisca nel corso degli eventi modificando o sostituendo aspetti secondari o semplici modalità del decorso stesso<sup>312</sup>.

La concezione dell’evento come *nachteilige Veränderung* presenta una forte connotazione normativa valorizzando, in contrapposizione alla definizione “neutra” e avalutativa di evento tipico, il suo specifico *Unwert* alla luce delle caratteristiche della singola fattispecie incriminatrice<sup>313</sup>. Non esiste un evento concreto, ma solo un evento concepito come differenza negativa disapprovata dalla fattispecie; tale differenza può essere apprezzata solo mediante il confronto con condizioni ipotetiche; e poiché le fattispecie non descrivono “violazioni di tabù” bensì “perdite di funzione”, conterà il confronto non tanto tra il “prima” e il “dopo”, quanto tra la situazione così come si sarebbe evoluta con o senza la condotta illecita<sup>314</sup>.

La riflessione della dottrina contemporanea intorno al concetto e alla definizione di evento (tipico) segna ormai una distanza considerevole rispetto alle preoccupazioni dei primi teorici della moderna *Zurechnungslehre*. Allora si mirava soprattutto a garantire che l’evento imputabile fosse concepito come “opera propria” dell’agente; oggi sempre più si ambisce a precisare i contrassegni della stessa illiceità dell’evento e a definirne il disvalore sostanziale.

Ciò dimostra ancora una volta che l’inquadramento del problema nella prospettiva dell’*imputazione* non è obbligato, ma che anche l’attenzione al versante della definizione dell’*evento* può rivelarsi proficua e stimolante. Potrebbe infatti sostenersi che le conseguenze non evitabili mediante l’osservanza della norma non rappresentano

<sup>308</sup> SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 684.

<sup>309</sup> Oltre a SAMSON, *op.ult.cit.*, 99 ss., v. WOLFF, *op.ult.cit.*, 21 ss.; NIEWENHUIS, *op.ult.cit.*, 34; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 599; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 17; KAHLO, *Das Problem*, cit., 142 e 227; DENCKER, *op.ult.cit.*, 101; HILGENDORF, *Zur Lehre*, cit., 527; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. § 13, n. 79; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 483 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 187; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 103 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 72.

<sup>310</sup> V. in particolare per questa impostazione, WOLFF, *op.ult.cit.*, 24 ss.; KAHRS, *op.ult.cit.*, 47 ss.; SAMSON, *op.ult.cit.*, 99 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 234; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 72.

<sup>311</sup> Da ultimo, HOYER, *op.ult.cit.*, 185.

<sup>312</sup> Così, in particolare, JAKOBS, *Studien*, cit., 26.

<sup>313</sup> PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 880; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 107; SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 684.

<sup>314</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 109.

eventi giuridicamente significativi o, in altri termini, che la condotta è rimasta priva di conseguenze penalmente rilevanti<sup>315</sup>.

#### 4.7. La peculiarità dei decorsi ipotetici consistenti in comportamenti altrui

L'adozione di un criterio di evitabilità inteso in senso oggettivo implica che la possibilità di evitare l'evento da parte dell'agente debba valutarsi secondo un parametro non meramente ipotetico-probabilistico, ma deontologico-normativo, in base al quale sono necessariamente irrilevanti le ipotetiche condotte illecite di terzi, ma possono essere prese in considerazione le ipotetiche condotte lecite di terzi o gli accadimenti ipotetici naturali.

Tale soluzione – come è stato osservato – poggia sulla corretta «scomposizione logica del pensiero condizionalistico tra il momento nomologico-causale e il momento di imputazione giuridica»<sup>316</sup>.

Conformemente all'orientamento dominante, anche gli autori che affermano la rilevanza dei decorsi causali ipotetici negano che l'imputazione dell'evento possa essere esclusa in caso di presenza di un agente sostitutivo (*Ersatztäter*), sulla base della considerazione che l'ordinamento non può sospendere la validità delle norme nei confronti di un soggetto solo perché altri sono disposti a violarle. Al contrario, per garantire la tutela dei beni giuridici è necessario ritenere obbligati ad osservare le norme sia l'agente che l'eventuale *Ersatztäter*<sup>317</sup>.

«La norma incriminatrice smarrirebbe la sua carica di credibilità qualora ritirasse la protezione accordata al bene giuridico proprio nei casi in cui esso viene aggredito simultaneamente da più condotte illecite, e quindi maggiormente pressante è la strategia repressiva. È insomma l'*innocuità* della causa di riserva a decidere sui confini della *Verschlechterungslehre*»<sup>318</sup>.

La rilevanza delle cause ipotetiche consistenti nel comportamento illecito di terzi viene perciò esclusa, anche se l'applicazione rigorosa della formula della *c.s.q.n.*

<sup>315</sup> FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 735. Per un approccio orientato a determinare l'influenza dei decorsi ipotetici sul concetto di evento penalmente rilevante, v. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 27 ss. e 100 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 870 ss.; EAD., *Naturalismus*, cit., 299 ss.; VOGEL, *LK*, § 15, 198.

<sup>316</sup> DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1116.

<sup>317</sup> KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 112 s.; SAMSON, *op.ult.cit.*, 136 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 565 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 233; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 49 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379; CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 907 (nt. 89); DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1117; ROMANO, *Commentario*, cit., 406; FORTI, *Colpa*, cit., 688 ss.; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 1090 ss.; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 455. V. già *supra*, cap. I, par. 1.3.2 e 1.3.3. e dottrina ivi citata. Critico, FORTI, *Colpa*, cit., 688, laddove avverte tuttavia che «ciò che caratterizza questi casi è che il riscontro della inefficacia dell'ipotetica condotta diligente a prevenire l'evento riposa sull'ulteriore ipotesi circa l'efficacia causale della negligenza di terzi» e diventa necessario costruire un'ipotesi (la inutilità del comportamento alternativo lecito) sulla base di un'altra ipotesi (la causazione dello stesso evento da parte della condotta negligente di un terzo).

<sup>318</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 76.

dovrebbe portare a ritenere che nessuna delle condotte sia causale<sup>319</sup>. In realtà, come vedremo, il problema è stabilire a chi vada imputato l'evento (a prescindere da chi lo abbia *materialmente* condizionato).

Secondo *Kabrs* anche nei casi di ipotetica condotta illecita altrui il criterio della evitabilità si orienta allo scopo di protezione della norma penale, prescindendo dalla concreta inevitabilità dell'evento. Ciò che conta è sempre e soltanto la *Vermeidbarkeit im Rechtssinne*<sup>320</sup>. Nel caso di più garanti o di più soggetti che contemporaneamente determinano l'evento la *Vermeidpflicht* comprende anche l'obbligo di prevenire azioni delittuose altrui; in particolare, ciascun soggetto è obbligato a fare tutto ciò che è in suo potere per mettere anche altri in condizione di salvare il bene<sup>321</sup>. L'ipotetica condotta illecita del terzo non pregiudica quindi la *Vermeidpflicht* dell'agente<sup>322</sup>.

Diversa, invece, è la soluzione nel caso di condotta *lecita* di un terzo o, come scrive *Kabrs*, di una ipotetica condotta altrui che dovrebbe essere tollerata dall'ordinamento. Qui l'obbligo di evitare l'evento permane (così come la evitabilità) ed è soltanto per ragioni politico-criminali che l'A. ritiene opportuno escludere l'imputazione dell'evento, dal momento che «l'ordinamento non dovrebbe imputare al singolo un danno *maggiore* di quello che avrebbe dovuto tollerare in caso di condotta lecita altrui»<sup>323</sup>. Prendendo ad esempio il classico caso del boia, *Kabrs* spiega che, pur sussistendo un elevato disvalore della condotta e un atteggiamento interiore disprezzabile, l'evento non va imputato, poiché la morte della vittima era già prevista e accettata dall'ordinamento e l'intervento dell'agente non ha determinato un danno maggiore. L'A. sottolinea che tale conclusione non pregiudica la *Vermeidpflicht* (che resta intatta), ma poggia esclusivamente su considerazioni di carattere politico-criminale<sup>324</sup>.

La soluzione proposta da *Kabrs*, certamente non convincente in relazione ai casi di ipotetica condotta *lecita* di terzi (soprattutto a causa del riferimento a vaghi criteri di politica criminale al fine di escludere l'imputazione dell'evento nonostante il persistere dell'obbligo di evitare l'evento), si rivela per contro degna d'attenzione e ricca di spunti rispetto ai casi di ipotetico comportamento illecito di un terzo. *Kabrs* afferma infatti che l'agente risponde dell'evento per il fatto di aver privato altri della possibilità di evitarlo a loro volta<sup>325</sup>.

<sup>319</sup> Per questa conclusione "radicale", v. soltanto TOEPEL, *Kausalität*, cit., 74; DENCKER, *Kausalität*, cit., 110; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 104; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 693.

<sup>320</sup> KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 76.

<sup>321</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 74 ss. («Evita la morte di un uomo dando ad altri, nell'ambito delle tue possibilità di controllo, l'opportunità di evitare l'evento»).

<sup>322</sup> Anche SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 136 ss.

<sup>323</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 78; 238.

<sup>324</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 80.

<sup>325</sup> KAHRs, *op.ult.cit.*, 104 s. L'idea è stata sviluppata in seguito da SAMSON, *op.ult.cit.*, 138 ss.; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1605.

Un'analogia impostazione è adottata, nell'ambito della dottrina contemporanea, da *Jakobs* nel già citato caso dell'ascensore (*Aufzugfall*), laddove l'evento viene imputato al soggetto che per primo ha determinato un "rischio perfettamente condizionato" («*perfekt bedingtes Risiko*») nel senso di sufficiente alla verificazione dell'evento. In questo caso, ogni ulteriore modificazione o aggravamento non è più rilevante né imputabile, costituendo una mera variazione di circostanze concomitanti (*Begleitumstände*) nell'ambito di un rischio già perfetto. I rischi che non sono più influenzabili mediante un comportamento conforme alla norma (richiesto all'agente stesso o a terzi) non sono rilevanti, perché non esiste più alcun obbligo di neutralizzare tali rischi<sup>326</sup>.

Anche *Samson* ha dedicato approfondite riflessioni all'ipotesi specifica in cui l'agente determini un evento analogo a quello che si sarebbe verificato a causa di una condotta illecita di un terzo, mettendo in evidenza come la sua condotta, cagionando l'evento, allo stesso tempo *impedisca* la condotta lesiva del terzo<sup>327</sup>.

L'A. distingue questa ipotesi, da un lato, dalle cause ipotetiche consistenti in fattori o accadimenti naturali e, dall'altro, dal comportamento alternativo lecito: a differenza delle prime, il comportamento illecito del terzo non esclude l'imputazione dell'evento all'agente; a differenza del secondo, la condotta del terzo costituisce un'evenienza del tutto plausibile, considerato che il pericolo generato dalla condotta del terzo è perfettamente reale, ma viene neutralizzato dall'intervento dell'agente (il comportamento alternativo lecito dello stesso agente, invece, rimane una mera ipotesi, proprio perché le due situazioni si escludono a vicenda).

I casi in cui è presente non una *Ersatzursache*, bensì un *Ersatztäter* sono particolarmente complicati e sollevano la questione della influenza della condotta ipotetica altrui sulla valutazione della condotta dell'agente e sul rischio ad essa connesso. Al fine di inquadrare correttamente il problema, *Samson* opera una ulteriore fondamentale differenziazione separando i casi in cui l'agente ipotetico abbia soltanto *programmato* l'azione delittuosa dai casi in cui egli abbia già posto in essere tutte le condizioni per il verificarsi dell'evento. Mentre l'*Ersatztäterplan* (cioè il mero programma o intento criminoso dell'agente sostitutivo) è irrilevante, non potendo incidere sul divieto rivolto all'agente, l'*Ersatztäterkausalität* (cioè il decorso causale già in atto, generato dalla condotta illecita di un terzo) può rilevare in quanto equiparata alla causalità ipotetica naturale<sup>328</sup>.

Per quanto riguarda la presenza di una ipotetica condotta illecita di un terzo, *Samson* chiarisce innanzitutto che la punibilità dell'agente non può giustificarsi sul piano del divieto imposto dalla norma, poiché proprio l'omissione della condotta ille-

<sup>326</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 61; ID., *Strafrecht*, cit., 230. Adotta una soluzione analoga, da noi, CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 439 (nt. 300); v. anche SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 1604; ID., *Principio*, cit., 384, nt. 34; HOYER, *Kausalität*, cit., 104; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 111. V. cap. III, par. 3.6.

<sup>327</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 125 ss.

<sup>328</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 125. Analogamente, DENCKER, *Kausalität*, cit., 110; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 110; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 702; VOGEL, *LK*, §15, n. 199.

cita richiesta dalla norma si rivela inutile nel caso concreto in quanto non idonea a salvare il bene giuridico. Occorre chiedersi se l'esistenza di un *Ersatztüter* modifichi la *Verhaltenspflicht* in capo all'agente; se, in altre parole, l'obbligo gravante su un soggetto dipenda dalla disponibilità di un altro soggetto ad adottare o meno un comportamento conforme alla norma.

L'assunto di partenza (che l'obbligo di condotta volto alla tutela di beni giuridici abbia un senso soltanto se in grado di fornire questa tutela) deve subire un ridimensionamento, posto che le norme giuridiche, seppur violate da un soggetto, mantengono la loro funzione nei confronti di altri. *Samson* ritiene che l'ordinamento abbia interesse a prevedere la contemporanea presenza di due o più obblighi/divieti rivolti a soggetti diversi, quando la salvezza del bene è garantita soltanto se tutti i soggetti rispettano le norme<sup>329</sup>.

Nei casi in cui è presente un agente sostitutivo le possibilità di salvezza per il bene tutelato sono decisamente inferiori rispetto ai casi comuni: in questi la presenza della norma garantisce la protezione del bene nella misura in cui l'agente la osserva, in quelli invece tale risultato è ottenuto soltanto a patto che entrambi i soggetti, sia l'agente che l'agente sostitutivo, si comportino in maniera osservante. Come spiega l'A., se dalla prospettiva individuale del singolo agente il senso e la funzione della norma potrebbero apparire dubbie a fronte della certezza dell'intervento illecito dell'*Ersatztüter*, la valutazione della situazione complessiva evidenzia che l'esistenza di un duplice precetto è del tutto ragionevole, rispecchiando semplicemente la presenza di una pluralità di condizioni necessarie per la salvezza del bene giuridico. L'ordinamento non può infatti sospendere i suoi obblighi solo perché il pericolo di una loro violazione è maggiore<sup>330</sup>. In questi casi la tutela giuridica si differenzia soltanto da un punto di vista meramente *quantitativo*.

Con riferimento a queste costellazioni *Samson* ha ideato il c.d. *Übernahmeprinzip* ("principio di assunzione"), ad integrazione del generale *Intensivierungsprinzip*: «L'agente ha aggravato la situazione del bene giuridico non solo quando questa sarebbe stata migliore senza la sua condotta, ma già quando questo effetto si sarebbe verificato qualora lui e tutti gli altri soggetti obbligati alla tutela del bene si fossero comportati in modo conforme al diritto»<sup>331</sup>. Nel caso in cui la condotta dell'agente sia alternativa alla condotta illecita di un terzo l'*Intensivierungsprinzip* va dunque modificato in senso estensivo, in modo da ammettere l'imputazione anche laddove l'agente non abbia materialmente peggiorato la situazione del bene<sup>332</sup>. Risponde così dell'evento colui che ha dato esecuzione materiale al progetto criminoso "assumendo" su di sé (e subentrando all'*Ersatztüter*) il comportamento illecito e la realizzazione mate-

<sup>329</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 136.

<sup>330</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 138.

<sup>331</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 139.

<sup>332</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 139.

riale delle condizioni necessarie al verificarsi dell'evento<sup>333</sup>.

La ragione di questa apparente eccezione al principio di intensificazione si rinviene nella più generale esigenza del diritto di garantire la tutela dei beni giuridici finché la loro lesione risulti inevitabile, perché non esistono più *Verhaltenspflichten* che qualcuno debba rispettare. L'illiceità della condotta dell'agente rimane intatta proprio in forza della illiceità della condotta del terzo (*Samson* parla al riguardo di *Doppelverpflichtung*).

Si può dunque concludere che un evento resta *evitabile* fintantoché vi siano ancora soggetti che possano essere motivati ad agire diversamente (cioè a desistere dai loro propositi criminosi); un evento risulta per contro *inevitabile* quando sia disponibile una causa alternativa ipotetica consistente in un fattore naturale o in una condotta lecita altrui e non esistano altre *Verhaltenspflichten* oltre a quella gravante sull'agente<sup>334</sup>.

Mentre l'*Intensivierungsprinzip* è espressione della concezione che identifica la lesione non nella mera aggressione all'oggetto materiale, ma nell'effettivo aggravamento delle condizioni del bene giuridico, l'*Übernahmeprinzip* rappresenta una estensione della punibilità per i casi in cui siano presenti più agenti disposti ad agire alternativamente; anche se i soggetti (sia che si tratti di un *Alleintäter* rispetto all'*Ersatztüter* nel reato monosoggettivo, sia che si tratti di un complice rispetto all'autore nel concorso di persone) non determinano un effettivo peggioramento della situazione del bene, essi assumono (*übernehmen*) la responsabilità per condotte che sono e restano vietate all'agente estromesso<sup>335</sup>.

Quando, invece, la causa ipotetica alternativa è costituita da un fattore naturale (cui *Samson* assimila la condotta *lecita* del terzo) le conseguenze per la *Verhaltensnorm* sono differenti. A queste ipotesi *Samson* assimila i casi in cui l'*Ersatztüter* non abbia soltanto progettato la lesione del bene giuridico, ma già avviato il decorso causale, ponendo *tutte le condizioni* necessarie alla realizzazione dell'evento. Questo decorso causale si pone rispetto all'intervento dell'agente come una *Naturkausalität* e quindi può far venir meno la responsabilità dell'agente<sup>336</sup>.

Qui il bene tutelato si trova in una condizione *qualitativamente* diversa: non si tratta infatti di un bene minacciato dal fatto che vi è la possibilità o la certezza della inosservanza della norma, ma di un decorso causale già avviato dalla causa ipotetica così da *non risultare influenzabile* con gli strumenti del diritto. In questo caso – scrive *Samson* – l'ordinamento ha tutto il diritto di rassegnarsi e di “sospendere” il divieto normativo anche per l'agente. Ciò che conta è, in definitiva, che i mezzi apprestati dal-

<sup>333</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 144.

<sup>334</sup> Analoga la conclusione di JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 60 ss.

<sup>335</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 180.

<sup>336</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 144. Anche FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 566; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 61; KAHRS, *op.ult.cit.*, 78 ss.; DENCKER, *op.ult.cit.*, 78.



l'ordinamento per salvaguardare i beni giuridici siano efficaci, non la circostanza che siano obbligati al rispetto della norma uno o più soggetti.

Non è dunque la semplice minaccia al bene giuridico proveniente da una fonte diversa (anche qualora si tratti di un fattore naturale) a spiegare il venir meno della *Verhaltenspflicht* gravante sull'agente, ma esclusivamente una valutazione normativa: l'ordinamento rinuncia alla tutela del bene giuridico perché il complesso dei rimedi disponibili a questo scopo non risulta efficace, non invece perché la singola *Unterlassungspflicht* gravante sull'agente concreto non sarebbe idonea ad evitare l'evento<sup>337</sup>.

## 5. I decorsi causali ipotetici tra causalità e imputazione

### 5.1. Eterogeneità delle questioni

L'esame dei diversi orientamenti in tema di decorsi causali ipotetici conferma l'impressione che all'interno della categoria della "causalità ipotetica" siano trattate, in realtà, questioni eterogenee sia sotto il profilo dogmatico sia sotto il profilo sistematico: dalla causalità alternativa ipotetica o addizionale al concorso di cause, dalla interruzione del nesso causale alla interazione fortuita o intenzionale di più condotte (lecite o illecite), dal comportamento alternativo lecito alla realizzazione del rischio e allo scopo di protezione della norma, dalla imputazione dell'evento alla definizione dello stesso.

Elemento comune a tutte queste problematiche è una questione di carattere valutativo: ci si chiede, infatti, se è *giusto* o *necessario* punire l'agente quando l'evento era inevitabile e l'astensione dalla condotta illecita o il compimento della condotta doverosa o diligente non avrebbero in ogni caso potuto scongiurare il verificarsi dell'evento. Le diverse soluzioni proposte non rappresentano che un tentativo di trovare una razionale giustificazione al senso di insoddisfazione suscitato da questi casi e di tradurre in una formula dogmaticamente coerente una scelta di valore.

La perdurante incertezza riguardo alla esatta delimitazione della problematica e alla sua corretta collocazione nell'ambito della teoria del reato è il sintomo più evidente del fatto che il problema costituisce *in primis* un nodo valutativo (sotto il profilo delle scelte di politica criminale e di giustizia sostanziale). La presenza di decorsi causali ipotetici induce a mettere in discussione l'imputazione dell'evento proprio perché l'elementare bisogno di retribuzione risulta accresciuto quando in assenza della condotta l'evento non si sarebbe verificato e, viceversa, affievolito di fronte alla prospettiva che esso si sarebbe comunque verificato<sup>338</sup>.

Il problema della causalità ipotetica viene altresì percepito in modo differente nei vari

<sup>337</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 139.

<sup>338</sup> Per tale consapevolezza, v. ENGISCH, *Das Problem*, cit., 270; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 147.

ambiti sistematici: in alcuni settori esso viene affrontato espressamente con più o meno consapevolezza (nel dibattito più antico intorno alla *c.s.q.n.* e oggi in relazione alla causalità omissiva); in altri, invece, esso rimane latente (nel concorso di persone; nella causalità psichica); in altri ancora esso si presenta trasmutato in criteri e istituti spiccatamente normativi (nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva dell'evento).

È sorprendente che la stessa casistica comprenda casi ed esempi utilizzati di volta in volta in contesti sistematici e argomentativi differenti. Così accade che uno stesso esempio (come quello del ferito che muore durante il trasporto in ospedale o della vittima di un'aggressione che muore in seguito all'intervento chirurgico eseguito negligenza) venga utilizzato nel contesto della teoria della causalità (*sub* interruzione del nesso causale e concorso di cause), ma anche in relazione alla figura del caso fortuito e dell'*aberratio causae* e poi ancora nell'ambito della discussione intorno ai criteri della realizzazione del rischio e dello scopo di protezione della norma<sup>339</sup>; esempi tradizionalmente riferibili alla causalità ipotetica (in particolare, sorpassante) vengono riutilizzati quando si tratta di illustrare il concorso di cause sopravvenute, di valutare la divergenza essenziale del decorso causale o di stabilire la distribuzione delle sfere di rischio tra più soggetti<sup>340</sup>.

Il dato più significativo ai fini della nostra indagine è che le problematiche sono rimaste costanti nel tempo; già discusse in origine sul piano della causalità esse sono ancora oggi oggetto di attenzione da parte della teoria della imputazione oggettiva in relazione ai canoni del nesso di rischio e dello *Schutzzweck*.

<sup>339</sup> Cfr. l'esempio del boia e quello del veleno in ROMANO, *Commentario*, cit., 374 s. e 406 s.; M. GALLO, *Appunti*, cit., 111, ricostruisce l'esempio della vittima avvelenata da un soggetto e poi uccisa da un terzo prima che il veleno faccia effetto come caso di causa sopravvenuta da sola sufficiente; PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2007, 203, formula quali esempi di serie causali autonome quello dell'agente che ferisce un barcaiolo, che comunque sarebbe perito nella tempesta sopravvenuta, e quello del soggetto che somministra un veleno alla vittima poi uccisa da un terzo; così, anche CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 329. Si noti, inoltre, che alcuni individuano un parallelo tra *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* nel delitto colposo e realizzazione del rischio nel decorso causale diretto all'evento nel delitto doloso (problematica dell'*aberratio causae*); sul punto, v. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 466; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, 21 ss. e 49 ss.; WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 1977, 649 ss.; da noi, CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 308 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 698 ss. Cfr. anche ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 261; ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, in *Armin Kaufmann GS*, Köln et al., 1989, 240.

<sup>340</sup> Nella dottrina tedesca è frequente l'assimilazione tra causalità sorpassante (*überholende Kausalität*) e interruzione del nesso causale, v. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 231; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 519; nell'ambito specifico della teoria della imputazione oggettiva dell'evento la problematica viene affrontata sotto l'aspetto della sostituzione o modificazione di un rischio preesistente; v. i concetti di *zusätzliches Risiko* (RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 549 ss.); *Verdrängung des Erstrisikos* (FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 436 ss.); *Risikovariation* e *Risikokonkurrenz* (JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.). Nella dottrina italiana, invece, le ipotesi di causalità sorpassante vengono solitamente inquadrate come casi di cause sopravvenute da sole sufficienti ai sensi dell'art. 41 cpv.; v. VANNINI, *Ancora sul problema della causalità*, in *Annali di diritto e proc.pen.*, 1934, fasc. 19, 1321 ss.; SPASARI, *L'omissione*, cit., 167; STELLA, *La nozione*, cit., 1264; in giurisprudenza, v. Cass., 24.11.2010, n. 43477; Cass., 18.01.2010, n. 9967; Cass., 4.10.2006, n. 41943.

L'approccio contemporaneo ai problemi sostanziali esaminati in precedenza sotto il profilo della causalità ipotetica si caratterizza per la volontà di svincolare le soluzioni dalla causalità in senso stretto (intesa come teoria della equivalenza e della *c.s.q.n.*) e per la consapevolezza di dover affrontare una autonoma questione normativa (di imputazione dell'evento, di tipicità della condotta o di definizione di evento, a seconda dei diversi orientamenti). Il problema non è più dato dal fatto di dover ricorrere a decorsi ipotetici ai fini della imputazione, ma consiste nella difficoltà di stabilire a quali condizioni e con quali limiti essi debbano essere considerati rilevanti.

### 5.2. Il ruolo della causalità ipotetica nel diritto civile

La dottrina civilistica è da sempre particolarmente sensibile ed attenta al tema della causalità ipotetica<sup>341</sup>. Sulla base della fondamentale distinzione tra il concetto di evento dannoso e quello di danno essa riconosce pacificamente la rilevanza dei decorsi ipotetici ai fini dell'accertamento della responsabilità (in particolare, della determinazione del danno).

Nella responsabilità civile il danno assume in relazione all'accertamento del nesso causale un ruolo che nella responsabilità penale non è in alcun modo riscontrabile. Come noto, la dottrina civilistica distingue tra la *causalità di fatto*, analoga a quella di stampo penalistico *ex artt. 40 e 41 c.p.*, e la *causalità giuridica*, che trova il suo statuto nell'art. 1223 c.c.<sup>342</sup>. Da un lato, infatti, si tratta di determinare il nesso eziologico

<sup>341</sup> Nel diritto civile l'interrogativo è stato posto per la prima volta da VON CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962, 3. Tra i penalisti ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 203, fu il primo a segnalare che i problemi posti dai casi del ciclista, dei peli di capra, della novocaina da tempo erano conosciuti e studiati dalla dottrina civilistica sotto l'etichetta "causalità sorpassante" o "causalità ipotetica". V., ad esempio, LARENZ, *Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung*, in NJW, 1950, 487 ss.; LANGE, *Zur Frage der „überholenden Kausalität*, in JR, 1951, 73 ss.; NEUMANN-DUESBERG, *Einzelprobleme der überholenden Kausalität*, in JZ, 1955, 263 ss.; NIEDERLÄNDER, *Hypothetische Schadensereignisse*, in JZ, 1959, 617 ss.; GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, München, 1977; FRANK, LÖFFLER, *Grundfragen der überholenden Kausalität*, in JUS, 1985, 689 ss.; da ultimo, le monografie di GROBERICHTER, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung*, München, 2001; GEBAUER, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Tübingen, 2007. In generale, sulla questione, v. anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 250. Nella dottrina italiana, v. TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1431 ss.; ID., *Causalità*, cit., *passim*. Sul tema, approfonditamente, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.

<sup>342</sup> Per un quadro generale, v. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp.civ.prev.*, 1983, 187 ss.; BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, 7 ss.; FRANZONI, *Il danno patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, *Speciale - La quantificazione del danno patrimoniale*, 21, il quale precisa che la causalità di fatto serve a rispondere alla domanda: "chi è stato a cagionare il fatto dannoso?", mentre la causalità giuridica serve a rispondere alla diversa domanda: "quanto deve pagare il responsabile a titolo di risarcimento del danno?"; CAPECCHI, *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, 3. ed., Assago, 2012. Sul rapporto tra causalità naturale e causalità giuridica nel diritto civile, v. in generale, GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv.dir.comm.*, 1951, 409; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*,

al fine di imputare un “fatto dannoso” (il c.d. danno-evento) ad un soggetto, dall’altro occorre accertare giudizialmente l’ammontare del danno risarcibile per addebitare al responsabile le conseguenze economicamente sfavorevoli del fatto dannoso. Nella prima fase si mette in relazione un *comportamento* con un *evento dannoso*; nella seconda, si instaura un rapporto tra *evento dannoso* e *conseguenze risarcibili*<sup>343</sup>.

Ai fini dell’accertamento dell’evento-danno il diritto civile applica il c.d. *Differenzprinzip*, che implica un confronto tra la situazione attuale del bene giuridico e quella ipotetica che si sarebbe prodotta in assenza della condotta illecita. Il danno consiste, infatti, nella differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe trovato se il fatto in questione non si fosse verificato; il danno patrimoniale è pertanto costituito dal giudizio ipotetico di differenza tra due situazioni, la situazione patrimoniale attuale e quella che sarebbe stata senza le ripercussioni patrimoniali che il fatto dannoso ha prodotto nel patrimonio del danneggiato<sup>344</sup>. Tale principio si spiega alla luce della funzione riequilibratrice del risarcimento, posto che il danneggiato non può trovarsi in una situazione migliore rispetto a quella anteriore al fatto dannoso<sup>345</sup>. L’esigenza avvertita nel diritto civile è quella di garantire un’equa

Milano, 1967; ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990; VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, 481; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa, Bessone, Torino, 1997, 51 ss.; VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, 409; FACCI, *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, in *Resp.civ.prev.*, 2002, 144 ss.; CARBONE, *La quantificazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2010, Speciale – *La quantificazione del danno patrimoniale*, 8 ss.

In giurisprudenza, v. per tutte, Cass., 11.02.2009, n. 3357, ove afferma che la condanna al risarcimento del danno aquiliano di norma presuppone il positivo accertamento del nesso di causalità c.d. «materiale» (ex art. 40 c.p.) tra la condotta e l’evento produttivo di danno, sicché nel successivo giudizio sul *quantum* resta da accertare soltanto il nesso di causalità c.d. «giuridica» (ex art. 1223 c.c.) tra l’evento di danno ed i pregiudizi che ne sono derivati; Cass., Sez. un., 5.06.2008, n. 14824.

<sup>343</sup> In verità, mentre l’indirizzo dominante nella dottrina tedesca assume l’esistenza di un duplice rapporto di causalità, il primo per stabilire la sussistenza della responsabilità (la c.d. *haftungsbegründende Kausalität*) ed il secondo per l’imputazione delle singole conseguenze dannose (la c.d. *haftungsausfüllende Kausalität*), nella dottrina italiana prevale ancora l’impostazione che ravvisa un unico nesso di causalità, con le ambiguità che ne derivano. Sul punto, v. il quadro fornito da ultimo da CARBONE, *La quantificazione*, cit., 9 ss.; LASCIALFARI, *Causalità “scientifica” e causalità “giuridica” tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*, in *Corr.giur.*, 2000, 902 ss. Nella dottrina tedesca, v. GEBAUER, *Hypothetische Kausalität*, cit., 81 ss.

<sup>344</sup> Per tutti, v. CARBONE, *op.ult.cit.*, 8 ss.; FRANZONI, *Il danno*, cit., 21 ss.; PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Nss.Dig.priv.*, V, Torino, 1989, 104.

<sup>345</sup> Negli ordinamenti moderni la concezione reale del danno (*aestimatio rei*) è stata soppiantata dalla concezione patrimoniale del danno (*quantum interest*), che si riferisce non alla lesione materiale del bene, ma alla differenza fra la consistenza del patrimonio quale è in seguito al fatto lesivo e quella che avrebbe avuto se tale fatto non si fosse verificato. Il danno non rappresenta una perdita reale, né una modificazione della realtà, ma risulta dal confronto di due condizioni; di conseguenza, occorre prendere in considerazione non soltanto il *damnum circa rem ipsam*, ma la situazione complessiva del danneggiato, gli utili che avrebbe realizzato, i danni che sono derivati dalla situazione, circostanze che avrebbero aumentato o ridotto il normale lucro cessante e anche circostanze che avrebbero causato il medesimo danno in modo diverso. Al riguardo, v. CARBONE, *op.ult.cit.*, 8 ss.; GEBAUER, *op.ult.cit.*, 6.

distribuzione del danno, che tenga conto della situazione patrimoniale del danneggiato nell'applicare il principio della *compensatio lucri cum damno*. In questa prospettiva, il vantaggio determinato dal convenuto consiste proprio nella neutralizzazione del danno che il danneggiato avrebbe altrimenti subito<sup>346</sup>.

Ebbene: siccome il danno viene concepito in termini di differenza patrimoniale, la necessaria conseguenza è la rilevanza delle cause alternative ipotetiche<sup>347</sup>.

Al problema della verifica dell'evento dannoso anche per altra causa (naturale o umana) o per lo stesso comportamento alternativo lecito dell'agente l'ordinamento civile dedica due norme: da un lato, l'art. 1221, co. 1, c.c. (*Effetti della mora sul rischio*), ai sensi del quale «il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il debitore»; dall'altro, l'art. 1805, co. 2, c.c. (*Perimento della cosa*), per il quale «il comodatario che impiega la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, è responsabile della perdita avvenuta per causa a lui non imputabile, qualora non provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito». Inoltre, l'art. 1227, co. 2, c.c., relativo al concorso del fatto colposo del creditore, stabilisce che «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

La dottrina è concorde nel ritenere che la rilevanza dell'ipotetico perimento del bene si pone non sul piano causale, ma su quello del danno, dovendosi quantificare la misura di questo mediante il giudizio ipotetico di confronto tra la situazione attuale e quella che sarebbe stata in assenza delle ripercussioni negative del fatto<sup>348</sup>. Mentre gli artt. 1221, co. 1, e 1805, co. 2, c.c. sono espressione del principio per cui il risarcimento deve essere adeguato al danno *effettivamente* subito dal danneggiato, l'art. 1227, co. 2, riguarda unicamente l'entità o la misura delle ripercussioni patrimoniali, presupponendo come già accertato un nesso causale e dunque verificato il fatto dannoso addebitabile unicamente al danneggiante o al debitore. In virtù del riferimento ai danni che si sarebbero potuti evitare se il creditore avesse usato l'ordinaria diligenza, riferimento implicante un giudizio meramente ipotetico, anche quest'ultima disposizione viene inquadrata tra le ipotesi di causalità ipotetica, concernendo unicamente l'ambito del danno risarcibile. Tutte le norme indicate costituiscono una chiara applicazione del principio generale di esclusione della responsabilità nei casi in cui si provi, in base ad un giudizio ipotetico e non causale, che il danno prodottosi non rappresenta una perdita patrimoniale per il creditore o per il danneggiato, o perché l'avrebbe egualmente subita o perché poteva evitarla<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> GRUNSKY, *Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung*, in *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, 470; FRANZONI, *Compensatio lucri cum damno*, in *La resp.civ.*, 2010, 48 ss.; SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 666.

<sup>347</sup> TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 168 ss.; cfr. SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 665 ss.

<sup>348</sup> Per tutti, v. CARBONE, *op.ult.cit.*, 15.

<sup>349</sup> In questi termini, CARBONE, *op.ult.cit.*, 14; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., 419 ss.

Anche la dottrina civile è ben consapevole del fatto che la causalità ipotetica non incide sulla causalità reale: l'evento dannoso è stato effettivamente causato dal convenuto e l'esistenza di una possibilità alternativa di danno non elimina né l'evento dannoso né il processo causale che lo ha determinato (l'incendio di una casa rimane tale anche se poco dopo la casa sarebbe stata distrutta da un attacco aereo; se A uccide B a bordo di una nave, l'omicidio non viene meno solo perché la nave poco dopo affonda; rompere i vetri di una finestra costituisce un danneggiamento anche se immediatamente dopo i vetri sarebbero esplosi per un incendio etc.)<sup>350</sup>. Piuttosto, la dottrina ritiene che in questi casi la responsabilità venga meno sotto il profilo della assenza di un danno risarcibile.

Si tratta dunque di un problema di valutazione del danno e non di un problema di causalità, che si risolve nella applicazione del concetto di "condizione necessaria" in sede di quantificazione del danno risarcibile<sup>351</sup>. Nel diritto civile l'applicazione della *c.s.q.n.* dà quindi luogo ad un duplice problema: quello dell'efficienza causale e quello dell'esistenza del danno.

Come spiega bene *Trimarchi*, la *c.s.q.n.* ha la funzione di accertare, da un lato, se il concreto *evento dannoso* si sarebbe verificato anche in assenza del fatto e, dall'altro, se il *danno*, inteso come differenza patrimoniale, si sarebbe verificato ugualmente per effetto di una causa alternativa ipotetica<sup>352</sup>. Sia in un caso che nell'altro si cerca di stabilire se una determinata circostanza sia *c.s.q.n.* del danno subito dall'attore, con la sola differenza che, nella prima ipotesi, l'indagine è svolta con riferimento all'evento concreto, nella seconda, invece, con riferimento al danno inteso nel senso della "*Differenztheorie*", cioè come differenza fra due situazioni patrimoniali<sup>353</sup>.

La differenziazione operata in diritto civile riflette perfettamente la distinzione tra causalità *naturale* (rispetto ad un evento materiale e naturalistico) e causalità *giuridica* (rispetto alle conseguenze pregiudizievoli della condotta, ovvero al danno inteso come differenza patrimoniale); la prima (ossia il nesso tra causa e danno ingiusto) indicerebbe un rapporto causale esistente in natura e rilevante anche agli effetti giuridici, la seconda (ossia il nesso tra danno ingiusto e pregiudizi risarcibili) non sarebbe, invece, esistente in natura, «in quanto pone in relazione entità non esistenti nel mondo natu-

<sup>350</sup> VON CAEMMERER, *Das Problem*, cit., 3; GEBAUER, *Hypothetische Kausalität*, cit., 8.

<sup>351</sup> LARENZ, *Die Berücksichtigung*, cit., 488; FRANK, LÖFFLER, *Grundfragen*, cit., 689; GRUNSKY, *Hypothetische Kausalität*, cit., 469 ss.; TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1435; CAPECCHI, *Il nesso*, 2. ed., cit., 19 ss.; GEBAUER, *op.ult.cit.*, 81 s., ove significativamente sottolinea che la letteratura tedesca più recente considera il problema relativo non più alla *Schadensberechnung* (quantificazione del danno), bensì alla *Schadenszurechnung* (imputazione del danno), in virtù del preminente ruolo di giudizi di valore.

<sup>352</sup> TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 194; anche STELLA, *La descrizione*, cit., 1970, 7. Riguardo al ruolo della *c.s.q.n.* nel diritto civile v., nell'ambito della dottrina tedesca, RÖCKRATH, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung: rechtliche und ökonomische Analyse*, München, 2004, 15 ss.; ROTHENFUßER, *Kausalität und Nachteil*, München, 2003, 6 ss.

<sup>353</sup> REALMONTE, *Il problema*, cit., 31 ss. ROTHENFUßER, *op.ult.cit.*, 6 ss.; GEBAUER, *op.ult.cit.*, 9 ss.

rale quali i danni risarcibili, che sono tali solo in base ad una valutazione giuridica»<sup>354</sup>.

Nondimeno, sarebbe scorretto concludere che si ponga un problema di danno, da un lato, e di causalità, dall'altro, «poiché in entrambi i casi, se la responsabilità viene esclusa, viene esclusa per la ragione che il danno si sarebbe verificato egualmente e che non si vuole arricchire il danneggiato»<sup>355</sup>.

La considerazione dei decorsi ipotetici nel diritto civile è pertanto decisiva, a condizione che sia conciliabile con la funzione e lo scopo della disciplina del risarcimento del danno, basata sui principi della compensazione del danno e del divieto di arricchimento senza giusta causa.

Si sottolinea, in ogni caso, la necessità che il confronto avvenga non semplicemente tra la situazione patrimoniale reale (conseguente al fatto) e quella ipotetica (che vi sarebbe stata in assenza del fatto), ma alla stregua di criteri giuridici per mezzo dei quali selezionare le circostanze di cui tenere conto ai fini della valutazione della differenza<sup>356</sup>. Il principio generale della rilevanza delle cause alternative ipotetiche subisce così alcune rilevanti limitazioni ed eccezioni<sup>357</sup>: innanzitutto, vi deve essere la *certezza* che il danno si sarebbe verificato comunque (e l'onere della prova grava sull'obbligato); inoltre, anche nel diritto civile è irrilevante la causa ipotetica costituita da un fatto del quale risponde un terzo e vanno considerati solamente quei danni, per i quali *nessun altro* è responsabile (la responsabilità è esclusa, quindi, soltanto se nessuno debba rispondere della causa ipotetica alternativa); infine, interviene un criterio di limitazione temporale (non rilevano le cause ipotetiche che sono o sarebbero intervenute in un momento successivo a quello in cui il danno si è verificato o in cui è avvenuto il giudizio).

La dottrina distingue, infine, le diverse ipotesi a seconda che la causa alternativa ipotetica riguardi la cosa o la persona danneggiata (c.d. *Anlagefalle*, come ad esempio una preesistente malattia o difetto, che diminuiscono il valore del bene) oppure sia costituita da un fattore esterno (come nell'esempio della coltura compromessa da una grandinata o dell'oggetto distrutto da un incendio) o dal comportamento lecito dello stesso danneggiante<sup>358</sup>.

<sup>354</sup> CAPECCHI, *Il nesso*, 2. ed., cit., 19 ss. In prospettiva critica, v. BELVEDERE, *Causalità*, cit., 7 ss. Critico altresì nei confronti della affermata esistenza di un nesso causale tra danno e conseguenze risarcibili, CARBONE, *La quantificazione*, cit., 12, per il quale in base al principio "*non entis nullae sunt causae*" rispetto al danno quale perdita subita o sofferta dal creditore o dal danneggiato non si può porre un problema causale in senso stretto.

<sup>355</sup> TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 194 ss.

<sup>356</sup> TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1444.

<sup>357</sup> Al riguardo, v. già VON CAEMMERER, *op.ult.cit.*, 19; inoltre, TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 171; CARBONE, *La quantificazione*, cit., 15.

<sup>358</sup> V., ad esempio, Trib. Udine, 3.12.2010, n. 1699 che, in applicazione della regola stabilita dall'art. 1221 c.c., in materia di locazione ha ritenuto che una straordinaria grandinata che aveva distrutto la copertura di un capannone industriale integrasse la dimostrazione, da parte del conduttore, che il danno, e quindi il perimento della cosa, si sarebbe prodotto anche nell'ipotesi in cui l'immobile fosse stato tempestivamente restituito al locatore al termine della locazione.

Nel diritto civile ampio spazio è poi dedicato al rapporto tra comportamento alternativo lecito e decorsi ipotetici<sup>359</sup>.

La questione relativa alle conseguenze del comportamento alternativo lecito ha origine storicamente proprio nel diritto civile (in particolare nell'ambito dello *Schadensersatzrecht*, ove – come poc'anzi illustrato – si trattano le conseguenze dell'agire illecito e occorre stabilire se il danneggiante possa sottrarsi, anche solo in parte, all'obbligo di risarcimento del danno eccedendo il fatto il danno da lui cagionato si sarebbe verificato anche in caso condotta lecita) e da tempo non è più limitata all'aspetto della quantificazione del danno (*Schadensberechnung*), ma viene esaminata nell'ambito dei presupposti tipici della causalità quale fondamento della responsabilità (*haftungsbegründende Kausalität*).

Mentre la dottrina penalistica assegna unanimemente rilevanza al comportamento alternativo lecito (pur rimanendo ancora incerto il suo inquadramento sistematico), il tema è ancora molto controverso nella dottrina e giurisprudenza civilistiche<sup>360</sup>. All'orientamento più tradizionale, che assimilava il comportamento alternativo lecito alle cause ipotetiche, si è affiancato l'indirizzo che differenzia le due categorie, attribuendo al criterio del comportamento alternativo lecito la funzione di accertare la *Kausalität der Pflichtwidrigkeit*<sup>361</sup>. Convivono dunque due concezioni della causalità: da un lato, quella naturalistica, che confina la questione dei decorsi ipotetici nell'ambito della mera valutazione del danno<sup>362</sup>; dall'altro, quella normativa, che esamina l'aspetto della evitabilità del danno mediante comportamento alternativo lecito sotto l'etichetta del *Rechtswidrigkeitszusammenhang* e dello *Schutzzweck*<sup>363</sup>. In questa prospettiva il comportamento alternativo lecito, a differenza delle altre cause ipotetiche, non rappresenta solo un metodo di "calcolo" del danno, ma costituisce un parametro che indica se il danno è riconducibile non tanto alla condotta, quanto alla *illiceità* del comportamento del soggetto. Non si tratta insomma di determinare il danno, né di risolvere un problema di sopportazione di rischio, ma di valutare l'*antigiuridicità* di un comportamento; la responsabilità viene meno perché l'evento non costituisce *realizzazione di un rischio illecito* e, in particolare, dello specifico rischio

<sup>359</sup> Sul punto, soprattutto nella letteratura di lingua tedesca, v. GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten*, cit., *passim*; nella dottrina penalistica, v. ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 54 ss. Cfr. altresì, HANAU, *Die Kausalität*, cit., 65.

<sup>360</sup> Sul punto, FRANK, LÖFFLER, *Grundfragen*, cit., 693 s.

<sup>361</sup> VON CAEMMERER, *Das Problem*, cit., 30 ss.; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 65. Nella letteratura italiana, v. recentemente, BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr.giur.*, 2008, 35 ss.

<sup>362</sup> FRANK, LÖFFLER, *op.ult.cit.*, 689; NIEDERLÄNDER, *Hypothetische Schadensereignisse*, cit., 617 ss.; LANGE, SCHIEMANN, *Schadensersatz. Handbuch des Schuldrechts*, I, 3. ed., München, 2003, 199. Non mancano gli autori che tuttavia ridimensionano la differenza tra comportamento alternativo lecito e causalità ipotetica; così, GRUNSKY, *Hypothetische Kausalität*, 469 ss.; GEBAUER, *Hypothetische Kausalität*, cit., 6.

<sup>363</sup> VON CAEMMERER, *op.ult.cit.*, 31; HANAU, *op.ult.cit.*, 67 ss.; LANGE, *Zur Frage*, cit., 73 ss.; LARENZ, *Die Berücksichtigung*, cit., 487 ss.; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 46 ss.; v. anche BARCELLONA, "Scopo della norma violata". Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana, in *Riv.dir.civ.*, 1973, 311 ss.



vietato<sup>364</sup>. Il comportamento alternativo lecito riveste pertanto un'importanza maggiore sul piano del rimprovero per il fatto e per la colpevolezza rispetto alle altre cause ipotetiche, che incidono esclusivamente sulla quantificazione del danno.

Dalle sommarie osservazioni svolte fin qui risulta un panorama vasto e ricco di implicazioni. Il tema è evidentemente troppo complesso e articolato per tentare in questa sede una chiara esposizione e un commento approfondito; ci limitiamo pertanto a trarre alcune brevi conclusioni utili alla nostra indagine.

Un principio analogo al *Differenzprinzip* difficilmente potrebbe trovare ingresso nel diritto penale<sup>365</sup>. Le norme penali sono dirette alla tutela dei beni giuridici e all'impedimento di azioni che violano i fondamentali valori della convivenza, risultando decisivo per la responsabilità penale il solo fatto che l'agente con la sua condotta abbia realizzato un fatto tipico; la maggiore o minore entità del danno reale rispetto a quello ipotetico non esclude di per sé la realizzazione del reato, ma può influire tutt'al più sulla commisurazione della pena. La lesione del bene tutelato subirebbe una inaccettabile relativizzazione che nel diritto civile appare comprensibile sotto il profilo della *Wertminderung* rilevante ai fini del risarcimento del danno, ma priva di giustificazione nel diritto penale<sup>366</sup>.

La rilevanza dei decorsi ipotetici nel diritto civile si lega strettamente alla *ratio* del risarcimento del danno riconducibile non all'idea della sanzione, ma a quella della compensazione; in primo piano si colloca così non il comportamento illecito del agente, ma l'interesse del danneggiato, che ha diritto al ripristino della situazione esistente senza il fatto illecito. È evidente che tali principi non sono automaticamente applicabili al diritto penale, dove non si tratta di trovare una compensazione tra due parti contrapposte, ma di valutare la condotta e la persona dell'agente.

Nondimeno, nell'ottica della precisazione dei fondamentali parametri di imputazione dell'evento, merita di essere approfondita la circostanza che i penalisti, pur non ammettendo la considerazione dei decorsi ipotetici, attribuiscono rilevanza al comportamento alternativo lecito. L'esame dei criteri elaborati dalla dottrina civilistica può fornire allora indicazioni preziose e avvalorare l'idea che il ruolo dei decorsi causa-

<sup>364</sup> HANAU, *op.ult.cit.*, 68 ss.; TRIMARCHI, *op.ult.cit.*, 194. Si veda Cass.civ., 31.05.2005, n. 11609, laddove afferma chiaramente che l'indagine sul nesso causale, perlomeno nel caso di condotte omissive, non ha ad oggetto una condotta naturalistica intesa, bensì il rapporto normativo tra l'evento dannoso e un comportamento connotato da anti giuridicità; ne consegue che la verifica del nesso causale finisce con l'intersecarsi con l'analisi dell'anti giuridicità della condotta così che «spesso nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio che la norma di condotta violata tendeva a prevenire».

<sup>365</sup> In merito alle differenze, sul punto, tra diritto penale e diritto civile, v. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 450; GOTZLER, *Rechtmäßiges Alternativverhalten*, cit., 6; WÜRFEL, *Rechtmäßiges Alternativverhalten*, cit., 18. Più in generale, da noi, v. BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 263 ss.; BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass.pen.*, 2009, 69 ss. Ritiene, per contro, utilizzabile anche nel diritto penale la teoria differenziale di stampo civilistico, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 702.

<sup>366</sup> V. le critiche rivolte a Kaufmann e al criterio della *Wertminderung*; per tutti, v. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 427; ANDROULAKIS, *Studien*, cit., 67; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 131.

li ipotetici si leghi strettamente alla definizione del concetto di evento, nonché – più in generale – ad una concezione normativa della causalità.

Nel diritto civile il passaggio da una visione prettamente *causalista* ad una concezione *valorativa* è avvenuto precocemente e vigono oggi i principi generali della compensazione del danno e del divieto di arricchimento senza giusta causa, nonché un concetto univoco e chiaro di evento-danno (laddove, per contro, nel diritto penale il concetto di evento è tuttora ambiguo: prevale la concezione naturalistica e la sua funzione nell'ambito della imputazione è ancora poco esplorata). In questo quadro, non è privo di interesse il fatto che nel diritto civile si sia affermata, da un lato, la chiara distinzione tra causalità materiale (di fatto) e causalità giuridica e, dall'altro, la tendenza a valorizzare le cause alternative ipotetiche non soltanto sul piano della quantificazione del danno, ma sul piano della *imputazione* del danno. Sotto questo profilo, appare centrale l'influenza che la considerazione dei decorsi ipotetici esercita specialmente sul secondo termine della relazione causale, cioè sul concetto di danno (risarcibile), con le evidenti implicazioni sul piano del principio della *effettività* del danno.

È significativo, inoltre, che il comportamento alternativo lecito venga assimilato alle cause ipotetiche ed applicato indifferentemente ai fatti dolosi e colposi e che anche nel diritto civile siano irrilevanti i decorsi ipotetici meramente congetturali (futuri) e le ipotetiche condotte illecite di terzi.

Non pare allora bizzarro intravedere una comune *ratio*, che presiede alla valutazione dei decorsi causali ipotetici e alla loro incidenza sul giudizio di responsabilità, *ratio* presente – in modo più o meno manifesto e consapevole – anche nelle argomentazioni della dottrina penalistica impegnata a definire le condizioni di equità e razionalità della attribuzione di un evento ad un soggetto ed a cogliere il reale disvalore del fatto nel quadro della fondamentale esigenza di offensività.

### 5.3. Cause ipotetiche e concause nella dottrina italiana

Abbiamo già accennato al fatto che la presenza di decorsi causali ipotetici solleva questioni che erano già note e dibattute dalla dottrina tradizionale in relazione alla disciplina delle concause, in particolare della c.d. “interruzione del nesso causale” a seguito dell'intervento di una causa sopravvenuta. Dall'esame della letteratura emerge che l'attenzione si è concentrata sullo studio di alcuni casi “esemplari”, già noti alla dottrina più risalente<sup>367</sup>.

<sup>367</sup> Prevale l'esempio relativo al ferito che muore durante il trasporto in ospedale o nel corso dell'incendio scoppiato nell'ospedale, caso già affrontato nel contesto dei lavori preparatori, in occasione dell'esame dell'art. 41; v. la *Relazione ministeriale sul progetto definitivo*, n. 58, nonché le osservazioni di Massari e Rocco nei *Lavori preparatori*, IV, parte II, 114 ss. Tra gli altri esempi citati: il ferito che muore per l'infezione dipendente dal trauma o per una complicanza post-operatoria; la vittima che utilizza l'arma abbandonata dall'agente per suicidarsi; la lesione riportata dal soccorritore nel tentativo di neutralizzare il pericolo cagionato dalla condotta dell'agente; l'incidente sul luogo di lavoro occorso al lavoratore imprudente; l'incidente automobilistico a catena ecc. Per un'am-

I temi divergono solo in apparenza e riflettono, a ben guardare, solo una differente prospettiva di indagine: da un lato, la prospettiva della causa ipotetica superata dalla causa reale; dall'altro, la prospettiva della causa reale che ha sostituito la causa preesistente facendola degradare a mera causa di riserva<sup>368</sup>.

«Dopo una causa che rimane “ipotetica”, interviene una causa autonoma ed effettivamente operante: l'uso della locuzione “causa ipotetica”, che corrisponde ad un modo di esprimersi ben consolidato nel linguaggio giuridico, è del tutto legittimo, e non si vede perché dovrebbe diventare illegittimo quando si parla di “concorso di cause»<sup>369</sup>.

La problematica del concorso di cause, in quanto mero aspetto del più generale accertamento della causalità (se partiamo dall'assunto che l'eziologia è sempre fenomeno multifattoriale e la condotta umana si inserisce sempre in un contesto causale determinato dalla presenza di più fattori causali), richiede un confronto con il tema della rilevanza dei decorsi causali ipotetici. Per affermare che una *causa* sia tale occorre verificare, sulla base della formula della *c.s.q.n.* e del procedimento di eliminazione mentale, se l'evento sarebbe venuto meno e se erano presenti (*con*)cause da sole sufficienti a produrlo. In presenza di una pluralità di concause (simultanee, concomitanti o sopravvenute) l'accertamento della causa dell'evento richiede che si risolva la questione circa il loro ruolo effettivamente concausale o alternativo (sostitutivo)<sup>370</sup>.

Ricordiamo che il problema della “ridondanza causale” può manifestarsi nelle forme della *sovradeterminazione* (causalità doppia o addizionale)<sup>371</sup>, in cui due (o più) condotte da sole sufficienti non risultano però necessarie (come nell'esempio del plotone di esecuzione e delle due dosi mortali di veleno), e del *sopravanzamento* (causalità sorpassante; *überholende Kausalität*), in cui una causa inibisce l'altra, impedendole di andare ad effetto (come nell'esempio della vittima avvelenata da un primo agen-

pia rassegna, v. RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936, 196 ss.; 285 ss.; BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Milano, 1954, 49 ss.; DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975, 209 ss. Forniscono una panoramica sui recenti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 645 ss. e 1063 ss.; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 340 ss. Premesso che nella letteratura tedesca la problematica viene affrontata prevalentemente nell'ambito della imputazione oggettiva, si veda, per una corrispondente rassegna dei casi esaminati in letteratura e giurisprudenza, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 303 ss.; PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 138 ss.; NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, cit., 20 ss.

<sup>368</sup> Il caso della vittima che muore nell'incendio dell'ospedale si presta ad essere esaminato da un duplice angolo visuale: per un verso, dal punto di vista dell'aggressore, al quale imputare o meno la morte della vittima nell'incendio sopravvenuto all'interno dell'ospedale; per l'altro, dal punto di vista dell'autore dell'incendio, al quale imputare o meno la morte della vittima che sarebbe comunque deceduta a causa delle ferite riportate.

<sup>369</sup> STELLA, *La nozione*, cit., 1264, il quale conseguentemente equipara causa sopravvenuta e causa sorpassante.

<sup>370</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. cap. IV, par. 3.1.4.

<sup>371</sup> Nella dottrina tedesca si usa parlare di *überbedingte* o *überbestimmte Erfolge* (nonché di *alternative Konkurrenz*) quando l'evento può essere ricondotto a due distinte circostanze, che sono da sole sufficienti a determinare l'evento (v. *Aufzugfall*).

te e uccisa con un colpo d'arma da fuoco da un secondo agente prima che il veleno faccia effetto, o nell'esempio del ferito che muore in un incidente durante il trasporto in ospedale)<sup>372</sup>.

Va ricordato altresì che non è sempre facile distinguere causalità sorpassante e causalità addizionale, dovendosi verificare se il decorso originario (che potrebbe essere soltanto apparentemente sorpassato) abbia cagionato o meno il decorso ulteriore sorpassante (ipotesi di "causazione mediata"). A questo proposito, in dottrina è prevista la distinzione tra *serie apparentemente indipendente* (quando alla condotta sopravviene un fatto che non è collegato causalmente ad essa, ma la condotta precedente rimane un elemento senza il quale l'evento, nella sua forma concreta, non si sarebbe verificato; v. ad es. il cacciatore che lascia incustodito un fucile in un cortile dove giocano dei ragazzi) e *serie realmente autonoma* (quando la condotta era diretta all'evento, ma questo si è verificato per un fatto sopravvenuto e si sarebbe verificato allo stesso modo anche senza quell'azione; v. ad es. l'avvelenato che viene ucciso con un colpo d'arma da fuoco da un terzo). Nel primo caso si avrebbe imputazione congiunta a tutte le concause (sia quelle determinanti sia quelle mediatrici), nel secondo si avrebbe imputazione esclusiva in capo ad una sola causa<sup>373</sup>.

Va sottolineato, a scanso di equivoci, che l'art. 41 c.p. si riferisce sempre e soltanto a *cause reali*, nel senso di realmente esistenti ed operanti congiuntamente alla condotta dell'agente o in alternativa ad essa, anche se rimaste prive di effetto perché neutralizzate da una causa sopravvenuta (condizioni dunque già "*angelegt*" e "*vorhanden*", secondo la segnalata terminologia tedesca; "cause di riserva", secondo la nostra opzione terminologica). L'art. 41 c.p. non concerne, per contro, le mere "*ipotesi causali*" non dimostrate, ossia le cause *presunte* e le ricostruzioni causali dubbie<sup>374</sup>. L'impossibilità di provare l'efficienza causale di una circostanza o la stessa esistenza di un fattore causale alternativo rispetto all'evento concreto si traduce di fatto nel dubbio sulla eziologia dell'evento, precludendo l'imputazione dell'evento.

Non interessa in questa sede ripercorrere l'evoluzione del lungo dibattito in tema di concorso di cause; basterà qualche osservazione utile, da un lato, a dimostrare come anche la problematica delle concause dipenda strettamente dalla funzione attribuita

<sup>372</sup> V. *supra*, cap. I, par. 1.2.

<sup>373</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 162 ss.; VANNINI, *Ancora sul problema*, cit., 1335. Analogamente, CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 308 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 13.07.2011, n. 34379; Cass., 24.11.2010, n. 43477; Cass., 18.02.2010, n. 11212; Cass., 6.11.2009, n. 43966; Cass., 23.03.2007, n. 21588; Cass., 4.10.2006, n. 41943.

<sup>374</sup> Cfr. Cass., 20.12.2008, n. 10789, la quale ha sottolineato che «qualora si prospettino una pluralità di possibili cause di un determinato evento, nella sua valutazione il giudice del merito dovrà discernere quali siano quelle che costituiscono mere ipotesi, da quelle invece che si prospettano come probabili cause in quanto ancorate ad elementi di fatto, emergenti dagli atti del processo. Una mera ipotesi che appartiene al novero del solo astrattamente possibile non è idonea, di per sé, a togliere rilievo a fatti diversi storicamente accertati che esplicano i loro effetti non più nella sfera dell'astrattamente possibile, ma in quella del concretamente probabile»; nello stesso senso, v. Cass., 22.09.2011, n. 47474.

alla formula della *c.s.q.n.* e dalla considerazione dei decorsi ipotetici e, dall'altro, a mettere in evidenza il ruolo significativo oggi attribuito all'art. 41 cpv. da parte della dottrina contemporanea, che ravvisa in esso il fondamentale aggancio sistematico per l'utilizzo di criteri normativi di limitazione della imputazione causale<sup>375</sup>. Specialmente i casi di causalità sorpassante (soprattutto in presenza di *Ersatztüter*) assumono rilevanza nell'ambito della moderna teoria della imputazione oggettiva dell'evento sotto il profilo della sostituzione o modificazione del rischio iniziale<sup>376</sup>.

La letteratura meno recente utilizzava l'ambiguo concetto di "interruzione del nesso causale" per indicare i casi in cui il decorso causale, innescato dalla condotta dell'agente, veniva successivamente interrotto ad opera di nuovi fattori, condizionanti in modo autonomo la produzione dell'evento lesivo<sup>377</sup>. In realtà, come già chiarito, l'espressione impropria si riferisce alla effettiva *sostituzione* dell'agente condizionante originario, fenomeno che dà luogo alla causalità sorpassante<sup>378</sup>. Ciò che può essere interrotto è dunque soltanto una *aspettativa* rispetto ad un decorso causale previsto o, come scrive *Antolisei*, «uno sviluppo che, se fosse giunto al termine, si sarebbe presentato come nesso causale»<sup>379</sup>.

Nell'ambito della impostazione che individuava nell'art. 41 cpv. la mera conferma del principio condizionalistico già affermato dal legislatore nell'articolo precedente, l'intervento di un fattore esterno successivamente alla conclusione della condotta dell'agente veniva esaminato sotto l'aspetto della sua idoneità ad avviare una serie causale del tutto autonoma e indipendente da quella dell'agente<sup>380</sup>. Lo schema interpre-

<sup>375</sup> V., in particolare ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*, cit., 135; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 45; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 246 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 375; ID., *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 664 ss.; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 657 ss.; RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir.pen.proc.*, 2008, 825; PAGLIARO, *Principi*, cit. 373 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 374 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 253; Diversamente, di recente, VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 340 ss.

<sup>376</sup> Cap. III, par. 3.6.

<sup>377</sup> BATTAGLINI, *L'interruzione*, cit., *passim*; DALIA, *Le cause sopravvenute*, cit., *passim*; GIULIANI-BALESTRINO, *La cosiddetta interruzione del rapporto causale come fatto normativo*, in *Studi in onore di Dell'Andro*, Bari, 1994, 397 ss.; v. ancora CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 282 ss.; RONCO, *Interruzione*, cit., 825; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 349 ss. Nella dottrina tedesca, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 284; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 363; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 50; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 61; da ultimo, LING, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 1996.

<sup>378</sup> In questi termini, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 304. Nella dottrina italiana antica ricorrevano le espressioni «nuova serie causale che si sostituisce alla prima», «processo derivativo del tutto distinto», «efficacia causale esclusiva»; per i riferimenti essenziali, v. ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 162 ss. Parla di «interposizione interruttiva» della condotta di un terzo, CORNACCHIA, *op.ult.cit.*, 275 ss.

<sup>379</sup> ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, 193, nt. 1.

<sup>380</sup> Per questa interpretazione restrittiva dell'art. 41, cpv., v. AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità in diritto penale*, Milano, 1954, 144; CURATOLA, *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale. Contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa*, Milano, 1955, 124 ss.; VANNINI, *Ancora sul problema*, cit., 1335; SPASARI, *L'omissione*, cit., 161; SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc.dir.*, VI, Milano, 1960, 642; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Parte generale, 4. ed., Torino, 1967, 372 ss.; più recentemente, anche,

tativo di riferimento era dunque costituito dal procedimento di eliminazione mentale proprio della *c.s.q.n.* In base a questa interpretazione dell'art. 41 cpv. la causa sopravvenuta esclude il nesso di causalità solo quando l'evento si sarebbe verificato ugualmente, anche in assenza della condotta dell'agente, e l'unica ipotesi di vera "interruzione del nesso causale" si avrebbe dunque nei già citati casi di causalità sorpassante (v. il classico esempio della persona avvelenata che muore colpita da un fulmine prima che il veleno faccia effetto)<sup>381</sup>. All'art. 41 cpv. viene così attribuita la funzione di verificare le ipotesi in cui la condotta cessa di essere una condizione necessaria: «Se consta la riconducibilità dell'evento ad una condizione cronologicamente successiva, questa getta retrospettivamente luce sulla "non necessità" della *conditio* umana alla verificazione dell'evento e la sospinge, quindi, *nel buio* del penalmente irrilevante»<sup>382</sup>.

Come noto, tale interpretazione pur conforme ai *Lavori preparatori* e in linea con l'art. 40<sup>383</sup>, è stata accusata di risolversi di fatto in una *interpretatio abrogans* dell'art. 41, cpv., poiché in caso di intervento di una serie causale autonoma il rapporto di causalità andrebbe escluso già sulla base dell'art. 40<sup>384</sup>.

Secondo un diverso orientamento, alla norma andrebbe attribuita una funzione specifica all'interno della disciplina della causalità prevista dal legislatore: la selezione tra tutte le condizioni dell'evento delle sole condotte penalmente rilevanti secondo un giudizio di natura normativa<sup>385</sup>. Rientra in questo secondo filone l'impostazione che

STELLA, *La nozione*, cit., 1266 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 199; MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind.pen.*, 1998, 881 s.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 684. In giurisprudenza fanno riferimento alla serie causale del tutto autonoma rispetto alla condotta dell'agente, Cass. 6.03.1990, n. 3197; Cass. 24.4.1990, n. 5923; Cass. 28.01.1997, n. 578; Cass., 25.02.2009, n. 21513; Cass., 6.11.2009, n. 43966; Cass., 26.01.2010, n. 11954; Cass., 26.01.2011, n. 15220; Cass., 13.01.2011, n. 17442.

<sup>381</sup> Sostanzialmente analoga a quella della dottrina dominante italiana è l'impostazione della dottrina e della giurisprudenza in Germania. In particolare, si afferma costantemente che il nesso di causalità tra la condotta e l'evento è escluso o interrotto ("*abgebrochen*") solamente quando un fatto successivo indipendente dalla condotta dell'agente apra una nuova catena causale che conduce da sola all'evento (c.d. causalità "sorpassante" o *überbolende Kausalität*). Cfr., per tutti, LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 175 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 50; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 63 ss. Nella manualistica, v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 304 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 281 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 190 ss.

<sup>382</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 686.

<sup>383</sup> Come ricorda ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 173, nt. 1, *Rocco* spiegò durante i lavori preparatori che «se la causa sopravvenuta e indipendente è non solo necessaria, ma sufficiente a produrre l'evento, vuol dire che l'altra, cioè l'azione umana preesistente, non ha valore causale, che non c'è rapporto di causalità fra l'azione e l'evento, in quanto di per sé l'azione non era necessaria». L'impostazione è comunque seguita dalla giurisprudenza attuale, la quale esclude il nesso causale soltanto in presenza di cause del tutto indipendenti, cioè del tutto svincolate ed autonome rispetto alla condotta dell'agente; v. sentenze citate nella nota 387.

<sup>384</sup> Per tutti, v. ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, 163; ROMANO, *Commentario*, cit., 397; DONINI, *Illecito*, cit., 296; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 29 ss. Critica in questo senso, Cass., 29.04.2009, n. 26020.

<sup>385</sup> Così, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, 16. ed., Milano, 2003, 245 ss.; DALIA, *Le cause sopravvenute*, cit., 121 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 370; FIANDACA, *Causalità*, cit., 129; RONCO, *Interruzione*, cit., 825; nella manualistica più recente, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 253 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 373 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 152 ss. V. in precedenza l'orientamento che svi-

esclude il nesso causale qualora la causa sopravvenuta assuma i caratteri di eccezionalità rispetto all'*id quod plerumque accidit*. Il criterio, elaborato, come noto, da *Antolisei* nell'ambito della sua teoria della causalità umana, identificava la causa da sola sufficiente a produrre l'evento e idonea ad escludere l'imputazione nel fattore eccezionale. Questo, a sua volta, era definito come fattore che «al momento dell'azione presentava una probabilità minima, trascurabile di verificarsi»<sup>386</sup>. Secondo questa ricostruzione, «quando sopravviene un fatto di questo genere l'evento non può ritenersi opera del soggetto e nei suoi confronti costituisce una mera fatalità. Dovendo il risultato attribuirsi esclusivamente a forze estranee all'uomo, in questo senso speciale non è del tutto improprio dire che tali forze lo hanno determinato da sole»<sup>387</sup>.

Allo stato attuale dottrina e giurisprudenza sono orientate nel senso di attribuire l'effetto di escludere il nesso di causalità a quelle cause sopravvenute che presentino un carattere di eccezionalità e imprevedibilità, nonché l'idoneità ad innescare un processo causale del tutto nuovo ed autonomo rispetto a quello avviato dall'agente. In altre parole, la causa sopravvenuta può ritenersi sufficiente da sola a produrre l'evento, quando la condotta ha costituito soltanto l'*occasione* per il suo manifestarsi<sup>388</sup>.

luppava conseguentemente la riflessione sulla adeguatezza *ex ante* della condotta a cagionare l'evento e sulla prevedibilità oggettiva dell'evento al momento della condotta; RANIERI, *La causalità*, cit., 237 ss. e 286 ss.; MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, 3. ed., Bologna, 1939, 237; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 10. ed., Padova, 1978, 277 ss.; BATTAGLINI, *L'interruzione*, cit., 47.

<sup>386</sup> ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, 220. Per un orientamento affine, che esclude la causalità in presenza di decorsi causali estremamente rari e improbabili sulla base dell'argomentazione che in questi casi viene a mancare una "causa in senso normativo" (*Ursache im Rechtssinne*), nella dottrina tedesca contemporanea, v. HILGENDORF, *Der "gesetzmäßige Zusammenhang" im Sinne der modernen Kausallehre*, in *Jura*, 1995, 521; anche BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht*, cit., § 14, n. 45; BOCKELMANN, VOLK, *Strafrecht*, AT, 4. ed., München, 1987, 64 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit. 113; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 107; PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 228; similmente, da noi, DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass.pen.*, 2003, 3815. Da prospettiva radicalmente opposta, intendendo il concetto di "eccezionalità" in rapporto a generalizzazioni nomologiche e ricostruendo un concetto naturalistico-scientifico di causa, v. da ultimo, VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 375 ss., per il quale la causa sopravvenuta è quella "eccezionale" in quanto «non riconducibile ad una regolarità causale espressa da leggi scientifiche»; similmente, in precedenza già PALAZZO, *Corso*, cit., 275.

<sup>387</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 220. Soprattutto la giurisprudenza ha nel tempo dimostrato di apprezzare il criterio, ampiamente utilizzato in virtù della particolare elasticità e ambiguità del concetto di "eccezionalità". Per questa critica rivolta al criterio, v. per tutti, ROMANO, *Commentario*, cit., 372; FIANDACA, *Causalità*, cit., 126; STELLA, *La nozione*, cit., 1261 ss. La giurisprudenza ricorre costantemente a questa impostazione; v. tra le tante, Cass., 19.12.1955, in *Giust.pen.*, 1956, II, 593; Cass., 2.01.1965, *ivi*, 1965, II, 530; Cass., 5.11.1971, in *Giurisprudenza di merito*, 1982, 1253 ss.; Cass., 15.11.1979, in *Riv. pen.*, 1980, 523; Cass., 26.09.1989, *ivi*, 1990, 988; Cass. 4.05.1990, in *Cass.pen.*, 1992, 1514; Cass., 22.10.1998, n. 11024; Cass., 9.08.2002, in *Dir.pen.proc.*, 2002, 1205; Cass., 19.06.2006, n. 12224; Cass., 10.07.2008, n. 32424; Cass., 25.09.2009, n. 42502; Cass., 13.07.2011, n. 34379; con specifico riferimento al concorso del comportamento abnorme ed eccezionale del lavoratore, Cass., 29.04.2011, n. 23309, Cipiccia; Cass., 6.11.2009, n. 43966; Cass., 28.04.2011, n. 23292; Cass., 10.11.2009, n. 7267.

<sup>388</sup> In questi termini, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 253 ss.; M. GALLO, *Appunti*, cit., 123; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 199; ROMANO, *Commentario*, cit., 367 ss.

Una parte della dottrina ritiene, invece, di dover assegnare all'art. 41 cpv. la funzione di criterio di selezione ulteriore rispetto alla causalità per determinare i «rischi obiettivamente ascrivibili al soggetto agente, e quelli ascrivibili, invece, a terzi, alla vittima, o al caso» e, più specificamente, «la competenza per i rischi realizzatisi o intervenuti *ex post*»<sup>389</sup>. Le cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento e in grado di escludere l'imputazione all'agente sono quelle che, pur condizionando l'evento concreto, introducono nel contesto un fattore di rischio nuovo o diverso, prima inesistente<sup>390</sup> o che approfondiscono il rischio<sup>391</sup>. Questa interpretazione potrebbe peraltro spiegare la ragione per cui la disciplina eccezionale dell'art. 41 cpv. sia limitata alle cause sopravvenute in una prospettiva *ex post*: solo le cause sopravvenute in un momento successivo sono in grado di sostituire o modificare un rischio.

L'impostazione si rivela particolarmente interessante dal nostro punto di vista, perché il ricorso ad un criterio basato sui concetti di “introduzione di un nuovo rischio”, “sostituzione”, “modificazione” o “approfondimento” di un rischio preesistente implica il necessario riferimento ai decorsi causali ipotetici e si concretizza nel confronto tra decorso reale (sopravvenuto) e decorso ipotetico (sorpasato)<sup>392</sup>; esso inoltre presuppone il riferimento ad un concetto “astratto” e categoriale di evento, quale secondo termine della relazione di imputazione.

Adottando siffatto parametro di natura normativo-valutativa, la dottrina dovrebbe tuttavia riconoscere che anche le cause *preesistenti e simultanee*, se da sole sufficienti, dovrebbero escludere il nesso di imputazione<sup>393</sup>. Se, infatti, è possibile differenziare le condizioni, benché senza dubbio *tutte* causali rispetto all'evento *hic et nunc*, in base ad un criterio normativo di “rilevanza” o “prevalenza” o “esclusività causale”, non è legittimo circoscrivere tale giudizio alle sole circostanze sopravvenute.

Senza contare che le stesse ragioni che inducono la dottrina a negare che condizioni preesistenti o concomitanti possano escludere il nesso tra la condotta dell'agente e l'evento hanno carattere *normativo*: dal timore che il colpevole possa strumenta-

<sup>389</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 78; anche ID., *Illecito*, cit., 375; ROMANO, *Commentario*, cit., 370; PAGLIARO, *Principi*, cit., 373 ss.; RONCO, *Interruzione*, cit., 825.

<sup>390</sup> MILITELLO, *Rischio*, cit., 248; DONINI, *Illecito*, cit., 373; LICCI, *Teorie causali*, cit., 400; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 85; RONCO, *Interruzione*, cit., 825; PERINI, *Il concetto*, cit., 122. Cfr. Cass., 23.03.2007, n. 21588 («L'effetto interruttivo può essere seriamente ipotizzato solo quando il secondo errore crea un rischio prima inesistente, o conduce improvvisamente il rischio originario a conseguenze esorbitanti»); Cass., 18.02.2010, n. 11212.

<sup>391</sup> PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1053; già PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 804, nt. 38.

<sup>392</sup> Si ricordi la distinzione risalente a Wolff e aggiornata da Jakobs, cui abbiamo accennato *supra*, cap. I, par. 2.5.

<sup>393</sup> Intendono il principio stabilito dal cpv. applicabile anche alle concause preesistenti e concomitanti, ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 251; ID., *Manuale*, cit., 221; MILITELLO, *Rischio*, cit., 250; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 183; problematicamente, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 152. *Contra*, ROMANO, *Commentario*, cit., 373; FIANDACA, *Causalità*, cit., 130; DONINI, *Illecito*, cit., 377; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 83; quest'ultimo facendo leva, in particolare, sull'argomento che le concause antecedenti o concomitanti, diversamente da quelle sopravvenute, sono astrattamente conoscibili; da ultimo, VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 374.



lizzare circostanze atipiche ed eccezionali (a lui note) per provocare l'evento<sup>394</sup>, all'esigenza politico-criminale di tutelare i soggetti particolarmente vulnerabili per costituzione (emofilia, fragilità ossea ecc.), secondo il principio per cui l'agente "*takes his victim as in fact is*"<sup>395</sup>.

In verità, da un punto di vista ontologico le condizioni antecedenti e concomitanti non appaiono affatto diverse da quelle sopravvenute e la distinzione si rivela secondaria se si considera che la condotta umana si inserisce sempre in un flusso dinamico di accadimenti, interagendo con molteplici condizioni, la cui qualificazione (preesistente, concomitante, successiva, positiva, negativa) dipende dal punto di vista e dalle finalità perseguite dall'osservatore<sup>396</sup>.

A fronte dell'art. 41, co. 1, c.p. che – in prospettiva coerentemente condizionalistica – afferma l'irrelevanza di tutte le condizioni (preesistenti, simultanee o sopravvenute) che si accompagnano alla condotta umana, in quanto costitutive del contesto causale nel quale questa si inserisce, il secondo comma precisa un criterio di selezione *dalla sola prospettiva della causa sopravvenuta*, posto che questa può consistere sia nella condotta dell'agente sia in una concausa naturale o nel fatto di un terzo ed è quindi superfluo ribadire la sua validità anche per le cause che da essa risultino "soppassate". In altri termini: il fatto che la causa sopravvenuta *sia* da sola sufficiente a determinare l'evento non significa altro se non che la causa preesistente o simultanea non lo è; e, viceversa, il fatto che la causa sopravvenuta *non sia* da sola sufficiente a determinare l'evento significa che lo è la causa preesistente o simultanea (o che tutt'al più si configura un fenomeno di concausalità di cui al primo comma).

Il punto è stabilire le condizioni in presenza delle quali è possibile affermare che una causa è da sola sufficiente a determinare l'evento ovvero accertare la presenza di una causa alternativa che priva la condotta dell'agente del suo carattere di condizione necessaria.

Certamente le cause sopravvenute, proprio perché intervengono *dopo* che l'agente ha posto la sua condizione per la verifica dell'evento, si pongono con più evidenza quali fattori di "interruzione" e "interferenza" del decorso causale e inducono l'osservatore a mettere più facilmente in dubbio la permanenza del nesso tra la condotta dell'agente e l'evento, anche in considerazione del fatto che questi non è materialmente più in grado di dominare il decorso causale né di modificarne l'esito. Tuttavia, in prospettiva normativa, anche un fattore causale preesistente o concomitante è in grado di "neutralizzare" la possibilità per un agente sopravvenuto di introdurre un nuovo fattore di rischio o di sostituire o modificare il rischio esistente.

<sup>394</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 115.

<sup>395</sup> DALIA, *Le cause sopravvenute*, cit., 44; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 43; ROMANO, *Commentario*, cit., 373; DONINI, *Illecito*, cit., 376.

<sup>396</sup> Cfr. TRIMARCHI, *op.ult.cit.*, 114; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 673 s.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 373 s.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 237 s.

Se l'elemento decisivo è dato dalla valutazione (*ex post*) del tipo di rischio e della sua entità, non si comprende perché una causa preesistente che abbia determinato un rischio già "perfettamente condizionato" – per utilizzare l'espressione di *Jakobs* – non possa escludere l'imputazione dell'evento al soggetto che sia intervenuto in un momento successivo, quando ormai la sua condotta non era più in grado di incidere in alcun modo sulle condizioni del bene giuridico (si pensi alla malattia congenita della vittima, come nel caso della novocaina o del dentista; alla particolare aggressività del tumore nel caso di omessa diagnosi; alla pregressa esposizione ad amianto del lavoratore in caso di patologia dose-indipendente)<sup>397</sup>. È di tutta evidenza, infatti, che «anche il fattore preesistente e concomitante può a ben vedere aggravare la potenzialità offensiva dell'azione, se il riferimento al rischio da questa creato è operato rispetto alla globale situazione di esposizione del bene tutelato a possibili offese»<sup>398</sup>.

Una volta abbandonato il piano strettamente causale, il criterio normativo prescelto (soprattutto se rappresentato da un criterio riferito al rischio che si realizza nell'evento) deve risultare applicabile a prescindere dalla qualificazione della condotta come causa preesistente, concomitante o sopravvenuta rispetto alle altre condizioni dell'evento, posto che tale qualificazione non deve essere influenzata dal fatto che si osservi lo svolgimento causale dalla prospettiva dell'agente piuttosto che di un altro fattore causale, magari naturale o riferibile alla condotta di un terzo. L'esito del confronto tra rischio attivato dall'agente e rischio connaturato ad altri fattori causali non può variare a seconda della prospettiva adottata, ora quella dell'agente ora quella della concausa, ora quella della causa sorpassata ora quella della causa sorpassante.

L'evoluzione della riflessione intorno al significato dell'art. 41 cpv. ha indotto la dottrina a metterne in luce la funzione correttiva rispetto agli esiti del giudizio di equivalenza delle condizioni e a manifestare l'esigenza di adottare un parametro valutativo nel procedimento di imputazione. Non si tratta tanto di individuare – sul piano probatorio – la/e condotta/e che hanno effettivamente condizionato l'evento *hic et nunc*, quanto di risolvere un problema di carattere normativo. La questione non concerne più l'accertamento della causalità, ma l'eventuale esclusione della imputazione dell'evento sulla base del rilievo che l'evento si sarebbe verificato ugualmente per un'altra causa alternativa di riserva. Come è stato osservato, è possibile che una condizione assuma un ruolo del tutto preponderante che la renda significativa a tal punto da farla ritenere da sola sufficiente a produrre l'evento, anche se non lo è realmente da un punto di vista materiale-condizionalistico<sup>399</sup>.

Tale affermazione scaturisce dalla convinzione che il legislatore abbia tratteggiato

<sup>397</sup> V. l'impostazione di *JAKOBS*, *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss. e *Strafrecht*, cit., 230; cfr., da noi, *MILITELLO*, *Rischio*, cit., 250. Ampiamente anche *SANCINETTI*, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 691 ss.; *ID.*, *Son irrelevantes*, cit., 1604 ss.

<sup>398</sup> *MILITELLO*, *loc.ult.cit.*

<sup>399</sup> *BLAIOTTA*, *Causalità*, cit., 21.

to un quadro unitario e coerente di imputazione dell'evento, rappresentato dagli artt. 40 e 41 c.p. (nonché, per certi aspetti, dall'art. 45 c.p.), tutti indicativi dell'esigenza di fondare l'imputazione dell'evento su un principio di evitabilità-impedibilità-dominabilità<sup>400</sup>.

Possiamo sin d'ora rilevare che risulta decisivo il procedimento di selezione delle cause, volto a separare le *concause* dalle *cause alternative reali* e da quelle meramente *ipotetiche*, che tenga conto del concetto di causa penalmente rilevante (quindi normativo) delineato dal nostro ordinamento positivo: quello di condizione necessaria sulla base di un giudizio ipotetico controfattuale (ancorché basato su leggi scientifiche di natura empirica) e contestualizzato (procedimento di esclusione)<sup>401</sup>.

#### 5.4. La transizione dalla causalità alla imputazione oggettiva

Anche il rapido cenno alle soluzioni adottate nel diritto civile e la sintetica rassegna degli orientamenti in tema di concorso di cause confermano l'opinione che il divieto di considerare i decorsi ipotetici, pur costituendo un principio unanimemente accolto e strenuamente difeso, è destinato a subire un progressivo indebolimento con la diffusione di un approccio normativo al problema causale (esso viene relativizzato e ridimensionato specialmente sul piano della imputazione oggettiva). Questa tendenza ha condotto ad una moltiplicazione delle questioni e portato alla luce la loro notevole complessità, ostacolando un chiaro inquadramento sistematico.

La frattura è a nostro avviso solo apparente, se consideriamo che la stessa dottrina tradizionale opera di fatto con un concetto di causalità ben più normativo di quanto non sia disposta ad ammettere. Il fatto che il tema dei decorsi ipotetici venga discusso sul piano della causalità rende semplicemente più incerto e problematico il concetto stesso di causalità.

Vedremo nel prossimo capitolo che la confusione intorno alla collocazione sistematica della questione è ancora lontana da una soluzione. La dottrina tedesca ha trattato la problematica in tutti e tre gli ambiti del *Deliktsaufbau*: tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. Mentre in origine la tendenza era nel senso di attribuire rilevanza ai decorsi ipotetici sul piano della causalità o della colpevolezza, in seguito la dottrina ha incominciato ad interrogarsi sulla presenza di un particolare nesso tra condotta ed evento (inteso diversamente come *Rechtswidrigkeitszusammenhang*, *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, *Schutzzweckzusammenhang* o *Risikozusammenhang*).

Tale peculiare evoluzione è stata certamente influenzata dal fatto che la questione della rilevanza dei decorsi ipotetici fu posta inizialmente quasi esclusivamente nell'ambito del reato colposo, in relazione al ruolo del comportamento alternativo lecito ai fini della imputazione dell'evento.

<sup>400</sup> In questo senso, chiaramente, LICCI, *Teorie causali*, cit., 427 ss.

<sup>401</sup> In merito, v. cap. IV, par. 3.

<sup>402</sup> Per tale analisi, v. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 412.

Dal dibattito sortito intorno alla già citata casistica fondamentale (*Radfahrerfall*, *Novokainfall*, *Apothekerfall*, *Ziegenbaarfall*), protrattosi per numerosi decenni e ancora attuale, sono emerse tre questioni principali – la rilevanza dei decorsi causali ipotetici; la distinzione tra agire ed omettere; l'esigenza di un particolare nesso tra colpa ed evento<sup>402</sup> –, la cui stretta connessione è all'origine della confusione sistematica. Il tema si colloca nel punto nevralgico in cui si incontrano causalità, colpa e imputazione dell'evento e ciò spiega l'estrema complessità delle ricostruzioni dottrinali che tenteremo di esaminare.

## Capitolo III

### IL NESSO NORMATIVO TRA COLPA ED EVENTO

SOMMARIO: 1. L'origine della problematica nell'ambito dell'illecito colposo. - 1.1. I celebri casi esaminati dalla giurisprudenza tedesca. - 1.2. Le soluzioni proposte dalla più antica dottrina tedesca. - 1.2.1. Premessa. - 1.2.2. Soluzioni sul piano della tipicità *sub* causalità in senso stretto. - 1.2.3. Soluzioni sul piano della tipicità ma *non sub* causalità. - 1.2.4. Soluzioni sul piano della antigiuridicità. - 1.2.5. Soluzioni sul piano della colpevolezza. - 2. L'evoluzione del nesso normativo di illiceità (antidoverosità) tra colpa ed evento (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) nella dottrina contemporanea. - 2.1. La controversa legittimazione del nesso normativo tra colpa ed evento e il suo difficile inquadramento dogmatico. - 2.2. Realizzazione del rischio, scopo di protezione della norma, evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. Sovrapposizioni. - 2.3. Differenziazioni. Il ruolo autonomo del criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. - 3. Aspetti problematici della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nell'illecito colposo. - 3.1. Premessa. - 3.2. La dialettica tra evitabilità astratta (*ex ante*) e concreta (*ex post*). - 3.3. La determinazione del comportamento alternativo lecito. - 3.4. L'ipotetico fallimento della regola cautelare (del comportamento alternativo lecito). - 3.5. Le ragioni del fallimento della regola cautelare e della inevitabilità dell'evento. - 3.6. (*segue*) Evitabilità e intervento di fattori esterni. La concorrenza di rischi. - 4. Riflessioni conclusive.

#### 1. *L'origine della problematica nell'ambito dell'illecito colposo*

##### 1.1. *I celebri casi esaminati dalla giurisprudenza tedesca*

Sin dall'inizio la questione della rilevanza dei decorsi causali ipotetici è stata tematizzata prevalentemente nell'ambito del reato colposo, con specifico riferimento al ruolo del comportamento alternativo lecito ai fini dell'imputazione dell'evento: ci si chiede, infatti, in che modo e a quale livello della struttura dell'illecito colposo debba trovare riconoscimento la circostanza che l'evento, cagionato da una condotta antidoverosa, si sarebbe verificato (con certezza o mera possibilità) anche in presenza di una condotta osservante.

La problematica è stata esaminata per la prima volta dal *Reichsgericht* nel già citato *Apothekerfall* (caso del farmacista) del 1886<sup>1</sup> come conseguenza della applicazione della formula della *c.s.q.n.* ad un fatto omissivo. I giudici, ritenuta la condotta del far-

<sup>1</sup> RGSt 15, 151ss., cit., descritto *supra*, cap. II, par. 2.1.

macista di natura omissiva (perché assegnarono rilievo non al fatto che egli avesse illecitamente somministrato il farmaco al paziente, ma che avesse “omesso” di consultare il medico per ottenere l’autorizzazione a consegnare al paziente una nuova dose di farmaco), si chiesero se senza di essa, ovvero aggiungendo la condotta doverosa omessa, l’evento sarebbe venuto meno (sul presupposto che nell’omissione l’eliminazione mentale della condotta equivale alla “aggiunta” della ipotetica condotta doverosa omessa)<sup>2</sup>. Poiché non fu possibile escludere che la morte della vittima si sarebbe potuta verificare anche in caso di condotta lecita (perché il medico avrebbe con ogni probabilità rinnovato la prescrizione), i giudici negarono l’imputazione dell’evento e scagionarono il farmacista.

L’assunzione di una condotta omissiva nell’*Apothekerfall* ha di fatto oscurato il vero problema, impedendo al *Reichsgericht* di mettere a fuoco l’interrogativo centrale: se il comportamento alternativo lecito rilevi nel reato commissivo colposo. In ogni caso, l’errore di valutazione commesso dai giudici nel qualificare la condotta come omissiva piuttosto che come commissiva indusse la giurisprudenza successiva ad applicare il criterio del comportamento alternativo lecito – di per sé proprio della teoria dell’omissione – anche ai reati commissivi colposi. La questione assunse notevole importanza pratica e la *Unterlassungslösung* fu progressivamente abbandonata, perché costringeva a scomode assoluzioni nei casi in cui non vi era la certezza della evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito. In seguito, la giurisprudenza nei reati commissivi colposi fondò sempre l’imputazione dell’evento sulla prova della evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito<sup>3</sup>. Tale prassi corrispondeva, peraltro, alla concezione normativa della causalità già sostenuta nella giurisprudenza civilistica, ove i decorsi causali ipotetici erano considerati pacificamente rilevanti e la verifica dell’evento anche in caso di comportamento alternativo lecito comportava l’esclusione della responsabilità.

Nello *Ziegenhaarfall* del 1929<sup>4</sup> il *Reichsgericht* giunse ad una soluzione di compromesso: i giudici qualificarono la condotta come commissiva (l’aver consegnato peli di capra non disinfettati alle lavoratrici), probabilmente allo scopo di pervenire alla imputazione dell’evento; del resto, in caso di condotta omissiva l’affermazione del nesso di causalità avrebbe richiesto la prova della sicura o molto probabile evitabilità dell’evento mediante la condotta doverosa omessa e, in caso di incertezza, l’imputazione dell’evento avrebbe dovuto essere esclusa<sup>5</sup> (questa era stata peraltro la conclu-

<sup>2</sup> Condivide la qualificazione della condotta come omissiva, MEZGER, *Strafrecht*, 3. ed., cit., 116, nt. 21; *contra*, ritenendo si tratti di azione, SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 50 ss., WESSELS, *Anm. zu BGH, Urt. 27.4.1966*, in *JZ*, 1967, 450; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 604; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 108.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 28.

<sup>4</sup> *RGSt* 63, 211 ss., citato e descritto *supra*, cap. II, par. 2.1.

<sup>5</sup> Per questo rilievo, ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 212. La qualificazione della condotta come attiva od omissiva era controversa: nel primo senso, oltre allo stesso *Reichsgericht*, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 64; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 604; nel secondo, MEZGER, *Strafrecht*, cit., 116, nt. 21; EB. SCHMIDT, *Der*

sione del giudice di prima istanza, che aveva esaminato le conseguenze del comportamento alternativo lecito nell'ambito della *c.s.q.n.* scagionando l'imputato<sup>6</sup>).

Pur inquadrando anche il *Reichsgericht* la questione della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nel contesto del giudizio controfattuale causale, esso considerò i requisiti di accertamento troppo stretti. Secondo la Corte, per escludere la causalità non era sufficiente la mera possibilità di verificazione dell'evento anche in caso di comportamento alternativo lecito, ma era necessaria la certezza o la probabilità confinante con la certezza della inevitabilità dell'evento. La Corte ammise quindi l'esistenza del nesso causale e condannò l'imputato.

L'importanza della sentenza relativa allo *Ziegenbaarfall* consiste nel fatto che i giudici, avendo accertato in una prima fase il nesso eziologico tra condotta commissiva ed evento, assicurarono il presupposto necessario per procedere ad un secondo giudizio volto, nel caso, ad escludere tale nesso sulla base della certezza o probabilità confinante con la certezza della inevitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, senza entrare in conflitto con la teoria condizionalistica. In altri termini: il *Reichsgericht*, applicando il criterio del comportamento alternativo lecito ai reati commissivi, riconobbe ad esso una funzione limitativa della imputazione dell'evento, ammettendo che l'imputato, pur avendo cagionato l'evento, potesse sottrarsi a responsabilità in considerazione di un decorso alternativo ipotetico (benché – in questa prima fase – soltanto provando la *certezza* della *inevitabilità* dell'evento). Nello *Ziegenbaarfall* il *Reichsgericht* effettuò dunque una sorta di *duplice* accertamento causale, il primo riferito alla condotta attiva e il secondo riferito alla stessa condotta considerata in forma omissiva.

Il medesimo criterio (certezza della inevitabilità dell'evento), peraltro già adottato nel precedente *Novokainfall* del 1926<sup>7</sup> (benché in quest'ultimo la questione fosse stata considerata rilevante sul piano della colpevolezza e non su quello della causalità), fu costantemente applicato dalla giurisprudenza successiva del *Reichsgericht*<sup>8</sup>.

L'esame delle pronunce più antiche rivela che la valutazione della causalità nel senso della teoria condizionalistica è strettamente legata, sin dalle origini, dalla distinzione tra azione ed omissione. La giurisprudenza tedesca non assunse tuttavia una posizione chiara al riguardo, qualificando ora la condotta come attiva, ora come omissiva, senza fornire spiegazioni e senza indicare o esplicitare un criterio distintivo tra agire ed omettere. A parità di situazione, infatti, il *Reichsgericht* aveva optato nello *Ziegenbaarfall* per l'azione e nell'*Apothekerfall* per l'omissione; il sospetto è che i giudici siano stati influenzati dalla valutazione della situazione complessiva e dal diverso

*Arzt*, cit., 79. Un'analogha controversia è sorta oggi intorno alla qualificazione della condotta di esposizione dei lavoratori all'amianto; v. *supra*, cap. II, par. 1.4.1. e 1.4.2.

<sup>6</sup> Analoga la decisione del RG nel precedente caso del *farmacista*.

<sup>7</sup> RG del 15.10.1926, citato e descritto *supra*, cap. II, par. 2.1.

<sup>8</sup> Per i riferimenti, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 32.

disvalore percepito: maggiore nel caso dell'imprenditore che, indifferente rispetto alle sorti delle sue operaie, consegnò loro peli infetti, minore nel caso del farmacista che volendo agevolare la madre del paziente consegnò con leggerezza il farmaco<sup>9</sup>.

Il BGH, nella fondamentale sentenza relativa al *Radfahrerfall* del 1957<sup>10</sup>, sviluppò ulteriormente la concezione normativa del nesso causale, consolidando il principio per cui l'affermazione della causalità esige anche nei reati commissivi la verifica che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento.

Anche in questa occasione i giudici partirono dal presupposto che la condotta dell'imputato (il sorpasso) fosse di natura commissiva, ma per affermare il nesso di causalità richiesero la prova ulteriore della certezza della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito. Per la Corte il criterio in precedenza utilizzato dal *Reichsgericht* – che al contrario esigeva la prova della *certezza della inevitabilità* dell'evento mediante comportamento alternativo lecito – si poneva in contrasto con il principio *in dubio pro reo*. Poiché nel caso concreto non fu possibile escludere che il ciclista sarebbe comunque caduto sotto le ruote del mezzo, il BGH negò l'imputazione dell'evento.

Mentre la giurisprudenza più antica richiedeva la certezza della inevitabilità dell'evento (determinando, di fatto, una piena inversione dell'onere probatorio), a partire dal *Radfahrerfall* i giudici si accontentano di un dubbio sulla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito. Ciò significa, in definitiva, che qualora il perito non sia in grado di escludere che l'evento si sarebbe verificato comunque, l'imputazione dell'evento viene negata in applicazione del principio *in dubio pro reo*.

La giurisprudenza tedesca successiva ha seguito, senza eccezioni, l'impostazione "causale" (*Kausalitätslösung*) del BGH che, sorta significativamente all'interno della dogmatica dell'omissione (in particolare, in occasione della sentenza relativa all'*Apothekerfall*, in cui la condotta dell'imputato fu erroneamente considerata ommissiva), conduce ad escludere il *nesso causale* quando l'evento si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito (*Vermeidbarkeitstheorie*)<sup>11</sup>.

L'unica spiegazione rimane quella fornita dallo stesso BGH nel *Radfahrerfall*: «Certamente la guida dell'imputato è stata condizione della morte del ciclista in senso meccanicistico-naturalistico. Ciò però non significa che la illiceità contenuta nella sua condotta (...) sia stata causale in senso penalmente rilevante per la verifica dell'omicidio ai sensi del § 222 StGB. Il diritto penale governato dal principio di colpevolezza non si accontenta di una connessione meramente naturalistica tra determinati avvenimenti per rispondere alla domanda relativa al rapporto tra causa ed evento.

<sup>9</sup> Sottolinea l'arbitrarietà della scelta, FIANDACA, *op.ult.cit.*, 108.

<sup>10</sup> BGHSt 11, 1, citato e descritto *supra*, cap. II, par. 2.1.

<sup>11</sup> Moltissime le sentenze sulla circolazione stradale; v. BGH, VRS 16, 432; BGH, VRS 20, 129; BGH, VRS 24, 205; BGH, VRS 27, 119; BGH, VRS 32, 37; per ulteriori riferimenti, v. ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 26 ss., e PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 76 ss.; EAD., NK, Vor §§ 13, n. 209 ss.



In una prospettiva che si occupa di valutare il comportamento umano, piuttosto, è essenziale verificare se la condizione sia stata rilevante per l'evento secondo parametri normativi. A questo scopo è decisivo come i fatti si sarebbero svolti se l'agente si fosse comportato in modo giuridicamente ineccepibile<sup>12</sup>. Pertanto, conclude il BGH, «una condotta illecita può considerarsi causale rispetto ad un evento lesivo soltanto quando sia certo che l'evento non si sarebbe verificato in caso di condotta conforme alle regole. Tuttavia, all'affermazione della causalità non si oppone la mera possibilità astratta del verificarsi di un medesimo evento; piuttosto, una tale possibilità deve consolidarsi sulla base di determinate circostanze, che vanno illustrate e valutate nella sentenza, in maniera tale da escludere ragionevolmente il convincimento della probabilità confinante con la certezza del contrario»<sup>13</sup>.

La sentenza del BGH sul *Radfahrerfall* evidenzia che la scelta di utilizzare come parametro di accertamento causale l'evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito può condurre a contraddizioni concettuali che spiegano il successivo insorgere della confusione tra causalità e colpevolezza<sup>14</sup>. È proprio il fatto che il BGH (come in precedenza il *Reichsgericht*) ritenesse esclusa la causalità a suscitare perplessità: l'evento sembra rimanere privo di spiegazione, privo di una causa, nonostante la condotta dell'agente lo abbia evidentemente cagionato.

In realtà, il BGH si riferiva indubbiamente ad una *Kausalität im Rechtssinne* (causalità giuridica o causalità in senso normativo) laddove affermava che «l'evento è colpevolmente causato soltanto quando è cagionato proprio da quella azione od omissione che fonda un rimprovero nei confronti dell'autore»<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> BGHSt, 11,1, in JZ, 1958, 281 (trad. nostra).

<sup>13</sup> «*Natürlich war die Fahrweise des Angeklagten eine Bedingung im mechanisch-naturwissenschaftlichen Sinn für den Tod des Radfahrers. Damit ist aber nicht gesagt, daß die in seinem Verhalten steckende Verkehrswidrigkeit (...) für die Herbeiführung des Tötungstatbestandes gemäß § 222 StGB im strafrechtlichen Sinne ursächlich war. Das vom Schuldgrundsatz beherrschte Strafrecht begnügt sich nicht mit einer rein naturwissenschaftlichen Verknüpfung bestimmter Ereignisse, um die Frage nach dem Verhältnis zwischen Ursache und Erfolg zu beantworten. Für eine das menschliche Verhalten wertende Betrachtungsweise ist vielmehr wesentlich, ob die Bedingung nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben für den Erfolg bedeutsam war. Dafür ist entscheidend, wie das Geschehen abgelaufen wäre, wenn der Täter sich rechtlich einwandfrei verhalten hätte.*». «*Als ursächlich für einen schädlichen Erfolg darf ein verkehrswidriges Verhalten nur dann angenommen werden, wenn sicher ist, daß es bei verkehrsgerechtem Verhalten nicht zu dem Erfolg gekommen wäre. Allerdings steht der Bejahung der Ursächlichkeit die bloße gedankliche Möglichkeit eines gleichen Erfolgs nicht entgegen; vielmehr muß sich eine solche Möglichkeit auf Grund bestimmter Tatsachen, die im Urteil mitzuteilen und zu würdigen sind, so verdichten, daß sie die Überzeugung von der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit des Gegenteils vernünftigerweise ausschließt*» (trad. nostra).

<sup>14</sup> La motivazione del BGH nel *Radfahrerfall* risulta oscura e contraddittoria soprattutto perché sovrappone condotta illecita (*verkehrswidrig*) e condotta colposa (*schuldig*); al riguardo, le osservazioni critiche di LAMPE, *Täterschaft*, cit., 592.

<sup>15</sup> BGHSt 11, 1 («*Der Erfolg ist nur dann schuldig verursacht, wenn er gerade durch dasjenige Tun oder Unterlassen herbeigeführt wird, das einen Vorwurf gegen den Täter begründet*»).

Significativamente la medesima impostazione è ancora presente nella giurisprudenza italiana; v. per tutte, Cass., 19.05.2005, n. 28564, ove spiega che «in tema di rapporto di causalità, una volta che sia stata accertata una

Per la prima volta il *BGH* riconobbe implicitamente il requisito della “causalità della colpa”, aprendo la strada ad un nuovo metodo di accertamento della causalità non più basato sulla trasformazione dei reati colposi in reati omissivi (cioè, sulla *Unterlassungslösung*, che comportava la sostituzione della condotta commissiva inosservante con la omissione di una condotta osservante)<sup>16</sup>. Tuttavia, utilizzando la locuzione “*Kausalität im Rechtssinne*” la Corte ha oscurato la sua giusta intuizione, compromettendone il successo e determinando forti reazioni critiche da parte della dottrina.

Sarebbe bastato precisare che la causalità in questione non si riferisce ad una *condotta* materiale, ma ad una sua *qualità* (data da quelle caratteristiche che la rendono illecita e antidoverosa). Sarebbe allora risultato chiaro a tutti che non è il concetto di *causalità* a cambiare, ma quello di *causa* cui questo si riferisce. Certo, partendo dalla concezione naturalistica e antropomorfa di causa, intesa quale forza o energia, risulta difficile ammettere che possano essere causali le qualità o caratteristiche di una condotta, che non esistono nella realtà e nulla possono materialmente cagionare. Più semplice è continuare ad utilizzare il procedimento di accertamento proprio del reato omissivo basato sul confronto ipotetico con la condotta lecita (si immagina come compiuta la condotta diligente e si verifica se l'evento sarebbe venuto meno).

L'impiego dell'espressione “causalità” (*Ursächlichkeit*) è proprio dovuto alla sovrapposizione tra colpa (i.e. momento omissivo della colpa) ed omissione: la verifica della causalità della omissione non rappresenta altro che il tentativo di spiegare il nesso tra colpa ed evento. Con il tempo l'aspetto della “causalità della colpa” ha finito per mettere in ombra l'accertamento del nesso causale tra condotta ed evento, con la conseguenza che i giudici finiscono per interrogarsi sull'efficacia condizionante non più del sorpasso in sé, bensì del mancato rispetto della distanza di sicurezza<sup>17</sup>.

La motivazione del *BGH* è di fondamentale importanza nella misura in cui, nella prospettiva di una valutazione normativa, distingue il nesso meccanicistico-empirico da quello penalmente rilevante, ponendo di fatto le fondamenta per la moderna teoria della causalità e della imputazione oggettiva<sup>18</sup>. Il *BGH* dà infatti per scontata

condotta colposa inseritasi nel processo determinativo dell'evento va in particolare verificato che proprio quella violazione della regola cautelare abbia cagionato (o abbia contribuito a cagionare) l'evento medesimo, non essendo sufficiente l'accertamento della causalità materiale e neppure che la condotta abbia in parte o in tutto prodotto il fatto delittuoso, ma occorrendo estendere l'indagine al nesso di causalità giuridica»; Cass., 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo, in *Cass.pen.*, 2005, 1532, con commento di Gizzi; da ultimo, si riferiscono esplicitamente al “nesso eziologico” tra la condotta violatrice e l'evento, Cass., 22.09.2011, n. 38786; v. anche Cass., 1.10.2008, n. 39882, in *Cass.pen.*, 2009, 4695, con commento di Massaro; Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso del disastro di Sarno), che qualifica la causalità della colpa come problema causale; v. inoltre, Cass., 18.05.2011, 27735; Cass., 14.02.2008, n. 19512 (caso dell'eccesso di velocità); Cass., 6.07.2007, n. 37606.

<sup>16</sup> La constatazione è di PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 1 ss.

<sup>17</sup> Cfr. al riguardo le osservazioni di ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 106. Si veda altresì ANGIONI, *Note*, cit., 1308 e 1315 (nt. 126), il quale utilizza l'espressione “nesso causale” riferita al nesso tra colpa ed evento; così, anche DI SALVO, *Violazione di regole cautelari*, cit., 143 ss.

<sup>18</sup> Sottolineano questo merito della sentenza, PUPPE, *op.ult.cit.*, 1; KORIATH, *Kausalität*, cit., 94.

l'esistenza di un nesso causale empirico ed esclude soltanto il nesso normativo, senza specificarne la natura. La letteratura successiva ha riferito tale nesso alla colpa, ma nella sentenza non vi è alcuna traccia della "causalità della colpa" e la questione appare posta in termini affatto differenti.

Ciò che il *BGH* ha voluto sottolineare introducendo un concetto normativo di causalità è che non contano l'agire o l'omettere materiale, ma il loro elemento giuridicamente rilevante, vale a dire la loro illiceità e antidoverosità. Anche il fatto che la causalità in senso normativo segua lo schema di accertamento proprio della causalità omissiva non è un caso, dato che la dimensione illecita di una condotta – che sia una azione o una omissione – rappresenta normativamente una omissione, in particolare l'omissione della osservanza di un dovere (*Pflichtverletzung* o *Pflichtwidrigkeit*)<sup>19</sup>. E proprio questa inosservanza (la trasgressione di una norma) rappresenta la "causa penalmente rilevante" dell'evento, fondando il rimprovero e quindi l'imputazione dell'evento<sup>20</sup>.

Come vedremo, la dottrina successiva, pur criticando fortemente questa impostazione sull'erroneo presupposto che non esista una "causalità della colpa", ha finito con l'adottare termini differenti per indicare il medesimo requisito (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*, *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, *Risikorealisierung*, *Risikozusammenhang* ecc.), confermando la fondamentale correttezza della intuizione del *BGH*.

La complessità e oscurità dell'argomentazione del *BGH* nel *Radfahrerfall* contribuirono a spostare l'attenzione dall'aspetto materiale-sostanziale del ruolo del comportamento alternativo lecito ai fini della imputazione dell'evento (e della connessa questione della rilevanza dei decorsi ipotetici) a quello più strettamente processuale, attinente ai requisiti dell'accertamento della evitabilità. La determinazione del nesso normativo tra condotta ed evento nei reati colposi finì per costituire un problema probatorio e per lungo tempo dottrina e giurisprudenza si sono concentrate sul criterio di accertamento basato sulla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito (*Vermeidbarkeitstheorie*), discutendo ora di libero convincimento del giudice ora del principio *in dubio pro reo*. Rimase così in ombra il risvolto dogmatico e sistematico della problematica del comportamento alternativo lecito e ancora oggi pare lontana la presa di coscienza che essa non si risolve mediante i principi processuali, ma soltanto alla luce dei principi della teoria del reato.

Nel tempo il criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito è stato specificato per mezzo di criteri ulteriori, al fine di evitare assoluzioni discutibili e di ridimensionare l'ambito della non punibilità, specialmente nei settori della circolazione stradale e della responsabilità medica, dove la questione della evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito presenta da sempre notevoli risvolti pratici. La giurisprudenza tedesca tende, in particolare, a manipolare il criterio della evitabilità,

<sup>19</sup> V. già *supra*, cap. II, par. 1.

<sup>20</sup> Nel suo commento alla sentenza *Mezger*, esponente della *Relevanztheorie* (*Strafrecht*, cit., 75), concluse che il *BGH* aveva di fatto accolto la teoria della causalità rilevante (*JZ*, 1958, 282).

ricorrendo ora alla iperconcretizzazione dell'evento (facendo leva, ad esempio, sull'anticipazione dell'evento, anche soltanto di poche ore)<sup>21</sup>, ora alla considerazione della ipotetica condotta del terzo o della vittima<sup>22</sup>, ora alla ricostruzione del comportamento alternativo lecito sulla base delle specifiche caratteristiche della situazione concreta<sup>23</sup>.

Soprattutto nell'ambito della giurisprudenza sulla circolazione stradale, là dove si tratta di prendere in considerazione la condotta alternativa lecita dell'agente, i giudici fanno sovente riferimento al criterio della "concreta situazione critica" ("*konkrete kritische Verkehrssituation*"), ritenendo, da un lato, che si debba prendere le mosse dai fatti così come si sono realmente verificati nella situazione concreta (*wirkliches Geschehen*) e, dall'altro, che possa rilevare soltanto il comportamento alternativo lecito correlato alla situazione concreta così descritta (*konkrete kritische Situation*)<sup>24</sup>.

Così, ad esempio, nel noto caso *BGHSt 24, 31 (Motorradfall)*<sup>25</sup>, relativo all'automobilista ubriaco che, guidando a velocità superiore a quella consentita, investì un motociclista che a sua volta gli aveva tagliato la strada, il *BGH* imputò l'evento affermando che il comportamento alternativo lecito non era costituito dall'andatura rispettosa del limite di velocità (che non avrebbe probabilmente evitato l'evento), ma dall'andatura adeguata alle condizioni psico-fisiche di un automobilista ubriaco (decisamente inferiore rispetto a quella stabilita per un automobilista sobrio).

La Corte, discostandosi dalla impostazione tradizionale, ha elaborato un criterio *ad hoc*, secondo cui occorre prendere in considerazione l'ipotetica condotta non di un soggetto sobrio, ma di un ubriaco diligente. In questo modo, il *BGH* ricomprende nella descrizione della situazione concreta (il contesto causale) anche lo stato di ubriachezza dell'agente (che di per sé integra l'inosservanza di una norma), al fine di verificare a quale velocità l'agente ubriaco avrebbe potuto evitare l'evento (secondo l'orientamento tradizionale, prevalente in dottrina, occorre invece stabilire se un automobilista sobrio avrebbe evitato l'impatto con il motociclista)<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Come in alcuni casi di responsabilità medica, tra cui i *Peritonitisfälle* (*BGH, NStZ, 1981, 218 ss.* e *BGH, NStZ, 1985, 26 ss.*).

<sup>22</sup> *BGHSt 30, 228 (Kettenauffabrunfall o Karambolagefall)*.

<sup>23</sup> *BGHSt 24, 31 (Motorradfall o Trunkenheitsfabrtfall)*.

<sup>24</sup> Soprattutto, v. *BGHSt 24, 31*; inoltre, *BGH, JR, 1989, 382, 383*; *BGHSt 10, 369, 370*; *24, 31, 34*; *33, 61, 64*. In dottrina, sul punto, v. PUPPE, *Kausalität*, cit., 660 ss.; EAD., *NK*, vor §§ 13, n. 239 ss.; SCHLÜCHTER, *Grundfälle*, cit., 673, 677 ss.; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 85; ERB, *op.ult.cit.*, 114; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 116 ss.; HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004, 160; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 171 s.

<sup>25</sup> *BGHSt 24, 31*, in *NJW 1971, 388* e in *JR, 1971, 247*.

<sup>26</sup> Un caso analogo, assai discusso in dottrina, è quello dell'automobilista che cagionò un incidente in seguito alla rottura di uno pneumatico consumato (*Reifenfall*, *OLG Köln, VRS 64, 257*, commentato da PUPPE, *Die Erfolgsszurechnung*, cit., 76 ss.). Mentre il Tribunale esclude l'imputazione dell'evento, perché non fu possibile stabilire se la rottura dello pneumatico fosse effettivamente riconducibile al profilo consumato oppure alla penetrazione di un oggetto acuminato, la Corte d'Appello condannò l'imputato sulla base di un'argomentazione differente: occorre stabilire piuttosto quale fosse l'andatura adeguata ad un mezzo con pneumatici consumati e verificare se l'evento si sarebbe verificato anche rispettando una velocità commisurata alle condizioni concrete degli pneumatici.

Anche nel più antico caso dei pedoni (*Fußgängerfall*)<sup>27</sup> i quali, in violazione del codice della strada, camminavano di notte sul lato destro della carreggiata causando la morte di un motociclista sopraggiunto e accortosi troppo tardi della loro presenza, il BGH aveva escluso l'imputazione dell'evento, perché l'incidente non sarebbe stato evitato neppure se i pedoni si fossero mossi nel senso opposto o fossero stati fermi lungo la strada, quando invece l'unica condotta alternativa lecita consisteva evidentemente nel camminare sul lato sinistro, in senso opposto a quello di marcia.

Come vedremo, ciò che conta è che, adottando la condotta prescritta, vi fosse la *obiettiva* possibilità di evitare l'impatto (saltando dalla carreggiata, spingendo il compagno di lato etc.), mentre non rileva affatto la questione se ciò sarebbe effettivamente riuscito ai due (perché poco accorti o maldestri). Pertanto, la condotta illecita degli agenti ha certamente annullato le possibilità di evitare l'evento predisposte attraverso la norma violata e l'imputazione avrebbe potuto essere esclusa solamente nel caso in cui il fatto fosse accaduto in un luogo in cui anche il comportamento alternativo lecito sarebbe risultato inutile, per es. prima di un dosso o di una curva<sup>28</sup>.

Il criterio della "concreta situazione critica" (*konkrete kritische Verkehrslage*) è stato applicato dalla giurisprudenza tedesca per giustificare l'imputazione dell'evento anche nei controversi casi di incidenti automobilistici dovuti ad eccesso di velocità: i giudici argomentano che l'evento era evitabile mediante il comportamento alternativo lecito, perché l'agente sarebbe sopraggiunto sul luogo dell'incidente qualche istante dopo, evitando così l'impatto con la vittima<sup>29</sup>. Anche qui, tuttavia, la sola evitabilità "di fatto" non è sufficiente, ma occorre verificare quale fosse il preciso scopo della norma violata (nella specie, del limite di velocità, che non mira certo a prevenire il fatto – di per sé consentito – di trovarsi in un luogo in un determinato momento)<sup>30</sup>.

La soluzione adottata dal BGH nel *Motorradfall* è stata fortemente criticata in dottrina, perché sostituisce una condotta illecita con una altrettanto illecita, senza considerare che in caso di ubriachezza l'agente dovrebbe astenersi del tutto dalla guida<sup>31</sup>.

Il criterio risulta altresì manipolabile, posto che non è chiaro come si possa distinguere tra decorsi causali alternativi rilevanti e irrilevanti e individuare il comportamento alternativo lecito "conforme alla situazione concreta" tra i molteplici compor-

<sup>27</sup> BGHSt 10, 369 ss. dell'11.7.1957.

<sup>28</sup> Per tali rilievi, v. KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 182.

<sup>29</sup> Per tutte, BGHSt 33, 61; inoltre, BGH, VRS 54, 436; BGH, VRS 20, 129. Molto critici, KÜPER, *Überlegungen*, cit., 289; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 715; WOLTER, *Objektive*, cit., 342; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 96 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 121 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit. 228. Al riguardo, nella dottrina italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 272; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 178 ss.; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1122.

<sup>30</sup> Sul tema della evitabilità concreta dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, anche con riferimento ai casi di c.d. "riflesso di protezione della norma" (*Schutzreflex*), v. *infra*, parr. 2.1., 2.2. e 3.2.

<sup>31</sup> ERB, *op.ult.cit.*, 114; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 116; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 86 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 398. Condivide, per contro, la soluzione del BGH, DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 171 ss.

tamenti leciti configurabili che avrebbero in concreto evitato l'evento (non guidare, non bere, ridurre la velocità etc.)<sup>32</sup>.

Il *BGH* afferma il principio per cui ai fini dell'accertamento non si potrebbe tralasciare nulla della situazione concreta, né aggiungere né modificare alcunché, suscitando l'impressione che i decorsi ipotetici siano irrilevanti. Tuttavia, anche la sola eliminazione mentale della condotta illecita e la sua sostituzione con una lecita rappresentano una *fictio* ed implicano la considerazione di svariati decorsi ipotetici alternativi, confermando l'impraticabilità di una eliminazione mentale "chirurgica" (cioè la modificazione di singoli elementi del quadro causale)<sup>33</sup>.

Ciò che, in realtà, il *BGH* intende sottolineare è la necessità che il giudice non tenga conto di qualsiasi decorso causale alternativo o di qualunque possibilità alternativa di condotta, bensì soltanto di un comportamento lecito adeguato alla situazione concreta così come essa è; di un comportamento, in altre parole, che appaia in qualche modo "correlato" allo specifico rischio presente nella situazione concreta<sup>34</sup>.

Sotto questo profilo risulta criticabile la mancata considerazione dello scopo di protezione della norma violata (obbligo di rispettare il limite di velocità; divieto di guidare in stato di ebbrezza; obbligo di controllare lo stato dei pneumatici ecc.), che in molti casi consentirebbe di facilitare l'individuazione del comportamento alternativo lecito e di inquadrare più correttamente il problema della evitabilità dell'evento da un punto di vista normativo-deontologico<sup>35</sup>.

Nel diverso caso del tamponamento a catena (*Kettenauffahrunfall*)<sup>36</sup> il Tribunale territoriale aveva assolto l'imputato, che aveva tamponato un veicolo determinando la lesione del conducente, escludendo il nesso normativo tra colpa ed evento perché un altro veicolo sopraggiunto pochi istanti dopo avrebbe cagionato la medesima collisione. Contrariamente, il *BHG* respinse la richiesta dell'imputato, ricordando che in precedenza si era esclusa l'imputazione dell'evento soltanto nei casi di inevitabilità dell'evento dovuta alla condotta illecita della *vittima* (come l'ubriachezza della vittima nel *Radfahrerfall*) e non di un *terzo*. Secondo i giudici, mentre il decorso causale alternativo consistente nella condotta autolesiva della vittima è rilevante, l'ipotetica condotta illecita di un terzo non può mai sgravare l'imputato e, anzi, la sua presenza configura un'ipotesi di concorso di condotte indipendenti (*Nebentäterschaft*). L'imputato, insomma, non potrebbe invocare la colpa di un terzo che, come nel caso di specie, non ha nemmeno cagionato l'evento<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Per queste osservazioni, PUPPE, *Kausalität*, cit., 663; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 77.

<sup>33</sup> V. già la critica alla tesi di Spindel, *supra* cap. I, par. 1.3.1.

<sup>34</sup> V. in part. DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 171; cfr. anche HANAU, *Die Kausalität*, cit., 62.

<sup>35</sup> Riguardo alla problematica determinazione del comportamento alternativo lecito, v. comunque *infra*, par. 3.3.

<sup>36</sup> *BGHSt* 30, 228, in *NJW*, 1982, 292 e in *JZ*, 1982, 158, con commento di PUPPE, *op.ult.cit.*, 660.

<sup>37</sup> Cfr. quanto osservato riguardo alla problematica del concorso di persone e dell'agente sostitutivo (*Ersatztüter*), *supra*, cap. I, par. 1.3.2. e 1.3.3; cap. II, par. 4.7.

Anche questa soluzione si espone a diversi rilievi critici. Innanzitutto, la motivazione della Corte dà l'impressione che si tratti di "saldare i conti" con la vittima: la ragione della esclusione della responsabilità dell'imputato pare infatti poggiare su una sorta di "decadenza" dalla tutela da parte della vittima a causa del proprio comportamento illecito<sup>38</sup>. Inoltre, non si comprende perché soltanto l'ipotetica condotta illecita della vittima e non quella di un *terzo* dovrebbe escludere l'imputazione dell'evento, posto che in entrambe le ipotesi l'evento appare di fatto inevitabile mediante il comportamento alternativo lecito. Siffatta limitazione non era peraltro prevista nella sentenza sul *Radfahrerfall*, che aveva preso in considerazione esclusivamente le conseguenze del comportamento alternativo lecito dell'agente.

Se il principio della irrilevanza della ipotetica condotta illecita di un terzo è senz'altro condivisibile, la motivazione suona decisamente eccentrica. Non si tratta, infatti, di attribuire (anche) alla vittima la sua parte di responsabilità per l'evento, ma di stabilire in che misura l'evento fosse evitabile osservando una condotta conforme al diritto e, in ultima analisi, verificare se la verifica dell'evento trovi la propria "causa penalmente rilevante" in un rischio lecito o illecito assunto dall'agente oppure in una causa ipotetica alternativa indipendente dalla sua condotta.

Il fatto che in tutti i casi illustrati l'evento risultasse concausato dalla condotta illecita di più soggetti ha reso, senza dubbio, più difficoltoso l'apprezzamento della esatta rilevanza causale della condotta illecita dell'agente, costringendo la giurisprudenza a contorte, quanto inutili, argomentazioni.

## 1.2. Le soluzioni proposte dalla più antica dottrina tedesca

### 1.2.1. Premessa

La circostanza che l'evento si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito è considerata rilevante dalla maggior parte della dottrina di lingua tedesca, anche se non è ancora chiaro in che misura e in quale ambito sistematico<sup>39</sup>.

Il tema del comportamento alternativo lecito solleva un problema centrale nella discussione intorno alla imputazione dell'evento: quello della necessità di prevedere accanto al nesso causale un ulteriore e particolare nesso tra condotta ed evento. L'idea che l'evento debba essere collegato alla condotta da un nesso normativo è antica ed è

Nella giurisprudenza italiana si rinvengono casi analoghi risolti sul piano del concorso di cause *ex art. 41 c.p.*; in particolare, i giudici ritengono che la condotta negligente o imprudente di altri conducenti sopraggiunti (quali, ad esempio, la mancata osservanza della distanza di sicurezza, l'esecuzione di manovre improprie o l'eccesso di velocità), seppure sinergica, non costituisca causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento idonea ad escludere il rapporto di causalità, non risultando atipica, né abnorme né del tutto imprevedibile; così, Cass., 25.09.2009, n. 42502; Cass., 19.06.2006, n. 12224. Sul punto, v. *supra*, cap. II, par. 5.3.

<sup>38</sup> In questi termini, PUPPE, *op. ult. cit.*, 661; v. altresì ERB, *op. ult. cit.*, 115; TOEPEL, *op. ult. cit.*, 118.

<sup>39</sup> Per una chiara classificazione (che qui seguiremo per comodità) delle diverse soluzioni adottate dalla dottrina meno recente, v. il fondamentale studio di ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., *passim*.

frutto della constatazione che in caso di inevitabilità dell'evento mediante condotta lecita la condotta rimane sì causa (*Ursache*) dell'evento, ma la violazione di una norma non ne è la ragione (*Grund*)<sup>40</sup>.

Le molteplici *Zusammenhangstheorien* elaborate nel corso del tempo sostengono tutte – pur con argomentazioni differenti – che non si tratta del nesso causale tra condotta ed evento, ma del nesso normativo tra “colpa” ed evento.

La soluzione dipende evidentemente dalla definizione del concetto di “causalità”, da un lato, e di “colpa”, dall'altro. Così come un concetto normativo di causalità può applicarsi oltre che al nesso di condizionamento tra condotta ed evento anche al nesso normativo tra violazione della diligenza ed evento, il termine “colpa”, che in questo contesto non può certo riferirsi riduttivamente alla colpa come elemento della colpevolezza, può adattarsi a diversi elementi del *Tatbestand*.

In ogni caso, nessuno sostiene che il criterio del comportamento alternativo lecito riguardi il nesso causale reale (in senso empirico-naturalistico). Il fatto che oggetto del giudizio ipotetico non sia un fatto fisico, ma un fatto costruito in termini normativi (la condotta conforme al dovere di diligenza) determina il passaggio della questione dal piano della causalità a quello della imputazione normativa per colpa<sup>41</sup>.

La locuzione “causalità della colpa” si espone naturalmente alla critica che entità ideali non possono cagionare nulla<sup>42</sup>. Questa critica, tuttavia, sarebbe degna di attenzione soltanto se si interpretasse il concetto di “causare” come limitato alla causazione mediante impiego di forza e energia, ma ciò è contraddetto non soltanto dal linguaggio quotidiano e dal senso comune, ma dal nostro stesso ordinamento positivo. È senz'altro vero che concetti astratti come “colpa”, “illiceità” e “omissione” non sono *realmente* causali, ma possono esserlo in veste di caratteri e qualità di un determinato comportamento umano. La realizzazione di una condotta illecita solleva dunque sempre la questione della causazione dell'evento sotto un *duplice* profilo: quello della rilevanza causale della condotta e *insieme* della sua illiceità.

L'impiego di due distinti concetti di causalità crea indubbiamente notevole confusione, anche se non è detto che la scelta di utilizzare l'espressione “causalità” per indicare entrambi i nessi sia inopportuna. Essa, se non altro, segnala l'esistenza di un ragionevole dubbio: che all'interno della “questione causale” si celi una scelta di valore riguardo alla rilevanza delle particolari caratteristiche di una condotta per la verifica dell'evento.

<sup>40</sup> HARDWIG, *Die Zurechnung*, cit., 289 s. Fra i tanti, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583 s.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 159; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 68 s.

<sup>41</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 677. Anche DONINI, *Illecito*, cit., 355 s.; ID., *La causalità omissiva*, cit., 44 s.; NIEWENHUIS, *Gefabr*, cit., 15.

<sup>42</sup> In questi termini, infatti, tra i tanti, EXNER, *Fabrlässiges Zusammenwirken*, cit., 588; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 207; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 186 s.; ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 107; WESSELS, *Anm. zu BGH, Urt. 27.4.1966*, in *JZ*, 1967, 451; HARDWIG, *Verursachung und Erfolgzurechnung*, in *JZ* 1968, 289; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 32; nella dottrina italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 23; ancora, VENEZIANI, *Il nesso*, cit., 1973; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4110; PERINI, *Il concetto*, cit., 529.



### 1.2.2. Soluzioni sul piano della tipicità sub causalità in senso stretto

L'opinione che nega il nesso causale materiale nei casi di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, per quanto curiosa, è stata isolatamente sostenuta in dottrina.

Secondo questa impostazione, i decorsi causali ipotetici (tra cui il comportamento alternativo lecito) rilevano sul piano strettamente causale, in conseguenza della rilevanza della distinzione preliminare tra agire ed omettere<sup>43</sup>.

Secondo *Spendel*, il principale esponente di questo orientamento, l'affermazione o meno del rapporto di causalità dipende dalla qualificazione del fatto come commissivo od omissivo; occorre innanzitutto stabilire se i casi in esame, che si caratterizzano *prima facie* per la natura ambigua (l'A. la definisce «*Doppelseitigkeit*») della condotta dell'agente, siano azioni od omissioni<sup>44</sup>.

Invero, in caso di azione il nesso di causalità sussiste, perché senza la condotta l'evento non si sarebbe verificato (a prescindere dall'esistenza di decorsi ipotetici, cui viene assimilato il comportamento alternativo lecito, stante il divieto di aggiungere mentalmente circostanze non esistenti), mentre in caso di omissione il nesso eziologico viene meno, perché senza la condotta l'evento si sarebbe verificato comunque per un'altra causa. Di conseguenza, se si ricostruiscono i casi come ipotesi omissive è possibile prendere in considerazione i decorsi ipotetici ed escludere l'imputazione in assenza della prova che la condotta omessa avrebbe evitato l'evento.

*Spendel* nega che possa essere aggiunto mentalmente il comportamento alternativo lecito, che costituisce indubbiamente un fatto del tutto slegato dalla realtà e realizzabile solamente *in radicale alternativa* rispetto alla condotta effettivamente tenuta<sup>45</sup>. Nel caso del ciclista *Spendel* afferma, di conseguenza, l'esistenza del rapporto di causalità e ritiene impossibile escludere l'imputazione dell'evento sulla base del criterio della inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, poiché quest'ultimo costituisce nient'altro che una irrilevante causa ipotetica<sup>46</sup>.

Abbiamo già sottolineato la stretta connessione tra l'adozione del criterio della evitabilità dell'evento e la distinzione tra agire ed omettere<sup>47</sup>. La giurisprudenza sopra esaminata conferma la tendenza a qualificare come omissivi fatti indubbiamente commissivi, senza fornire spiegazioni né esplicitare il criterio distintivo tra agire ed omettere<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.

<sup>44</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 183.

<sup>45</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 187.

<sup>46</sup> SPENDEL, *op.ult.cit.*, 195; ID., *Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 15 ss. Analogamente, BINDOKAT, *Versari in re illicita und Erfolgzurechnung*, in *JZ*, 1977, 549; ID., *Verursachung durch Fabrlässigkeit*, in *Jus*, 1985, 32 ss. La soluzione di *Spendel* è stata criticata, in quanto espressione del principio *versari in re illicita*; v. soprattutto, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 431. Da noi assimila il comportamento alternativo lecito ai fattori alternativi ipotetici, DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 463, seppur con la precisazione che «di tali fattori si deve invece tenere conto quando si siano effettivamente avverati ovvero non possano essere esclusi con certezza».

<sup>47</sup> *Supra*, cap. II, par. 1.4.1. e 1.4.2.

<sup>48</sup> *Supra*, par. 1.1.

Ciò accade, come abbiamo visto, soprattutto nelle ipotesi di colpa, il cui momento omissivo viene associato (più o meno consapevolmente) alla causalità omissiva. Non occorre qui ribadire quanto già osservato: la presunta ambivalenza di alcune condotte e l'essenzialità della distinzione tra agire ed omettere viene ridimensionata non appena si accetti di abbandonare una visione naturalistica della causalità in favore di una concezione normativa.

A questo proposito vanno segnalati gli orientamenti che, pur mantenendo l'indagine sul piano strettamente causale, operano con un concetto normativo di causalità. Si pensi alle impostazioni di *Mezger*, il quale introduce il criterio della rilevanza (*Relevanz*) della causa (se l'evento si sarebbe verificato comunque manca la rilevanza della condotta illecita<sup>49</sup>) e *Oehler*, il quale in caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito esclude la *objektive Bezweckbarkeit* (e dunque la causalità), precisando che il nesso di causalità tra condotta ed evento non viene meno per il fatto che il soggetto si comporta diligentemente, ma perché l'evento non è obiettivamente perseguibile tramite il comportamento alternativo lecito, cioè non può essere cagionato tramite comportamento alternativo lecito<sup>50</sup>.

Come noto, il filone delle concezioni normative della causalità si è ampliato ed arricchito negli ultimi decenni, anche in conseguenza dell'affermazione della teoria della imputazione oggettiva dell'evento. Il loro esame – come vedremo – si rivela senz'altro proficuo ai fini della nostra indagine<sup>51</sup>.

### 1.2.3. Soluzioni sul piano della tipicità ma non sub causalità

Tra gli orientamenti che individuano una soluzione sul piano della tipicità, benché non più in relazione alla causalità in senso stretto ma ad un diverso requisito di imputazione dell'evento, merita di essere ricordato – anche per l'influenza esercitata sulla dottrina successiva e, in particolare, sulla teoria della imputazione oggettiva dell'evento – la tesi di *Engisch* basata sulla *Gefahrverwirklichung* (realizzazione del pericolo).

L'A., sulla scorta delle riflessioni di *Müller*<sup>52</sup>, ritiene che in caso di inevitabilità dell'evento venga a mancare la *Gefahrverwirklichung* su cui poggia il nesso normativo (denominato *Rechtswidrigkeitsszusammenhang*, cioè nesso di antigiuridicità) tra la condotta antidoverosa e l'evento<sup>53</sup>. Tale requisito – precisa *Engisch* – non indica altro che l'adeguatezza (*Adäquananz*) rispetto ad un determinato evento, nella misura in cui il pericolo può realizzarsi soltanto in un decorso causale adeguato<sup>54</sup>. I requisiti della

<sup>49</sup> MEZGER, *Anmerkung*, cit., 282. Apprezza il criterio, LAMPE, *Täterschaft*, cit., 598.

<sup>50</sup> OEHLER, *Die erlaubte Gefährsetzung*, cit., 237 ss.; ID., *Das objektive Zweckmoment*, cit., 71 ss.

<sup>51</sup> V. soprattutto le tesi di *Puppe*, *Jakobs* e *Toepel*, esaminate nel cap. IV, par. 1.

<sup>52</sup> MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 30 ss.

<sup>53</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 61.

<sup>54</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 62 s.

*Adäquanz* (nel senso di “pericolosità”) e della realizzazione del pericolo si pongono dunque accanto alla causalità quali *besondere Tatbestandsmerkmale*.

L'importanza del criterio della *Verwirklichung der Gefahr* emerge soprattutto nei casi in cui il pericolo *ex ante* non si è realizzato *ex post* nell'evento: se – come accade nel celebre *Kokainfall* – *ex post* la cocaina non si rivela più pericolosa della novocaina, «la realizzazione del pericolo insito nell'uso di cocaina non può gravare sul medico in misura maggiore di quanto la realizzazione del rischio legato all'uso di novocaina avrebbe gravato sull'agente, e poiché l'uso di novocaina rappresenta un rischio consentito, non si può condannare neppure per l'uso di cocaina»<sup>55</sup>.

*Engisch* sottolinea opportunamente che siffatta soluzione non discende dall'impiego della *c.s.q.n.* e dalla rilevanza della causalità alternativa ipotetica, ma riguarda esclusivamente la *Gefahrverwirklichung*.

Anche *Welzel* colloca il problema all'interno della tipicità (quale *zusätzliches Tatbestandsmerkmal*), ricorrendo al nesso tra violazione della diligenza (*Sorgfaltsverletzung*) ed evento: la causazione colposa di un evento che si sarebbe verificato anche in conseguenza di una condotta diligente non è rilevante (criterio della *Realisierung der Sorgfaltsverletzung im Erfolg*)<sup>56</sup>.

L'A. ritiene si tratti di un legame specifico (*spezifische Beziehung*), dato dal fatto che «non è sufficiente che la condotta negligente abbia in qualche modo cagionato la lesione di un bene giuridico, dovendo questa essersi verificata proprio *a causa* della natura contraria a diligenza della condotta. Ciò non accade quando l'evento, pur essendo stato cagionato dalla condotta colposa, si sarebbe comunque verificato se la condotta fosse stata conforme a diligenza: la violazione della diligenza (illiceità) deve essersi *realizzata* nell'evento»<sup>57</sup>.

Tale nesso speciale non ha funzione costitutiva, ma *limitativa*, visto che la condotta di per sé integra pienamente la violazione della norma, a prescindere dalla verifica o meno dell'evento. Tuttavia, come spiega *Welzel*, la condotta acquista rilevanza penale solo con la realizzazione dell'evento. Questa scelta si giustifica unicamente per il fatto che l'inosservanza della diligenza priva di conseguenze risulta meno signi-

<sup>55</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 66 (trad. nostra). Una soluzione simile sarà adottata in seguito da Roxin nell'ambito della sua teoria dell'aumento del rischio fondata sull'esigenza di uguaglianza (ROXIN, *op.ult.cit.*, 430 ss.). Anal. PUPPE, *Kausalität*, cit., 661; EAD., *Die Beziehung*, cit., 600 ss. Per questo argomento, v. anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 66.

<sup>56</sup> WELZEL, *Fahrlässigkeit*, cit., 20. Anche GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesi dottorale, Hamburg, 1962, 134; ID., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, 137 ss.

<sup>57</sup> WELZEL, *op.ult.cit.*, 21: «Es genügt nicht, daß die sorgfaltswidrige Handlung eine Rechtsgutsverletzung irgendwie zur Folge hat, vielmehr muß die Rechtsgutsverletzung gerade wegen der Sorgfaltswidrigkeit der Handlung eingetreten sein. Dies ist nicht der Fall, wenn der Erfolg durch die sorgfaltswidrige Handlung zwar verursacht worden ist, aber auch eingetreten wäre, wenn die Handlung sorgfaltsgemäß vorgenommen worden wäre: die Sorgfaltswidrigkeit (Unrechtsmäßigkeit) muß sich im Erfolg realisiert haben» (trad. nostra).

ficativa e meno “disturbante”, a conferma che – come dice l’adagio – “tutto è bene quel che finisce bene”<sup>58</sup>.

*Roxin*, consapevole che il problema principale è dato dalla prova della idoneità o meno del comportamento alternativo lecito ad evitare l’evento, ritiene che il criterio decisivo non sia quello della realizzazione del rischio nell’evento, ma quello dell’aumento del rischio determinato dalla condotta illecita rispetto a quella lecita<sup>59</sup>.

Posto che accontentarsi, ai fini dell’affermazione della responsabilità colposa, della semplice violazione della regola di cautela e della verifica dell’evento significa applicare il principio del *versari in re illicita*, occorre stabilire quale fosse il comportamento conforme al rischio consentito e confrontarlo con la concreta condotta tenuta dall’agente: se nel caso concreto la condotta illecita ha aumentato la possibilità di verifica dell’evento rispetto al rischio consentito si avrà una *tatbestandserfüllende Pflichtverletzung*<sup>60</sup>.

Per confermare la validità del suo criterio *Roxin* invoca il *principio di uguaglianza*: «Una condotta che non incrementa il rischio consentito, che non ha aumentato il pericolo di verifica dell’evento, qualora cagioni un evento deve essere equamente giudicata come una condotta lecita»<sup>61</sup>. Se l’antidoverosità della condotta non ha determinato un rischio maggiore rispetto a quello consentito e l’evento non era evitabile osservando i limiti del rischio consentito, l’evento non si basa sulla illiceità della condotta<sup>62</sup>. Il misterioso nesso tra colpa ed evento è dunque dato dalla *Risikoüberschreitung*: l’imputazione va affermata quando l’evento è realizzazione del rischio non più consentito, al quale soltanto si riferisce il divieto.

*Roxin* osserva che quando lo svolgimento di attività pericolose è consentito a condizione che si rispettino determinate cautele, è l’ordinamento ad accollarsi la realizzazione del *Restrisiko*; tuttavia, quando la violazione delle cautele abbia determinato un aumento del rischio oltre la soglia del consentito, non v’è ragione di escludere l’imputazione dell’evento sulla base della considerazione che un determinato rischio (residuo) sussisterebbe anche in caso di condotta osservante, essendo questa conclusione scontata.

La questione della evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito deve dunque trovare, secondo *Roxin*, una soluzione diversificata a seconda del tipo

<sup>58</sup> In questi termini, WELZEL, *op.ult.cit.*, 20.

<sup>59</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 422. Come appena ricordato, lo stesso *Engisch* nel *Kokainfall* aveva di fatto già applicato il criterio dell’aumento del rischio, sottolineando che la cocaina non si era rivelata *ex post* più pericolosa della novocaina (*Die Kausalität*, cit., 66).

<sup>60</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 431.

<sup>61</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 432. Anche LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99a; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 66; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 182 ss.

<sup>62</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 440. Anche STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 227 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 236; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt*, cit., 69 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 65 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 88; ROMANO, *Commentario*, cit., 410 s.

di attività: occorre distinguere i casi in cui l'attività è vietata *tout court* da quelli in cui l'attività, pur essendo pericolosa, è consentita a patto di osservare le cautele prescritte. Nel primo caso, infatti, la verifica dell'evento anche in caso di condotta lecita è probabilmente indice della inevitabilità dell'evento; nel secondo caso, invece, la verifica dell'evento anche in caso di osservanza delle regole cautelari non significa che si è realizzato il *Restrisiko*, ma proprio il rischio (illecito) superiore alla soglia di tolleranza<sup>63</sup>.

Nell'ambito delle teorie volte a precisare la natura dello speciale nesso tra condotta (colposa) ed evento, va senz'altro ricordato l'orientamento che, da una prospettiva differente, identifica tale nesso nel legame tra disvalore di condotta e disvalore d'evento alla luce della *ratio legis*.

*Gimbernats Ordeig* osserva criticamente che non è corretto affermare, da un lato, che la violazione della diligenza non si realizza nell'evento quando questo si sarebbe verificato comunque e, dall'altro, che in questi casi manchi il nesso tra colpa ed evento<sup>64</sup>. La correlazione tra disvalore di evento e disvalore della condotta dipende infatti esclusivamente dalla interpretazione della norma, dovendosi accertare «se la condotta riprovata, che ha cagionato l'evento, sia vietata dalla legge allo scopo di impedire la lesione del bene giuridico»<sup>65</sup>.

È dunque irrilevante ciò che sarebbe successo in presenza di una condotta lecita (compreso il fatto che l'evento non si sarebbe verificato in caso di comportamento alternativo lecito); decisivo è soltanto verificare se la norma prevedesse un dovere di diligenza finalizzato ad evitare proprio l'evento verificatosi in concreto. L'imputazione dell'evento non viene dunque a dipendere dal decorso ipotetico alternativo (tra cui il comportamento alternativo lecito), ma soltanto dalla *ratio* della norma: solo questa può indicare all'interprete quando l'evento sia uno di quelli che la norma intendeva evitare mediante la previsione di un dovere di diligenza<sup>66</sup>.

Da premesse analoghe muove *Ulsenheimer* il quale, dopo aver ribadito che la causazione colposa di un evento non equivale alla somma tra causazione e colpa<sup>67</sup> e che l'imputazione dell'evento esige un legame specifico tra colpa ed evento, approfondisce il requisito della evitabilità dell'evento mediante l'osservanza della diligenza.

<sup>63</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 139. Nello stesso senso, ROMANO, *Commentario*, cit., 410 s.: «L'osservanza delle norme di comportamento poste a tutela di beni giuridici conserva una precisa funzione anche quando non si sia certi della loro concreta efficacia. Se la condotta è andata al di là del rischio consentito e in questo modo, *non constando nella specie la non significatività della violazione della regola*, ha accresciuto le probabilità di compromissione del bene, non si vede per quale ragione l'evento non sia da imputare al soggetto e questi non debba essere chiamato a risponderne».

<sup>64</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *op.ult.cit.*, 127.

<sup>65</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *op.ult.cit.*, 133 s.

<sup>66</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *op.ult.cit.*, 136.

<sup>67</sup> ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 144. V. anche ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 362; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 431 s.; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 552; MARINUCCI, *Il reato*, cit., 163 s.; ID., *La colpa*, cit., 263; FORTI, *Colpa*, cit., 421.

Siccome la funzione delle norme penali è quella di tutelare i beni giuridici e lo scopo dei reati di evento è quello di evitare la verificazione di eventi tipici nella misura in cui questi siano obiettivamente evitabili (*zweckhaft vermeidbar*), quando l'osservanza della diligenza si riveli irrilevante rispetto all'impedimento dell'evento, l'imputazione va esclusa<sup>68</sup>. L'obbligo di diligenza e il bene giuridico tutelato devono essere collegati dal requisito della «efficacia protettiva dell'obbligo di diligenza» (*Schutzwirkung der Sorgfaltspflicht*), in modo tale che l'osservanza della diligenza comporti la salvaguardia del bene giuridico e, viceversa, dalla inosservanza della diligenza derivi la sua lesione<sup>69</sup>. Quando, in casi eccezionali, l'efficacia protettiva dell'obbligo di diligenza manchi, la sua osservanza è irrilevante in vista della tutela del bene giuridico e non costituisce – nella prospettiva della fattispecie colposa *di evento* – una violazione penalmente rilevante, non potendosi parlare, in altri termini, della sua realizzazione nell'evento.

Ulsenheimer ritiene, in definitiva, che il criterio della *Schutzwirkung der Sorgfaltspflicht* riesca a concretizzare in modo più efficace il contenuto della formula della realizzazione della violazione di diligenza nell'evento<sup>70</sup>. L'A. sottolinea che per l'accertamento della *Schutzwirkung* della norma è fondamentale la considerazione dei decorsi ipotetici; in particolare, la *c.s.q.n.* costituisce il principio euristico per l'accertamento dell'azione protettiva della diligenza e quindi anche della realizzazione della sua inosservanza nell'evento. Ciò non significa, aggiunge l'A., che le cause ipotetiche siano rilevanti nel diritto penale, ma soltanto che esse servono ad accertare se la violazione dell'obbligo di diligenza sia stata rilevante ai fini della verificazione dell'evento (*erfolgsrelevant*)<sup>71</sup>.

Rispetto alle tradizionali *Vermeidbarkeitstheorien* gli orientamenti citati compiono un deciso passo in avanti, tentando di individuare un particolare requisito di imputazione. Ciò che interessa non è tanto se l'evento si sarebbe verificato o meno, ma se l'evento verificatosi rappresenti la realizzazione di un rischio illecito e se esso rientri nell'area di tutela della norma violata.

La sola evitabilità dell'evento non rappresenta il criterio decisivo, non essendo essa di per sé il motivo che giustifica l'imputazione dell'evento (e lo dimostra il fatto che in tutti i casi esaminati l'evento era concretamente evitabile dall'agente). Occorre dunque indagare approfonditamente l'esigenza di cui è espressione la teoria della evitabilità, la ragione ultima per cui l'evento debba – come si è soliti affermare – “radicarsi” e “basarsi” proprio sulla violazione della diligenza. Il criterio della evitabilità rischia altrimenti di rimanere una formula vuota, una *leere Tautologie*<sup>72</sup>, posto che alla domanda perché

<sup>68</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 145.

<sup>69</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 146.

<sup>70</sup> Cfr., nello stesso senso, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648.

<sup>71</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 147.

<sup>72</sup> Come la definì ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 421.

l'agente non è responsabile in caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito non ci si può limitare a rispondere che è necessario che l'evento potesse essere evitato mediante il comportamento alternativo lecito, essendo appunto questo ciò che deve essere dimostrato<sup>73</sup>.

#### 1.2.4. Soluzioni sul piano della anti giuridicità

Alcuni autori inquadrano la questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento lecito nell'ambito della anti giuridicità; da questa prospettiva, in particolare, l'inevitabilità dell'evento segnalerebbe l'assenza di anti giuridicità (*Rechtswidrigkeit*).

Rientrano in questo gruppo gli orientamenti che concepiscono la *Vermeidbarkeit* come requisito di anti giuridicità o come criterio di accertamento del nesso normativo tra anti giuridicità della condotta ed evento (c.d. *Rechtswidrigkeitszusammenhang*)<sup>74</sup>.

*Baumann*, il principale esponente di questo indirizzo, considera l'inevitabilità dell'evento quale causa di esclusione dell'anti giuridicità, sulla base dell'analogia tra omissione e colpa. Secondo la peculiare impostazione dell'A., un evento inevitabile non è anti giuridico (*rechtswidrig*), poiché le norme non possono imporre ad un soggetto di fare l'impossibile, né vietargli ciò che non può essere evitato<sup>75</sup>.

L'evitabilità trova collocazione nell'ambito dell'anti giuridicità sul presupposto che eventi inevitabili si sottraggono, come gli accadimenti naturali, a qualsiasi valutazione in termini di illiceità<sup>76</sup>. Secondo *Baumann*, la inevitabilità dell'evento attiene all'anti giuridicità al pari della impossibilità di adempiere al dovere giuridico nei reati omissivi impropri. Diversamente dalla inevitabilità generale (oggettiva), la possibilità individuale (soggettiva, personale) di evitare l'evento e di osservare la norma dovrà invece essere valutata esclusivamente sul piano della colpevolezza<sup>77</sup>.

Un importante corollario della impostazione di *Baumann* è la rilevanza dei decorsi causali ipotetici non soltanto nel reato colposo, ma anche in quello doloso.

Merita di essere ricordata in questo contesto la peculiare posizione di *Lampe*, il quale pone la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito a

<sup>73</sup> ULSSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 125. Già prima LAMPE, *Täterschaft*, cit., 601, ove osserva criticamente che il «causare l'evento mediante l'inosservanza della diligenza» coincide con «l'evitare l'evento mediante l'osservanza della diligenza», dal momento che vi è causazione mediante inosservanza quando l'osservanza avrebbe evitato la causazione. V. inoltre, BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 138.

<sup>74</sup> BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 280 ss.; LAMPE, *op.ult.cit.*, 601 ss.; ID., *Die Kausalität*, cit., 5 ss. A questo proposito è interessante ricordare nel panorama italiano la peculiare posizione di SCARANO (*Il tentativo*, cit., 226), il quale, nel quadro della teoria della causalità adeguata, intendeva il nesso causale come rapporto di anti giuridicità fra condotta e offesa.

<sup>75</sup> BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 283. Anche BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht*, cit., § 14, n. 83 ss. Critici, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 421; SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 196.

<sup>76</sup> BAUMANN, *op.ult.cit.*, 283: «Bei Erfolgsdelikten erwächst der deliktische Unwert – also die Rechtswidrigkeit des Verhaltens – aus dem (notwendig) vermeidbaren Erfolg. Unvermeidbare Erfolge sind wie Naturgeschehen der Wertung als rechtswidrig entzogen». Analogamente, KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 224.

<sup>77</sup> BAUMANN, *op.ult.cit.*, 283; 461.

fondamento del giudizio di antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*) del fatto<sup>78</sup>.

Presupposto che nell'illecito colposo la causalità indica un nesso di tipo *logico* tra colpa ed evento (*logischer Bedingungs Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit und Erfolg*), essa integra un elemento costitutivo del fatto *antigiuridico*. L'accertamento di tale nesso logico è finalizzato a stabilire, mediante il procedimento di eliminazione mentale, se l'evento *illecito* si fondi sulla condotta *illecita*. Tale verifica si attua dunque mediante una *Bedingungsformel*, che consente di stabilire il nesso tra antigiuridicità della condotta ed evento (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*)<sup>79</sup> e richiede la dimostrazione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito<sup>80</sup>.

La formula della *c.s.q.n.* non serve dunque ad accertare un nesso causale naturalisticamente inteso, ma un nesso di dipendenza di tipo *funzionale* (l'A. parla di «*funktionaler Sinnzusammenhang*») tra condotta illecita ed evento, che si pone quale fondamento del rimprovero<sup>81</sup>.

«Il giudizio penale di antigiuridicità non si riferisce alla evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, ma trae da essa la sua legittimità. L'evitabilità stessa non è dunque qualcosa *che* si rimprovera all'agente, ma qualcosa *per cui* lo si rimprovera». In altri termini, il fatto che in caso di condotta osservante l'evento non si sarebbe verificato non è l'*oggetto*, ma la *ragione* della imputazione normativa<sup>82</sup>.

Lampe giunge a tale conclusione alla luce della funzione delle norme penali: se queste indicano ai consociati determinati obblighi di condotta, il giudizio di illiceità presuppone che una condotta conforme al diritto possa determinare una situazione diversa, non lesiva di interessi tutelati dall'ordinamento. Il fondamento del giudizio di illiceità è dato proprio dalla differenza di valore esistente tra la situazione reale e la situazione ipotetica riconducibile a quanto prescritto dalla norma, differenza (apprezzabile, dal punto di vista del bene protetto, in termini di peggioramento) che l'agente avrebbe potuto evitare mediante un comportamento conforme al diritto.

L'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito produce un duplice effetto: sul piano politico-criminale, viene meno la giustificazione della pena, poiché la condotta illecita non ha determinato per il bene giuridico un pericolo maggiore rispetto a quello che questo avrebbe comunque dovuto tollerare; sul piano dogmatico, invece, manca il nesso funzionale tra colpa ed evento (cioè il disvalore del fatto)<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Non si tratta dunque di un problema di *Tatbestandsmäßigkeit*, ma di *Rechtswidrigkeit*. V. LAMPE, *Täterschaft*, cit., 601; ID., *Kausalität*, cit., 41 s. Cfr. anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 222, laddove conclude che in caso di impossibile impedimento dell'evento manca l'*Unrechtstatbestand* e viene dunque meno la *Rechtswidrigkeit* del fatto; in questo senso, anche ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 52 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 116.

<sup>79</sup> LAMPE, *Täterschaft*, cit., 603.

<sup>80</sup> LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 41.

<sup>81</sup> LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 209.

<sup>82</sup> LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 203; ID., *Tat und Unrecht*, cit., 42.

<sup>83</sup> LAMPE, *op.ult.cit.*, 3.



Lampe precisa che l'aumento del rischio che si realizza nell'evento rappresenta non soltanto un carattere del fatto (*Tatmerkmal*), ma soprattutto un carattere della anti-giuridicità (*Rechtswidrigkeitsmerkmal*): solo la differenza tra il pericolo determinato dalla condotta contraria alla diligenza e quello inferiore determinato da una ipotetica condotta lecita ci consente di muovere all'agente un rimprovero<sup>84</sup>.

L'orientamento che risolve il problema del comportamento alternativo lecito e della evitabilità dell'evento sul piano della anti-giuridicità è rimasto del tutto isolato, suscitando diverse critiche.

Si è osservato, innanzitutto, che il venir meno della anti-giuridicità in caso di inevitabilità dell'evento escluderebbe la possibilità di invocare la scriminante della legittima difesa nei confronti dell'agente<sup>85</sup>. In secondo luogo, si ribadisce l'esigenza di trattare anche il profilo delle evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, al pari della colpa intesa come violazione della diligenza, nell'ambito della tipicità e non in quello della anti-giuridicità<sup>86</sup>. Infine, la teoria viene accusata di confondere disvalore della condotta e disvalore dell'evento, dal momento che una condotta illecita non può essere considerata conforme al diritto (perdendo il suo carattere anti-giuridico) per il solo fatto che l'evento si rivela inevitabile mediante il comportamento alternativo lecito<sup>87</sup>.

Ora, alla luce degli sviluppi e approfondimenti portati dalla dottrina successiva sull'argomento, il peso di siffatte critiche può essere certamente ridimensionato e la "tesi della anti-giuridicità" appare ancora in grado di offrire alcuni interessanti spunti di riflessione.

Come aveva del resto già precisato Lampe, il giudizio penale di anti-giuridicità non si identifica con l'evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, ma trae da essa la sua legittimità<sup>88</sup>. L'indagine mira infatti a comprendere quale aspetto del disvalore del fatto venga meno in conseguenza della inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, posto che tale "difetto" non concerne affatto la illiceità della condotta né la violazione della diligenza (che indubbiamente sussistono, a prescindere dalla inevitabilità, accertata *ex post*, dell'evento)<sup>89</sup>.

Ciò che la inevitabilità dell'evento (e la conseguente mancata imputazione dell'evento, pur riconducibile ad una condotta illecita e colposa) segnala è la *irrelevanz*

<sup>84</sup> *Loc.ult.cit.*

<sup>85</sup> Cfr. le perplessità dello stesso BAUMANN, *Schuld und Verantwortung*, in JZ, 1962, 47. Critici anche SALM, *Das vollendete Verbrechen*, cit., 84; SPENDEL, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 16; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 120.

<sup>86</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 121

<sup>87</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 122; SPENDEL, *op.ult.cit.*, 16.

<sup>88</sup> LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 42.

<sup>89</sup> LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967, 221. Cfr. KÜPER, *Überlegungen*, cit., 263, ove parla di "Unrechtsdefekt"; in questa prospettiva, anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 229; BINAVINCE, *Die vier Momente*, cit., 218; SPENDEL, *op.ult.cit.*, 16; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 138.

della illiceità della condotta rispetto alla lesione del bene tutelato. L'evento verificatosi non viene considerato rilevante, come se fosse frutto del caso, una fatalità<sup>90</sup>.

Proprio perché il bene giuridico tutelato non è stato esposto ad un pericolo maggiore rispetto a quello cui sarebbe stato esposto comunque (e che dunque doveva essere tollerato), viene meno l'esigenza di una specifica tutela penale. In determinate circostanze, infatti, l'ordinamento è disposto a rinunciare alla tutela di beni giuridici lesi o minacciati e ad escludere l'*Erfolgswert*, nonostante la verifica dell'evento e la indubbia illiceità della condotta, sulla base di un confronto (tra interessi contrapposti, tra rischi, tra decorso reale e decorso ipotetico). Ciò significa che un evento può essere considerato irrilevante (tollerato, consentito, lecito) a prescindere dalla illiceità della condotta che lo ha determinato.

Inutile sottolineare le notevoli implicazioni di siffatta impostazione non soltanto nell'ambito dell'illecito colposo, ma anche di quello doloso<sup>91</sup>.

L'orientamento esaminato impone, in ultima analisi, di riflettere sulla necessità di integrare disvalore della condotta e disvalore dell'evento all'interno di una entità unitaria e complessa mediante la causalità, da un lato, e il nesso di "antigiuridicità" dall'altro; quest'ultimo, in particolare, indicherebbe l'esigenza di un nesso di congruenza funzionale tra la dimensione illecita della condotta e quella dell'evento<sup>92</sup>.

Questa ricostruzione, come vedremo, può essere oggi praticabile nella misura in cui il criterio dell'aumento del rischio venga posto in relazione non più alla condotta (prospettiva *ex ante*), ma in relazione all'evento (prospettiva *ex post*), cioè alla lesione del bene giuridico<sup>93</sup>.

#### 1.2.5. Soluzioni sul piano della colpevolezza

Per completezza va riservato un cenno alla tesi che affronta il problema della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito sul piano della colpevolezza, sul presupposto che la colpa rappresenti esclusivamente uno *Schuldelement*.

L'esponente più noto di tale orientamento fu *Exner* il quale, concependo l'evitabilità come elemento costitutivo della colpa, esclude l'esistenza di un "nesso di colpevolezza" (*Schuldzusammenhang*)<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> LAMPE, *Täterschaft*, cit., 594; anche KÜPER, *op.ult.cit.*, 266, il quale sottolinea che il misterioso elemento che giustifica il venir meno dell'imputazione riguarda esclusivamente l'evento (e il suo disvalore). Affrontano il problema dalla prospettiva del disvalore d'evento anche ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 228; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 177.

<sup>91</sup> Né *Baumann* né *Lampe* ritengono, del resto, di dover differenziare il criterio di imputazione in base alla natura colposa o dolosa del fatto.

<sup>92</sup> LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 27.

<sup>93</sup> V. le riflessioni svolte *infra*, cap. IV, 3.2.

<sup>94</sup> EXNER, *Fabrlässiges Zusammenwirken*, cit., 569 ss.; EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 161 ss. e 200 ss.; GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Göttingen 1957, 26 s.; WESSELS, *Anmerkung*, cit., 451; in giurisprudenza, v. il *Reichsgericht* nel caso della novocaina (RG, 15.10.1926, in *HRRS*, 1926, 1636, n. 2302), riferito dallo stesso *Exner* (*op.ult.cit.*, 583); v. inoltre, *BayObLG*, *NJW*, 1953, 1641; *OLG Celle*, *DAR*, 1958, 244. Per la

In particolare, prendendo in esame il noto *Novokainfall*, Exner configura la interruzione del nesso di colpevolezza (*Unterbrechung des Schuldzusammenhangs*) con la seguente motivazione: l'evento è sì stato cagionato da una condotta illecita e negligente, ma alla sua verifica hanno contribuito a tal punto circostanze di cui l'agente non deve rispondere, che l'evento si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito<sup>95</sup>. Manca dunque la colpevolezza (*Verschuldung*), poiché il concetto di colpa esige che l'evento sia evitabile mediante il comportamento lecito<sup>96</sup>.

Al di là dei profili di interesse rintracciabili nell'argomentazione di Exner, laddove pone in evidenza il fatto che in questa costellazione di casi si prospetta l'intervento di fattori causali ulteriori (imprevedibili ed eccezionali) che concorrono alla causazione dell'evento, facendo apparire non più decisiva o rilevante la condotta dell'agente, ci limitiamo qui ad osservare che la tesi dell'assenza di colpevolezza non può essere accolta, sia perché presuppone che all'agente sia già stato imputato un fatto tipico e anti-giuridico<sup>97</sup>, sia perché – in linea con la concezione attualmente dominante della doppia misura della colpa – l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito non può concernere soltanto la rimproverabilità personale dell'autore, ma deve rilevare già ai fini della determinazione della tipicità<sup>98</sup>.

## 2. L'evoluzione del nesso normativo di illiceità (antidoverosità) tra colpa ed evento (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) nella dottrina contemporanea

### 2.1. La controversa legittimazione del nesso normativo tra colpa ed evento e il suo difficile inquadramento dogmatico

La dottrina, pur essendo ormai concorde nel ritenere necessaria nel reato colposo la presenza, oltre che del nesso causale tra condotta ed evento, di un nesso specifico (di natura normativa) tra colpa ed evento, non è in grado di descriverlo compiutamente in termini positivi, limitandosi a ricavarne la definizione in negativo: secondo l'orientamento dominante, tale nesso *non sussiste* quando l'evento si sarebbe verificato comunque, anche in caso di comportamento alternativo lecito<sup>99</sup>.

peculiarità della impostazione dominante nella dottrina e giurisprudenza italiane, che prediligono ancora l'inquadramento della evitabilità nell'ambito della colpa, v. i paragrafi seguenti.

<sup>95</sup> EXNER, *op.ult.cit.*, 583: “*Der Erfolg ist zwar durch eine pflichtwidrige, unvorsichtige Handlung des Täters verursacht worden, allein es haben dabei Umstände, die der Täter nicht zu vertreten hat, derart mitgewirkt, daß der Erfolg auch bei pflichtmäßigem Verhalten eingetreten wäre*”.

<sup>96</sup> EXNER, *op.ult.cit.*, 584.

<sup>97</sup> SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 71; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 139 ss.

<sup>98</sup> Propone recentemente l'esclusione della colpa intesa come “rimproverabilità”, in virtù dell'analogia tra colpa ed omissione, VIGANO, *Riflessioni*, cit., 1679 ss.; similmente, ANGIONI, *Note*, cit., 1284 ss. Riguardo al requisito della evitabilità in senso “oggettivo”, rilevante sul piano della tipicità, v. *infra*, par. 3.

<sup>99</sup> V. per tutti, WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 76; ROMANO, *Commentario*, cit., 410. In giurisprudenza, v. Cass., 22.09.2011, n. 38786; Cass., 18.05.2011, 27735; Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 10.06.2010, n. 38991

Al nesso causale viene così affiancato un secondo nesso, diversamente denominato, oggetto di un successivo livello di indagine, relativo al rapporto tra la natura inosservante e antidoverosa della condotta e l'evento. È a partire dal *Radfahrerfall* che si è affermata in Germania la tesi del duplice accertamento della causalità (*doppelte Kausalitätsprüfung*): prima si accerta il nesso causale in senso naturalistico-scientifico e poi la causalità – *im Rechtssinne* – della *Sorgfaltswidrigkeit*. Il requisito dello specifico nesso tra l'evento lesivo e la violazione della diligenza mira a soddisfare, in particolare, le esigenze dell'accertamento causale secondo il metro di valutazione del diritto penale<sup>100</sup>.

Come noto, il problema del nesso normativo tra condotta ed evento può essere inquadrato ora nella teoria della imputazione oggettiva, vale a dire sul terreno del fatto tipico oggettivo comune a dolo e colpa (con la conseguenza di assumere rilevanza anche rispetto ai delitti dolosi)<sup>101</sup>, ora nel capitolo della colpa, ove può rilevare sia sul piano del fatto tipico colposo sia sul piano della sola colpevolezza<sup>102</sup>.

(caso Montefibre), in *Dir.proc.pen.*, 2011, 1185; Cass., 16.06.2010, n. 32126; Cass., 4.12.2009, n. 8622; Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 14.02.2008, n. 19512; Cass., 18.09.2008, n. 40802; Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 24.05.2007, n. 24898. Ritengono superfluo il criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito, VALLINI, *op.ult.cit.*, 158; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 463, la quale ritiene che i casi di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito segnalino l'assenza di prevedibilità-evitabilità dell'evento (*ivi*, 464).

<sup>100</sup> Per tutti, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 277; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 349; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 195; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 38; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1125 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 111 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 779 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 20 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 182; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 439.

Ammettono pacificamente l'esigenza di una seconda verifica relativa al nesso tra la condotta colposa dell'agente e l'evento, Cass., 18.05.2011, 27735 («Per poter affermare la responsabilità, occorre non solo la causalità materiale tra la condotta e l'evento dannoso, ma anche la cosiddetta causalità della colpa ossia la dimostrazione del nesso in concreto tra la condotta violatrice e l'evento»); Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 6.11.2009, n. 43966; Cass., 14.02.2008, n. 19512; Cass., 19.05.2005, n. 28564; Cass., 18.03.2004, n. 24051. V., altresì, in generale sul requisito della causalità della colpa, Cass., 22.09.2011, n. 38786; Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 9.02.2010, n. 18157; Cass., 29.01.2009, n. 9045; Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 22.05.2008, n. 25648; Cass., 6.07.2007, n. 37606.

<sup>101</sup> Così, ad esempio, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 277 e 584; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 349 e 379; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 38; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 195; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 258; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99 ss.; con specifico riferimento al comportamento alternativo lecito, v. TOEPEL, *Kausalität*, cit., 104 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 143 ss.; nella prospettiva della illiceità della condotta (dolosa e colposa), FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 530 ss. Da noi, v. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 784; ID., *Causalità*, cit., 1058; ROMANO, *Commentario*, cit., 408 ss.; cfr. anche EUSEBI, *Appunti*, cit., 1070; differenziando esplicitamente, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 635; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 2 ss., il quale, pur ritenendo che il “nesso di rischio” non sia né causalità né dolo né colpa, «ma un legame ulteriore e distinto tra la condotta e il risultato (...) un vero e proprio elemento costitutivo del fatto tipico» (così, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 636), considera il requisito della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito un requisito esclusivo dell'illecito colposo (v. *Imputazione oggettiva*, cit., 109 ss.).

<sup>102</sup> Nella dottrina tedesca è assolutamente prevalente l'inquadramento nell'ambito del tipo oggettivo e dell'*Unrechtsmoment* dell'illecito colposo; v., per tutti, SAMSON, in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, Neuwied, Anh. zu § 16, 5ª ed., 1989, n. 22 ss.; HOYER, in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, Neuwied, Anh. zu § 16, 7ª ed., 2004,

Nella dottrina italiana prevale tradizionalmente quest'ultima soluzione, sia in conseguenza del netto rifiuto della teoria della imputazione oggettiva dell'evento<sup>103</sup>, sia in virtù della concezione esclusivamente soggettivo-psicologica della colpa caratterizzante la sistematica tradizionale<sup>104</sup>.

L'inquadramento del nesso normativo tra colpa ed evento come elemento del fatto tipico (pacifico in Germania e ormai piuttosto diffuso anche in Italia) è conseguenza

n. 66 ss.; DUTTGE, *MiKo*, § 15, n. 161. Da noi, in questo senso, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 135 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 78 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 104 s.; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1138; ID., *Illecito*, cit., 355 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 109 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 421 e 660 ss.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 127; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384 e 409; PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1485 ss.; FORNARI, *Descrizione*, cit., 725 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 20 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 429; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 182 ss.; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1538; EAD., *Il comportamento*, cit., 4107 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1690 ss.; ACCINNI, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 936; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4697 ss.; PERINI, *Il concetto*, cit., 528 ss. Nella manualistica, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 560 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 343 ss.; PALAZZO, *Corso*, cit., 329; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 244. Favorevole alla collocazione della problematica nell'ambito della colpevolezza colposa la dottrina tradizionale; v. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 374 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 178 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 214; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 327 ss.; da ultimo, ancora DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 458. In giurisprudenza, in questo senso, v. Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini.

In giurisprudenza è ricorrente l'affermazione che «l'addebito soggettivo dell'evento richiede non soltanto che l'evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito), non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione "ex ante", non avrebbe potuto comunque essere evitato»; così, da ultimo, Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso relativo alla frana di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82, con nota di Verrico; v., inoltre, Cass., 22.09.2011, n. 38786; Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 9.02.2010, n. 18157; Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 14.02.2008, n. 19512 (caso dell'eccesso di velocità); Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837, con nota di Di Salvo; Cass., 6.07.2007, n. 37606.

Segnaliamo, infine, la peculiare posizione di STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fabrlässigkeit*, in *GA*, 1987, 100, secondo il quale – nel quadro di una ricostruzione sistematica del tutto peculiare – la problematica del *Rechtswidrigkeitszusammenhang* riguarda l'imputazione dell'evento alla colpa, e quindi al tipo soggettivo (*subjektiver Tatbestand*). L'A. spiega che nel *Radfabrerfall*, ad esempio, l'imputazione dell'evento viene esclusa sul presupposto che il camionista non fosse a conoscenza della ubriachezza del ciclista; in caso contrario, infatti, muterebbe la regola cautelare, perché lo speciale *Sonderwissen* comporta un aumento della *Sorgfaltspflicht*. Ciò dimostrerebbe, secondo l'A., che l'imputazione dell'evento ha ad oggetto precisamente la questione se l'evento concreto possa essere imputato al *Sorgfaltsverstoß* e che dunque l'imputazione oggettiva riguarda il particolare nesso tra gli accadimenti oggettivi (*Geschehensablauf*) e l'elemento soggettivo della *Sorgfaltswidrigkeit*. Il criterio del comportamento alternativo lecito può escludere la responsabilità soltanto se l'agente non disponeva del (*Sonder*)*Wissen* necessario a riconoscere quei fattori di rischio che eccezionalmente avrebbero determinato l'evento nonostante il comportamento alternativo lecito (nell'esempio: la ubriachezza del ciclista).

<sup>103</sup> In quanto ritenuta un inutile doppione del nesso normativo tra colpa ed evento; così, MARINUCCI, *La colpa*, cit., 140; ID., *Non c'è dolo*, 7; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 198; analogamente, MORSELLI, *Note critiche*, cit., 11 ss.; con argomentazioni differenti, anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 177 ss. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 135 s. Critica, da ultimo, anche DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 346 s.

<sup>104</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 366 ss.; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2. ed., Padova, 1982, 265 ss.; BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 12. ed., Padova, 1986, 518 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 329 ss.

della collocazione della stessa colpa nel fatto. Se la colpa costituisce un elemento della tipicità (nella misura in cui la tipicità della condotta è data dalla violazione della diligenza obiettiva), neppure la causazione per colpa (causalità della colpa) può riguardare soltanto la colpevolezza. Secondo questa impostazione, il problema attiene dunque al piano della imputazione “per colpa”, cioè della imputazione dell’evento nell’illecito colposo, «riguardando la questione della *valutazione* da parte dell’ordinamento di un evento che è pur sempre “opera” dell’agente, ma di cui è discussa la ascrivibilità a colpa, attesa la sua certa, probabile o possibile verifica (...) anche a seguito di una condotta valutata *ex ante* come conforme al dovere»<sup>105</sup>.

Indubbiamente, il criterio della evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito risente della diversa concezione della colpa ora quale elemento del fatto tipico (*Unrechtselement*) ora quale elemento della colpevolezza (*Schuldelement*); occorre pertanto essere consapevoli del fatto che questioni evidentemente affini, perché relative al problema della evitabilità dell’evento, vengono talvolta esaminate disgiuntamente, potendo dare luogo a incertezze e ambiguità.

Se l’inquadramento dogmatico del problema è ancora oggetto di controversia, unanime è invece l’opinione favorevole alla esclusione dell’imputazione quando l’evento si sarebbe verificato con certezza anche nel caso di comportamento alternativo lecito, adottando cioè il comportamento prescritto dalla norma cautelare<sup>106</sup>. Soltanto il criterio di accertamento della evitabilità dell’evento necessario per fondare l’imputazione dell’evento rimane incerto. Sono identificabili tre orientamenti.

L’orientamento più rigoroso (maggioritario in Germania e minoritario in Italia), sulla base di criteri e argomentazioni differenti, si accontenta della possibilità di evitare l’evento mediante il comportamento alternativo lecito (ciò significa, in altri termini, che per ammettere l’imputazione è necessaria la certezza o la probabilità confinante con la certezza che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l’evento, pena la violazione del principio *in dubio pro reo*)<sup>107</sup>. Il criterio fondamentale di

<sup>105</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 660. V. anche DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 109, per il quale l’evitabilità è un criterio normativo-oggettivo d’imputazione del fatto tipico colposo e riguarda quindi la *imputazione in senso lato*. L’A. (*op.ult.cit.*, 14) spiega che la categoria della imputazione oggettiva «è stata *estesa* anche ad abbracciare criteri normativi d’imputazione di un fatto (e specialmente dell’evento) a titolo di colpa o di dolo (...). È “oggettiva”, dunque, secondo un uso abbastanza diffuso (...) anche l’imputazione che opera nel fatto colposo o in quello doloso, tutte le volte che i criteri che si utilizzano servono 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*». Recentemente, di nuovo sulla “doppia misura della colpa”, CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2011, 73 ss. In giurisprudenza, per il riconoscimento della “doppia misura della colpa”, si veda, Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837.

<sup>106</sup> Per tutti, v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 392; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 584; FORTI, *Colpa*, cit., 690; ROMANO, *Commentario*, cit., 409.

<sup>107</sup> BGHSt 11, 1 (*Radfabrerfall*); BGHSt 21, 59 (*Zahnarztfall*); BGHSt 24, 31 (*Motorradfabrerfall*); WELZEL,

esclusione della imputazione rimane dunque quello della *Vermeidbarkeit*: per l'attribuzione dell'evento si richiede che l'agente potesse influenzare la verificazione dell'evento, impedirlo o evitarlo e la rimproverabilità dell'agente per la causazione dell'evento presuppone l'esistenza di (almeno) una alternativa di condotta lecita idonea ad evitare l'evento. Del tutto minoritaria è l'opinione opposta (considerata "radicale") che richiede la certezza della inevitabilità dell'evento per escludere l'imputazione e, viceversa, la semplice possibilità di evitare l'evento per affermarla<sup>108</sup>. Un'altra parte, ormai consistente, della dottrina fa leva sul criterio dell'aumento del rischio (*Risikoerhöhung*), imputando l'evento quando la condotta illecita abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento, ovvero il comportamento alternativo lecito avrebbe diminuito le probabilità di verificazione dell'evento ovvero aumentato le *chances* di salvezza del bene<sup>109</sup>.

*Das deutsche Strafrecht*, cit., 136; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 143 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 153 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 437 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 146 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 235 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 481 ss.; BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht*, cit., 273; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 75; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 127; CRAMER, STERNBERG-LIEBEN, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuchkommentar*, 28. ed., München, 2011, § 15, n. 177 ss.; SAMSON, *SK*, Anh. zu § 16, n. 24; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 174; FREUND, *MüKo*, vor §§ 13, n. 284 ss. Criteri più rigorosi e restrittivi sono stati elaborati da SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss.; RANFT, *Berücksichtigung*, cit., 1425; KRÜPELMANN, *Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, in *GA*, 1984, 491 ss. Per questo orientamento minoritario in Italia, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 273; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067 ss.; ANGIONI, *Note*, cit., 1311 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4135; PERINI, *Il concetto*, cit., 585.

<sup>108</sup> SPENDEL, *Conditio-sine-qua-non-Gedanke*, cit., 17; ID., *Die Kausalitätsformel*, cit., 64, il quale, non attribuendo alcuna rilevanza al comportamento alternativo lecito (sul presupposto che si tratti di una mera causa ipotetica), ritiene che solo in caso di certezza della formula positiva si possa affermare il nesso di causalità e solo in caso di certezza della formula negativa negare il nesso causale; anche SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 183 ss. Cfr. in questo senso anche BINDOKAT, *Versari in re illicita*, cit., 549 ss. Per la soluzione restrittiva, v. inoltre EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 201; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 229; BINAVINCE, *Die vier Momente*, cit., 218; RANFT, *Berücksichtigung*, cit., 1425 ss.; STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 97 ss.

<sup>109</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 430 ss.; ID., *Gedanken*, cit., 133 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 392 ss.; WOLFF, *Kausalität*, cit., 27; JESCHECK, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1965, 17; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 585; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 553; ID., *SK*, vor § 1, n. 65 ss.; SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung*, cit., 171; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 235 ss.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 139 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 647; OTTO, *Kausaldiagnose*, cit., 101 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 334 ss.; PUPPE, *Zurechnung*, cit., 293 ss.; EAD., *Die Beziehung*, cit., 602 ss.; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 270 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95. Nella dottrina italiana, v. CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 147; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 165; FORTI, *Colpa*, cit., 692; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 408 ss.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 128; ROMANO, *Commentario*, cit., 409; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 116 (pur precisando il criterio nel senso del «più probabile che non»); VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 172 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 106 ss. e 209; DE VERO, *Disvalore*, cit., 1508; BARTOLI, *Il problema*, cit., 106; ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 176 s.; MARINUCCI, *Dolcini*, *Manuale*, cit., 310; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 347. Il criterio dell'aumento del rischio prevale anche in giurisprudenza, ove si afferma che «si può formalizzare l'addebito solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antiggiuridico o anche solo avrebbe determinato apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno»; in questi termini, v. Cass., 6.11.2009, n. 43966; Cass., 14.02.2008, n. 19512; Cass., 6.07.2007, n. 37606, la quale precisa che «sarebbe irrazionale rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia omissso di tenere una condotta osservante delle prescritte cau-

La disputa si riduce, in sostanza, alla scelta tra la *Vermeidbarkeitstheorie* e la *Risikoerhöhungslehre*.

L'affermazione che nel reato colposo l'evento debba poggiare proprio sulla violazione della diligenza, cioè che debba esservi un nesso specifico tra condotta colposa ed evento, costituisce oggi un vero e proprio dogma<sup>110</sup>.

All'accertamento del nesso normativo tra condotta ed evento mediante il criterio del comportamento alternativo lecito, ritenuto pacificamente un problema *non causale*, viene attribuito un rilievo maggiore rispetto ai semplici decorsi causali ipotetici<sup>111</sup>, ma l'incertezza riguardo alla natura e alla legittimità di tale requisito si riflette nella eterogeneità dei concetti elaborati per definire tale "misterioso legame"<sup>112</sup>.

La terminologia non è unitaria e sono sorte diverse espressioni per definire il nesso in questione<sup>113</sup>. Malgrado esista una idea condivisa (quella per cui l'evento deve essere riconducibile alla colpa), le varianti elaborate in dottrina sono numerosissime: *Kausalität (Ursächlichkeit) im Rechtssinne*<sup>114</sup> o *relevante Kausalität* (causalità rilevante)<sup>115</sup>; causalità tra violazione del dovere ed evento (*Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Erfolg*<sup>116</sup> oppure *Kausalität der Pflichtwidrigkeit*)<sup>117</sup>; causalità della colpa (*Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung*)<sup>118</sup>; *Rechtswidrigkeitszusammenhang* (nesso di anti-giuridicità)<sup>119</sup> e *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* (nesso di illiceità o antidoverosità)<sup>120</sup>;

tele che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verifica dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto».

<sup>110</sup> Lo rilevano criticamente, KÜPER, *Überlegungen*, cit., 249; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 118. Ritiene insufficienti le argomentazioni correnti anche FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 509.

<sup>111</sup> *Supra*, cap. II,

<sup>112</sup> Come lo definì ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 223; analogamente, PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595.

<sup>113</sup> Lo sottolineano, criticamente, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 419; ERB, *op.ult.cit.*, 70; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 578; FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 728, il quale ritiene che le differenze nell'ambito della teoria siano di natura esclusivamente terminologica.

<sup>114</sup> Secondo la dizione più antica, diffusa soprattutto nella giurisprudenza tedesca; v. per tutte, BGHS 11, 1. In dottrina, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 8.

<sup>115</sup> MEZGER, *Anmerkung*, cit., 282. Anche, LAMPE, *Täterschaft*, cit., 598; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226.

<sup>116</sup> ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 146.

<sup>117</sup> TOEPEL, *Kausalität*, cit., 49.

<sup>118</sup> PUPPE, *Kausalität*, cit., 660 ss.; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 73 ss. L'espressione "causalità della colpa" è molto diffusa nella dottrina e giurisprudenza italiana.

<sup>119</sup> Già nella letteratura civilistica, v. VON CAEMMERER, *Das Problem*, cit., 30 ss.; v. inoltre, MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 30 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 61; LAMPE, *op.ult.cit.*, 603; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 34; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 227; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 76; STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 98; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 29; HOYER, SK, Anh. zu § 16, n. 66; CRAMER, STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder*, Vorbem. § 15, n. 173. Nella dottrina italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 117; MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 292 ss.; CANESTRARI, *L'illicito*, cit., 166; FORTI, *Colpa*, cit., 356; DONINI, *Illicito*, cit., 357; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 39; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 94; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4111; ROMANO, *Commentario*, cit., 409.

<sup>120</sup> V., fra i tanti, WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 75; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 15; ULSENHEIMER *Das Verhältnis*, cit., 143; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 237; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 247 ss.; KAHLO, *Das*



*Realisierung der Sorgfaltsverletzung* (realizzazione della colpa nell'evento)<sup>121</sup> e *Realisierungszusammenhang*<sup>122</sup>; *Gefahrverwirklichung*<sup>123</sup> o *Risikoverwirklichung* (realizzazione del pericolo o del rischio)<sup>124</sup>; *Relevanzzusammenhang* (nesso di rilevanza)<sup>125</sup>; *logischer Bedingungszusammenhang* (nesso logico di condizionalità)<sup>126</sup>; *Schutzzweckzusammenhang* (nesso di scopo di protezione della norma)<sup>127</sup> e *Schutzwirkung der Sorgfaltspflicht* (efficacia protettiva dell'obbligo di diligenza)<sup>128</sup>; *normative Korrespondenz* (corrispondenza normativa)<sup>129</sup>; *Risikozusammenhang* (nesso di rischio)<sup>130</sup>.

In tutte le teorie basate sull'esigenza di uno specifico nesso tra colpa ed evento (*Zusammenhangstheorien*) ricorrono, anche se con un peso di volta in volta differente, il criterio della evitabilità (*Vermeidbarkeit*), quello della congruenza di rischi o rea-

*Problem*, cit.; TOEPEL, *Kausalität*, cit.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 126; DUTTIGE, *MüKo*, § 15, n. 160; FORTI, *Colpa*, cit., 421; DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 686, nt. 153 («nesso di antidoverosità»).

<sup>121</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 116; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 68 s.; MARINUCCI, *Il reato*, cit., 163 s.; ID., *La colpa*, cit., 263; FORTI, *Colpa*, cit., 421.

<sup>122</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 55 e 525.

<sup>123</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 62 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 91; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 259.

<sup>124</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 139; ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 147; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 137; ERB, *op.ult.cit.*, 118; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 63; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 226 ss.; HOYER, *SK*, Anh. zu § 16, n. 79; CRAMER, STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder*, § 15, n. 173.

Nella dottrina italiana, con approcci assai differenti, fanno riferimento alla realizzazione del rischio nell'evento, M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, 274 ss.; ID., *Colpa*, cit., 642; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 264; ID., *Non c'è dolo*, cit., 5; MAZZACUVA, *Disvalore*, cit., 297; MANTOVANI, *Colpa*, cit., 309; MILITELLO, *Rischio*, cit., 15; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 175 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 153 ss.; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1125; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 8; FORTI, *Colpa*, cit., 426 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 780; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384 ss.; FORNARI, *Descrizione*, cit., 727; CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass.pen.*, 2002, 3842; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 399; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 404; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 94; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1538; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1471; RAMPONI, *Concause*, cit., 572; BARTOLI, *Il problema*, cit., 96; PERINI, *Il concetto*, cit., 528 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 406; nella manualistica, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 561; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 334.

<sup>125</sup> SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 384 ss.; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 244.

<sup>126</sup> LAMPE, *Täterschaft*, cit., 598.

<sup>127</sup> LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 95; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 578; PUPPE, *Die Erfolgsgzurechnung*, cit., 30; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 110; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 166.

<sup>128</sup> ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 146 ss.

<sup>129</sup> KRÜPELMANN, *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fabrlässigen Verletzungsdelikten*, in *Jescheck FS*, I, Berlin, 1985, 313 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 146 ss.

<sup>130</sup> RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 63; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 113; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 578; WOLTER, *Objektive*, cit., 36; LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 27; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 71; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, 95; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 76; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 144; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 2; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 94; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 125; PERINI, *op.ult.cit.*, 525; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1485.

lizzazione del rischio (*Gefahrenkongruenz* o *Gefahrenverwirklichung*) e quello dello scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*).

Ciò rende ancora più difficoltoso comprendere perché ai fini della integrazione di una fattispecie colposa d'evento non dovrebbe essere sufficiente che l'evento sia stato cagionato dalla condotta colposa (caratterizzata, cioè, dalla violazione della diligenza necessaria) dell'agente. A prima vista appare, insomma, discutibile che debba rilevare la circostanza che l'evento si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito, dal momento che il legame reale tra condotta ed evento non può certo venir meno né perdere i suoi effetti giuridici per il solo fatto che l'evento avrebbe potuto realizzarsi anche in seguito ad un diverso decorso rimasto, di fatto, ipotetico.

La giustificazione tradizionalmente fornita, secondo cui è necessario che l'evento sia evitabile mediante il comportamento alternativo lecito, si rivela una mera tautologia, posto che la domanda è proprio *perché* l'agente non dovrebbe essere punito quando l'evento si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito<sup>131</sup>.

Di fronte a questo interrogativo fondamentale – perché la inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito rappresenta un fattore idoneo ad escludere l'imputazione dell'evento e perché il nesso normativo tra colpa ed evento deve consistere proprio nella evitabilità mediante comportamento alternativo lecito – le diverse teorie non riescono, di fatto, ad esprimere in termini dogmaticamente razionali una vaga percezione, né a fornire un'argomentazione che vada al di là di un generico riferimento ad esigenze di giustizia ed equità<sup>132</sup>.

Tranne poche ma significative eccezioni<sup>133</sup>, il tema appare decisamente trascurato dalla dottrina italiana: manca spesso una esplicita presa di posizione al riguardo<sup>134</sup> e l'inquadramento prescelto viene motivato con scarse e ripetitive argomentazioni; fino a poco tempo fa, inoltre, l'argomento era del tutto ignorato dalla giurisprudenza.

Solitamente ci si limita ad affermare che l'imputazione colposa dell'evento presuppone, oltre al nesso causale tra condotta ed evento, l'esistenza di uno specifico legame tra la condotta contrassegnata dalla violazione del dovere di diligenza e il risulta-

<sup>131</sup> Lo sottolineano chiaramente ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 223; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 421; ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit. 125.

<sup>132</sup> Critici, PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 29 e 72; KAHLO, *Das Problem*, cit., 38; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 136.

<sup>133</sup> Si vedano gli studi di MARINUCCI, *op.ult.cit.*, 135 ss.; ID., *Non c'è dolo*, cit., 3 ss.; FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1975, 1598 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., *passim*; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 104 ss. e 153 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 1989; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1115 ss.; ID., *Illecito*, cit., 355 ss. e 435 ss.; ID., *La causalità omissiva*, cit., 41 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 93 ss.; ID., *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 677 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 408 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1053 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 18 ss. Nella letteratura più recente, v. GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4107 ss.; EAD., *Il criterio*, cit., 1536 ss.; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4699 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 181 ss.; PERINI, *Il concetto*, cit., 525 ss.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 90 ss.; ID., *Causalità e colpa*, cit., 619 ss.

<sup>134</sup> Specialmente nella manualistica; v., ad es., MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 343; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 214; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 561.

to lesivo da essa materialmente cagionato; tale nesso deve essere accertato non già rispetto al comportamento considerato nella sua mera realtà naturalistica, bensì in relazione alla condotta in quanto colposa, cioè viziata da negligenza, imprudenza o imperizia<sup>135</sup>.

A sostegno della esigenza del particolare nesso tra colpa ed evento la dottrina invoca le stesse norme del codice penale: da un lato, l'art. 43 c.p., laddove precisa che l'evento deve verificarsi *a causa* di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero *per* inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, dall'altro il § 222 StGB (dedicato all'omicidio colposo), che stabilisce che la morte deve essere cagionata *per* colpa («*durch Fahrlässigkeit*»).

Come spiega *Marinucci*, «ciò che ha plasmato la dottrina italiana della colpa è la definizione legislativa del reato colposo di evento (assunto come prototipo), che lega colpa ed evento con un ferreo nesso normativo»<sup>136</sup>. È necessario che l'evento trovi il suo specifico presupposto nella violazione della regola di diligenza, nel senso che esso deve essersi verificato proprio a causa dell'inosservanza della diligenza; accontentarsi del mero nesso causale significherebbe accettare la logica del *versari in re illicita* e rinunciare ad una imputazione realmente personale della responsabilità penale<sup>137</sup>.

Superata la visione semplicistica per cui l'imputazione dell'evento esige la prova della sua evitabilità mediante comportamento alternativo lecito (in quanto incapace di spiegare perché eventi di fatto evitabili, anche se inevitabili mediante il comportamento alternativo lecito, non vengano imputati all'agente)<sup>138</sup>, si consolida l'idea che il delitto colposo non è dato dalla mera somma della violazione della regola cautelare e della causazione dell'evento, ma si caratterizza per la colposa causazione dell'evento. L'evento deve dunque essere condizionato *proprio* dalla colposità della condotta,

<sup>135</sup> Per tutti, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 552.

<sup>136</sup> MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 18.

<sup>137</sup> Per questo "classico" argomento, v. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 362; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 136; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 52; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 431; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 551 s.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 143 s.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 207; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 73-74; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 260. Da noi, già DELITALA, *Il fatto*, cit., 87; M. GALLO, *Colpa*, cit., 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 272; in seguito, FORTI, *Colpa*, cit., 421 e 668; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1148; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 208; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4110; GROTTA, *Principio*, cit., 238; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 562; PULITANO, *Diritto penale*, cit., 347. In giurisprudenza, v. Cass., 6.07.2007, n. 37606 («L'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata – il cosiddetto comportamento alternativo lecito – non avrebbe comunque evitato l'evento. Si ritiene da più parti, condivisibilmente, che non sarebbe razionale pretendere, fondando poi su di esso un giudizio di rimproverabilità, un comportamento che sarebbe comunque inidoneo ad evitare il risultato antigiusdizionario»); Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837, con nota di Di Salvo («In tema di delitti colposi, ai fini dell'elemento soggettivo, per potere formalizzare l'addebito colposo, non è sufficiente verificare la violazione della regola cautelare, ma è necessario accertare che tale regola fosse diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi, altrimenti si avrebbe una responsabilità oggettiva giustificata dal mero *versari in re illicita*»).

<sup>138</sup> Così ancora EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., 569 ss.; BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 270 ss.

trovare il suo *fondamento* nell'inosservanza della diligenza prescritta<sup>139</sup>.

«La “rilevanza” dell’*evento* come evento *colposo* non dipende affatto dall’essere “causato materialmente”, bensì (...) dal suo trovarsi in uno stretto rapporto con l’*elemento normativo* “violazione della diligenza oggettiva dovuta”»<sup>140</sup>.

La questione è connessa al significato e alla funzione dell’evento nell’illecito colposo: benché nei delitti colposi la verifica dell’evento presenti un’accentuata componente “casuale” (*Zufallsmoment*), non è ammissibile ridurre l’evento a mera condizione obiettiva di punibilità e la responsabilità per colpa ad una forma di responsabilità oggettiva<sup>141</sup>. Per loro natura i reati colposi presuppongono la evitabilità dell’evento: l’agente colposo viene punito perché non ha impedito l’evento, benché oggettivamente obbligato e soggettivamente in grado di farlo, e se l’evento è inevitabile anche adottando il comportamento alternativo lecito, l’inosservanza della diligenza si rivela nel caso concreto irrilevante per la sua verifica. Affermare in questi casi l’imputazione dell’evento significherebbe identificare il disvalore sostanziale del fatto colposo nella mera disobbedienza.

La spiegazione, del tutto ragionevole e condivisibile, non appare in realtà soddisfacente. Una imputazione per il caso, slegata dalla colpevolezza, non sarebbe infatti configurabile nemmeno in caso di rinuncia al requisito del nesso di illiceità, data la presenza dei comuni criteri di imputazione oggettiva (causalità) e soggettiva (colpevolezza) in grado di garantire la piena riferibilità del fatto al suo autore. In ogni caso, il rifiuto della logica “versarista” non spiega come debba atteggiarsi il nesso normativo tra colpa ed evento. Infine, se per l’esclusione del nesso normativo tra colpa ed evento fosse sufficiente il mero fatto che l’evento si potesse verificare anche in caso di comportamento alternativo lecito, l’agente potrebbe invocare qualsiasi decorso causale ipotetico in grado di determinare il medesimo evento. Ma così non è.

Dunque: il nesso normativo di illiceità deve riferirsi necessariamente ad un *quid pluris*.

<sup>139</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 584; ENGISCH, *op.ult.cit.*, 362; ROXIN, *op.ult.cit.*, 431 s.; RUDOLPHI, *op.ult.cit.*, 552; ULSSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 144; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 583; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 49 ss.; HOYER, *SK*, Anh. zu § 16, n. 66; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 156 ss. Nella letteratura italiana, v. TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 68 s.; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 263; M. GALLO, *op.ult.cit.*, 642; MANTOVANI, *Colpa*, cit., 309; FORTI, *op.ult.cit.*, 421; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 104; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 88; DONINI, *Illecito*, cit., 443; GIUNTA, *op.ult.cit.*, 384 ss.; ROMANO, *op.ult.cit.*, 464; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 46; PIERGALLINI, *Il danno da prodotto*, cit., 405; BLAIOTTA, *op.ult.cit.*, 106 e 208; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4109.

In giurisprudenza, v. Cass., 18.05.2011, 27735; Cass., 22.12.2010, n. 2597 («Nei reati colposi è infatti sempre necessario verificare se la accertata violazione della regola cautelare, normativamente o meno prevista, abbia cagionato il singolo evento di cui si discute»); Cass., 23.04.2009, n. 36857 («Alla colpa dell’agente va ricondotto non qualsiasi evento realizzatosi, ma solo quello causalmente riconducibile alla condotta posta in essere in violazione della regola cautelare»); Cass., 14.02.2008, n. 19512 («Per aversi colpa, l’evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole»); Cass., 19.05.2005, n. 28564 («Va in particolare verificato che proprio quella violazione della regola cautelare abbia cagionato, o abbia contribuito a cagionare, l’evento medesimo»).

<sup>140</sup> Ancora, MARINUCCI, *Il reato*, cit., 115.

<sup>141</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1148.

Si consideri, inoltre, che il già descritto procedimento di duplicazione dei livelli di indagine circa il legame tra condotta ed evento presuppone evidentemente una differenza rispetto all'oggetto dell'accertamento, nonché un rapporto di consequenzialità tra i due livelli (posto che l'accertamento del secondo nesso è condizionato all'esistenza del primo). Non risultando chiare le ragioni di tale duplicazione né le specifiche finalità dei due requisiti, vi è soltanto il rischio di confondere nesso di causalità e causalità della colpa e di utilizzare il medesimo criterio per l'accertamento dell'uno e dell'altro nesso.

La confusione – cui abbiamo già accennato – è del resto ancora piuttosto diffusa, soprattutto nella giurisprudenza italiana, non essendo sempre comprensibile se il nesso richiesto tra condotta colposa ed evento coincida con il nesso causale o se integri un *aliud*<sup>142</sup>. Specialmente in caso di omissione la valorizzazione della componente omissiva della colpa consente di ricostruire la mancata adozione delle cautele dovrose come condotta omissiva, convertendo il delitto commissivo colposo in illecito omissivo improprio. La verifica dell'evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito rimane così assorbita nell'accertamento causale, in applicazione dello schema di accertamento controfattuale proprio della causalità omissiva<sup>143</sup>. Tale

<sup>142</sup> V., ad esempio, Cass., 27.08.2012, n. 33311 (caso Fincantieri); Cass., 22.09.2011, n. 38786 («nesso causale tra la condotta violatrice e l'evento»); Cass., 18.05.2011, 27735 («nesso in concreto tra la condotta violatrice e l'evento»); Cass., 14.02.2008, n. 19512 («nesso eziologico»); Cass., 1.10.2008, n. 39882, in *Cass.pen.*, 2009, 4696; Cass., 6.07.2007, n. 37606, che riconosce peraltro «la forte connessione esistente in molti casi tra le problematiche sulla colpa e quelle sull'imputazione causale». Si vedano, in particolare, Cass., 19.05.2005, n. 28564 («In tema di rapporto di causalità, una volta che sia stata accertata una condotta colposa inseritasi nel processo determinativo dell'evento va in particolare verificato che proprio quella violazione della regola cautelare abbia cagionato, o abbia contribuito a cagionare, l'evento medesimo, non essendo sufficiente l'accertamento della causalità materiale e neppure che la condotta abbia in parte o in tutto prodotto il fatto delittuoso, ma occorrendo estendere l'indagine al nesso di causalità giuridica») e Cass., 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo («In tema di colpa medica, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta imperita e l'evento lesivo, non è sufficiente che venga accertato che un determinato comportamento, omissivo e commissivo, abbia determinato il verificarsi dell'evento, ma è necessario accertare altresì che la previsione della regola di cautela – della quale emerge la mancata osservanza – fosse predeterminata ad evitare proprio quell'evento»); meno recentemente, Cass., 24.06.1983, Veronesi, analogo al *Novokainfall*, in cui i giudici hanno escluso il nesso causale. Differenziano invece chiaramente i due profili, Cass., 23.01.2002, n. 22568 e Cass., 17.01.2010, n. 43786, Cozzini. Per una rassegna giurisprudenziale, v. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 176 e 205 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4116.

<sup>143</sup> Cfr. Cass., 18.05.2011, 27735 e Cass., 16.06.2010, n. 32126 («L'accertata sussistenza di una condotta anti-giuridica di uno degli utenti della strada con violazione di specifiche norme di legge o di precetti di comune prudenza non può di per sé far presumere l'esistenza della causalità tra il suo comportamento e l'evento dannoso, che occorre sempre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'incidente si sarebbe ugualmente verificato»); Cass., 18.06.2009, n. 37478 («La dazione da parte del farmacista di un medicinale in assenza di prescrizione medica, con espresso invito all'assunzione solo previa autorizzazione del medico curante, non può ritenersi causa sufficiente e determinante dell'evento lesivo successivamente occorso al paziente in seguito all'assunzione del farmaco laddove, in forza del giudizio controfattuale in sede di accertamento del nesso eziologico, si giunga alla conclusione che, pur ipotizzando come realizzata la condotta doverosa della consegna del farmaco dietro regolare prescrizione medica, il paziente avrebbe comunque subito l'evento lesivo»); Cass., 15.11.2005, n. 3380 («Nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può

*modus procedendi* è dovuto, per un verso, allo scarso approfondimento della questione della rilevanza del comportamento alternativo lecito nei delitti colposi d'evento (specialmente, se omissivi) e, per l'altro, alla opportunità di manipolare l'esito del giudizio a seconda delle esigenze punitive<sup>144</sup>.

Una spiegazione altrettanto comune, ma assai meno circolare e ridondante, è quella che fa leva sulla realizzazione (concretizzazione) nell'evento del rischio innescato dalla condotta. Essa quantomeno identifica uno specifico requisito di imputazione, basato sull'esigenza che nell'evento si sia realizzato proprio il rischio illecito (non consentito) collegato alla condotta<sup>145</sup>.

Già in precedenza si era compreso che l'evitabilità dell'evento di per sé non spiega l'imputazione, ma che occorre piuttosto verificare se proprio il rischio creato dalla condotta si sia realizzato nell'evento (v., ad esempio, la tradizionale disputa intorno al caso del ferito che muore nell'incidente durante il trasporto in ospedale, in cui l'evento, certamente evitabile senza la condotta illecita, appare tuttavia riferibile ad una sfera di rischio diversa rispetto a quella attivata dalla condotta e, in particolare, ad un rischio lecito della quotidianità).

Si tratta indubbiamente di argomentazioni più raffinate, riconducibili alla *Verwirklichungstheorie* e alla *Realisierungstheorie* elaborate in origine da *Engisch* e *Welzel*<sup>146</sup>. Il procedimento di costruzione di un decorso eziologico ipotetico, riferito all'osservanza della diligenza, risulta qui finalizzato ad accertare se il rischio attivato dalla condotta illecita si sia effettivamente "materializzato", "tradotto", "riversato" nell'evento<sup>147</sup>.

«Centrale ai fini dell'imputazione dell'evento "per colpa" all'agente risulta lo "specifico parametro normativo", basato sul riferimento alla "norma di diligenza", e consistente nella verifica che l'evento sia stato "realizzazione" della violazione della diligenza prescritta»<sup>148</sup>.

formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità»).

<sup>144</sup> Si rinvia a quanto già osservato in merito *supra*, cap. II, par. 1.4.

<sup>145</sup> BURGSTALLER, *Das Fabrlässigekeitsdelikt*, cit., 136 s.; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 647; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 55 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 57 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 371 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226 ss.; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 274 ss.; TRIMARCHI, *op.ult.cit.*, 65; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 156; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 635; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 399; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1471; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 94.

<sup>146</sup> V. in merito, *supra*, par. 1.2.3.

<sup>147</sup> V. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 583; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 69; SAMSON, *SK*, Anh. zu § 16, n. 24; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 157; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226 ss.; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 264 ss.; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 104 s.; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 88; FORTI, *op.ult.cit.*, 421 e 434; DONINI, *Illecito*, cit., 435 ss.; GIUNTA, *op.ult.cit.*, 384 ss.; PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 405; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 46 e 61 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 442 ss.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 187; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1537; CORNACCHIA, *op.ult.cit.*, 399; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3228; RAMPONI, *op.ult.cit.*, 572; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4697 ss.; ACCINNI, *Criteri*, cit., 936; ROMANO, *Commentario*, cit., 410; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 522.

<sup>148</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 434. In giurisprudenza, tra le tante, v. Cass., 22.09.2011, n. 38786 («Occorre che il risul-

L'idea è stata sviluppata specialmente nell'ambito della *Risikoerhöhungslehre* ed è ormai entrata a far parte della moderna *Zurechnungsformel* comunemente adottata dalla dottrina tedesca: «Un evento cagionato da una condotta umana (nel senso della teoria condizionalistica) può essere oggettivamente imputato soltanto quando la condotta abbia creato un pericolo giuridicamente vietato per il bene giuridico tutelato e tale pericolo si sia realizzato nell'evento tipico»<sup>149</sup>.

Eventi lesivi non sono cagionati soltanto da condotte illecite, colpose; vi sono casi, infatti, in cui anche una condotta diligente può provocare un evento lesivo (i casi di rischio consentito, appunto). *Roxin*, invocando il *principio di uguaglianza*, aveva sottolineato che una condotta che non abbia incrementato il rischio consentito, aumentando il pericolo di verificazione dell'evento, qualora cagioni un evento, deve essere giudicata al pari di una condotta lecita<sup>150</sup>. Se, infatti, l'antidoverosità della condotta non ha determinato un rischio maggiore rispetto a quello consentito e l'evento non era evitabile osservando le cautele prescritte per mantenere il rischio all'interno della soglia di tolleranza, l'evento non è riconducibile alla illiceità della condotta<sup>151</sup>.

Secondo una spiegazione in parte analoga, se ritenessimo sufficiente per l'imputazione dell'evento una condotta causale e illecita (colposa), l'agente sarebbe privato del «beneficio del rischio consentito», che potrebbe essere contenuto anche nella sua condotta, solo per il fatto di aver superato la soglia di tolleranza e di aver violato una regola di condotta<sup>152</sup>.

tato offensivo sia la "concretizzazione" del pericolo preso in considerazione dalla norma cautelare; ovvero, in altri termini, che l'evento lesivo rientri nella classe di eventi alla cui prevenzione era destinata la norma cautelare); Cass., 9.02.2010, n. 18157 («Per integrare la colpa punibile non è sufficiente la mera violazione di una regola cautelare, sebbene codificata, ma è necessario che la violazione di detta regola abbia determinato il concretizzarsi del rischio che essa mirava a prevenire»); Cass., 6.11.2009, n. 43966 («La violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono sufficienti per fondare la responsabilità, giacché occorre anche chiedersi, necessariamente, se l'evento derivatone rappresenti o no la "concretizzazione" del rischio che la regola stessa mirava a prevenire»); Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 14.02.2008, n. 19512 («Ai fini dell'addebito, l'accadimento verificatosi deve essere proprio tra quelli che la norma di condotta tendeva ad evitare, realizzandosi così la cosiddetta "concretizzazione del rischio"»); Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837.

<sup>149</sup> «Objektiv zurechenbar kann ein durch menschliche Handlung (im Sinne der Bedingungstheorie) verursachter Erfolg nur dann sein, wenn die Handlung eine rechtliche verbotene Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts geschaffen und die Gefahr sich in dem tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat». In questi termini, per tutti, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287. Da noi, v. MILITELLO, *Rischio*, cit., 15; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 156; DONINI, *Illecito*, cit., 414; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 155; nella manualistica, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 248 s.

<sup>150</sup> Anche LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99a; ROMANO, *Commentario*, cit., 411.

<sup>151</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 440. Anche KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 53 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 234; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 65 ss.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 138; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 654; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 143 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 410.

<sup>152</sup> Per il concetto di "beneficio del rischio consentito" («Benefiz des erlaubten Risikos»), sul quale torneremo nel cap. IV, v. PUPPE, *Kausalität*, cit., 661.

Il misterioso nesso tra colpa ed evento è dunque dato dalla realizzazione nell'evento del rischio superiore a quello consentito cui si riferisce il divieto. Infatti, mentre la realizzazione del *Restrisiko* non è penalmente rilevante (perché tollerata dall'ordinamento), la realizzazione del rischio *superiore* alla soglia del consentito è considerata illecita e va imputata alla violazione della regola cautelare. L'affermazione che una condotta alternativa osservante non avrebbe potuto impedire l'evento significa, insomma, che la condotta tipica non si è convertita in lesione, che nell'evento si è realizzato un rischio socialmente tollerato<sup>153</sup>.

Al criterio della realizzazione del rischio viene sovente intrecciato quello dello scopo di protezione della norma (mutuato dalla dottrina civilistica)<sup>154</sup>. Lo stretto legame tra colpa ed evento viene individuato, infatti, nella coincidenza tra evento verificatosi e finalità di tutela della norma: può essere imputato a colpa soltanto un evento del tipo di quelli che la regola di diligenza violata mirava ad evitare, un evento che, in altre parole, costituisce la realizzazione del rischio illecito specifico che la regola cautelare tendeva a prevenire<sup>155</sup>.

In questo modo però non soltanto il criterio della realizzazione del rischio si riduce a parametro di imputazione dell'evento nel solo illecito colposo (perdendo la sua vocazione di principio *generale*), ma il problema della realizzazione del *rischio* nell'evento finisce per identificarsi esclusivamente con la questione relativa al nesso normativo tra *colpa* ed evento, vale a dire con la questione della concretizzazione della violazione della diligenza nell'evento e della congruenza tra evento concretamente verificatosi e scopo di protezione della regola cautelare violata.

Come vedremo, tale sovrapposizione complica enormemente l'inquadramento dei rapporti tra nesso di rischio e nesso tra colpa ed evento, pregiudicando la chiara differenziazione delle diverse questioni implicate (evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, *Schutzzweck* della norma e realizzazione del rischio ille-

<sup>153</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 420; ID., *Strafrecht*, cit., 384 ss. Essenzialmente, anche FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 529 s.

<sup>154</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 390 ss.; ID., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in Gallas FS, Berlin et al., 1973, 241 ss.; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 549 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 586.

<sup>155</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 241; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; PUPPE, *Kausalität*, cit., 664; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 586; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 75.

L'accostamento tra il requisito della realizzazione del rischio e il criterio dello scopo di protezione della norma è molto diffuso nella dottrina italiana in virtù della trattazione della problematica del "nesso normativo" prevalentemente nell'ambito dell'illecito colposo; v. M. GALLO, *Colpa*, cit., 642; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 264; MANTOVANI, *Colpa*, cit., 309; MAZZACUVA, *Disvalore*, cit., 297; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 175 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 153 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 423 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384 ss.; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1485; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 699; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1538; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3228; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 157; ROMANO, *Commentario*, cit., 407; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 561; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 386. In giurisprudenza, v. Cass., 13.03.2012, n. 19170; Cass., 22.09.2011, n. 38786; Cass., 18.05.2011, 27735; Cass., 9.02.2010, n. 18157; Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 14.02.2008, n. 19512; Cass., 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo; Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini (caso Marghera), cit.



cito nell'evento), la cui reciproca autonomia e peculiare fisionomia andrebbe invece valorizzata.

A fronte della complessità dei diversi profili tra loro intrecciati, nella dottrina contemporanea si è progressivamente consolidata l'idea che il nesso normativo tra colpa ed evento si componga di due requisiti: da un lato, la norma violata deve mirare proprio ad evitare eventi del tipo di quello verificatosi in concreto e, dall'altro, l'evento deve essere evitabile per mezzo della condotta osservante<sup>156</sup>.

In Italia tale configurazione è stata chiaramente delineata da *Marinucci*, secondo il quale il nesso normativo tra colpa ed evento si articola in un c.d. *primo nesso*, dato dalla realizzazione nell'evento dello specifico rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire, e dal c.d. *secondo nesso*, dato dalla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito<sup>157</sup>.

Secondo questa ormai diffusa schematizzazione, occorre dunque accertare, in primo luogo, se nell'evento si è concretizzato il rischio preso in considerazione dallo scopo di protezione della norma (se l'evento, cioè, rientra nel novero di quelli che la regola cautelare violata mirava a evitare) e, in secondo luogo, se l'evento fosse in concreto evitabile mediante il comportamento alternativo lecito (ovvero se l'osservanza della regola di diligenza violata avrebbe impedito la verificazione dell'evento, spiegando così reale efficacia protettiva nei confronti del bene giuridico protetto)<sup>158</sup>. Mentre la prima verifica è diretta a stabilire se l'evento sia risultato realizzazione proprio di quel pericolo in considerazione del quale la condotta era stata vietata e, dunque, qualificata come "contraria alla diligenza", la seconda verifica serve ad accertare se l'osservanza della regola di condotta costituisca un mezzo idoneo ad evitare la verificazione dell'evento (o quantomeno a ridurne il rischio di verificazione entro una soglia socialmente accettabile)<sup>159</sup>.

L'utilità di tale distinzione emergerebbe, secondo la dottrina, nei casi in cui il comportamento alternativo lecito avrebbe sì impedito l'evento, ma questo fuoriesce dall'ambito di protezione della norma. Numerosi sono gli esempi tratti dalla casistica relativa alla circolazione stradale. Si pensi ai casi di incidenti occorsi in presenza di eccesso di velocità: qui è indubbio che una velocità ridotta avrebbe *di fatto* evitato

<sup>156</sup> Per tutti, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 584.

<sup>157</sup> MARINUCCI, *La colpa*, cit., 262; ID., *Non c'è dolo*, cit., 15; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 328 ss. Per un'analoga distinzione tra "nesso interno" (*innerer Zusammenhang*), attinente allo scopo di protezione della norma, e "nesso esterno" (*äußerer Zusammenhang*), relativo alla evitabilità mediante comportamento alternativo lecito, v. soprattutto NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 17 ss.; HOYER, *SK*, Anh. zu § 16, n. 66.

<sup>158</sup> CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 156 ss.; FORTI, *op.ult.cit.*, 418; DONINI, *Illecito*, cit., 404 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 116; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384; ROMANO, *Commentario*, cit., 432; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 562; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 438; v. recentemente ancora, GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4111; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1692; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4707; PERINI, *Il concetto*, cit., 566; GROTTI, *Principio*, cit., 208.

<sup>159</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 434 s.

l'evento, se non altro perché la vettura avrebbe raggiunto il luogo dell'incidente in un momento successivo, quando la vittima non sarebbe più stata presente. La dottrina, tuttavia, non ritiene sufficiente l'evitabilità concreta, dovendosi verificare se lo scopo della regola cautelare violata (il limite di velocità) fosse proprio quello di evitare l'investimento della vittima in quel punto<sup>160</sup>.

La teoria della evitabilità non è in grado di fornire una soluzione, perché non riesce a delimitare i rischi disapprovati dalla norma penale da quelli che casualmente non avrebbero causato l'evento, ma che non hanno nulla a che vedere con le finalità di protezione della norma. Poiché l'imputazione dell'evento richiede una relazione normativa tra persona ed evento (e non una relazione meramente materiale), non è sufficiente accertare che l'evento fosse evitabile, ma occorre dimostrare che l'agente avrebbe dovuto evitarlo<sup>161</sup>.

Ad un giudizio di tipo "materiale-fattuale", in cui si verifica cosa sarebbe accaduto in caso di comportamento alternativo lecito, cioè se l'osservanza della norma avrebbe impedito l'evento, si affianca pertanto un giudizio di tipo "normativo-valutativo",

<sup>160</sup> Il fenomeno è stato ampiamente dibattuto nella dottrina tedesca, che al riguardo ha coniato l'apposito concetto di *Schutzreflex* ("riflesso di protezione della norma"). Sul punto, KRÜPELMANN, *Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht*, in Bockelmann FS, München, 1979, 447 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 110, con numerosi esempi; v., inoltre, NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 18 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 96 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 215; DEGENER, „Die Lehre vom Schutzzweck der Norm“ und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Baden Baden, 2001, 461 ss.; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 121 ss. Nella dottrina italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 272; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1122; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 178 ss. Un altro esempio di evitabilità in concreto, pur in assenza di *Schutzzweckzusammenhang*, è il già citato caso del dentista (*Zahnarztfall* o *Myokarditisfall*), in cui il dentista praticò l'anestesia senza richiedere una visita preliminare al cuore; la norma violata non aveva comunque lo scopo di posticipare il momento della morte (che sarebbe avvenuta comunque, anche se in un momento successivo, perché il difetto cardiaco non era diagnosticabile).

Nella giurisprudenza italiana, v. Cass., 18.05.2011, 27735, relativa alla morte di un automobilista determinata dall'invasione dell'opposta corsia di marcia e dallo scontro con altra vettura proveniente in senso opposto. I giudici hanno ritenuto irrilevante il superamento da parte del conducente di quest'ultima del limite di velocità, in quanto «la normativa cautelare sui limiti di velocità è diretta a garantire l'andatura corretta e regolare del veicolo nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono, ma non è intesa a evitare il rischio determinato dall'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dal senso opposto». Per un caso analogo, v. Cass., 9.02.2010, n. 18157, relativa all'investimento da parte di un automobilista di un motociclista che era scivolato in terra invadendo l'opposta corsia di marcia; i giudici hanno ritenuto irrilevante il fatto che l'automobilista circolasse in violazione della norma del codice stradale che impone di mantenere la destra, in quanto tale regola cautelare «ha lo scopo di garantire una intercapedine tra i flussi contrapposti di veicoli, onde garantire uno spazio di manovra in caso di percepibili modesti sconfinamenti, mentre, nel caso di specie, il rischio concretizzatosi era stato del tutto imprevedibile e inevitabile, in quanto costituito dallo scivolamento di un corpo, senza alcun controllo, sull'asfalto». Da ultimo, sempre in tema di circolazione stradale, v. Cass., 13.03.2012, n. 19170, la quale, facendo riferimento alla specifica funzione della corsia di emergenza, ha escluso la responsabilità di un automobilista che, in seguito ad un malessere fisico, si era arrestato con il proprio mezzo sulla corsia di emergenza determinando la morte di un altro conducente che, per l'esplosione di uno pneumatico, aveva perso il controllo del proprio veicolo finendo con l'urtare il mezzo fermo nella corsia di emergenza.

<sup>161</sup> NIEWENHUIS, *op.ult.cit.*, 23, 130, 267; PUPPE, NK, vor §§ 13, n. 213; JAKOBS, *Studien*, cit., 91.

in cui si verifica se l'osservanza della norma era in generale idonea ad evitare quel tipo di evento, cioè se era scopo della norma l'impedimento di quel tipo di evento. Questa verifica in due fasi consente di negare rilevanza ai casi in cui l'evento sarebbe stato evitato soltanto per caso o in virtù del c.d. "riflesso di protezione della norma" (*Schutzreflex*); ciò che conta è soltanto se l'evento poteva *in generale* essere evitato dalla norma<sup>162</sup>.

## 2.2. Realizzazione del rischio, scopo di protezione della norma, evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. Sovrapposizioni.

A fronte della molteplicità delle singole questioni discusse (evitabilità, comportamento alternativo lecito, decorsi ipotetici, aumento del rischio, onere della prova, realizzazione del rischio, scopo di protezione della norma etc.) e della eterogeneità delle soluzioni raggiunte meraviglia che l'esigenza di un nesso particolare tra colpa ed evento sia oggi presentata come un assioma.

Il dibattito si è velocemente allontanato dal tema centrale della rilevanza del nesso normativo tra condotta colposa ed evento riversandosi in innumerevoli problematiche connesse, ma secondarie, senza consentire alla dottrina di riflettere a sufficienza sulla legittimità e sulla necessità di tale requisito. Se, come è stato osservato, la dottrina non dovesse riuscire a chiarire l'aspetto preliminare della legittimazione di tale elemento dell'illecito, sorgerebbe inevitabilmente un dubbio circa la stessa reperibilità di un criterio scientifico in grado di spiegare il senso di insoddisfazione suscitato dalla casistica in esame e di fornire un razionale inquadramento della problematica<sup>163</sup>. In poche parole, saremmo costretti ad accettare l'idea che si tratti non tanto di una questione dogmatica, relativa all'illecito, quanto piuttosto di una questione relativa alla punibilità e di un problema politico-criminale<sup>164</sup>.

La dottrina afferma ora di rifiutare l'imputazione fondata sulla logica del *versari in re illicita*, ora di perseguire l'esigenza generalpreventiva di legittimare la validità delle regole di cautela in virtù della considerazione del loro scopo di protezione e della loro capacità di tutelare i beni giuridici, ora di esigere un rilevante aumento del rischio, ora di dover riconoscere all'agente il beneficio del rischio consentito.

In effetti, la circostanza che l'evento si sarebbe verificato anche in presenza del comportamento alternativo lecito può essere spiegata in modi diversi: che la condotta non ha aumentato il rischio dell'evento; che si è verificato un evento che la norma non mirava ad evitare; che nell'evento si è concretizzato un rischio diverso, indipendente dalla

<sup>162</sup> Cfr. il concetto di *generelle Geeignetheit* sviluppato da PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 227 ss.; EAD., NK, vor §§ 13, n. 233 ss.; DEGENER, *Die Lehre*, cit., 461; in precedenza, anche NIEWENHUIS, *op.ult.cit.*, 134 ss. Al riguardo, v. ancora *infra*, par. 3.2.

<sup>163</sup> Per tali rilievi, v. KÜPER, *Überlegungen*, cit., 262.

<sup>164</sup> Mostrano perplessità in tal senso, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 18; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 228; anche FRISCH, *op.ult.cit.*, 68.

condotta dell'agente; che la condotta dell'agente ha rappresentato una mera occasione di verifica dell'evento; che l'evento è riconducibile ad una causa sopravvenuta; che l'evento non era prevedibile e la norma inadeguata a prevenirlo, etc.

Sembra – ed è ciò che conta – che si dia per scontato che la norma violata venga svuotata del suo contenuto e significato e che l'evento appaia come “slegato” dalla condotta dell'agente<sup>165</sup>.

Diversi sono i profili di ambiguità.

a) La teoria dell'aumento del rischio di certo non spiega *perché* l'aumento del rischio (e non altro) fondi l'imputazione dell'evento. L'aumento del rischio da un punto di vista *quantitativo*, infatti, non dice ancora nulla circa il disvalore *qualitativo* del fatto<sup>166</sup>.

La teoria di *Roxin* lascia altresì aperto il problema della determinazione di quale rischio si sia realizzato nell'evento, se un rischio consentito o un rischio non più consentito (illecito). Se, dalla prospettiva *ex ante*, alla violazione della diligenza viene associato automaticamente un aumento del rischio dell'evento, la realizzazione del rischio illecito nell'evento appare *in re ipsa*, a prescindere dal fatto che si possa teoricamente distinguere all'interno del rischio complessivo una parte consentita e una parte illecita<sup>167</sup>.

La questione si connette al problema della prospettiva *ex ante* ed *ex post* da cui valutare l'aumento del rischio. *Roxin* stesso alimenta la confusione, tentando, da un lato, di determinare la pericolosità *ex ante* della condotta e, dall'altro, di verificare *ex post* se il rischio si sia realizzato nell'evento<sup>168</sup>.

Analizzando la dottrina emerge una fondamentale commistione di piani e di criteri: da un lato, l'esigenza di tenere conto del rischio esistente al momento della condotta e della prevedibilità dell'evento; dall'altro, la necessità di valutare la situazione concreta, verificando *ex post* se il rischio aumentato *ex ante* con la condotta si sia realizzato nell'evento; infine, la necessità di ammettere che non vi è aumento del rischio se la cautela risulta inefficace. Insomma, si mescolano valutazioni relative alla condotta e al rischio ad essa connesso *ex ante* con un giudizio *ex post*, che prende in con-

<sup>165</sup> Cfr., per tutti, ROMANO, *Commentario*, cit., 410, là dove precisa che l'imputazione va esclusa, perché «*ex post* l'osservanza della regola si rivela certamente inutile e il rischio illecito non è stato concretamente significativo ai fini del verificarsi dell'evento, cioè non si è riversato in esso».

<sup>166</sup> ARTH. KAUFMANN, *Kritisches*, cit., 275.

<sup>167</sup> Per questa fondamentale critica, v. per tutti, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 134 ss. I teorici dell'aumento del rischio concludono di fatto nel senso della imputazione all'agente dell'intero rischio, indipendentemente dalla verifica di quale parte di esso (quella consentita o meno) si sia realizzata nell'evento; v. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 433 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 392 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 236 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 68; KAHLO, *Das Problem*, cit., 257 s. Critici, KÜPER, *op.ult.cit.*, 260 s.; PUPPE, *Zurechnung*, cit., 314.

<sup>168</sup> Molto critico nei cfr. di tale *Perspektivenwechsel* ereditato, a suo giudizio, dalla teoria della causalità adeguata, KORATH, *Kausalität*, cit., 90. Sulla distinzione dei due momenti, da ultimo, v. PERINI, *Il concetto*, cit., 106.

siderazione la concreta efficacia della regola cautelare violata e l'entità della lesione<sup>169</sup>.

Le perplessità aumentano se si considera che la dottrina successiva a *Roxin* ha fatto talora confusione tra *criterio dell'aumento del rischio*, elaborato per risolvere specificamente i casi colposi in cui l'evento non era evitabile con certezza mediante il comportamento alternativo lecito, e il *principio del rischio*, dato dall'esigenza più generale che la condotta (anche quella dolosa) abbia creato un rischio illecito e che questo si sia realizzato nell'evento.

Le incertezze sono dovute in ultima istanza alla difficoltà di stabilire *quale rischio* debba realizzarsi nell'evento: il rischio astrattamente preso in considerazione dalla regola cautelare violata (rischio *colposo*) oppure, più in generale, il rischio illecito determinato dall'agente con la propria condotta (anche *dolosa*)?

Il criterio della realizzazione (o concretizzazione) del rischio nell'evento rischia di rivelarsi una formula vuota e manipolabile, finché non siano chiariti i concetti di *pericolo* (*rischio*) e di *realizzazione* (*concretizzazione*) del rischio. A maggior ragione se il criterio viene applicato a situazione eterogenee: dal classico caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito (caso dei peli di capra; caso della novocaina) all'ipotesi di deviazione del decorso causale e di imprevedibilità dell'evento (morte del ferito durante il trasporto in ospedale) o di intervento di un terzo (morte del ferito a causa dell'intervento medico errato); dal tipico caso di evento non rientrante nello scopo di protezione della norma (attraversamento con semaforo rosso e investimento del pedone che attraversa all'improvviso la carreggiata) all'ipotesi di danni a distanza (lesioni da esposizione a sostanze nocive e danni ambientali) e di autoesposizione a pericolo della vittima (infortuni sul luogo di lavoro e circolazione stradale).

Sorge il sospetto che la formula della realizzazione del rischio nell'evento non rappresenti altro che un mezzo per ritornare ad un modello di imputazione causale di tipo *individualizzante*, che distingue cioè tra cause e semplici condizioni, tra condizioni rilevanti e irrilevanti.

Deve considerarsi che, da un punto di vista empirico-nomologico (come dire: nei panni dell'osservatore onnisciente), la verifica dell'evento rappresenta sempre la concretizzazione del previo pericolo; per sfuggire al circolo vizioso non resta allora che concepire il pericolo in questione come necessariamente *diverso* rispetto a quello che naturalmente precede l'evento<sup>170</sup>.

A rigore, poi, la realizzazione del *rischio* nell'evento (*Risikorealisierung*) andrebbe distinta dalla realizzazione (apparentemente simile) della *colpa* nell'evento (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)<sup>171</sup>. La mancata precisazione della "specificità" (in

<sup>169</sup> Cfr. quanto osservato *supra*, cap. II, par. 3.2. e 4.5., riguardo alla distinzione tra *risikoerböndendes Verbalten* e *Risikoerböndungserfolg*.

<sup>170</sup> Per tale puntualizzazione, v. STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 101.

<sup>171</sup> Sottolinea tale aspetto, LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 27.

termini di qualità e natura) del pericolo che si dovrebbe realizzare nell'evento induce la dottrina a identificare semplicemente "nesso di rischio" e "nesso normativo tra colpa ed evento" e la fondamentale incertezza circa il vero requisito di cui tali nessi sono espressione implica l'adozione della formula della realizzazione del rischio nei più diversi ambiti e la sovrapposizione con altri criteri, in particolare con quello dello scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*) e quello del comportamento alternativo lecito.

b) Una prima, problematica, manifestazione di tale fenomeno è l'associazione, frequente soprattutto nella dottrina e giurisprudenza italiane, tra il profilo della realizzazione del rischio e quello della prevedibilità dell'evento.

La ragione è che la dottrina italiana, diversamente dalla dottrina tedesca che tende a riconoscere al criterio della realizzazione del rischio un ruolo fondamentale ai fini della *imputazione oggettiva dell'evento* sia nei delitti colposi sia in quelli dolosi (si rammenti la dominante formula di imputazione basata sulla creazione di un rischio illecito che deve essersi realizzato nell'evento)<sup>172</sup>, concepisce la realizzazione del rischio come un problema attinente alla concretizzazione della *colpa*, ovvero alla congruità tra l'evento e il rischio prevedibile *ex ante* che la regola cautelare violata mirava a prevenire (tema, questo, che la dottrina tedesca affronta prevalentemente sotto l'autonoma etichetta dello *Schutzzweck*)<sup>173</sup>.

Ricorrente è l'opinione secondo cui la realizzazione del rischio «richiede la valutazione se l'accadimento concretamente prodottosi sia effettivamente realizzazione del rischio preso in considerazione dalla regola di diligenza» e che si tratta di verificare la «congruità dell'accadimento concretamente prodottosi con il modello di previsione inerente alla norma di diligenza», cioè «se il fatto verificatosi nella realtà

<sup>172</sup> Nella letteratura tedesca, v. per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 373; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 260. Da noi, in questo senso, v. CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 903 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 105 s.; DONINI, *Illecito*, cit., 418; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 3; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 783 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 406 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 94; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1471. Nella manualistica, v. CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale*, cit., 334 ss.

<sup>173</sup> M. GALLO, *Colpa*, cit., 642; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 262; FORTI, *Colpa*, cit., 445; FIANDACA, *Causalità*, cit., 127; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1485; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4111 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3228; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4697 ss.; PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir.pen. proc.*, 2008, 647 ss.; RAMPONI, *Concausa*, cit., 572; GROTTI, *Principio*, cit., 208 ss.; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 378 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 343; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 243. In giurisprudenza, v. Cass., 6.11.2009, n. 43966 («Occorre chiedersi, necessariamente, se l'evento rappresenti o no la "concretizzazione" del rischio che la regola stessa mirava a prevenire. Occorre cioè chiedersi se l'evento dannoso fosse o no prevedibile *ex ante*: ciò in quanto l'inosservanza delle regole cautelari può dare luogo ad una responsabilità colposa soltanto per gli eventi che le regole stesse miravano ad evitare»); v. anche, Cass., 28.01.2009, n. 9045; Cass., 14.02.2008, n. 19512; Cass., 1.10.2008, n. 39882 («La responsabilità penale per colpa postula, oltre alla sussistenza di una condotta violatrice di regole cautelari, anche la prevedibilità "ex ante" dell'evento, in quanto riconducibile al novero di quelli che le stesse regole cautelari mirano a prevenire»).

fosse “prevedibile” secondo il punto di vista della regola cautelare»<sup>174</sup>.

Del resto, il prevalente inquadramento del nesso normativo tra colpa ed evento nell’ambito della teoria della colpa (in particolare, sul terreno della c.d. misura oggettiva della colpa) fa sì che il baricentro della discussione si sposti sulla questione della validità del modello di prevenzione della regola cautelare e sul giudizio di “particolarizzazione” o “concretizzazione” della colpa (violazione della diligenza) nell’evento. Come vedremo, il problema della idoneità della regola cautelare a prevenire il verificarsi dell’evento è divenuto un tema centrale e assai dibattuto nella letteratura italiana (ben più che in quella tedesca), anche se talvolta viene ancora confinato nell’ambito del profilo soggettivo della colpa.

Riteniamo di dover sottolineare che tale concezione del criterio della realizzazione del rischio (che si riflette sulla conseguente funzione ad esso attribuita) appare impropria e fuorviante.

L’intreccio tra realizzazione del rischio, scopo di tutela della norma violata, prevedibilità ed evitabilità determina un quadro piuttosto incerto e confuso, in cui non sempre è facile stabilire la prospettiva da cui debba effettuarsi il giudizio di “concretizzazione” della colpa nell’evento.

Alcuni sottolineano che il c.d. “primo nesso” tra colpa ed evento (relativo al requisito della realizzazione o concretizzazione del rischio nell’evento) farebbe riferimento all’esigenza della *prevedibilità* dell’evento, funzionale all’individuazione (in prospettiva *ex ante*) della regola cautelare e dell’evento tipico (in quanto, appunto, prevedibile) e presupposto per poter valutare se l’evento verificatosi in concreto rientri nel tipo di eventi alla cui prevenzione è rivolta la regola cautelare violata<sup>175</sup>; diversamente, il “secondo nesso” riguarderebbe la *evitabilità* in concreto dell’evento mediante l’osservanza della diligenza prescritta, senza ulteriori specificazioni<sup>176</sup>.

Il giudizio di congruenza (nel senso di corrispondenza teleologica tra tipo di evento che la regola cautelare mirava ad evitare ed evento realmente verificatosi) costituirebbe, insomma, un “corollario” del giudizio di prevedibilità, svolgendosi pertanto *ex ante*<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 445 ss.; anche CANESTRARI, *Lillecito*, cit., 163; FORNARI, *Descrizione*, cit., 728; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 405; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 165; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4111; PERINI, *Il concetto*, cit., 576.

<sup>175</sup> PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 386; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 446 ss. (la quale, tuttavia, è radicalmente contraria all’assorbimento del requisito della prevedibilità all’interno della concretizzazione del rischio); GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4112; PERINI, *Il concetto*, cit., 564; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, relativa al caso del Petrolchimico di Marghera, in *Foro it.*, 2007, II, 550; Cass., 1.10.2008, n. 39882.

<sup>176</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 561; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 60 ss.; GIZZI, *op.ult.cit.*, 4112 s.

<sup>177</sup> Così, PERINI, *op.ult.cit.*, 566; GROTTI, *op.ult.cit.*, 209. Cfr. Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso del disastro di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82 («L’addebito soggettivo dell’evento richiede non soltanto che l’evento dannoso sia prevedibile, ma altresì che lo stesso sia evitabile dall’agente con l’adozione delle regole cautelari idonee a tal fine – cosiddetto comportamento alternativo lecito –, non potendo essere soggettivamente ascritto per colpa un evento che, con valutazione “ex ante”, non avrebbe potuto comunque essere evitato»); v. anche Cass., 6.10.2009, n. 43966; Cass., 14.02.2008, n. 19512.

Talora anche al criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito viene però attribuita l'analoga funzione di valutare la "specificità portata prevenzionistica" della regola cautelare e la sua "attinenza" al caso concreto, cioè la capacità di prevenire l'evento concreto, ma in prospettiva *ex post*, al fine di accertare l'eventuale fallimento della regola cautelare (ritenuta *ex ante* idonea) nel caso concreto<sup>178</sup>.

Ancora, vi è chi qualifica la questione della reale efficacia impositiva del comportamento alternativo lecito come evitabilità c.d. in astratto o *ex ante* e la concretizzazione del rischio che la regola cautelare intendeva contenere come prevedibilità c.d. in concreto o *ex post*<sup>179</sup>.

Il tema si lega strettamente alla problematica, assai dibattuta in dottrina e giurisprudenza, della descrizione dell'evento prevedibile<sup>180</sup>.

Per poter affermare che un evento causalmente riconducibile alla violazione di una regola cautelare è prevedibile occorre previamente stabilire se la prevedibilità debba riguardare lo specifico evento realizzatosi ovvero una categoria di eventi riconducibili alla medesima causa e quale grado di specificità sia richiesto nell'individuazione degli eventi, ovvero se l'agente debba (o possa) rappresentarsi tutte le specifiche conseguenze della sua condotta inosservante o soltanto la generica potenzialità lesiva del suo comportamento<sup>181</sup>. Poiché la regola cautelare formalizza un giudizio di prevedibilità di un evento dannoso, si tratta di stabilire se l'evento concreto possa essere ricompreso tra quelli che, nella redazione della regola cautelare, si volevano evitare<sup>182</sup>.

Mentre l'orientamento dominante (soprattutto in giurisprudenza) prevede che «ai fini del giudizio di prevedibilità deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua

<sup>178</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 664; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 385 ss.; GIZZI, *op.ult.cit.*, 4111; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 158; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 387; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 562; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 61 ss.

<sup>179</sup> BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 620 ss.; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 446; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini, cit.; Cass., 18.12.2009, n. 643, in *Cass.pen.*, 2011, 179.

<sup>180</sup> V. anche *infra*, par. 3.4. ss. V. altresì, *supra*, cap. I, par. 2, riguardo al problema della descrizione dell'evento nell'ambito della causalità. Per tutti, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 213; FORTI, *La descrizione*, cit., 1559 ss.; ID., *Colpa*, cit., 13 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 159 ss.; FORNARI, *Descrizione*, cit., 719 ss.; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1485 ss.; PULITANÒ, *Colpa*, cit., 647 ss.; MASSARO, *op.ult.cit.*, 4712 ss.

<sup>181</sup> La questione è di centrale importanza nei procedimenti relativi alla responsabilità del datore di lavoro per l'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto sotto il profilo, da un lato, dell'evento da prevenire (malattia o semplice inalazione di polveri moleste e fastidiose) e delle diverse patologie (asbestosi, carcinoma polmonare e mesotelioma) collegabili all'esposizione all'epoca dei fatti e, dall'altro, alle polveri (fini o ultra-fini) di cui era richiesto l'abbattimento negli ambienti di lavoro in virtù delle regole cautelari vigenti al momento della condotta.

<sup>182</sup> Come ha precisato la recente giurisprudenza, tale verifica è richiesta solo in presenza di regole cautelari a contenuto elastico o aperto, dovendosi adeguare il giudizio alle specificità della situazione concreta. V. Cass., 11.03.2010, n. 16761 (relativa alla frana di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82 ss., con nota di Verrico; Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini (relativa alle vicende del Petrochimico di Porto Marghera) in *Foro it.*, 2007, II, 550, con nota di Guariniello; Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 20.04.2005, n. 11351.



gravità ed estensione»<sup>183</sup>, in dottrina si rinvengono posizioni più restrittive<sup>184</sup>.

Secondo un diffuso indirizzo occorre stabilire se l'evento in concreto verificatosi rientri nel novero degli accadimenti che la norma mirava a prevenire, se esso appartenga, cioè, al *tipo* di eventi preso in considerazione dalla norma. La Cassazione ha precisato che proprio il riferimento ad una categoria di eventi e non all'evento specifico concretamente verificatosi costituisce «una soluzione equilibrata che evita i rischi del *versari in re illicita* con l'utilizzazione del criterio dell'eccezionalità dell'evento concretamente verificatosi», soprattutto quando le regole cautelari presentano uno spettro preventivo ampio, in quanto dirette ad evitare non un solo tipo di evento, ma una serie di eventi tra loro diversi per gravità<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> Giurisprudenza costante a partire da Cass., 6.12.1990, n. 4793, Bonetti, in *Cass.pen.*, 1992, 2754 e in *Foro it.*, 1992, II, 36, relativa al disastro di Stava («Il giudizio di prevedibilità – al pari di quello di evitabilità – va effettuato “ex ante” e, ai fini dello stesso, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione»); v. inoltre, in materia di malattie professionali e di esposizione ad amianto, Pret. Torino, 9.02.1995, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1447; Cass., 19.09.1997, in *Ind.pen.*, 1998, 541, con commento di VENEZIANI, *Utilizzazione*, cit., 544 ss.; Cass., 11.05.1998, in *Foro it.*, 1999, II, 236; Cass., 30.03.2000, Camposano, in *Foro it.*, 2001, II, 278, con commento di GUARINIELLO, *Dai tumori professionali ai tumori extra-professionali da amianto*; Cass., 11.07.2002, n. 988 («Una volta accertato che dall'inosservanza di talune norme precauzionali, nella specie attinenti all'impiego dell'amianto, era già noto che potesse derivare un certo tipo di malattia sicuramente produttrice, come l'asbestosi, di una significativa abbreviazione della vita, non assume rilievo, ai fini dell'esclusione tanto del nesso di causalità quanto della colpa, il fatto che detta inosservanza abbia invece dato luogo all'insorgere di affezioni patologiche di diversa natura, come il mesotelioma pleurico e peritoneale, il carcinoma broncogeno, suscettibili di produrre un analogo effetto»); Cass., 19.06.2003, in *Foro it.*, 2004, II, 69 («Nel delitto di omicidio colposo consistente in un tumore professionale da polvere di legno, non è da escludersi la prevedibilità dell'evento per il fatto che il rischio cancerogeno sia stato conosciuto solo successivamente all'intervenuta esposizione lavorativa, in quanto erano comunque doverose le misure di prevenzione volte ad evitare l'insorgenza di comuni patologie dell'apparato respiratorio da tempo notoriamente associate all'esposizione a polvere di legno»); App. Venezia, 15.12.2004 (caso relativo al Petrolchimico di Marghera), in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1670 ss., con nota di PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*; Cass., 28.06.2007, n. 39606 («In tema di colpa, la pur necessaria prevedibilità dell'evento non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni, ma la classe di eventi in cui quello, oggetto del processo, si colloca»); v. altresì la sentenza sul caso del Petrolchimico di Marghera, Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, cit. Più recentemente, v. ancora Cass., 19.06.2008, n. 40785; Cass., 11.03.2010, n. 16761 (relativa alla frana di Sarno), cit.; Cass. 4.11.2010, n. 38991, in *Dir.proc.pen.*, 2011, 185 ss., con commento di PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*; Cass., 13.11.2011, n. 17442; Cass., 11.02.2010, n. 8641 («In tema di reati colposi, ai fini della ricostruzione della colpa, la prevedibilità dell'evento dannoso non riguarda soltanto specifiche conseguenze dannose che da una certa condotta possono derivare, ma si riferisce a tutte le conseguenze dannose che possono derivare da una condotta che sia conosciuta come pericolosa per la salute»); da ultimo, v. Cass., 27.08.2012, n. 33311 (caso Fincantieri), in *Dir.pen.cont.*, con commento di Zirulia. In dottrina, per questa impostazione, v. BRUSCO, *Applicazioni concrete*, cit., 1875 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1769; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 619 ss.

<sup>184</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 437 ss.; FORNARI, *op.ult.cit.*, 719 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 844; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 560 ss.; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1483 ss.; ID., *Il paradigma*, cit., 1684; PULITANO, *Colpa*, cit., 649 ss.; ACCINNI, *Criteri*, cit., 928 ss.; DI SALVO, *Violazione di regole cautelari*, cit., 143 ss.; GROTTO, *Principio*, cit., 104 ss.

<sup>185</sup> Cass., 17.05.2007, n. 4675, Bartalini (caso Marghera), cit. In questa direzione, nella dottrina,

Ne consegue che «l'agente è rimproverabile se agisce – in contrasto con regole cautelari – sapendo (o dovendo sapere) che la sua condotta può avere conseguenze dannose anche se questi esiti della condotta non sono determinabili preventivamente, purché si tratti di conseguenze del tipo di quelle prese in considerazione nel momento in cui la regola cautelare è stata redatta anche se non ancora interamente descritte e conosciute»<sup>186</sup>. Al contrario, in virtù del medesimo criterio adottato per escludere la causalità, la giurisprudenza nega l'imputazione delle conseguenze che hanno carattere di eccezionalità<sup>187</sup>. Pertanto, la regola cautelare, soprattutto se “aperta” e “ad ampio spettro preventivo”, va interpretata «non in senso formale e statico ma secondo la sua *ratio* e secondo criteri che tengano conto dell'evoluzione delle conoscenze e della possibilità di ricondurre comunque l'evento alle conseguenze della violazione della regola di condotta, anche se infrequenti e non previste anticipatamente, purché non siano completamente svincolate dallo scopo perseguito nella redazione della regola cautelare»<sup>188</sup>.

In dottrina si è al riguardo criticamente rilevato che la ri-descrizione dell'evento specifico verificatosi *hic et nunc* come evento “di genere” (ad esempio, “danno alla salute”) conduce ad una imputazione basata sulla mera inosservanza della regola cautelare e sul *versari in re illicita*; pertanto, l'evento dovrebbe essere descritto non in astratto, in modo generico, ma in concreto, cioè tenendo conto anche delle specifiche modalità di realizzazione dell'evento e del concreto decorso causale che ha condotto ad esso<sup>189</sup>.

Il tema è molto complesso, involgendo il problema delle conoscenze scientifiche e delle leggi causali utilizzabili ai fini dei giudizi di causalità e di colpa, e non può essere approfondito in questa sede<sup>190</sup>; basti osservare che la tesi, sostenuta da parte della

GUARINIELLO, *Dai tumori professionali*, cit., 279; PALAZZO, *Morti da amianto*, cit., 185 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 622 ss.; v. altresì MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4709 ss., la quale distingue tra predeterminazione del contenuto della regola cautelare e ampiezza dello scopo di tutela che alla regola si intenda attribuire, precisando al riguardo che «l'effettiva portata dello scopo di prevenzione della regola cautelare attorno alla quale “costruire” la condotta tipica andrebbe verificata utilizzando anche le conoscenze disponibili *ex post* e non solo quelle cui l'agente poteva accedere al momento della condotta». Cfr. altresì PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 346, il quale ritiene che la responsabilità possa affermarsi «solo quando, in base alle conoscenze disponibili all'epoca della condotta, fossero prevedibili conseguenze lesive della stessa gravità di quelle, non prevedibili all'epoca, che in concreto si sono verificate, e queste ultime fossero fronteggiabili *con le medesime cautele*».

<sup>186</sup> Cass., 17.05.2007, n. 4675, Bartolini, cit.

<sup>187</sup> Secondo il noto indirizzo riconducibile ad ANTOISEL, *Il rapporto*, cit., 216. V. anche STELLA, *La descrizione*, cit., 28. Per una critica della tendenza giurisprudenziale, risalente nel tempo, a inquadrare la imprevedibilità dell'evento nella causalità, in particolare nell'ambito della problematica dei fattori eccezionali che escludono il nesso causale, v. FURNARI, *Descrizione*, cit., 722.

<sup>188</sup> Cass., 17.05.2007, n. 4675, Bartolini, cit. Si veda, PALAZZO, *op.ult.cit.*, 185. Sul punto, v. anche DE SANTIS, *Violazione*, cit., 1105 ss.

<sup>189</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 13 ss., 495 ss. e 530 ss.; FURNARI, *op.ult.cit.*, 725; PALIERO, *La causalità*, cit., 844; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1485; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 129 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4112; PULITANÒ, *Colpa*, cit., 650 ss.

<sup>190</sup> Per alcune necessarie precisazioni, v. comunque *infra*, par. 3.4.

dottrina, della descrizione iper-concretizzante dell'evento e del decorso causale che vi ha condotto rischia di vanificare lo scopo della previsione di regole cautelari (soprattutto se positivizzate) e il significato della loro violazione sul piano oggettivo della tipicità<sup>191</sup>. Se, infatti, è inevitabile costruire regole cautelari riferite a tipi o classi di evento (perché è impossibile definire in anticipo tutte le possibili manifestazioni dell'evento concreto), non è ragionevole escludere successivamente la colpa sulla base della motivazione che l'evento concreto specifico non poteva essere previsto nelle sue precise modalità di verificazione. Va rimarcata, a questo proposito, l'importanza della distinzione tra il giudizio relativo alla prevedibilità astratta dell'evento "dal punto di vista" della regola cautelare, volto a stabilire la congruenza tra classi di rischio contemplate *ex ante* dalla norma ed evento concreto (detto in altri termini: la definizione dell'ambito di protezione della regola cautelare violata), e l'accertamento della prevedibilità dell'evento da parte dell'agente.

In questa fase interessa verificare che l'evento concreto appartenga alla *tipologia* di eventi che la regola cautelare mirava ad evitare (e questa è, del resto, la soluzione tradizionale nell'ambito della teoria della colpa) e che esso si sia prodotto in conseguenza di canali tipici di rischio<sup>192</sup>. Sul piano *oggettivo*, l'evento deve infatti costituire la realizzazione del *rischio tipico* che, in quanto prevedibile, la norma violata mirava ad evitare. In altri termini: «L'evento potrà "sensatamente" considerarsi realizzazione del rischio che la norma di diligenza mirava a contrastare soltanto ove la sua verificazione non sia stata "contraria all'esperienza"»<sup>193</sup>. Ciò detto, la descrizione dell'evento prevedibile (e dunque la determinazione dello scopo di protezione della norma) può ben estendersi – laddove la situazione concreta lo richieda – alle modalità *essenziali* di causazione dell'evento, ovvero agli anelli causali intermedi che normalmente conducono ad un determinato evento<sup>194</sup>.

È interessante notare, a questo proposito, che nella letteratura tedesca la prevedibilità (nel contesto specifico della imputazione oggettiva dell'evento e del giudizio circa il nesso normativo tra condotta illecita ed evento) viene intesa tendenzialmente in senso *oggettivo*, anche in virtù della sua stretta derivazione dalla primitiva idea di *Adäquanz*<sup>195</sup>.

<sup>191</sup> Critico in questo senso, PALAZZO, *op.ult.cit.*, 185 ss. Manifesta perplessità anche GIUNTA, *Illiceità*, cit., 182 ss.

<sup>192</sup> CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 168 (con riferimento all'analoga problematica nell'ambito dell'illecito preintenzionale); RUGA RIVA, *op.ult.cit.*, 1769; BARTOLI, *op.ult.cit.*, 622; PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 1490; DEGENER, *Die Lehre*, cit., 456.

<sup>193</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 439. Per il riferimento alla "adeguatezza" in questo contesto, v. già ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 383 ss.; MAURACH, *Adäquanz der Verursachung oder der Fabrlässigkeit?*, in *GA*, 1960, 97 ss.; RUDOLPHI, *Vorbersehbarkeit*, cit., 550; FORTI, *Colpa*, cit., 439; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt*, cit., 78; WOLTER, *Der Irrtum*, cit., 667 s.; ID., *Adäquanz und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitsdelikt*, in *GA*, 1977, 268. Sul punto, v. anche CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 85 ss.

<sup>194</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 587; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 385; FORTI, *La descrizione*, cit., 1567; ID., *Colpa*, cit., 439 s.; FORNARI, *op.ult.cit.*, 729.

<sup>195</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 383 ss.; MAURACH, *op.ult.cit.*, 97 ss.; RUDOLPHI, *op.ult.cit.*, 549 ss.;

In quest'ottica la prevedibilità rappresenta un giudizio prognostico (da effettuarsi al momento della condotta) circa la verificabilità di un determinato evento in conseguenza di determinate condizioni, indicando la mera causabilità o causalità generale secondo un parametro oggettivo, e dovrebbe rimanere assorbita all'interno del giudizio di congruenza o conformità astratta tra rischi. È evidente infatti che un evento che rappresenta la concretizzazione del rischio preso in considerazione dalla norma violata costituisce al tempo stesso un evento "adeguato", nel senso che la sua verifica appare conforme all'esperienza e alle conoscenze scientifiche<sup>196</sup>. Ciò chiarito, risulta evidente che la prevedibilità *ex ante* non garantisce il nesso tra inosservanza ed evento.

c) Una seconda variante del segnalato fenomeno di sovrapposizione tra profili differenti è rappresentata dalla identificazione del criterio dello scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*) con quello della evitabilità: la prova che l'evento cagionato risulta diverso da quello che la regola cautelare mirava a prevenire segnalerebbe il fatto che tale evento si sarebbe ugualmente verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito, e viceversa<sup>197</sup>. Insomma, l'inutilità del comportamento alternativo lecito sarebbe il sintomo della mancata corrispondenza con lo scopo della norma (e, indirettamente, della mancata realizzazione del rischio nell'evento)<sup>198</sup>.

La commistione tra i due criteri è criticabile: l'individuazione dell'ambito di tutela della norma è infatti questione interpretativa per la quale il fatto (ipotetico) che il comportamento alternativo lecito non avrebbe impedito l'evento non riveste alcuna importanza.

Solo da un punto di vista "astratto" evitabilità e concretizzazione dello scopo di tutela della norma vengono effettivamente a coincidere, nel senso che la norma è

WOLTER, *Adäquanz*, cit., 268; TRIFFTERER, *Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) - unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, in *Bockelmann FS*, München, 1979, 201 ss.; SAMSON, *SK*, Anh. zu § 16, n. 29 s. Da noi in questo senso, v. PECORARO ALBANI, *Caso e causalità*, in *Arch.pen.*, 1960, 81 ss. Sul tema, in generale, v. FORTI, *La descrizione*, cit., 1563 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 85 ss.

<sup>196</sup> Per il collegamento con il criterio dello *Schutzzweck*, v. RUDOLPHI, *op.ult.cit.*, 552; JAKOBS, *Studien*, cit., 96; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 411 ss.; ID., *Zum Schutzzweck*, cit., 241 ss.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 76; FORTI, *Colpa*, cit., 435. Cfr. anche PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 117 s., per la quale lo *Schutzzweck* indica il requisito della *generelle Geeignetheit* della norma cautelare ad impedire l'evento; DEGENER, *Die Lehre*, cit., 461 per il criterio della *Gefahrenkongruenz*.

<sup>197</sup> Mentre in Germania la identificazione tra *Schutzzweck* e comportamento alternativo lecito è comune soprattutto nella dottrina civilistica (sul punto, ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 88), in Italia essa è diffusa nella dottrina penalistica e soprattutto in giurisprudenza.

<sup>198</sup> Per questa soluzione v. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 385 ss.; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 364 (nt. 64); GROTTO, *Principio*, cit., 239. In giurisprudenza, v. recentemente Cass., 18.03.2004, n. 24051, Fatuzzo, in *Cass.pen.*, 2005, 1533 ss. con commento critico di Gizzi. V. inoltre, Cass., 23.04.2009, n. 36857; Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 11.03.1998, Ced, 210179; Cass., 12.12.1988, in *Giust.pen.*, 1989, 690; Cass., 14.12.1985, Ced 171379; Cass., 20.04.1970, n. 1536; Cass., 28.03.1968, Ced, 107367; Cass., 26.04.1966, *ivi*, 1967, 82. Separa chiaramente i due criteri, CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 153.

(dovrebbe essere) generalmente idonea ad evitare il verificarsi di eventi del tipo di quelli presi in considerazione. Da un punto di vista “concreto”, invece, la inevitabilità dell’evento può essere dovuta a fattori diversi (inefficacia della regola cautelare nel caso specifico, caso fortuito, intervento di fattori esterni o di terzi). In questi casi, malgrado la “congruenza” rispetto allo scopo di tutela perseguito dalla norma violata (e dunque nonostante la concretizzazione del rischio nell’evento), difetta l’utilità in concreto del comportamento alternativo lecito ad evitare l’evento<sup>199</sup>.

L’identificazione risulta illegittima anche nell’ipotesi inversa, cioè quando il comportamento alternativo lecito avrebbe di fatto impedito l’evento, ma questo fuoriesce dall’ambito di protezione della norma (si tratta dei già citati casi di operatività del c.d. *Schutzreflex*).

Insomma, scopo della norma non può mai essere ciò che essa può determinare soltanto fortuitamente, ma non tutto ciò cui la norma è generalmente idonea corrisponde per ciò solo al suo scopo<sup>200</sup>.

La necessaria differenziazione tra i due criteri viene cancellata anche da coloro che assimilano allo scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*) la diversa problematica della idoneità preventiva della regola di diligenza (*Schutzwirkung della Sorgfaltspflicht*)<sup>201</sup>. Occorre, invece, aver chiaro che una cosa è valutare lo scopo di protezione attribuito *ex ante* alla norma (evitabilità “in astratto”) e un’altra verificare l’efficacia concreta della norma cautelare *ex post* (evitabilità “in concreto”); una cosa è sostenere che l’evento è del tipo di quelli presi in considerazione dalla regola di diligenza e un’altra è affermare che il comportamento alternativo lecito non era in grado di evitare l’evento.

L’osservazione generale, a dire il vero piuttosto banale, che non rientra (più) nello scopo della norma impedire eventi non evitabili neppure mediante il comportamento alternativo lecito, presuppone peraltro che l’inefficacia della norma più che un fenomeno “patologico” sia un’evenienza comune e frequente. Il requisito della evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito non può che apparire superfluo qualora lo si ritenga assorbito dalla categoria dello *Schutzzweck* finalizzata a tematizzare la questione della congruenza astratta dei rischi. L’affermazione che un evento che si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito non ricade nello *Schutzzweck* seppur corretta, giacché la norma non può voler impedire un evento che non può essere impedito, rimane tautologica.

L’equiparazione non è dunque sbagliata se riferita alla funzione preventiva della norma sul piano *astratto* ed in prospettiva *ex ante*, cioè alla idoneità astratta della regola cautelare ad evitare determinate classi di eventi; infatti, solo in caso di con-

<sup>199</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 430 s.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 78; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 70.

<sup>200</sup> Così, efficacemente, NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 144.

<sup>201</sup> ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 146 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 390 s.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 586.

gruenza tra l'evento astratto preso in considerazione dalla regola cautelare ed evento concreto la regola cautelare è in grado di esplicitare la sua funzione precauzionale e impeditiva.

Rimane invece aperto – e insolubile per mezzo della assimilazione tra *Schutzzweck*, comportamento alternativo lecito e realizzazione del rischio – il problema della evitabilità in concreto *ex post*<sup>202</sup>.

Quando, nei casi più problematici di “congruenza di rischio”, la dottrina mette mano al criterio dello *Schutzzweck*, essa omette di spiegare perché la norma non ha lo scopo di evitare un evento del tipo di quello verificatosi.

In effetti, il criterio dello scopo di protezione della norma è notoriamente controverso a causa della sua arbitrarietà. In dottrina tale concetto viene riferito ora alla norma penale in generale, quale norma imperativa di comportamento; ora alla fattispecie così come descritta nella norma penale, ora alla regola di diligenza o di cautela, ora ad un criterio teleologico ricavabile dall'ordinamento<sup>203</sup>. «Se non si circoscrive lo scopo di tutela alla *ratio* di una specifica disposizione, essa resta una clausola generale in cui è possibile fare rientrare di tutto: dalle “vecchie” dogmatiche (*Adäquanz*, *Beherrschbarkeit*) alle “nuove” politiche criminali (principio di affidamento, di auto-determinazione ecc.)»<sup>204</sup>.

Ciò non toglie che qualsiasi teoria che pretenda di spiegare la relazione *normativa* tra condotte che creano un rischio ed eventi che dovrebbero rappresentarne la “realizzazione” non può prescindere da una corretta determinazione della dimensione tipica del rischio, e questo aspetto ha molto a che vedere con l'ambito di protezione della norma (penale). Solo valutando la *ratio* della norma (cautelare) è peraltro possibile individuare la condotta alternativa lecita pertinente al caso concreto.

La centralità del criterio della congruenza di rischi (*Gefahrenkongruenz*) e la sua stretta connessione con quello della evitabilità emergono specialmente, come ha dimostrato la dottrina, nei casi in cui i due giudizi non coincidono<sup>205</sup>.

Laddove evitabilità e congruenza coincidono, infatti, l'imputazione non è affatto problematica, in quanto si tratta di ipotesi (e sono la maggioranza) in cui la configurazione del rischio è piuttosto chiara e il criterio della *Vermeidbarkeit* si rivela un debole surrogato del test causale. Anche laddove coincidono *inevitabilità* e *incongruenza* non si pongono problemi particolari: si tratta delle ipotesi di decorso causale atipico (o di sopravanzamento causale), in cui il comportamento alternativo lecito si rivela inidoneo ad evitare l'evento, perché l'evento è determinato da una diversa e

<sup>202</sup> Su questo specifico aspetto, v. *infra*, par. 3.

<sup>203</sup> Critici in tal senso, PUPPE, *op.ult.cit.*, 101 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 341; DEGENER, *op.ult.cit.*, *passim*; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 562; DUTTIGE, *MüKo*, § 15, n. 180; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 169; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 339. Sottolinea che la problematica dello *Schutzzweck* attiene alla interpretazione delle singole fattispecie di parte speciale, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1124.

<sup>204</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 362 s.

<sup>205</sup> DEGENER, *op.ult.cit.*, 461 ss.

più incisiva costellazione di rischio rispetto a quella che ha fondato la prognosi di rischio *ex ante* posta a base della norma e della colpa; insomma, la norma si rivela inefficacia e disfunzionale a causa della incongruenza tra il rischio della condotta ed il rischio dell'evento e tale incongruenza è dovuta al fatto che si sono inseriti altri fattori di rischio che la norma violata non prende in considerazione (così, ad esempio, nel caso del ciclista l'ubriachezza del ciclista introduce un nuovo fattore di rischio, cui la norma violata, volta a stabilire la distanza minima di sorpasso, non era predisposta).

Diversamente, quando vi è evitabilità dell'evento in assenza di congruenza il ricorso al criterio del comportamento alternativo lecito può generare confusione, poiché – come detto – non conta l'evitabilità della situazione concreta, quanto l'evitabilità delle tipiche conseguenze rischiose della violazione di una norma di condotta (v. il caso dei pedoni o quello del dentista). Viceversa, quando l'evento risulta inevitabile, ma vi è congruenza, si prospetta in dottrina una pluralità di soluzioni: escludere l'imputazione in virtù del criterio della evitabilità; limitare l'operatività del criterio della evitabilità in presenza di determinati fattori alternativi ipotetici, come le condotte di terzi; rinunciare alla evitabilità ed applicare esclusivamente il criterio della congruenza di rischi. Ciò che manca in questi casi è proprio un criterio univoco di imputazione.

È possibile concludere che l'evitabilità mediante comportamento alternativo lecito rappresenta una *Begleiterscheinung* del particolare nesso di corrispondenza tra rischi<sup>206</sup>. Il riferimento allo scopo della norma si rivela allora funzionale alla individuazione delle "classi di rischio", che identificano «le condizioni che vengono prese in considerazione dal modello di esperienza utilizzato per formulare la regola oggettiva di diligenza»<sup>207</sup>. Ma – si badi – tali condizioni sono le stesse prese in considerazione per formulare i giudizi causali.

L'impressione è che il problema della prevedibilità dell'evento, pur essendo tradizionalmente trattato nell'ambito della colpa, richieda un approccio caratterizzato da modalità simili a quelle impiegate nell'ambito della imputazione causale<sup>208</sup>.

Nei casi di inevitabilità dell'evento l'incoerenza rispetto alla *ratio legis* è *in re ipsa*. Sostenere che il rischio determinato dalla condotta illecita diviene ininfluenza e irrilevante perché l'evento non rientra nello scopo di protezione della norma, ovvero nella "classe di rischi" contemplata dalla norma, non può che significare che non esiste una legge generale che collega la condotta all'evento<sup>209</sup>. Come già evidenziato, è indubbia

<sup>206</sup> DEGENER, *op.ult.cit.*, 474.

<sup>207</sup> CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 167; FORTI, *Colpa*, cit., 437. Approfonditamente, DEGENER, *op.ult.cit.*, 461 ss.

<sup>208</sup> Sul punto, FORTI, *op.ult.cit.*, 508, laddove osserva che la differenza tra accertamento del nesso di rischio e del nesso causale è che il primo implica «una ridefinizione dell'evento vincolata secondo il "modello" offerto dalla regola di diligenza e nella quale siano inseriti non già in generale "quegli accadimenti ed aspetti ripetibili, mancando i quali si dovrebbe dire che un evento del tipo previsto dalla norma non si sarebbe verificato *hic* o non si sarebbe verificato *nunc*", come nella spiegazione causale, ma esclusivamente – e comunque *tutti* – quegli accadimenti e aspetti che sono tipici in base alla regola cautelare e che ovviamente si siano verificati nella produzione dell'evento lesivo».

<sup>209</sup> In questa direzione, PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 232.

l'esistenza di una interdipendenza tra spiegazione causale e criteri di accertamento della colpa, nella misura in cui la descrizione dell'evento prevedibile *ex ante* avviene alla luce delle medesime leggi scientifiche utilizzate per la ricostruzione del decorso causale *ex post*<sup>210</sup>.

In questa prospettiva, la realizzazione del rischio astrattamente preso in considerazione dalla norma violata (nel senso di congruenza tra ambito di protezione della norma ed evento concreto verificatosi) indica l'esigenza che l'imputazione dell'evento poggi su una legge causale che fonda il giudizio di pericolosità da cui sorge la regola cautelare. L'ambito di protezione della norma violata coincide con l'ambito di validità della legge causale, dal quale viene ricavata l'illiceità della condotta (tipicità). La congruenza tra rischio (prevedibile *ex ante*) ed evento (verificatosi *ex post*) è data pertanto dalla identità della legge causale che fonda allo stesso tempo il nesso causale e il nesso di rischio<sup>211</sup>.

In definitiva: i canoni della concretizzazione del rischio, dello *Schutzzweck*, della prevedibilità toccano i problemi tipicamente collegati alla causalità generale *ex ante*, trattandosi, in ultima analisi, di determinare (in prospettiva prognostica) la illiceità e dunque la tipicità della condotta in vista del prevedibile verificarsi di un evento lesivo rientrante in una determinata classe e tipologia<sup>212</sup>.

A prescindere dalla difficoltà di stabilire quale ruolo venga esattamente riservato al criterio del comportamento alternativo lecito (se di accertamento della realizzazione del rischio, dello scopo di protezione della norma e/o della evitabilità in concreto dell'evento), le conseguenze della singola prospettiva adottata non sono di poco conto: se infatti il giudizio sul nesso tra colpa ed evento (e, in particolare, l'aspetto della realizzazione del rischio) viene a dipendere dal giudizio di prevedibilità dell'evento proprio della teoria della colpa, esso risentirà del parametro di riferimento prescelto (agente modello *vs.* miglior scienza ed esperienza) e dovrà svolgersi *ex ante* su base *parziale* (ontologica e nomologica)<sup>213</sup>, allontanandosi dalla base (necessariamente *totale*) della spiegazione causale effettuata in prospettiva *ex post*.

Per contro, l'accertamento del nesso normativo (la c.d. "causalità della colpa"), proprio in quanto problema di imputazione dell'evento, dovrebbe a nostro avviso condividere con l'accertamento del nesso di causalità la prospettiva *ex post* riferita

<sup>210</sup> Ecco perché «verificare la realizzazione del rischio significa in sostanza porsi la questione della coincidenza tra le generalizzazioni causali alla base della disposizione preventiva e quelle utilizzabili per la spiegazione dell'evento corrispondente a una fattispecie di reato verificatosi *hic et nunc*»; così, FORTI, *op.ult.cit.*, 501; anche 33 ss.; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 601; v. altresì FORNARI, *Descrizione*, cit., 727; PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1698 ss.; MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 29; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 391; PULITANÒ, *Colpa*, cit., 649 ss. Sul punto, in Germania, cfr. STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 102 s.

<sup>211</sup> Sul legame tra realizzazione del rischio e causalità, v. *infra*, cap. IV.

<sup>212</sup> V. *infra*, cap. IV, par. 2, per l'analogia problematica rispetto all'illecito doloso.

<sup>213</sup> Così, infatti, PERINI, *Il concetto*, cit., 576; v. anche le pronunce della Cassazione relative al Petrochimico e al disastro di Sarno (rispettivamente, Cass., 17.05.2007, n. 4675, Bartalini, cit., e Cass., 11.03.2010, n. 16761, cit.).



necessariamente ad un evento determinato<sup>214</sup>. Nesso causale e nesso normativo tra colpa ed evento, in quanto afferenti alla illiceità, prescindono necessariamente dalle caratteristiche dell'agente concreto e condividono criteri di imputazione riferiti ad una condotta assunta nella sua caratteristica di genere<sup>215</sup>.

### 2.3. Differenziazioni. Il ruolo autonomo del criterio della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito

Nell'intrico delle diverse ricostruzioni è possibile scorgere essenzialmente due orientamenti circa il problematico rapporto tra evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito (causalità della colpa) e gli altri criteri di accertamento del nesso normativo tra "colpa" ed evento: da un lato, quello che all'interno del concetto generale di nesso di rischio (*Risikozusammenhang*) distingue tra *realizzazione del rischio* (cui viene solitamente assimilato il criterio dello *Schutzzweck*) ed evitabilità mediante comportamento alternativo lecito<sup>216</sup>; dall'altro, quello che non attribuisce autonoma rilevanza al comportamento alternativo lecito, unificandolo con quello della realizzazione del rischio (a sua volta coincidente, di fatto, con quello dello scopo della norma), sul presupposto che la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito sia indice della realizzazione del rischio nell'evento<sup>217</sup>.

Benché si possa affermare – come abbiamo già rilevato – che un evento che si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito non realizzi il rischio collegato alla violazione della norma, perché la norma non può voler impedire un evento che non può essere impedito, è preferibile adottare una concezione ristretta del concetto di realizzazione del rischio e trattare l'efficacia del comportamento alternativo lecito (la causalità della colpa) come problematica autonoma e distinta.

Se infatti su un piano astratto si può condividere la conclusione che un evento non costituisce la realizzazione di un rischio illecito perché si sarebbe verificato anche in

<sup>214</sup> In questo senso, chiaramente FORTI, *Colpa*, cit., 503. Sottolinea che la dimensione oggettiva dei criteri di raccordo tra negligenza ed evento esige un giudizio *ex post* a base totale, GIUNTA, *Illiceità*, cit., 390 s. Da ultimo, v. anche MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4710. Cfr. anche Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (caso di Porto Marghera), cit., laddove sottolinea che «la prevedibilità ha anche un risvolto oggettivo che attiene alla causalità: secondo la teoria della causalità umana, le cause sopravvenute sono infatti idonee ad escludere il rapporto di causalità (art. 41, co. 2, c.p.) solo quando abbiano carattere di eccezionalità ed imprevedibilità. Naturalmente, sotto questo profilo, trattandosi dell'elemento oggettivo, l'accertamento deve essere condotto con criteri *ex post* (e tenendo anche conto delle conoscenze non disponibili all'epoca della condotta)».

<sup>215</sup> In questi termini, chiaramente, GIUNTA, *Illiceità*, cit., 284 ss.

<sup>216</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 390 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 584; NIEWENHUIS, *Gefabr*, cit., 17 s.; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 78 s.; WOLTER, *Objektive*, cit., 333; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 117 s.; SAMSON, *SK*, Anh. zu § 16, n. 24; ROMANO, *Commentario*, cit., 407 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 561; FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 244; FORTI, *Colpa*, cit., 430 s.; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 692; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 405; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4111 ss.; BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 10 s.

<sup>217</sup> Così, RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 63 ss.; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 74; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 157.

caso di comportamento alternativo lecito (dal momento che non rientra nello scopo della norma impedire eventi non evitabili mediante il comportamento alternativo lecito), tale visione rimane tautologica e circolare, dovendosi piuttosto individuare un criterio indipendente da quello della realizzazione del rischio per dedurre dalla inevitabilità dell'evento la mancata realizzazione del rischio. Diversamente, si lascia semplicemente irrisolta la questione basilare del *perché* la realizzazione del rischio nell'evento presupponga la sua evitabilità mediante comportamento alternativo lecito.

Spesso l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito indica la mancata realizzazione del rischio, ma non è sempre così. Come già accennato, il comportamento alternativo lecito non rappresenta affatto un criterio affidabile, perché la circostanza che l'evento si sarebbe verificato comunque può costituire un sintomo (una sorta di "effetto collaterale") dell'assenza di realizzazione del rischio della condotta nell'evento, ma certo non vale ad escludere di per sé la realizzazione del rischio.

Parimenti, neppure la constatazione che l'evento costituisce proprio la realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta risulta contraria a diligenza consente di stabilire se l'evento si sarebbe verificato comunque, anche in caso di comportamento alternativo lecito.

Realizzazione del rischio e comportamento alternativo lecito sono dunque criteri dotati di scopi differenti: il primo (così come prevalentemente inteso) serve a verificare la congruenza delle aree di rischio (alla luce dello scopo di tutela della norma) da una prospettiva *ex ante*<sup>218</sup>; il secondo è diretto a stabilire la concreta efficacia preventiva o impeditiva del comportamento lecito in prospettiva *ex post*. Il criterio dello scopo di protezione della norma può dunque confluire, a nostro giudizio, in quello della realizzazione del rischio, non aggiungendovi nulla, purché quest'ultimo sia concepito – si badi – come parametro *astratto* operante *ex ante*<sup>219</sup>.

S'incontra talvolta l'argomento che i profili della realizzazione del rischio e quello della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito vanno tenuti ben distinti perché l'uno riguarda accadimenti effettivamente prodottisi (per stabilire se l'evento concreto corrisponda al rischio preso in considerazione dalla regola di diligenza) e l'altro si basa su un giudizio ipotetico (per valutare le conseguenze della ipotetica adozione della condotta conforme a diligenza)<sup>220</sup>.

Il riferimento alla presunta differenza tra giudizio "reale" e giudizio "ipotetico" per contestare l'assimiliazione dei due criteri (da cui traspare in realtà la preoccupazione

<sup>218</sup> Si ricordi a questo proposito la già segnalata affinità con i criteri della prevedibilità oggettiva e della adeguatezza (v. il paragrafo precedente).

<sup>219</sup> In generale, la dottrina tende a far coincidere i due criteri, ritenendoli equivalenti; v. NIEWENHUIS, *op.ult.cit.*, 17; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 76; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 118; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 552; FORTI, *op.ult.cit.*, 426 ss.; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 86; ROMANO, *Commentario*, cit., 407; PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 405; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 364; GROTTO, *Principio*, cit., 209.

<sup>220</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 223 s.; FORTI, *op.ult.cit.*, 431.

di ribadire la irrilevanza dei decorsi ipotetici) appare del tutto superfluo. La necessaria distinzione tra i due criteri discende piuttosto dalla priorità logica del giudizio relativo alla congruenza di rischio rispetto a quello relativo alla evitabilità dell'evento mediante il comportamento lecito. La verifica *ex post* della effettiva idoneità cautelare della norma violata ha senso soltanto se riferita ad un rischio che appaia *ex ante* "conforme", "congruente", cioè ricompreso nell'ambito di tutela delineato dalla norma<sup>221</sup>. Se non vi è congruenza, non importa chiedersi se l'evento fosse concretamente evitabile o meno mediante il comportamento alternativo lecito<sup>222</sup>.

Invero, mentre solitamente il primo criterio serve a capire se l'agente debba rispondere dell'evento che in caso di comportamento alternativo lecito *non si sarebbe verificato*, ma che non rientrava nello scopo di protezione della norma, il secondo è utile a stabilire se l'agente debba rispondere dell'evento che *si sarebbe verificato* comunque anche in caso di comportamento alternativo lecito, anche se la norma era diretta ad evitarlo.

Il problema della distinzione tra comportamento alternativo lecito e realizzazione del rischio (unitamente allo *Schutzzweck*) è particolarmente evidente nei casi in cui sono presenti entrambi i profili, come nei casi di incidenti cagionati per eccesso di velocità. L'agente può infatti difendersi in due modi: da un lato, affermando che anche riducendo la velocità non sarebbe stato comunque in grado di frenare in tempo (problema del comportamento alternativo lecito); dall'altro, affermando che riducendo la velocità l'evento sarebbe certo stato evitato, perché sarebbe giunto in un momento successivo sul luogo dell'incidente, ma che ciò non costituiva scopo della norma di condotta violata. Anche nei casi di mero spostamento temporale dell'evento (come in numerosi casi di responsabilità medica) l'assenza *ab origine* della realizzazione del rischio determina l'inutilità di ogni ulteriore accertamento riguardo alla evitabilità concreta dell'evento.

Per comprendere la diversità sostanziale dei due criteri si potrebbe ricorrere anche alla spiegazione che la realizzazione del rischio indica i limiti *normativi* legati allo *scopo* della norma in astratto, mentre l'evitabilità mediante comportamento alternativo lecito indica i limiti *materiali* legati alla *efficacia* e idoneità della norma nel caso concreto<sup>223</sup>.

L'errore della impostazione che assimila i due criteri consiste nel non differenziare adeguatamente l'inefficacia della regola cautelare dovuta alla *incongruenza* rispetto allo scopo della norma dall'inefficacia della regola cautelare dovuta alla *inidoneità* della regola stessa a far fronte al rischio. Nel primo caso si avrà una difformità della regola di condotta rispetto al «modello di previsione» astratto; nel secondo un concreto fallimento o insuccesso della regola cautelare rispetto al «modello di prevenzione»<sup>224</sup>.

In altri termini: la realizzazione del rischio concerne lo *scopo* della norma, il com-

<sup>221</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 448.

<sup>222</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 688; GIZZI, *Il criterio*, cit., 1540; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3228.

<sup>223</sup> HANAU, *Die Kausalität*, cit., 69.

<sup>224</sup> In questi termini, FORTI, *op.ult.cit.*, 447 e 663.

portamento alternativo lecito il *mezzo* impiegato per ottenerlo. La prima manca quando l'impedimento dell'evento non era perseguito, il secondo quando il mezzo richiesto dalla norma avrebbe fallito<sup>225</sup>.

Diviene allora chiaro che nel caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito l'imputazione dell'evento è problematica non perché non sia stato coinvolto l'ambito di rischio della norma, ma perché il rischio, per combattere il quale la norma è stata prevista, si è rivelato esorbitante, eccezionale, non dominabile.

In conclusione, la separazione dei due criteri e il rapporto di consequenzialità (priorità) attribuisce all'evitabilità mediante condotta osservante (causalità della colpa) la fondamentale funzione di accertamento *ex post* del nesso normativo tra condotta illecita ed evento.

Ma se la realizzazione del rischio (la corrispondenza con lo scopo di protezione della norma) non assicura di per sé l'evitabilità dell'evento, la domanda da porsi a questo punto è *perché* nel caso concreto non ha funzionato il modello di prevenzione e *quando* il fallimento della regola cautelare è in grado di escludere l'imputazione dell'evento.

La dottrina ha purtroppo gravemente trascurato questo interrogativo.

L'orientamento che esclude l'imputazione dell'evento non appena si dimostri che questo si sarebbe potuto verificare comunque solleva qualche perplessità: esso non soltanto conduce a risultati pratici spesso inaccettabili, ma poggia su un assunto teorico errato. Invero, la mera possibilità che l'evento si potesse verificare comunque non rende per ciò solo priva di senso la norma. Ciò significherebbe limitare in modo illegittimo la funzione delle norme cautelari, specialmente quelle che mirano a ridurre la probabilità di verificazione di eventi lesivi, minimizzando il rischio e riportandolo quantomeno all'interno dei limiti di tolleranza<sup>226</sup>.

La maggior parte delle norme cautelari non mira ad impedire *tout court* un evento, ma si accontenta di mantenere la probabilità della sua verificazione entro margini accettabili. La norma, di conseguenza, conserva il suo significato e la sua funzione fintantoché sia in grado di ridurre la probabilità di verificazione dell'evento rispetto alla condotta illecita.

La conclusione è che ai fini della imputazione dell'evento – data per presupposta la realizzazione del rischio (nel senso di congruenza rispetto alla finalità di tutela della norma) – è necessario e sufficiente che la condotta illecita abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento rispetto alla condotta lecita; in altre parole: un insuccesso o fallimento della norma può configurarsi soltanto quando, nel caso concreto, la condotta lecita non avrebbe fornito al bene tutelato maggiori probabilità di salvezza rispetto alla condotta illecita<sup>227</sup>.

<sup>225</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 507; HANAU, *op.ult.cit.*, 69.

<sup>226</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 430 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 392 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 66 s.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 139; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 275.

<sup>227</sup> Per tutti, v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 392; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 528; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 28 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 410.

Si delinea con sempre maggiore chiarezza la funzione del criterio della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito: mentre la realizzazione del rischio è la conseguenza logica dell'applicazione del parametro della prevedibilità oggettiva (la "vecchia" adeguatezza), il comportamento alternativo lecito non mira a provare se l'evento costituisca realizzazione del rischio creato dall'autore, ma più precisamente "realizzazione" *del rischio non consentito*, cioè della parte di rischio riconducibile alla trasgressione della norma e superiore al rischio normalmente connesso alla condotta lecita (*Restrisiko*). Se in senso *naturalistico* l'evento costituisce senza dubbio la realizzazione del rischio riprovato (anche se l'evento si sarebbe verificato comunque), in senso *normativo* si può affermare che non si è realizzato il rischio non consentito della condotta, bensì la parte di rischio consentito.

Non è un caso, come sottolineato dallo stesso *Roxin*, che i casi esaminati dalla dottrina e dalla giurisprudenza si collochino tutti nell'ambito di attività rischiose consentite (circolazione stradale, attività medica, produzione industriale, sicurezza sul luogo di lavoro), dove permane sempre una fascia di rischio residuo ineliminabile, e l'agente, insieme ad un rischio tipico, genera allo stesso tempo rischi socialmente adeguati. Lo scopo del criterio del comportamento alternativo lecito è allora quello di evitare che colui che ha determinato un rischio debba rispondere non soltanto del rischio illecito (non consentito), ma anche di tutti gli altri rischi *consentiti* in qualche modo connessi con la sua attività<sup>228</sup>. I rischi consentiti non possono essere trattati come socialmente inadeguati soltanto perché *casualmente* si accompagnano a rischi tipici; in questo modo si trattano in modo differente rischi identici per ragioni fortuite<sup>229</sup>.

Merito della teoria dell'aumento del rischio è proprio quello di aver messo in luce il punto debole della dottrina dominante fondata sul rigido criterio della evitabilità: per l'imputazione dell'evento è impossibile pretendere la *certezza* che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento, poiché anche questo è talvolta seguito dalla verifica dell'evento, implicando un ineliminabile *Restrisiko*, dalla cui realizzazione occorre necessariamente astrarre (non essendo certo idoneo ad escludere l'imputazione della morte del paziente in capo al medico l'argomento che, anche

<sup>228</sup> In questo senso, FRISCH, *op.ult.cit.*, 62, 123 ss., 386 ss., 415 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 96, nt. 185 e *Strafrecht*, cit., 224; NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 45 ss. L'esigenza che l'evento non sia soltanto realizzazione del rischio creato dall'agente, ma precisamente del rischio non consentito mira a superare l'idea che non sia possibile separare la parte consentita dalla parte illecita del rischio e, in caso di verifica dell'evento, entrambi i rischi debbano essere accollati all'agente. Hanno sostenuto questa tesi, in particolare, ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 432; RUDOLPHI, *Vorbersehbarekeit*, cit., 554; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 236 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 257 s.; KÜPER, *op.ult.cit.*, 275.

<sup>229</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 528. Da noi, già TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 68, il quale osservava che «non si vede perché un rischio che non è vietato e non è oggetto di prevenzione debba fondare una responsabilità quando, casualmente, sia dovuto a un atto che per altro verso, in relazione ad altri rischi e ad altri danni, si presenta come illecito». Affermare la responsabilità in questi casi significa «estendere la responsabilità a danni che sono realizzazione di altri rischi, solo occasionalmente e casualmente connessi con quello vietato».

operando secondo la *lex artis*, talvolta si verificano dei decessi). Ne consegue che se, in caso di comportamento alternativo lecito, l'unico rischio suscettibile di realizzazione è esclusivamente quello residuo (normale, generico, ineliminabile), l'evento non può essere imputato alla condotta illecita; se, invece, il rischio realizzatosi appare diverso rispetto a quello residuo, esistono probabilmente altri fattori che potrebbero aver determinato la verifica dell'evento (nel caso del ciclista, ad esempio, uno di questi fattori è costituito dalla ubriachezza della vittima) e occorre valutare quale di questi si sia riversato nell'evento<sup>230</sup>.

L'idea che il comportamento alternativo lecito riguardi, nello specifico, la realizzazione del rischio illecito non consentito ci riporta nuovamente alla questione della definizione del concetto di realizzazione del rischio.

Alla luce delle considerazioni svolte, riteniamo che la confusione riscontrabile in letteratura sia da addebitare anche al fatto che è possibile parlare di realizzazione del rischio in una duplice accezione: da un lato, si può intendere la realizzazione del rischio come concretizzazione dello specifico rischio preso in considerazione dalla norma, assegnando un rilievo particolare allo scopo di protezione della norma al fine di valutare la congruenza tra rischi e la conformità dell'evento alla classe di eventi prevedibili (prospettiva *ex ante*); dall'altro, si può concepire la realizzazione del rischio come materializzazione di un rischio illecito in un evento determinato, in analogia con quanto accade nella spiegazione causale di un evento (prospettiva *ex post*).

In questo secondo senso, la "realizzazione del rischio" rappresenta senza dubbio un criterio di accertamento *ex post* del nesso normativo tra condotta illecita ed evento, poiché volto ad appurare se l'evento lesivo concretamente verificatosi costituisca l'evoluzione della situazione di pericolo per il bene tutelato determinata dalla condotta illecita e la concretizzazione del maggiore rischio connesso alla condotta illecita rispetto a quella lecita. Nell'ottica *ex post* il maggior rischio si traduce, infatti, in un oggettivo peggioramento della situazione del bene giuridico, cui il comportamento alternativo lecito avrebbe assicurato una concreta possibilità di salvezza o, quantomeno, una oggettiva riduzione della lesione.

Questa sarebbe, a nostro giudizio, la prospettiva più corretta dalla quale guardare al concetto della realizzazione del rischio. A fronte dell'uso ormai invalso e consolidato di tale criterio (prevalentemente nell'ambito dell'illecito colposo e nella prospettiva *ex ante* dello *Schutzzweck*), occorre essere consapevoli della sua fondamentale ambiguità e della conseguente duplice funzione ad esso attribuita.

Il pieno sviluppo delle potenzialità del criterio della realizzazione del rischio si accompagna, del resto, alla precisazione della relazione tra prospettiva *ex ante* ed prospettiva *ex post* del giudizio sull'aumento del rischio. La dottrina successiva a *Roxin* risulta senza dubbio più convincente, laddove chiarisce che la questione della riconducibilità dell'evento al rischio creato o aumentato dall'agente può essere

<sup>230</sup> Così, FRISCH, *op.ult.cit.*, 546.

risolto esclusivamente con una valutazione *ex post* a base totale<sup>231</sup>.

Per non dover concludere che la tesi di *Roxin* si risolve in una inutile tautologia (data dal fatto che alla violazione di una regola cautelare si associa automaticamente un aumento del rischio), occorre riferire il criterio dell'aumento del rischio non alla situazione *ex ante*, ma al bilancio *ex post*, che tenga conto di altre e nuove circostanze che possono rovesciare la prognosi e condurre ad un diverso giudizio sul rischio obiettivamente corso dal bene tutelato. Tale soluzione richiede una valutazione oggettiva delle condizioni in cui si trova il bene giuridico (secondo un criterio quasi di offensività *in concreto*) e la selezione delle circostanze di cui tenere conto al fine del confronto tra rischi<sup>232</sup>.

L'idea più feconda di *Roxin*, allora, non è tanto quella dell'aumento *ex ante* del rischio legato alla condotta, quanto quella della *comparazione tra rischi* e della realizzazione del rischio *ex post* nell'evento<sup>233</sup>. La tesi della teoria dell'aumento del rischio è convincente, nella misura in cui il rischio oggetto di valutazione non è quello collegato alla *reale* condotta *illecita* (visto che questa ha cagionato di fatto l'evento), ma quello collegato alla *ipotetica* condotta *lecita* (attraverso una prognosi vera e propria). Ciò che conta è il confronto tra l'evento che costituisce la realizzazione del rischio connesso alla condotta illecita con il rischio connesso al comportamento alternativo lecito. La domanda corretta dunque non è se la condotta illecita abbia aumentato il rischio dell'evento (il che è certo *in re ipsa*), ma *se la condotta lecita avrebbe determinato un rischio uguale, maggiore o minore*.

Se si dimostra che anche il comportamento alternativo lecito avrebbe determinato un rischio uguale o maggiore, l'imputazione deve essere esclusa, poiché viene "neutralizzato" il disvalore (la offensività) del fatto dato dal nesso tra condotta illecita ed evento. In altri termini: il fatto che anche il comportamento alternativo lecito avrebbe potuto cagionare l'evento non significa che la condotta illecita non abbia aumentato il rischio, ma significa, semmai, che in entrambi i casi il rischio per il bene giuridico era elevato<sup>234</sup>.

Posto che il rischio si è tramutato in un evento lesivo (piano dell'*essere*), la rilevanza penale di tale evento (ai fini della sua imputazione) presuppone che dal confronto con la situazione "ideale", normativamente prescritta (piano del *dover essere*), il *saldo*

<sup>231</sup> STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 230; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 140; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 147; FORTI, *Colpa*, cit., 709. Sulla valutazione *ex ante* o *ex post* dell'aumento del rischio, v. ancora *infra*, cap. IV.

<sup>232</sup> Nel caso del ciclista *Roxin* stesso pare tenere conto del comportamento della vittima: la sua ubriachezza (imprevedibile *ex ante*) ha inciso sul bilancio del rischio, rendendo (altrettanto) pericoloso anche il comportamento alternativo lecito e quindi inevitabile l'evento (ROXIN, *Strafrecht*, cit., 395).

<sup>233</sup> In questa direzione, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 582; STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 234; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 69; da prospettiva peculiare, KÜPER, *Überlegungen*, cit., 270 ss. Più recentemente, in particolare, HOYER, *Kausalität*, cit., 102.

<sup>234</sup> V. l'argomentazione analoga di EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 201, e SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 73, nel *Kokainfall*; v. altresì, ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 66; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 63 ss.

risultati negativo per l'evento reale (cioè che l'evento reale risulti peggiorativo rispetto a quello ipotetico).

Può apparire strano che l'ipotetico conti più del reale, dal momento che ciò che sarebbe successo in caso di comportamento alternativo lecito influenza inevitabilmente il giudizio sul disvalore del fatto reale. Ma questo confronto costante tra *realtà* e *idea (ipotesi)* è connaturato al diritto, nella misura in cui nasce dalla dialettica tra *essere e dover essere*.

In questo quadro, le *Risikoerböbungslehren* si contraddistinguono per il tentativo di individuare non soltanto la soglia di rischio penalmente rilevante, ma soprattutto il meccanismo di conversione di tale rischio in una *lesione effettiva* (nonché significativa da un punto di vista normativo) del bene giuridico.

AmMESSO che il rischio preso in considerazione dalla regola di diligenza si sia realizzato nell'evento (problema questo – come detto – attinente alla congruenza “in astratto” ed *ex ante* dell'evento rispetto allo scopo di tutela della norma violata), la verifica della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito è dunque finalizzata a valutare l'efficacia della regola cautelare nella situazione concreta e, in particolare, la materializzazione del rischio illecito nell'evento (realizzazione del rischio “in concreto” ed *ex post*). Si tratta, in altre parole, di individuare allo stesso tempo la *causa* dell'evento e la *ragione* del fallimento del modello di prevenzione posto alla base della norma.

Se, come detto, la realizzazione del rischio *ex ante* si riferisce allo scopo di protezione della regola cautelare e alla astratta idoneità della regola cautelare a prevenire una determinata tipologia (o classe) di eventi, non si comprende l'utilità di una ulteriore indagine volta a stabilire l'evitabilità di un evento in questo senso “congruente” tramite il comportamento alternativo lecito<sup>235</sup>. La distinzione tra realizzazione del rischio (il “modello di previsione”) ed evitabilità (il “modello di prevenzione”) ha senso soltanto se la seconda venga riferita non più al piano astratto della corrispondenza normativa tra rischi ed eventi tipici, ma al piano della evitabilità concreta dell'evento così come esso si è verificato.

Insomma, l'evitabilità può rilevare come questione autonoma e distinta soltanto se viene riferita alla situazione concreta in prospettiva *ex post* (e quindi tenendo conto di tutte le circostanze esistenti), essendo scontato – lo ribadiamo – che un evento che rappresenta la realizzazione del rischio che la norma tendeva a prevenire è anche astrattamente evitabile dalla stessa regola cautelare che lo ha preso in considerazione.

Il problema, che tenteremo di affrontare nel prosieguo dell'indagine, è dato pertanto dalla evitabilità in concreto di un evento già qualificato come “congruente” rispetto all'ambito di tutela della norma.

<sup>235</sup> Questa, del resto, la conclusione di alcuni autori; v. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 463; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 158.



### 3. Aspetti problematici della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nell'illecito colposo

#### 3.1. Premessa

Il poliedrico concetto di “evitabilità” compare in molteplici settori: esso rileva sul piano della causalità (in relazione alla formula della *c.s.q.n.*) e, in particolare, nella causalità omissiva; costituisce un criterio di individuazione delle regole cautelari e di accertamento della colpa; rappresenta un tema tipico della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, nell'ambito della quale viene trattato insieme al comportamento alternativo lecito e al nesso normativo tra condotta ed evento<sup>236</sup>.

L'evitabilità dell'evento, tradizionalmente riferita all'elemento soggettivo del reato, riguarda in realtà sia l'elemento *oggettivo* (sotto il profilo della imputazione dell'evento) sia quello *soggettivo* (sotto il profilo della rimproverabilità personale del soggetto agente)<sup>237</sup>.

Lo specifico aspetto che ora ci interessa esaminare attiene alla evitabilità dell'evento rilevante non sul piano della *colpevolezza*, quale individuale e soggettiva possibilità dell'agente di evitare l'evento conformandosi alla regola cautelare, bensì sul piano della *tipicità*, quale generale e oggettiva possibilità di evitare o impedire la verifica di un evento lesivo mediante un comportamento conforme al diritto (lecito, consentito o doveroso).

L'imputazione soggettiva della colpa presuppone che il fatto sia rimproverabile all'autore, in quanto, pur non avendolo voluto, *doveva* – perché *poteva* – impedirlo e tale condotta era da lui esigibile. Nessun rimprovero può muoversi all'agente se l'evento lesivo non poteva essere da lui previsto oppure impedito. L'evitabilità soggettiva e personale dell'evento, fondante il giudizio di colpevolezza, va accertata in concreto alla luce delle capacità intellettive e volitive dell'agente; essa è dunque sempre una evitabilità “relativa”, in quanto riferita – pur attraverso il filtro dell'agente modello – ad uno specifico soggetto.

L'imputazione oggettiva dell'evento, invece, richiede che l'evento sia evitabile secondo un parametro che prescinda dalle specificità del singolo agente. L'evitabilità oggettiva dell'evento incide già sulla tipicità del fatto, in particolare sull'esistenza stessa di una *condotta* penalmente rilevante (perché pericolosa e idonea a provocare la lesione di un bene giuridico protetto) e, al più tardi, del *nesso normativo* tra questa e l'evento (efficacia del comportamento alternativo lecito e causalità della colpa).

È evidente che questo inquadramento muove dal presupposto che l'evitabilità di

<sup>236</sup> Sulla presenza della evitabilità ai diversi livelli della teoria del reato, v. DONINI, *Illecito*, cit., 435; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 20.

<sup>237</sup> Il principio è ormai consolidato anche in giurisprudenza, v. Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso relativo alla frana di Sarno), in *Cass.pen.*, 2011, 82. La distinzione è ben evidenziata da GIUNTA, *La normatività*, cit., 90; DONINI, *Illecito*, 355 ss.; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 261.

un evento si riferisca (quantomeno in un primo momento) al rapporto tra agente e mondo esterno, sotto il profilo della possibilità di incidere materialmente sulla realtà e di dominare gli accadimenti, e che essa appartenga di conseguenza all'elemento oggettivo del reato<sup>238</sup>. In questa accezione il concetto di (in)evitabilità si avvicina a quello di causalità, ed è proprio questa la ragione che ha determinato la sovrapposizione tra colpa e causalità, tra obbligo di diligenza e obbligo di garanzia, tra nesso causale e nesso normativo di antidoverosità.

Ciò che interessa ora evidenziare è che, come riconosce del resto la dottrina che affronta il problema della evitabilità nell'ambito della imputazione oggettiva o nel quadro della c.d. imputazione "per colpa", «non vi è nulla di personalistico in questo parametro: esso concerne il profilo della realizzazione nell'evento della specifica negligenza o imprudenza che si rimprovera all'agente»<sup>239</sup>.

Anche la *Cassazione* ha recentemente affermato, nella più volte citata sentenza relativa alla frana di Sarno, che «se, con valutazione *ex post*, si verifica che l'evento – anche per l'esistenza di caratteristiche del caso non conoscibili in precedenza – non era comunque evitabile, anche se fosse stata posta in essere una condotta esente da colpa, vuol dire che la condotta colposa non ha avuto efficacia causale (nel senso che difetta la causalità della colpa), perché l'evento era oggettivamente inevitabile e quindi l'esonero da responsabilità si verifica indipendentemente dai processi conoscitivi e volitivi dell'agente e dal loro contenuto (è infatti irrilevante che l'agente conoscesse che l'evento era inevitabile), così come è privo di rilievo che l'inevitabilità dell'evento fosse conoscibile prima o dopo che si è verificato»<sup>240</sup>.

Certo, quando la giurisprudenza afferma che l'inevitabilità dell'evento verificata *ex post* indica la mancanza di "efficacia causale" della condotta, essa in realtà si riferisce alla c.d. "causalità della colpa", cioè pur sempre ad un requisito di imputazione della *colpa* e non ad un momento dell'accertamento della causalità materiale.

Senonché, la generale confusione esistente in dottrina intorno ai temi della causalità ipotetica, del nesso tra colpa ed evento e della imputazione oggettiva (con particolare riferimento ai criteri dell'aumento del rischio e della realizzazione del rischio) non va considerata riduttivamente la conseguenza di una insufficiente differenziazione delle problematiche, ma può essere letta anche come segno di una loro reale affinità, stimolando la ricerca della comune *ratio* delle diverse figure e dei distinti criteri.

Ora non si tratta dunque di valutare la (in)evitabilità soggettiva finalizzata a formulare un giudizio di rimproverabilità personale, ma la (in)evitabilità oggettiva di un evento, allo scopo di accertare la "causa penalmente rilevante" della verifica dell'evento<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> Cfr. M. GALLO, *Colpa*, cit., 638: «L'indagine relativa all'evitabilità in concreto dell'evento attiene all'accertamento del rapporto causale e precede, quindi, il momento soggettivo». Si veda, altresì, GIUNTA, *Illiceità*, cit., 289.

<sup>239</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 357; ID., *La causalità omissiva*, cit., 69.

<sup>240</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761, in *Cass.pen.*, 2011, 82, con commento di Verrico.

<sup>241</sup> Preferibile appare di conseguenza l'orientamento che ritiene che l'individuazione delle regole cautelari,

Invero, il caso in cui l'evento si riveli inevitabile nella situazione concreta, benché sia prevenibile in astratto mediante l'osservanza della diligenza, non solleva, a nostro avviso, un problema di *colpa*, ma piuttosto di *causalità* (ben inteso: *im Rechtssinne*), dal momento che l'accertamento (*ex post*) mira a stabilire se l'evento sia stato condizionato dalla condotta illecita, sia realizzazione di un rischio lecito oppure sia riconducibile ad altra causa.

Come abbiamo visto, il criterio della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito viene associato a diversi fenomeni: da un lato, alla incongruenza tra norma cautelare violata ed evento (nel senso che l'evento non rappresenta la realizzazione del rischio preso in considerazione dalla norma violata); dall'altro, alla inidoneità della regola cautelare ad evitare l'evento.

Sotto questo secondo profilo, l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito può dunque essere sintomo di una diversa situazione: la presenza di una causa concorrente o sostitutiva. Vi sono infatti costellazioni di casi in cui è problematico capire se sono presenti cause alternative oppure se la condotta illecita dell'agente è causalmente irrilevante.

Nell'esempio della novocaina la morte del paziente, pur rappresentando la perfetta realizzazione di un rischio illecito (la somministrazione di una sostanza nociva), si è rivelato inevitabile; la ragione per cui essa non poteva essere imputata alla condotta del medico (se non quale conseguenza meramente naturalistica verificatasi in occasione dell'attività sanitaria e risultante dal convergere di circostanze del tutto fortuite) è che la condotta illecita non ha determinato un oggettivo peggioramento delle condizioni del bene tutelato rispetto alla causa alternativa (e tale conclusione dovrebbe rimanere ferma anche in presenza di dolo). Pure nel caso del ciclista l'evento costituisce la realizzazione di un rischio illecito e rientra nell'ambito di protezione della norma; esso però non era più evitabile *sic et simpliciter*, perché una causa alternativa (l'ubriachezza del ciclista) ha reso il rischio non più controllabile e dominabile dall'agente.

Affermare che l'evento non è evitabile nella situazione concreta mediante il comportamento alternativo lecito può allora significare che l'evento non è controllabile, dominabile, in quanto riconducibile ad un'altra causa (esclusiva o prevalente). Il

dal punto di vista oggettivo, debba essere effettuata con riferimento alla "miglior scienza ed esperienza". All'osservanza della regola di condotta così individuata andrà poi riferito il giudizio (*ex post*) di evitabilità dell'evento. In questi termini, Cass., 12.03.2010, n. 16761, cit. In dottrina v., MANTOVANI, *Colpa*, cit., 306; ID., *Diritto penale*, cit., 339; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 212 ss.; da ultimo, GROTTI, *Principio*, cit., 165 ss. Con particolare riferimento ai casi di colpa specifica, la dottrina ha affermato che «la regola cautelare positivizzata "assorbe" in sé per dir così il giudizio di prevedibilità e soprattutto di evitabilità dell'evento, assumendosi il "legislatore" il compito di individuare *expressis verbis* la soglia del rischio consentito»; tale scelta deriva «dall'intendimento del legislatore di sostituire la *propria* individuazione delle cautele doverose a quelle dell'agente modello, in ragione o delle particolari esigenze di tutela avvertite dall'ordinamento, che richiedono una obiettiva standardizzazione della soglia del rischio consentito; ovvero in ragione delle peculiari difficoltà e complessità dell'attività, che esigono conoscenze tecnico-scientifiche specialmente qualificate per la formulazione del giudizio di evitabilità e la conseguente formulazione delle regole cautelari» (così, PALAZZO, *Morti da amianto*, cit., 188).

fallimento della regola cautelare nella situazione concreta può essere dovuto all'intervento di fattori imprevedibili inducendo ad escludere, di conseguenza, la *Kausalität im Rechtssinne*.

Posta in questi termini la questione, è evidente che se la realizzazione del rischio (nella prospettiva *ex ante*) implica di regola l'efficacia della regola cautelare, la ragione del suo fallimento non va ricercata considerando nuovamente la sua astratta idoneità *ex ante* a prevenire una determinata classe di rischi, bensì ricostruendo il decorso causale che ha condotto all'evento per individuarne la causa penalmente rilevante. In quest'ottica non può che apparire significativo che i concetti di "*Kausalität im Rechtssinne*" e di "causalità della colpa" (*Kausalität der Pflichtwidrigkeit*) siano stati tutti elaborati in relazione al problema della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito proprio per indicare la "causalità" delle caratteristiche (qualità) illecite della condotta, cioè la causalità penalmente rilevante.

Dalle diverse costellazioni associate al tema del comportamento alternativo lecito si possono enucleare, semplificando al massimo, due diverse aree tematiche o questioni problematiche: una (più astratta) relativa alla realizzazione del rischio e allo scopo di protezione della norma; l'altra (più concreta) relativa alla interferenza di fattori causali esterni (ipotesi di causalità sorpassante o di concorrenza di rischi)<sup>242</sup>.

Nel primo gruppo rientrano i casi caratterizzati da un difetto di realizzazione del rischio (tra cui sono molto frequenti quelli di causalità ipotetica discussi dalla dottrina), che vengono esaminati anche sotto il profilo dello scopo di protezione della norma (*Schutzzweck*) e della congruenza di rischi (*Gefahrenkongruenz*). Nel secondo gruppo rientrano i casi caratterizzati non da un difetto di realizzazione del rischio, ma da una situazione di concorrenza e/o sostituzione del rischio, come ad esempio i casi di decorsi causali ipotetici in cui la causa ipotetica è costituita dalla condotta di un terzo (si tratta della questione normativa della imputazione di sfere di rischio e di competenza e della più generale problematica del concorso di cause e di persone).

In questa luce, il requisito della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito (che esprime l'esigenza della materializzazione *ex post* del rischio illecito nell'evento concreto<sup>243</sup>), richiede all'interprete di ripercorrere a ritroso l'intero decorso causale, analizzandone i singoli segmenti o anelli, al fine di escludere l'intervento di fattori che potrebbero avere *soppiantato, scavalcato, annullato* il rischio originario.

<sup>242</sup> Cfr. JAKOBS, *Studien*, cit., 101 ss.

<sup>243</sup> Si ricordi l'esistenza di una duplice accezione del concetto di realizzazione del rischio rilevata poc'anzi (*supra*, paragrafo precedente): in astratto ed *ex ante* se coincidente con il criterio dello scopo di protezione della norma; in concreto ed *ex post* se coincidente con la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito e con la materializzazione del rischio illecito nell'evento.

### 3.2. La dialettica tra evitabilità astratta (ex ante) e concreta (ex post)

Occorre innanzitutto chiarire la natura astratta o concreta del giudizio di evitabilità<sup>244</sup>.

Secondo l'orientamento tradizionale, l'evitabilità astratta rappresenta, insieme alla prevedibilità, un criterio per la individuazione delle regole cautelari (in particolare, l'evitabilità riguarda il contenuto della regola cautelare, ovvero lo specifico comportamento prescritto, che deve essere appunto idoneo ad evitare l'evento), mentre l'evitabilità concreta rappresenta un criterio di accertamento della colpa, cioè un criterio di imputazione dell'evento al soggetto<sup>245</sup>.

L'evitabilità può dunque essere valutata *in astratto* ed *ex ante*, con riferimento al contenuto delle regole cautelari e allo scopo di individuare i comportamenti doverosi necessari per evitare la verificazione di un evento dannoso (e non certo per escludere la colpa se, nel caso concreto, l'evento si riveli inevitabile anche osservando la regola cautelare)<sup>246</sup>. L'evitabilità può essere valutata altresì *in concreto* ed *ex post*, al fine di accertare nel caso specifico la c.d. "causalità della colpa" o, secondo la diversa terminologia, la "particolarizzazione della colpa sull'evento" (la "concretizzazione della colpa nell'evento")<sup>247</sup>. L'accertamento relativo alla causalità della colpa (evitabilità in concreto), in particolare, si considera finalizzato a chiarire se l'inosservanza della norma abbia cagionato l'evento concretamente verificatosi.

Tuttavia, finché l'accertamento della "causalità della colpa" viene di fatto limitato alla verifica della corrispondenza tra evento e scopo della regola violata, il giudizio di evitabilità non ha nulla di "concreto" e finisce per coincidere, come abbiamo cercato di dimostrare, con il criterio della realizzazione (concretizzazione) del rischio specifico che la regola violata mirava ad evitare e dunque, in senso lato, con il criterio dello *Schutzszweck*, volto a garantire la corrispondenza dell'evento concreto alla classe (tipo) di eventi presi in considerazione dalla norma<sup>248</sup>. Anche se la verifica della efficacia preventiva del comportamento alternativo lecito avviene necessariamente *ex post*, perché riferita ad un evento specifico, l'ambito di tutela della norma (mediante l'indicazione della classe o tipologia di eventi da prevenire) viene pur sempre definito *ex ante* e in astratto, limitandosi il giudice ad effettuare un confronto tra evento concreto ed even-

<sup>244</sup> Sul punto, STELLA, *La descrizione*, cit., 37; FIANDACA, *Il comportamento*, cit., 1601; da ultimo, BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 623 ss.

<sup>245</sup> M. GALLO, *op.ult.cit.*, 642; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 77; MANTOVANI, *Colpa*, cit., 306; CANESTRARI, *Illecito*, cit., 99; ROMANO, *Commentario*, cit., 432; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 562.

<sup>246</sup> M. GALLO, *Colpa*, cit., 638.

<sup>247</sup> MARINUCCI, *La colpa*, cit., 275; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 384; RAMPONI, *Concause*, cit., 572; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4112. In giurisprudenza, v. da ultimo, Cass., 4.12.2009, n. 8622, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2010, 463 ss.; Cass., 10.06.2010, n. 38991 (caso Montefibre), in *Dir.pen.proc.*, 2011, 185; Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini, *ivi*, 2011, 1341 ss.

<sup>248</sup> V. le riflessioni svolte *supra*, par. 2.2. e 2.3., ove abbiamo evidenziato anche lo stretto legame con il criterio della *prevedibilità* in astratto.

to astratto preso in considerazione dalla norma. Sotto questo profilo, come già sottolineato, il giudizio *ex ante* circa la congruenza rispetto allo scopo cautelare della norma e l'efficacia astratta della regola preventiva rileva sul piano della *tipicità* della condotta<sup>249</sup>.

La questione della evitabilità *concreta* dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito dovrebbe concernere, per contro, esclusivamente il caso di ipotetico fallimento della regola cautelare non dovuto ad un difetto di congruenza rispetto allo *Schutzzweck*, ma alla sua imprevedibile incapacità di neutralizzare il rischio dell'evento nella situazione specifica.

Se il requisito della evitabilità "in astratto" mira ad evitare che la responsabilità colposa, nella logica del *versari*, degradi a mera responsabilità oggettiva, il ricorso al criterio della evitabilità "in concreto" esige la spiegazione del fondamento dogmatico della eventuale esclusione della imputazione. Invero, «ove si ritenga che la formulazione espressa di norme preventive a carattere tassativo non possa non essere vincolante quanto al giudizio di evitabilità emesso dal legislatore (o da altra fonte normativa), la propensione a valutare in concreto l'evitabilità dell'evento lesivo deve essere respinta perché portatrice di una seria minaccia alla funzione rigidamente preventiva che per l'appunto si vuole attribuire a questo tipo di norme. In una prospettiva che invece intende mettere al bando, quale retaggio di superate concezioni, l' "in re illicita versari", non è di certo agevole, tuttavia, giustificare con valide basi dogmatiche il punto di vista opposto»<sup>250</sup>.

È evidentemente una questione normativa stabilire se far dipendere l'imputazione dell'evento dal fatto che la norma violata sia generalmente idonea ad impedire eventi di un certo tipo o se sia sufficiente che lo sia nel caso concreto. Mentre tutti concordano sulla necessità che la regola cautelare sia idonea in via generale a prevenire un evento del tipo di quello verificatosi in concreto (evitabilità astratta), finora non è stato adeguatamente dimostrato perché l'inefficacia (il fallimento) nel caso concreto della norma cautelare (sulla base di dati acquisiti *ex post* e di tutte le conoscenze nomologiche disponibili), nonostante la generale efficacia della norma ad evitare l'evento, debba esplicare un effetto favorevole all'imputato.

Il tema è assai spinoso e dall'esame della dottrina non si ricavano indicazioni univoche. La maggioranza pare propendere per una valutazione della evitabilità *ex post*, sul presupposto che questa garantirebbe una maggiore concretizzazione del giudizio<sup>251</sup>;

<sup>249</sup> V. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 57; cfr. altresì EUSEBI, *Appunti*, cit., 1060 s.; in questo senso, espresamente, Cass., 1.10.2008, n. 39882, in *Cass.pen.*, 2009, 4695, nella quale i giudici affermano che in assenza della concretizzazione del rischio nell'evento la condotta colposa «non è conforme al modello legale di concreta negligenza, imprudenza ecc.» nei confronti dell'evento. In merito, v. MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4707, per la quale «la riconducibilità dell'evento concreto allo scopo di tutela della regola cautelare che si assume violata contribuisce alla stessa "selezione" della condotta penalmente rilevante».

<sup>250</sup> Puntualmente, FIANDACA, *Il comportamento*, cit., 1601.

<sup>251</sup> ROXIN, *Strafrecht*, cit., 395; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 230 ss.; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 69; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 151; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 649 ss.; WOLTER,

altri fanno notare, tuttavia, che la valutazione della rilevanza o irrilevanza della regola cautelare dovrebbe svolgersi esclusivamente *ex ante*, ovvero nella prospettiva in cui avviene la genesi della regola cautelare e la qualificazione della condotta come negligente<sup>252</sup>.

Solitamente si avverte l'esigenza di appurare se l'osservanza della norma avrebbe evitato l'evento "in modo tipico" oppure solo "per caso" (in virtù di un irrilevante *Schutzreflex*). Il requisito decisivo viene individuato infatti nella idoneità generale (*generelle Eignung*) della norma violata ad evitare o ridurre pericoli appartenenti ad una determinata classe<sup>253</sup>.

Esempio classico è quello dei limiti di velocità, il cui scopo è quello di ridurre i tempi di reazione e di frenata e non certo quello di far sopraggiungere un veicolo un momento prima o un momento dopo. Infatti, l'andatura a velocità ridotta può essere idonea *nel caso concreto* ad evitare l'investimento del pedone che improvvisamente attraversa la strada (perché posticipa il momento in cui il veicolo raggiunge il luogo dell'incidente), ma non è *generalmente idonea* ad impedire o ridurre tale pericolo.

Ciò che conta, dunque, non è se l'osservanza della norma cautelare avrebbe *casualmente* evitato l'evento *hic et nunc*, ma soltanto se fosse generalmente in grado di evitare un evento di quel genere<sup>254</sup>. Quei decorsi causali e quegli eventi, alla cui prevenzione la norma cautelare è generalmente idonea, definiscono lo scopo, l'ambito di protezione della norma stessa; il criterio dello *Schutzzweck* è necessario proprio per garantire che all'agente non vengano imputati eventi solo fortuitamente evitabili mediante l'osservanza della regola di condotta. Il fatto che la regola cautelare sia gene-

*Objektive*, cit., 31 ss.; M. GALLO, *Colpa*, cit., 465; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 275; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 390 s.; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 60; GIZZI, *op.ult.cit.*, 4114; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1707.

<sup>252</sup> DE VERO, *Disvalore*, cit., 1509, il quale osserva che «dare per scontato che la regola precauzionale debba essere sottoposta ad una riconsiderazione *ex post*, con eventuale declaratoria del suo "fallimento in concreto", significa introdurre una singolare distorsione tra la sua "genesì" e la sua "efficacia"». Dubbioso in questo senso anche FIANDACA, *Il comportamento*, cit., 1601. Per il riferimento al criterio della evitabilità esclusivamente in un'ottica *ex ante*, DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 465; DI SALVO, *Violazione di regole cautelari*, cit., 143 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 158. In giurisprudenza, v. Cass., 23.01.2002, n. 22568.

Merita di essere segnalata la posizione di Erb (*Rechtmäßiges*, cit., 146 ss.) il quale, sulla scorta della teoria della *normative Korrespondenz* elaborata da Krümpelmann (*Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, in Jescheck FS, I, Berlin, 1985, 313 ss.), in base alla quale alla illiceità della condotta deve corrispondere l'aspettativa di tutela o *Schutzanspruch* della vittima, adotta esclusivamente una prospettiva *ex ante* ritenendo irrilevante l'evitabilità *ex post* dell'evento. Ciò che conta è la constatazione che, al momento della condotta, l'ordinamento (confrontando la situazione futura del bene in relazione alla condotta lecita e illecita) potesse ancora garantire alla vittima una tutela e migliorare la sua condizione. Il nesso di illiceità viene meno soltanto quando già *ex ante* la situazione del bene giuridico non appaia migliore rispetto a quella derivante dalla condotta illecita. L'imputazione dell'evento (*ivi*, 295 ss.) si basa pertanto sulla valutazione del pericolo per la vittima riconoscibile *ex ante* e sulla efficacia protettiva della norma (nel senso di capacità di influenzare la situazione oggettiva del bene).

<sup>253</sup> NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 134 ss.

<sup>254</sup> In questo senso, anche ERB, *op.ult.cit.*, 215; PUPPE, *Zurechnung*, cit., 309; EAD., *Die adäquate Kausalität*, cit., 234, (la quale utilizza il concetto di *generelle Geeignetheit*).

ralmente idonea ad evitare o ridurre pericoli di una determinata classe costituisce del resto il presupposto perché l'osservanza della regola possa perseguire lo scopo di impedire un determinato evento; al contrario, il fatto che il comportamento lecito avrebbe evitato l'evento soltanto in virtù della concatenazione fortuita e casuale di diverse circostanze, non consente al legislatore di pianificare razionalmente la prevenzione di determinati eventi lesivi attraverso l'imposizione di norme di condotta.

Il requisito della generale idoneità impeditiva della regola cautelare implica naturalmente che siano stabiliti dei criteri per valutare tale attitudine. La dottrina che più si è occupata dell'argomento suggerisce di procedere ad una *generalizzazione* della situazione, per accertare se i fattori che annullano l'efficacia della regola cautelare siano frequenti o meno e se dipendano dal caso o meno. Si dovrà in seguito operare un confronto tra la situazione (generalizzata) in cui la norma viene rispettata e quella in cui essa viene trasgredita; la regola cautelare può considerarsi generalmente idonea a prevenire eventi di un determinato tipo se vi è una differenza significativa in termini di probabilità di verificazione dell'evento nel caso di violazione rispetto al caso di osservanza<sup>255</sup>.

Quando il successo (la efficacia) di una regola cautelare dipende da fattori del tutto casuali e contingenti (fattori naturali, comportamenti di terzi etc.), non viene meno per ciò solo la idoneità generale della norma ad impedire eventi di un determinato tipo. Così come la evitabilità "concreta" di un evento lesivo non indica necessariamente la corrispondenza dell'evento allo scopo di protezione della norma violata (v. i casi di *Schutzreflex*), la inevitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito non comporta automaticamente il "fallimento" della regola cautelare e la sua inefficacia.

Diversamente, il procedimento di accertamento sarebbe pericolosamente manipolabile.

È indubbio che se l'agente ha osservato la regola di diligenza stabilita *ex ante* e ciononostante l'evento si è verificato, la condotta è radicalmente atipica. Il problema si pone invece nel caso in cui la regola sia stata violata (e dunque l'agente abbia determinato un rischio illecito) e l'evento si sia verificato (*apparentemente* in conseguenza della condotta illecita).

Si tratta di stabilire se la inevitabilità dell'evento, risultante soltanto *ex post* e non riconoscibile *ex ante*, possa condurre ad escludere la responsabilità e quale rilevanza abbia il fallimento della regola cautelare riconducibile all'insuccesso (occasionale) nel singolo caso concreto oppure alla generale inidoneità della regola a garantire l'impedimento dell'evento.

La trasgressione della regola cautelare attiva *ex ante* e in astratto un rischio illecito, ma altro è stabilire *ex post* e in concreto se la realizzazione del rischio in un evento sia anch'esso illecito (non consentito) e realmente dannoso o pericoloso (offensivo).

<sup>255</sup> Per un approfondimento, v. PUPPE, *op.ult.cit.*, 240 ss.



Come è stato osservato, «la nota comune dei casi di comportamento alternativo lecito è imperniata sulla loro precisa ambivalenza: pericolosi *ex ante*, ma non (...) *ex post*»<sup>256</sup>.

La dialettica tra evitabilità *ex ante* ed evitabilità *ex post* (tra efficacia generale ed efficacia concreta della regola cautelare) sembra dunque esprimere il rapporto tra offensività in astratto e offensività in concreto (o, utilizzando categorie diverse, tra aumento del rischio e realizzazione del rischio).

La problematicità dei casi in cui l'osservanza della regola cautelare (il comportamento alternativo lecito) si riveli inutile o inefficace è dovuta al fatto che al pericolo astratto preso in considerazione *ex ante* dalla norma di condotta (al fine di individuare il comportamento necessario a prevenire il verificarsi di una determinata classe di eventi) non corrisponde *ex post* un pericolo concreto (nuovo o maggiore rispetto a quello già presente). La norma appare valida in vista della prevenzione di un pericolo astratto che minaccia un determinato bene giuridico, ma si rivela in realtà inefficace di fronte al pericolo concreto determinatosi nella situazione *hic et nunc*<sup>257</sup>.

### 3.3. La determinazione del comportamento alternativo lecito

L'evitabilità dell'evento mediante condotta osservante costituisce un problema fondamentale per la responsabilità penale: il disvalore fondato su illiceità e colpevolezza non può che essere messo in dubbio se anche il comportamento alternativo lecito, la cui omissione dà luogo alla violazione dell'obbligo di condotta, avrebbe causato l'evento. È evidente altresì che un comportamento alternativo lecito che cagioni il medesimo evento, ma che non sia collegato allo specifico rimprovero connesso alla inosservanza della norma di condotta, non può assumere alcuna rilevanza.

Secondo l'impostazione tradizionale, il comportamento alternativo lecito si determina in relazione ad un preciso obbligo di condotta, ovvero si definisce e si individua alla luce della norma violata presa in considerazione nella situazione concreta<sup>258</sup>.

Una volta che un evento si sia verificato e appaia conseguenza della condotta colposa (cioè della violazione della specifica regola cautelare), l'evitabilità o meno di tale evento può essere testata solo immaginando come compiuta la condotta diligente corrispondente. Il principio secondo cui la colposa causazione di un evento determina un giudizio di responsabilità solo quando questo fosse evitabile mediante un comportamento lecito poggia sull'idea che la violazione dell'obbligo di condotta costituisca il fondamento della imputazione e sia dunque la "causa in senso normativo" dell'evento (causalità della colpa, *Kausalität der Pflichtwidrigkeit*).

<sup>256</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 149.

<sup>257</sup> Per questo inquadramento, v. MÜNZZBERG, *Verhalten*, cit., 135.

<sup>258</sup> GIUNTA, *La normatività*, cit., 89 («L'evitabilità che interessa il diritto penale ha ad oggetto esclusivamente il comportamento descritto nella fattispecie incriminatrice»). V. anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 412; JAKOBS, *Studien*, cit., 91; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527.

Ciononostante, tutte le teorie finora elaborate in tema di comportamento alternativo lecito poggiano su una premessa ancora incontestata e indimostrata: l'*esistenza* di un comportamento alternativo lecito.

Tranne i casi in cui sia prescritta l'astensione *tout court* dalla condotta (in quanto il comportamento alternativo lecito è costituito dalla mera omissione della condotta vietata)<sup>259</sup> e quelli in cui la condotta diligente sia compiutamente descritta dalla norma cautelare positivizzata (cosa piuttosto frequente in settori contrassegnati da un elevato tasso di "tecnicismo" e specializzazione), sono infatti configurabili numerose condotte alternative lecite e non è affatto chiaro in base a quale criterio si debba selezionare quella rilevante ai fini del giudizio ipotetico di evitabilità dell'evento<sup>260</sup>. Eppure questo dato costituisce il presupposto decisivo di qualsiasi decisione in merito all'evitabilità dell'evento e all'accertamento del nesso normativo tra condotta ed evento, poiché definisce il parametro di confronto tra decorso reale e decorso ipotetico, determinando l'*oggetto* del giudizio ipotetico-controfattuale.

Il tema della determinazione del comportamento alternativo lecito ha trovato poco spazio in letteratura e scarse sono le prese di posizioni al riguardo<sup>261</sup>. Sul punto regna ancora molta incertezza.

Le modalità di individuazione della condotta doverosa sono strettamente collegate alla natura generica o specifica della colpa e, specialmente, al carattere aperto o elastico della regole cautelari<sup>262</sup>. Il problema si presenta soprattutto nei settori caratterizzati dal costante mutamento e dal progressivo adeguamento delle regole cautelari: in materia di prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro o di malattie professionali il legislatore sovente sceglie di costruire una regola cautelare mediante clausole generali e criteri indeterminati, che devono essere di volta in volta specificati attraverso il rinvio alle cautele che la scienza, l'esperienza o l'evoluzione tecnologica sono in grado di suggerire<sup>263</sup>.

<sup>259</sup> Per la distinzione tra *obbligo di astensione tout court* da una condotta pericolosa e *obbligo di diligenza* (regola cautelare modale), v. GIUNTA, *op.ult.cit.*, 233 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 18.

<sup>260</sup> JORDAN, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Fabrlässigkeit*, in GA, 1997, 351; PUPPE, *Kausalität*, cit., 662; FORTI, *Colpa*, cit., 672. Da una prospettiva radicalmente critica nei confronti della figura del comportamento alternativo lecito, STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 103, il quale si chiede per quale ragione si dovrebbe ricercare una condotta lecita alternativa *diversa* dalla mera omissione della condotta illecita, che senza dubbio avrebbe evitato l'evento.

<sup>261</sup> Se ne sono occupati approfonditamente, NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 186 ss.; SCHLÜCHTER, *Grundfälle*, cit., 673 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 339 ss.; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 600; EAD., *Zurechnung*, cit., 287; EAD., *Kausalität*, cit., 660; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 71 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 535 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 114 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 114 ss.; JORDAN, *op.ult.cit.*, 351 ss.; DUTTGE, *MiKo*, § 15, n. 161 ss.; Cfr. altresì, HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 411 ss.; Da noi, v. FORTI, *Colpa*, cit., 714; più recentemente, BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 134 ss.

<sup>262</sup> A prescindere dal fatto che si tratti di regole positivizzate o meno, data la presenza – segnalata dalla dottrina (v. PALAZZO, *Morti da amianto*, cit., 189 s.) – del fenomeno della colpa solo "apparentemente specifica".

<sup>263</sup> Così, Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartolini, cit.

Poiché è sempre possibile immaginare diversi comportamenti alternativi leciti, l'evento può risultare evitabile o meno. Nell'esempio dell'automobilista che, guidando con un faro rotto, viene coinvolto in un incidente, a seconda del comportamento alternativo lecito ipotizzato (astenersi dalla guida; utilizzare un'altra macchina; utilizzare i mezzi pubblici, riparare il faro prima di partire etc.) l'evento può essere evitato o meno<sup>264</sup>. Quale standard di diligenza occorre inoltre prendere in considerazione (l'agente modello o l'agente dotato della miglior scienza ed esperienza)? È necessario fare riferimento alla condotta più diligente ed efficace oppure a quella appena al di sopra della soglia minima di diligenza?

La sostituzione della condotta illecita con il comportamento alternativo lecito costituisce un'operazione piuttosto complicata, aperta ad infinite variabili e manipolazioni. Essa è più semplice nei casi in cui esistono regole di pericolo astratto che permettano una quantificazione precisa (come nel caso di valori soglia, tassi alcolemici, limiti di velocità, distanze di sicurezza e simili) e, viceversa, molto difficile nei casi in cui la differenza tra rischio consentito e non consentito non è quantificabile. La ricostruzione della condotta alternativa lecita è poi condizionata dal parametro di accertamento adottato, oscillante tra l'agente ideale dotato della miglior scienza ed esperienza e l'*homo eiusdem*<sup>265</sup>.

Mentre nel reato omissivo è l'obbligo giuridico del garante a indicare la migliore condotta alternativa lecita necessaria a impedire l'evento, nel reato commissivo il comportamento alternativo lecito non è sempre predeterminato. L'agente che non ha l'obbligo giuridico di "occuparsi" del bene giuridico (proteggendolo o controllando le fonti di pericolo) ha infatti a disposizione più possibilità di agire lecitamente, più alternative di comportamento<sup>266</sup>. La giurisprudenza ha sempre sfruttato questo ampio margine di libertà, determinando di volta in volta il comportamento alternativo lecito in modo che l'evento risultasse evitabile o meno a seconda delle diverse esigenze punitive<sup>267</sup>.

La complessità è data dalla necessità di individuare la condotta positiva che, se posta in essere, avrebbe evitato il prodursi dell'evento. Come ha spiegato la Cassazione, sep-

<sup>264</sup> L'esemplificazione è di PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 75 ss.

<sup>265</sup> Il ruolo della figura dell'agente modello (*homo eiusdem condicionis et professionis*) è attualmente al centro di un rinnovato dibattito, sui termini del quale v., da angolazioni differenti, ATTILI, *L'agente modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 1240ss.; MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 29 ss.; PALAZZO, *Causalità e colpa*, cit., 1229 ss.; ID., *Morti da amianto*, cit., 185 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 186 ss.; GROTTO, *Principio*, cit., 165 ss.; CANESTRARI, *La doppia misura*, cit., 77 ss.; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, 125 ss.

<sup>266</sup> Sul punto, v. STRUENSEE, *op.ult.cit.*, 103 s., il quale lamenta il fatto che l'attenzione viene rivolta esclusivamente alle conseguenze del comportamento alternativo lecito e non ai suoi presupposti, che consistono nella possibilità di agire diversamente (*Andershandelnkönnen*). L'A. rileva una contraddizione nel fatto che nell'omissione l'incapacità individuale o normativa di agire diligentemente diviene presupposto per l'imputazione dell'evento, mentre nell'azione colposa la capacità (di comportarsi diligentemente) sussistente, ma non sfruttata, può escludere la responsabilità.

<sup>267</sup> Critica, PUPPE, *op.ult.cit.*, 2.

pur con riferimento al reato omissivo improprio, «la condotta doverosa che avrebbe potuto in ipotesi impedire l'evento deve essere rigorosamente descritta, definita con un atto immaginativo fondato precipuamente su ciò che accade solitamente in situazioni consimili, ma considerando anche le specificità del caso concreto»<sup>268</sup>.

Il procedimento si complica se si considera che l'individuazione del comportamento alternativo lecito è rimessa ad un momento successivo a quello della condotta (il giudizio) e non all'agente (ma al giudice).

Sembra facile: nell'accertamento della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito occorre confrontare la realtà con una situazione immaginaria del tutto identica a quella reale tranne per il fatto che la condotta illecita del soggetto deve essere sostituita con la condotta lecita.

Il *BGH* parrebbe avere ragione quando afferma che oggetto di accertamento (sia rispetto alla *c.s.q.n.* sia rispetto al nesso normativo di illiceità) deve essere pur sempre l'accadimento concreto, così come si è realmente verificato, e non uno ipotetico. Di conseguenza, sarebbe vietato aggiungere mentalmente fattori e circostanze "immaginari" e si dovrebbero prendere in considerazione le sole alternative di comportamento realmente possibili e plausibili nella situazione concreta. Come già sottolineato, quando si tratta di creare uno scenario controfattuale è necessario procedere aggiungendo elementi non meramente congetturali e ipotetici, ché altrimenti non vi sarebbero limiti alla fantasia dell'interprete (e del giudice)<sup>269</sup>. Piuttosto, occorre individuare, sulla base delle conoscenze scientifiche e delle massime di esperienza, un "mondo simile", limitandosi ad eliminare mentalmente le "*wrongful features*"<sup>270</sup> e tenendo conto del contesto causale esistente (*coeteris paribus*)<sup>271</sup>.

Anche la giurisprudenza, del resto, è consapevole della necessità di prendere in considerazione esclusivamente cause probabili e spiegazioni alternative plausibili,

<sup>268</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso della frana di Sarno) cit., 85; Cass., 2.04.2007, n. 21597, Pecchioli.

<sup>269</sup> Si ricordi la distinzione tra decorsi ipotetici rilevanti, in quanto già presenti nella situazione concreta, e decorsi ipotetici irrilevanti, in quanto meramente congetturali, *supra*, cap. I, par. 3.3.

<sup>270</sup> Così, HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 412.

<sup>271</sup> Sul punto, chiaramente, STELLA, *La vitalità*, cit., 61. Segnaliamo a questo proposito il caso oggetto di Cass., 12.11.2008, n. 4107, in *Cass.pen.*, 2010, 1462, in cui la Corte affermò l'irrilevanza dell'ipotesi che il paziente, cui lo psichiatra aveva rilasciato un certificato di idoneità all'uso delle armi, avrebbe potuto procurarsi comunque un'arma sul mercato clandestino e compiere così gli stessi atti lesivi. In Germania ha fatto discutere un analogo caso deciso dal *BGH* (*BGHSt* 49, 1, *NSStZ*, 2004, 151, con commento di Puppe) riguardante uno psichiatra, il quale aveva autorizzato ad uscire dalla clinica un paziente pericoloso; questi procurò lesioni personali a otto donne e ne uccise due. In primo grado il medico fu assolto sulla base dell'assenza del *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, poiché il paziente avrebbe potuto evadere dalla struttura forzando le finestre non adeguatamente protette. Giustamente il *BGH* ha respinto tale argomento, dal momento che la violenta evasione del paziente rappresentava un'ipotesi del tutto slegata dal contesto concreto esaminato (cioè una circostanza che si colloca «*außerhalb des Tatgeschehens*»), presupponendo una libera decisione da parte del paziente non suffragata da elementi probatori. È di tutta evidenza, inoltre, che il decorso causale alternativo ipotizzato dai giudici di prima istanza nulla aveva a che vedere con il comportamento alternativo lecito del medico e rappresentava una causa ipotetica meramente congetturale. Al riguardo, v. PUPPE, *loc.ult.cit.*

ancorate ad elementi di fatto, e non circostanze meramente congetturali ed ipotetiche, laddove afferma che «qualora si prospettino una pluralità di possibili cause di un determinato evento, nella sua valutazione il giudice del merito dovrà discernere quali siano quelle che costituiscono mere ipotesi, da quelle invece che si prospettano come probabili cause in quanto ancorate ad elementi di fatto, emergenti dagli atti del processo. Una mera ipotesi che appartiene al novero del solo astrattamente possibile non è idonea, di per sé, a togliere rilievo a fatti diversi storicamente accertati che esplicano i loro effetti non più nella sfera dell'astrattamente possibile, ma in quella del concretamente probabile. A fronte di una spiegazione causale del tutto logica, siccome scaturente e dedotta dalle risultanze di causa correttamente evidenziate e spiegabilmente ritenute, la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa, capace di inficiare o caducare quella conclusione, non può essere affidata solo ad una indicazione meramente possibilista, ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario, cioè, che quell'accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile, divenga anche, nel caso concreto, *hic et nunc*, concretamente probabile, alla stregua, appunto, delle acquisizioni processuali»<sup>272</sup>.

In dottrina si afferma, in particolare, che possono rilevare esclusivamente decorsi alternativi che rientrano nella sfera di azione (“*Handlungsspielraum*”) e di dominabilità dell'agente<sup>273</sup>; si precisa, altresì, che possono considerarsi solo le condotte alternative mediante le quali l'agente avrebbe potuto perseguire il medesimo scopo o interesse oggetto della sua condotta illecita<sup>274</sup>. Ne consegue – in analogia con le argomentazioni addotte in relazione ai decorsi causali ipotetici – che sia ipotetici comportamenti leciti o illeciti di terzi o della stessa vittima, sia ipotetici fattori naturali non pregiudicherebbero l'obbligo di evitare l'evento gravante sull'agente<sup>275</sup>.

Tuttavia, l'adozione di questo metodo, basato sul già citato “*criterio della situazione concreta*” ha condotto la giurisprudenza tedesca a decisioni molto criticate e controverse<sup>276</sup>.

Un notevole dibattito suscitò il caso, già riferito, dell'automobilista ubriaco che,

<sup>272</sup> In questi termini, Cass., 20.12.2008, n. 10789; analogamente, Cass., 22.09.2011, n. 47474. Si considerino anche, oltre al caso dello psichiatra riferito nella nota precedente, i più volte citati casi dell'oculista (sentenza Cezza) e della distocia del feto (sentenza Causo) (v. anche *supra*, cap. I, nota 62). In particolare, nel caso dell'oculista (Cass., 9.06.2011, n. 28782), a fronte dell'affermazione della difesa, secondo cui anche l'anestesia generale, che si sarebbe resa necessaria in considerazione dello stato di agitazione del paziente, avrebbe probabilmente cagionato il medesimo evento lesivo, i giudici hanno osservato che solo in termini congetturali sarebbe possibile ipotizzare che avrebbe potuto verificarsi un evento analogo avente però una causa diversa.

<sup>273</sup> Così, specialmente, SCHLÜCHTER, *Grundfälle*, cit., 84, 680; FRISCH, *op.ult.cit.*, 535 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 236 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 162 s.; anche RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 124.

<sup>274</sup> In questo senso, PUPPE, *Kausalität*, cit., 664; SCHLÜCHTER, *op.ult.cit.*, 676; FRISCH, *op.ult.cit.*, 535 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 170.

<sup>275</sup> V. *supra*, cap. I, par. 1.3.3. e par. 3.

<sup>276</sup> V. *supra*, in questo capitolo, par. 1.1, e le osservazioni critiche ivi riportate.

guidando ad una velocità superiore al consentito, aveva investito un motociclista: il *BGH* condannò l'imputato, individuando il comportamento alternativo lecito non nella guida rispettosa del limite di velocità (che non avrebbe probabilmente evitato l'evento), ma nella guida ad una velocità ancora inferiore in quanto commisurata allo stato di ubriachezza<sup>277</sup>. Il parametro utilizzato dalla Corte non era dunque rappresentato dall'automobilista sobrio, ma dall'automobilista ubriaco, che avrebbe dovuto adeguare l'andatura alle proprie condizioni psico-fisiche *realmente* esistenti in quella situazione. In questo modo, da un lato, la condizione di ubriachezza dell'agente è stata ricompresa nella descrizione del contesto e, dall'altro, l'evitabilità dell'evento è stata valutata in base al comportamento alternativo lecito commisurato alla "situazione concreta" (non più quindi l'evitabilità dell'evento da parte di un automobilista sobrio, ma l'evitabilità dell'evento da parte di un automobilista ubriaco)<sup>278</sup>.

Come già rilevato, in questi casi il riferimento allo scopo di protezione della norma avrebbe agevolato l'individuazione del comportamento alternativo lecito, evitando di sostituire alla condotta illecita un'altra condotta illecita e consentendo di risolvere il problema della evitabilità dell'evento da un punto di vista non meramente materiale-concreto, ma normativo-deontologico.

Ciò precisato, neppure il criterio dello *Schutzzweck* consente di per sé di determinare in modo univoco il comportamento alternativo lecito rilevante, specialmente nei casi di colpa generica. Non sempre la *ratio* preventiva della norma è chiara e spesso le regole cautelari presentano uno spettro preventivo assai ampio; talvolta non esiste alcun comportamento alternativo lecito, a causa delle caratteristiche della situazione concreta, che rendono impossibile l'osservanza della norma (come quando, ad esempio, in una strada particolarmente stretta risulta impossibile mantenere un adeguato margine di sorpasso) o impongono di verificare se esista una diversa regola cautelare in grado di prevenire eventi lesivi nella situazione concreta.

Occorre prendere le mosse dalla considerazione che – esclusi, come già detto, i casi in cui sia imposta la radicale omissione della condotta illecita – si tratta di individuare il rischio che l'ordinamento avrebbe dovuto altrimenti (in alternativa alla condotta illecita) tollerare, cioè il rischio consentito.

Il ruolo centrale del rischio consentito discende dall'esigenza che il comportamento illecito venga confrontato con quello *normativamente lecito* e non con il più diligente in assoluto<sup>279</sup>. Si tratta dunque di un giudizio normativo, dal momento che non rilevano tutti i comportamenti in astratto ipotizzabili in grado di evitare l'evento, ma

<sup>277</sup> *BGHSt* 24, 31, in *NJW*, 1971, 388 e in *JR*, 1971, 247 (c.d. *Motorradfall*), di cui già *supra*, par. 1.1. Al riguardo, v. NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 85; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 398; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 86 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 114; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 116 ss.; HÜBNER, *Die Entwicklung*, cit., 160.

<sup>278</sup> V. l'analogo caso dell'automobilista che cagionò un incidente guidando con pneumatici consumati (*Reiffenfall*; *OLG Köln*, *VRS* 64, 257) e quello dei due pedoni che camminavano di notte lungo il lato destro della strada causando la morte di un motociclista (*Fußgängerfall*; *BGHSt* 10, 369).

<sup>279</sup> PUPPE, *Kausalität*, cit., 660 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 95.

soltanto quelli prescritti dalla legge e ritenuti leciti. Come è stato efficacemente sintetizzato, non importa che l'agente potesse tenere un determinato comportamento, ma soltanto il fatto che *dovesse* tenerlo<sup>280</sup>.

Se rileva soltanto il confronto ipotetico con il rischio consentito, relazionato all'adempimento di determinate norme di comportamento, la condotta ipotetica non va descritta in via generale, ma deve essere derivata dalla finalità della norma. Così, non conta l'alternativa lecita disponibile all'agente nella situazione concreta, ma soltanto il comportamento alternativo lecito ricavato dallo scopo della norma, cioè il comportamento richiesto all'agente dall'ordinamento allo scopo di prevenire un determinato evento<sup>281</sup>. La situazione concreta in cui si trova l'agente segna la base per la formazione della ipotesi del comportamento alternativo lecito, ma decisiva resta la norma di condotta violata.

Merita a questo proposito di essere ricordata la distinzione, proposta in dottrina, tra comportamento alternativo lecito proprio (*echtes rechtmäßiges Alternativverhalten*) ed improprio (*unechtes rechtmäßiges Alternativverhalten*), per indicare rispettivamente il comportamento lecito sulla cui omissione si basa la regola cautelare (e dunque il rimprovero) e un qualunque comportamento consentito che non si trova in alcun rapporto con la regola cautelare violata<sup>282</sup>.

Nel primo caso il comportamento alternativo lecito dipende strettamente dalla violazione commessa e ciò spiega perché l'inevitabilità dell'evento (l'inefficacia del comportamento alternativo lecito) rappresenti un problema dai risvolti fondamentali: un rimprovero basato sulla inosservanza di un determinato obbligo di condotta risulta inevitabilmente messo in discussione se la condotta alternativa prescritta avrebbe determinato il medesimo evento.

Nel secondo caso, invece, si pone una problematica estranea al nesso normativo tra condotta illecita ed evento: il comportamento alternativo lecito avrebbe sì cagionato il medesimo evento, ma risulta irrilevante per il rimprovero fondato sulla inosservanza della norma, poiché esso non costituisce il "rovescio" della condotta illecita (cioè la condotta prescritta dall'ordinamento), bensì un decorso ipotetico meramente congetturale e immaginario. Questo tipo di comportamento alternativo lecito non può certo incidere sulla responsabilità del soggetto per la condotta illecita.

Il fatto che l'evento possa verificarsi anche nel caso di condotta lecita (detto in altri termini: il fatto di poter cagionare lo stesso evento anche con una condotta non vietata dall'ordinamento) non può rappresentare infatti un salvacondotto per compiere azioni che sono e restano illecite!

<sup>280</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 71. Già WOLFF, *Kausalität*, cit., 26; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 73; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527; HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 412. Ne consegue che rileverà il comportamento alternativo lecito che configura il più elevato potenziale di rischio tollerato, ovvero il livello massimo di rischio consentito.

<sup>281</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 91; GIUNTA, *La normatività*, cit., 89.

<sup>282</sup> HANAU, *Die Kausalität*, cit., 11 ss.

L'esonero da responsabilità può avvenire esclusivamente quando la violazione della norma e il comportamento alternativo lecito risultino strettamente connessi, in ragione del fatto che il rimprovero si riferisce proprio al comportamento alternativo non tenuto (guidare un automobile, effettuare interventi chirurgici, svolgere un'attività industriale non sono condotte vietate e la loro illiceità deriva soltanto dalla violazione di determinate norme di comportamento). È questa la ragione per cui non può essere indifferente che anche il comportamento alternativo lecito avrebbe determinato l'evento.

La possibilità di cagionare l'evento in modo lecito non costituisce dunque una vera e propria "alternativa" (giuridicamente rilevante) rispetto alla condotta illecita, ma un *aliud*.

Dovendo rispondere, in conclusione, alla questione di quali siano le circostanze e i comportamenti da "aggiungere mentalmente" ai fini del giudizio ipotetico di evitabilità dell'evento, va sottolineato che deve trattarsi non di una alternativa *qualunque*, ma di una alternativa *giuridicamente rilevante*, in quanto prescritta, doverosa o tollerata. Tale "alternativa" non è dunque casuale, ma è rappresentata esclusivamente dalla condotta prescritta (doverosa o diligente) oppure (nei contesti di rischio consentito) dalla condotta tollerata (benché rischiosa). In sintesi, si potrebbe affermare che il comportamento alternativo lecito non è altro che la condotta effettivamente realizzata priva di quegli elementi che fondano la violazione del dovere di diligenza<sup>283</sup>.

Nel *Radfabrerfall*, ad esempio, il comportamento alternativo lecito non è rappresentato dalla rinuncia al sorpasso, ma dal sorpasso nei limiti consentiti; nel *Kokainfall* il comportamento alternativo lecito è rappresentato dalla somministrazione di novocaina (benché rischiosa anch'essa) e non dalla rinuncia all'intervento. Anche nel più volte citato caso dei due pedoni, che camminando di notte sul ciglio della strada nel senso di marcia determinano la morte di un motociclista, occorre fare riferimento al comportamento alternativo lecito imposto dal senso e dalla scopo della norma, cioè il camminare nel senso opposto a quello di marcia dei veicoli, per poter vedere i mezzi che sopraggiungono ed evitare così l'impatto. Parimenti, nel caso di lesioni derivanti dall'esposizione all'amianto il comportamento alternativo lecito non è rappresentato dall'astensione dalla lavorazione dell'amianto, ma dallo svolgimento dell'attività nel rispetto delle cautele necessarie a tutelare la salute dei lavoratori e dell'ambiente circostante.

Atteso che la evitabilità dell'evento si misura non in relazione alla situazione così com'è, ma come dovrebbe essere, cioè in relazione a ciò che l'agente avrebbe dovuto e potuto fare, soltanto dalle norme è possibile ricavare insieme al tipo di eventi anche le modalità e i mezzi con cui prevenirne la verifica.

Ovviamente sulla individuazione del comportamento alternativo lecito incide il fatto che si sia in presenza della violazione di una norma di divieto e di una norma di comando. Nel primo caso, solitamente non esiste una specifica condotta lecita alter-

<sup>283</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 535.



nativa prescritta dall'ordinamento, mentre nel secondo caso (come del resto nell'omissione) l'ordinamento prescrive una condotta doverosa o diligente.

Un'ultima precisazione: si è detto che il comportamento alternativo lecito non costituisce una mera condotta osservante delle regole cautelari (contrapposta alla condotta inosservante delle medesime regole), ma una condotta che, se posta in essere, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento secondo la finalità della norma violata<sup>284</sup>. All'ordinamento non interessa l'evitabilità con qualunque mezzo, ma l'evitabilità attraverso i mezzi che le norme cautelari esigono.

Ebbene: il riferimento allo scopo della norma e alla alternativa di comportamento giuridicamente rilevante risolve solo in parte il problema della evitabilità dell'evento. Una volta individuato il comportamento alternativo lecito secondo l'indicato criterio normativo, rimane infatti da risolvere il problema (a nostro avviso ben più complesso) della reale efficacia del comportamento alternativo lecito nella situazione concreta.

Se ci si accontenta di definire il comportamento alternativo lecito come quello astrattamente idoneo ad evitare l'evento (perché prescritto dalla norma), si rischia di annullare la verifica della evitabilità concreta dell'evento – ciò che appunto andrebbe dimostrato! L'accertamento *ex post* della effettiva attitudine della norma violata ad impedire la verificazione dell'evento non può risolversi nella constatazione della mera idoneità astratta (*ex ante*) della regola cautelare a prevenire determinati tipi di eventi. L'evitabilità astratta dell'evento, proprio perché definisce il contenuto della regola cautelare, nulla esprime circa la sua reale efficacia nel caso concreto.

#### 3.4. *L'ipotetico fallimento della regola cautelare (del comportamento alternativo lecito)*

La questione si pone nei termini seguenti: quando è possibile dichiarare il fallimento (l'insuccesso) della regola cautelare, con la conseguenza di escludere l'imputazione dell'evento al soggetto che pure ha "materialmente" cagionato l'evento e violato la norma di condotta?<sup>285</sup>

La circostanza del tutto casuale (e accertabile soltanto *ex post*) della inefficacia della regola cautelare nel caso concreto non rende lecito e tollerato il rischio (ritenuto in origine non consentito dal legislatore), né il fatto che anche il comportamento alternativo lecito avrebbe potuto cagionare l'evento significa che la condotta illecita abbia creato un rischio lecito, perché non si tratta dello stesso rischio. Infatti, l'eventuale rischio (residuo tollerato) connesso al comportamento alternativo lecito non è un rischio indifferente all'ordinamento; semplicemente l'ordinamento rinuncia a punirne la realizzazione perché conseguenza di una condotta rispettosa delle norme

<sup>284</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso di Sarno), cit.

<sup>285</sup> Non si ha evidentemente fallimento della regola cautelare (essendo questo fallimento solo "apparente") quando «alla luce di una valutazione più analitica della vicenda, sia possibile rinvenire una diversa regola cautelare, già disponibile *ex ante*, alla quale il soggetto avrebbe potuto adeguarsi» (in questi termini, VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 72); v. anche FORTI, *Colpa*, cit., 660 ss.; cfr. inoltre, Cass., 12.03.2010, n. 16761, cit.

(cosa che non si può dire invece della condotta dell'agente, illecita appunto). Insomma, quando un evento (anche se identico a quello riconducibile al comportamento alternativo lecito) è cagionato da una condotta illecita occorre spiegare quale sia il motivo per escluderne l'imputazione.

Va innanzitutto ribadito che il giudizio *ex ante* circa l'efficacia della regola cautelare rileva sul diverso piano della *tipicità* della condotta. Invero, qualora la regola cautelare apparisse già *ex ante* come radicalmente inidonea a prevenire l'evento, la sua violazione non darebbe luogo ad una condotta tipica (lo stesso accade, del resto, nell'omissione, quando la condotta doverosa omessa non sia in grado di impedire l'evento).

Qualora invece la norma cautelare si riveli *ex post* inadeguata per un errore di valutazione circa la prevedibilità dell'evento lesivo o la sua evitabilità, per la carenza di conoscenze disponibili al momento del fatto (fenomeno, questo, frequente in caso di evoluzione del sapere scientifico e di successione di norme cautelari nel tempo), difetta la evitabilità *in astratto* e dunque *ab origine* il requisito della realizzazione del rischio nell'evento (nel senso di corrispondenza tra evento concreto e scopo di protezione della norma)<sup>286</sup>.

Ciò che interessa qui esaminare è esclusivamente l'ipotesi di inefficacia "occasionale" della regola cautelare (del comportamento alternativo lecito), rilevata *ex post* e non dovuta alla radicale inidoneità della regola (che rimane quindi generalmente adatta a prevenire eventi di quel tipo), né ad un difetto di congruenza tra rischio preso in considerazione dalla norma violata ed evento concreto (che rientra nell'ambito di protezione della norma).

Tanto premesso, occorre sottolineare che l'inefficacia "occasionale" della regola cautelare accertata *ex post* non può inficiarne la validità.

Le regole di diligenza poste a protezione dei beni giuridici devono essere rispettate a prescindere dal fatto che nel caso concreto si rivelino inefficaci. Poiché volte a neutralizzare i pericoli e a fornire *standards* generali di comportamento, la loro validità generale non può essere messa in dubbio sulla base della inadeguatezza nel singolo caso.

L'idea della "inutilità", "perdita di senso" o "disfunzionalità"<sup>287</sup> della norma di

<sup>286</sup> Si pensi, ad esempio, all'evoluzione del sapere scientifico (e conseguentemente alla progressiva modifica e precisazione delle regole cautelari fondate su di esso) in tema di patologie correlate all'inhalazione di fibre di amianto, sotto il profilo delle conseguenze lesive per i lavoratori e delle misure in grado di abbattere la presenza di fibre nell'aria. FORTI, *op.ult.cit.*, 664, spiega che in questi casi «l'evento si è verificato attraverso un decorso causale di cui non si era tenuto conto nella costruzione della regola di diligenza o la cui probabilità di verifica non era stata ritenuta sufficientemente elevata in rapporto alla "gravità" del rischio per imporre cautele *ad hoc* o l'astensione *tout court* dalla condotta; ovvero di cui le cognizioni disponibili al momento del fatto non avevano nemmeno lasciato sospettare la possibile verifica». V. anche VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 85 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 393 ss.; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4709; PULITANÒ, *Colpa*, cit., 647. In prospettiva più ampia, RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., 1751 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 623.

<sup>287</sup> Così, ad es., BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 139; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 144 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 183; in parte, JAKOBS, *Studien*, cit., 24; ID., *Strafrecht*, cit., 130.

condotta non può dunque accogliersi, implicando una concezione dell'obbligo di diligenza del tutto inaccettabile. Condizionare la validità di una regola di condotta alla sua concreta efficacia (verificabile soltanto *ex post*) significherebbe privare la norma del compito essenziale di orientare *ex ante* il comportamento dei consociati e attribuirle una funzione che in linea di principio non potrebbe assolvere, quella cioè di evitare la verifica di eventi lesivi<sup>288</sup>.

L'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito lascia dunque impregiudicata sia la illiceità della condotta sia la validità e la obbligatorietà della norma, nella misura in cui questa sia generalmente idonea ad evitare l'evento. Ne è conferma il fatto che esistono norme cautelari che non mirano ad impedire la verifica di eventi lesivi, ma esclusivamente a ridurre determinati rischi (su questo principio si basa, peraltro, l'esistenza dello stesso criterio del rischio consentito).

La norma conserva pertanto il suo significato e la sua funzione finché è in grado di ridurre la probabilità di verifica dell'evento rispetto alla condotta illecita. Escludere l'imputazione dell'evento (e negare la validità della norma) quando sussiste la mera possibilità che l'evento si potesse verificare comunque, anche in caso di comportamento alternativo lecito, significa limitare in modo illegittimo la funzione delle norme cautelari<sup>289</sup>.

Così, nel caso della novocaina l'ipersensibilità della vittima agli anestetici non rende la regola cautelare inutile o inefficace; semplicemente la patologia della vittima introduce nella situazione concreta un nuovo e impreveduto fattore di rischio, che la regola cautelare violata non era in grado di neutralizzare.

Fondamentale si rivela a questo proposito differenziare tra regole cautelari in base al loro livello di efficacia, vale a dire alla loro capacità di evitare l'evento. Secondo l'ormai invalsa classificazione, «per regole cautelari “proprie” si intendono quelle basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento lecito (alternativo a quello colposo tipico). Viceversa, si possono qualificare “improprie” le regole cautelari che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo (sicché il comportamento lecito con un certo livello di probabilità – variabile a seconda dell'efficacia della regola – è in grado di prevenire l'evento, ma senza che sia possibile nutrire alcuna ragionevole certezza in merito)»<sup>290</sup>.

Invero, data l'esistenza di una soglia di rischio consentito, funzione delle regole cautelari può essere non soltanto l'azzeramento del rischio, ma anche la sua riduzione

<sup>288</sup> In questo senso, KÜPER, *Überlegungen*, cit., 264; ERB, *op.ult.cit.*, 84; FRISCH, *op.ult.cit.*, 533.

<sup>289</sup> Questa la nota argomentazione dei teorici dell'aumento del rischio; v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 396; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 65 s.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 139; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 584.

<sup>290</sup> VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 15, e *passim*; GIUNTA, *La normatività*, cit., 106. La distinzione è accolta anche dalla giurisprudenza, v. Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (caso Marghera), in *Cass.pen.*, 2009, 2837.

entro margini ritenuti tollerabili dall'ordinamento. Ne consegue che l'imputazione dell'evento non può essere esclusa per il fatto che il comportamento alternativo lecito non avrebbe con certezza evitato l'evento<sup>291</sup>; diversamente, si dovrebbe rinunciare a punire nei casi di attività pericolose consentite, in cui l'osservanza delle regole cautelari consente soltanto di ridurre il rischio<sup>292</sup>.

L'impossibilità di assicurare la completa neutralizzazione del rischio di verificazione dell'evento lesivo può avere ragioni diverse: l'oggettiva difficoltà di dominare la fonte di rischio a causa della mancata disponibilità di mezzi efficaci o delle insufficienti conoscenze scientifiche; l'esigenza di non limitare lo svolgimento di attività pericolose ma socialmente utili; infine, l'intervento di fattori impreveduti ed eccezionali che interferiscono con il decorso causale.

In ogni caso, l'esistenza di un rischio residuo (*Restrisiko*) è sempre riconducibile alla ingovernabilità – nota o ignota, dovuta ad una precisa scelta o ad incapacità – di determinati fenomeni.

La dottrina e la giurisprudenza italiane sono disposte ad accettare questa conclusione (configurabilità di regole cautelari improprie e imputazione basata non solo sulla sicura evitabilità dell'evento, ma anche sull'aumento del rischio o sulla mancata diminuzione del rischio) soltanto nell'ambito del reato commissivo colposo, ove sono straordinariamente previsti due distinti livelli di imputazione (il nesso di causalità e il nesso normativo tra colpa ed evento). Così, nell'illecito commissivo colposo il criterio dell'aumento del rischio assume un ruolo *aggiuntivo* rispetto alla spiegazione causale solo per il fatto che «la condotta reale – a confronto con quella ipotetica – ha comunque causalmente realizzato la sua pericolosità» (diversamente, rispetto al reato omissivo tale argomentazione non viene sostenuta, perché si ritiene che la condotta reale non abbia causato nulla)<sup>293</sup>.

Secondo questo diffuso orientamento, il giudizio circa l'idoneità del comporta-

<sup>291</sup> In questo senso, nella dottrina italiana, MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 20 ss.; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 28; ROMANO, *Commentario*, cit., 410 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 462; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 304; BARTOLI, *Il problema*, cit., 92. Per l'orientamento rigoroso, attualmente minoritario, che richiede la sicura evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, v. SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 64; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1066; PERINI, *Il concetto*, cit., 585.

<sup>292</sup> Cfr. in giurisprudenza, Cass., 28.04.1994, in *Cass.pen.*, 1996, 2213, la quale sottolinea che le cosiddette «colpe speciali o professionali» (tra le quali rientra la colpa medica), proprie delle attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili anche se rischiose per loro natura, hanno come caratteristica «l'inosservanza di regole di condotta, le *leges artis*, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito, vale a dire dell'aumento del rischio»; nello stesso senso, v. Cass., 2.10.2003, n. 37473; Cass., 6.11.2008, 45126.

<sup>293</sup> DONINI, *Lettura*, cit., 1121; ID., *Illecito*, cit., 447; ID., *La causalità omissiva*, cit., 41; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 106, ove precisa che «il comportamento alternativo lecito riguarda il profilo "omissivo" della responsabilità o della colpa (...) 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».

mento alternativo lecito ad impedire l'evento segue dunque criteri differenti nell'ambito del reato commissivo colposo e in quello omissivo colposo<sup>294</sup>: mentre nel primo è sufficiente la probabilità di evitare l'evento mediante comportamento alternativo lecito, dal momento che vi è la certezza della "materiale" causazione dell'evento, nel secondo è necessaria la certezza di evitare l'evento mediante la condotta doverosa omessa, perché nesso causale e nesso di illiceità coincidono<sup>295</sup>.

Fatta così salva l'attribuibilità dell'evento quale "fatto proprio" al soggetto agente, la dottrina spiega che la tollerabilità di un inferiore livello probabilistico di evitabilità dell'evento (di successo della regola cautelare) nel reato commissivo colposo è dovuta sia alla necessità di non vanificare il senso del concetto del rischio consentito sia all'esigenza politico-criminale di tutelare beni di rango particolarmente elevato (vita e incolumità individuale)<sup>296</sup>.

Stabilito che ai fini del giudizio di evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nel reato commissivo colposo è sufficiente una valutazione in termini probabilistici, la dottrina precisa che si avrà imputazione dell'evento «finché le probabilità di salvare il bene siano significativamente superiori in caso di condotta diligente», cioè finché il comportamento alternativo lecito mantiene un «significato salvifico vero». Non è essenziale, insomma, sapere che cosa sarebbe esattamente successo, poiché «il senso della cautela doverosa è che fosse utile, laddove si sappia che la condotta colposa ha cagionato la lesione e la negligenza ha peggiorato in modo decisivo (superiore al 50%) la situazione del bene» (criterio del più probabile che no)<sup>297</sup>.

A queste condizioni la dottrina ritiene soddisfatto il requisito della causazione dell'evento "per colpa", in quanto «la sicura causazione materiale è stata così condizionata dalla colpa che senza la condotta storica – comunque lesiva – ci sarebbero state

<sup>294</sup> V. ampiamente, *supra*, cap. II, par. 1.4.

<sup>295</sup> JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 619; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 76; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 34 ss. e 222. V. altresì, ROMANO, *Commentario*, cit., 411; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 167; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 209; DE SANTIS, *Violazione*, cit., 1108 ss.; DI SALVO, *Violazione di regole cautelari*, cit., 143 ss.; GROTTO, *Principio*, cit., 216. In questo senso, anche Cass., 6.07.2007, n. 37606; Cass., 17.05.2006, n. 4675; Bartalini, cit.; Cass., 17.09.2010, n. 43786; Cozzini, cit.; Cass., 29.04.2009, n. 26020, Cipiccia.

<sup>296</sup> Cfr. VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 20, il quale rigetta la tesi della certezza della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito per due ragioni: sul piano dogmatico, la certezza dell'accertamento è garantita a livello di causalità, mentre il nesso di illiceità (causalità della colpa) ammette la rilevanza di violazioni di regole cautelari improprie; sul piano politico-criminale, sarebbe assurdo escludere la responsabilità per colpa proprio nei casi in cui il pericolo per i beni giuridici è maggiore. V. anche Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini (caso Marghera), cit.: «In tema di causalità si tratta di addebitare oggettivamente un evento dannoso alla condotta colposa dell'agente, di accertare quindi se il fatto è "suo" (se quella morte è stata da lui provocata con la sua condotta inosservante); è ovvio che le regole processuali di un paese che si ispira ai principi della democrazia liberale debbano richiedere sul piano probatorio quell'elevato grado di probabilità – in cui si esprimono le regole dell'elevato grado di credibilità razionale e dell'oltre il ragionevole dubbio – che possa consentire di addebitare ad un soggetto un evento.»

<sup>297</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 121; ID., *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 679.

rilevanti probabilità di evitare la lesione secondo un giudizio *ex post* o di giungere ad un risultato migliorativo»<sup>298</sup>.

Un'analoga differenziazione tra giudizio causale e giudizio di colpa compare nel recente indirizzo giurisprudenziale relativo alla funzione svolta dalle leggi scientifiche nell'accertamento della causalità e in quello della colpa. Abbandonando il precedente orientamento, che richiedeva anche per la colpa la prova della sicura evitabilità dell'evento basata sull'impiego di leggi scientifiche universali o quasi universali, la Cassazione tende ora a distanziare progressivamente i due giudizi: mentre per la causalità è necessaria la certezza (*sub specie* probabilità logica) del giudizio, per la colpa non è neppure richiesta una legge scientifica (bastando anche uno studio scientifico isolato) ed è sufficiente la mera possibilità che si verifichi un danno (peraltro inteso come generico danno alla salute)<sup>299</sup>.

Afferma la Cassazione che «le regole di spiegazione causale dell'evento non possono valere per l'accertamento dell'esistenza della colpa. La soglia – insita nei concetti di diligenza e prudenza espressamente richiamati dall'art. 43 c.p. – oltre la quale l'agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta, non è costituita dalla certezza scientifica ma dalla probabilità o anche dalla sola possibilità (purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze si producano»<sup>300</sup>. Ancora: «L'accertamento della prevedibilità dell'evento sotto il profilo soggettivo potrà prescindere dall'esistenza di leggi scientifiche», poiché «le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo, ma funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi»<sup>301</sup>.

È evidente che siffatta soluzione muove dal presupposto che il giudizio circa la prevedibilità ed evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito riguardi esclusivamente il profilo della colpa e possa di conseguenza assumere carattere meramente probabilistico.

<sup>298</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 121.

<sup>299</sup> Cass. 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, cit.; App. Venezia, 15.12.2004, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1670; Cass., 12.03.2010, n. 16761, cit.; Cass., 22.11.2007, Orlando; Cass., 9.05.2003, Monti, in *Foro it.*, 2004, II, 69 ss.; Cass., 11.07.2002, in *Riv.pen.*, 2003, 203; Cass., 21.03.2002, in *Cass.pen.*, 2004, 1992; Cass., 30.03.2000, in *Foro it.*, 2001, II, 278; Cass., 15.10.1997, in *Cass.pen.*, 1998, 2941; Cass., 25.10.1989, in *Riv.pen.*, 1990, 683. *Contra*, Trib. Venezia, 2.11.2001, Cefis, in *Cass.pen.*, 2003, 267 ss.

<sup>300</sup> Cass., 17.05.2006, n. 4675, Bartalini, cit. Già prima, Cass., 22.11.2007, Orlando, cit. Cfr., in questa direzione, RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., 1761 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 620.

<sup>301</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso della frana di Sarno), cit. La dottrina ha criticato questo orientamento sull'assunto che la colpa non può essere slegata dalla spiegazione causale, in particolare sotto il profilo della "causalità della colpa", perché l'evento concreto non risulterebbe più riconducibile al tipo di evento che la regola cautelare mirava a prevenire; v. FORTI, *Colpa*, cit., 503 ss.; PIERGALLINI, *Attività*, cit., 1495 ss.; FORNARI, *Descrizione*, cit., 725; STELLA, *L'allergia alle prove*, cit., 379 ss.; ID., *Il giudice corpuscolariano*, cit., 141 ss.; ACCINNI, *Criteri*, cit., 929 ss.; PULITANO, *Colpa*, cit., 648.

Non possiamo che ribadire le nostre perplessità di fronte ad una impostazione che ritiene indispensabile valutare *in primis* la rilevanza causale della condotta naturalistica e solo successivamente la rilevanza causale della sua illiceità – salvo poi precisare che il momento davvero decisivo o significativo attiene proprio a quest'ultimo profilo<sup>302</sup>.

Il nesso di causalità di per sé non è mai sufficiente per l'imputazione, posto che non è la *condotta in sé*, ma la condotta *inosservante (illicita)* a doversi trovare in una particolare relazione con l'evento<sup>303</sup>. Di ciò è consapevole la dottrina laddove sottolinea che la rilevanza giuridica del condizionamento causale «trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa, rappresentata dalla mancata attivazione della misura precauzionale e dalla sua “rilevanza causale” rispetto all'evento storico»<sup>304</sup>.

Ebbene: quale rilevanza da un punto di vista causale può avere una condotta priva di connotati di illiceità, una condotta priva di qualità illecite (antidoverose)? E come si può affermare che la condotta materiale (ancor prima di essere “illicita” o “colposa”) ha determinato *con certezza* l'evento, se la evitabilità di questo mediante la condotta alternativa lecita *non è certa*?

Non convincono le argomentazioni portate dalla dottrina (e seguite dalla giurisprudenza) per giustificare che la colpa (per la precisione: il nesso normativo tra colpa ed evento, il nesso di rischio), al contrario del nesso causale, possa accertarsi mediante un parametro probabilistico: si afferma, infatti, che ciò è consentito proprio perché un solido e sicuro legame tra condotta ed evento è assicurato dal nesso di causalità, quando è proprio questo a doversi dimostrare!<sup>305</sup>

Come rileva *Eusebi*, «la causalità penalmente significativa (...) non può che essere quella concernente *gli aspetti antidoverosi* di un certo *iter* comportamentale<sup>306</sup>: a meno

<sup>302</sup> Si vedano le considerazioni svolte *supra*, cap. II, par. 1.3., 1.4.3. e 1.5.

<sup>303</sup> È invece diffusa l'opinione per cui «mentre il rapporto causale è tradizionalmente collegato alla condotta “oggettiva” nel significato astratto di azione (od omissione) causante, che prescinde in quanto tale da dolo e colpa, il rapporto di rischio riguarda anche la condotta “oggettiva” che, nella sua dimensione esteriore, è tuttavia “segnata” dalla dolosità o colposità» (DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 639); v., da ultimo, PERINI, *Il concetto*, cit., 577 («Quando si sviluppa il paradigma euristico della causalità si prescinde dal connotato *colposo* dei termini della correlazione: nel sillogismo eziologico, la condotta *causale* e l'evento *causato* non sono necessariamente *colposi*). Nella dottrina tedesca, per tutti, v. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 132 (nt. 15), il quale sottolinea che in caso di comportamento alternativo lecito ci si limita ad eliminare mentalmente la *Sorgfaltswidrigkeit* (e la causalità della condotta permene), mentre nella eliminazione mentale sul piano causale si elimina il *Täterverhalten insgesamt*»).

<sup>304</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 37.

<sup>305</sup> Cfr. ANGIONI, *Note*, cit., 1292, dove sottolinea che «la mera causalità non costituisce il disvalore principale e come tale bisognoso – esso solo – di un accertamento processuale rigoroso in termini di alta credibilità razionale. Se il disvalore principale è la colpa causatrice dell'evento, la “causalità” della colpa dovrebbe pretendere un accertamento processuale almeno altrettanto rigoroso».

<sup>306</sup> In questo senso, anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 252; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 107; MÜNzBERG, *Verhalten*, cit., 127; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 14; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527 ss.; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 69 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 50; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 2; KORIATH, *Kausalität*, cit., 91.

di non voler costruire una vera e propria *presunzione* del nesso eziologico penalmente significativo fondata sull'addebito, contraddittorio, del *versari in re licita sed periculosa*, con riguardo all'ipotesi che l'evento consegua, in effetti, all'attivazione di un rischio consentito e sussista altresì la violazione di una pertinente norma cautelare»<sup>307</sup>.

L'ambiguità del criticato orientamento viene alla luce specialmente nei casi di esposizione ad amianto: come si può affermare l'imputazione dell'evento sulla base della *sicura* causazione dell'evento e allo stesso tempo escludere l'imputazione dell'evento sulla base della sua *dubbia* evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito? Come si può sostenere di aver provato la causalità "in termini di certezza" se non è possibile dire che l'evento sarebbe stato evitato?

A maggior ragione in un contesto (come quello della responsabilità da prodotto e delle malattie professionali) dominato da regole cautelari improprie a causa delle lacunose conoscenze scientifiche riguardo alla eziologia dei fenomeni lesivi. Essendo le regole cautelari violate volte alla mera minimizzazione del rischio, è *in re ipsa* l'esistenza di un *Restrisiko*; di conseguenza, *già in sede di accertamento causale*, ci si dovrebbe confrontare con il dubbio circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito e con l'esigenza di stabilire se l'evento rappresenti la realizzazione dell'ineliminabile rischio residuo o di un rischio illecito.

L'impressione è che si tratti di un problema "ancora" causale, e non di colpa, e che l'incertezza riguardo alla "causalità della colpa" non sia che il riflesso, il sintomo della incertezza della spiegazione causale<sup>308</sup>. Come già sottolineato, si rivela illusorio credere che l'accertamento della causalità commissiva sia più agevole e lineare rispetto alla prova della causalità omissiva e della evitabilità, dovendo l'interprete sempre verificare se la condotta osservante sarebbe valsa ad evitare l'evento, inteso come peggioramento delle condizioni del bene giuridico.

Le regole cautelari, del resto, si basano sulle medesime leggi scientifiche utilizzate per l'accertamento del nesso eziologico e la loro natura impropria riflette tale incertezza nomologica (specialmente nei settori ad alta specializzazione, come appunto quelli della produzione industriale e dell'attività medica, dove il parametro di riferimento per l'individuazione delle regole cautelari tende sempre più a coincidere con quello della miglior scienza ed esperienza)<sup>309</sup>.

<sup>307</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067. Critici nei confronti della indicata "tesi differenziatrice" sviluppata da Donini, da posizione differenti, anche ANGIONI, *Note*, cit., 1288; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1701 ss.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 91; PERINI, *Il concetto*, cit., 586.

<sup>308</sup> Ci si dovrebbe piuttosto interrogare sull'opportunità (sul piano politico-criminale) di consentire l'esercizio di attività pericolose quando non è possibile garantire l'azzeramento del rischio, perché non si è ancora in grado di dominare certi rischi o di prevederne le possibili conseguenze lesive. Come sostengono alcuni, sarebbe davvero più corretto strutturare questi casi come reati di mera condotta o fattispecie di pericolo; cfr. FRISCH, *op.ult.cit.*, 539; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 237; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 83; ID., *Il garantismo*, cit., 961 s.

<sup>309</sup> V. in questo senso, PALAZZO, *Morti da amianto*, cit., 185 ss., il quale, differenziando colpa generica e colpa specifica, afferma che se si richiedesse anche per la colpa specifica un giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento concreto e specifico secondo l'agente modello «si vanificherebbero le differenze esistenti tra colpa gene-



Se non si rinviene una legge scientifica in grado di supportare il giudizio di colpa (in termini di prevedibilità ed evitabilità dell'evento), con la conseguenza che il giudice dovrà accontentarsi di una semplice possibilità (persino, di una singola opinione scientifica, purché razionale), non si comprende come si sia potuto previamente affermare la causalità (omissiva) in termini di certezza, soprattutto se ci si riferisce – come fa l'orientamento assolutamente prevalente – ad una causalità del tutto “naturalistica”, scientifica, e non certo normativa.

Emblematica la posizione della Cassazione, la quale ritiene che l'utilizzazione del criterio della certezza «comporterebbe, in tema di prevenzione di rischi alla salute, che sarebbe esigibile l'adozione delle regole cautelari (anche di quelle già previste dalla legge) solo dopo che fosse stato accertato, in termini di elevata credibilità razionale (secondo i criteri indicati nella già citata sentenza *Franzese*, in tema di causalità) che alla mancata adozione di regole di cautela consegue un determinato effetto dannoso. Questa operazione ermeneutica avrebbe come ovvio risultato quello di porre nel nulla la natura preventiva delle regole cautelari dirette ad evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se scientificamente non certi (purché non solo congetturali) (...) È dunque obbligata la conclusione che (a differenza dell'addebito oggettivo per il quale, sotto il profilo della causalità, è necessario accertare che l'evento non si sarebbe verificato con elevato grado di credibilità razionale se fosse stata posta in essere la condotta richiesta) ben inferiore è la soglia che impone l'adozione della regola cautelare»<sup>310</sup>.

Tale convincimento meriterebbe una spiegazione ben più approfondita. Se infatti l'esito cui conduce tale argomentazione ci sembra condivisibile, in quanto espressione di una legittima finalità di prevenzione generale, la sua coerenza sistematica non convince.

L'assunto per cui alla base del giudizio di prevedibilità/evitabilità dell'evento stanno le medesime leggi causali valide per la spiegazione causale dell'evento non deve significare che sia impossibile forgiare regole cautelari in un contesto caratterizzato da leggi scientifiche di ridotto coefficiente probabilistico<sup>311</sup>.

rica e colpa specifica, finendo così per disconoscere le importanti esigenze sociali sottese alla stessa categoria della colpa specifica. Quest'ultima infatti fa la sua comparsa proprio là dove il legislatore si determina a positivizzare la regola cautelare per le difficoltà dell'agente modello di formulare il giudizio di prevedibilità specifica e soprattutto di evitabilità: reintrodurre questo giudizio costituirebbe la negazione di quella, mentre ai fini della soggettivazione del rimprovero è sufficiente e necessaria la riconoscibilità del pericolo generico». Sul punto, v. anche DE SANTIS, *Violazione*, cit., 1104 ss.

<sup>310</sup> Cass., 17.05.2007, n. 5675 (caso Marghera), Bartalini, cit.; v. altresì Cass., 12.03.2010, n. 16761 (caso di Sarno), cit.

<sup>311</sup> Estraneo all'ambito della nostra indagine rimane il diverso tema della formulazione di regole cautelari in contesti di incertezza scientifica, con riferimento al problematico ruolo del principio di precauzione. Al riguardo, v. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 227 ss.; FORTI, *La “luce chiara della verità” e “l'ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 573 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., 1743 ss.; CASTRONUOVO, *Il principio di precauzione e i beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza di Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011; CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, 131 ss.; nella manualistica, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 218 ss.

Dal dibattito intorno al ruolo delle leggi scientifiche ai fini dell'accertamento della causalità e dell'accertamento della colpa emergono, a nostro avviso, due distinte problematiche spesso sovrapposte.

In primo luogo, viene chiamata in causa la questione della diversa prospettiva da cui operano, come noto, i due giudizi: *ex ante* per quanto riguarda l'accertamento della colpa; *ex post* per quanto riguarda l'imputazione causale dell'evento; in secondo luogo, viene posto un problema relativo al criterio di giudizio: la probabilità logica o credibilità razionale per l'accertamento del nesso causale; la mera possibilità di verifica dell'evento (ovvero la idoneità della condotta a cagionare l'evento) per la valutazione della colpa.

Ebbene, se è vero che l'individuazione della regola cautelare e del suo ambito di protezione avviene in un'ottica *ex ante*, ai fini della colpa possono rilevare esclusivamente le leggi causali scientifiche disponibili al momento della condotta, con la conseguenza che eventuali progressi tecnologici o nuove acquisizioni scientifiche non possono in alcun modo incidere sulla valutazione già compiuta. Il problema non concerne tuttavia il presunto diverso "ruolo" o la diversa "funzione" delle leggi scientifiche<sup>312</sup>. Il *parametro* del giudizio (le leggi scientifiche) rimane di fatti il medesimo; ciò che muta è soltanto la prospettiva del giudizio (*ex ante* o *ex post*), nonché la sua base (agente modello o miglior scienza ed esperienza), con le conseguenze che ne derivano, per un verso, sul piano della definizione dell'evento (prevedibile ed evitabile) e, per l'altro, rispetto alla valutazione della pertinenza ed efficacia preventiva della regola cautelare rispetto al caso concreto.

Identica rimane altresì la *funzione* delle leggi scientifiche, deputate a individuare una connessione regolare tra fenomeni allo scopo di fornire previsioni attendibili riguardo alla verificabilità di determinati eventi (funzione *prognostica* della c.d. *causalità generale*). Le leggi scientifiche – come abbiamo già sottolineato<sup>313</sup> – non hanno nulla di "esplicativo-descrittivo", né sul piano causale né sul piano della colpa.

A questo proposito si registra in dottrina e in giurisprudenza l'equivoca associazione, da un lato, tra ragionamento esplicativo-descrittivo (*ex post*) e giudizio di causalità fondato sulla credibilità razionale della spiegazione svincolata dal valore probabilistico della legge di copertura e, dall'altro, tra ragionamento prognostico-predittivo (*ex ante*) e giudizio di evitabilità<sup>314</sup>.

<sup>312</sup> Cfr. in questo senso, invece, DI SALVO, *Violazione di regole cautelari*, cit., 143 ss.; DE SANTIS, *Violazione*, cit., 1108 ss; Cass., 11.03.2010, n. 16761 (caso del disastro di Sarno), cit.

<sup>313</sup> Rinviamo a quanto già osservato *supra*, nell'Introduzione e nel cap. I, par. 1.3.4.; v. inoltre, *infra*, cap. IV, 3.1.2. ss.

<sup>314</sup> BARTOLI, *Il problema*, cit., 30; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1681; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 13 ss., sottolinea la differenza tra ragionamenti esplicativi (*ex post*) e predittivi (*ex ante*), cui consegue un diverso metodo di utilizzazione del sapere scientifico e la diversa rilevanza del coefficiente probabilistico: nel ragionamento esplicativo non è importante il valore probabilistico della legge, ma conta l'accertamento di una relazione causale certa tra fenomeni (modello causale ipotetico-deduttivo basato sulla verifica critica delle ipotesi e sul loro confronto e sul metodo della abduzione selettiva); nel ragionamento predittivo ci si interroga sulla evitabilità dell'evento e

Tale schematizzazione non pare convincente e risulta riduttiva, dal momento che entrambi i giudizi (causalità ed evitabilità) implicano, in realtà, la duplice prospettiva *ex ante-ex post*. Per un verso, il primo binomio (causalità come giudizio esplicativo *ex post*), valorizzando esclusivamente la funzione ricostruttiva a posteriori svolta dalla causalità individuale, trascura l'esistenza del fondamentale momento *ex ante* della causalità generale; per l'altro, il secondo binomio (evitabilità come giudizio prognostico *ex ante*), suscitando l'impressione che l'accertamento della colpa integri sempre e soltanto un giudizio di mera idoneità o possibilità, cancella i confini (in verità già piuttosto sfumati) tra primo e secondo nesso tra colpa ed evento, cioè tra la concretizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire e l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento lecito.

Viene peraltro così riproposta la visione tradizionale della causalità attiva quale unica "vera" causalità, fisicamente percepibile, in contrapposizione alla causalità omissiva concepita come mera "finzione" e prognosi di natura ipotetica, visione da cui trae origine la convinzione di dover stabilire una rigida ed invariabile correlazione tra giudizi esplicativo-diagnostici e causalità, da un lato, e tra giudizi predittivo-prognostici e colpa e/o omissione, dall'altro, nonché – su un piano più generale – la confusione tra causalità generale (previsione) e causalità individuale (spiegazione)<sup>315</sup>.

Tentiamo allora un chiarimento. Le leggi scientifiche consentono di fondare il *disvalore della condotta* (la tipicità) dell'illecito (colposo), dal momento che concorrono alla definizione delle norme comportamentali e delle regole cautelari, determinando il "deficit precauzionale" della condotta dell'agente rispetto ad un evento futuro ed incerto (v. i canoni della prevedibilità e dello *Schutzzweck*, espressione dell'esigenza della riconducibilità dell'evento verificatosi al tipo di quello preso in considerazione dalla norma; prospettiva della *causalità generale*)<sup>316</sup>. Esse, tuttavia, nulla dicono circa il necessario *disvalore d'evento*, perché non sono in grado di garantire la spiegazione e con ciò l'imputazione *ex post* dell'evento concreto, essendo a tal fine necessario un *quid pluris*, ovvero un ragionamento di tipo logico-induttivo fondato sul giudizio controfattuale e dunque sul confronto tra decorso reale e decorso ipotetico (funzione *diagnostica* della verifica della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito; prospettiva della *causalità individuale*).

È di tutta evidenza che la distanza tra le diverse voci presenti nel dibattito, tra l'indirizzo "scientista" e quello "precauzionale", risulterebbe ridimensionato seguendo una impostazione che rifiuti un doppio livello di giudizio (l'uno relativo alla causalità

rileva anche un coefficiente probabilistico. Da ultimo, DE SANTIS, *op.ult.cit.*, 1108 ss.; BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 172 ss.; DI SALVO, *op.ult.cit.*, 143 ss.; ZIRULIA, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011. In giurisprudenza, v. Cass., 11.03.2010, n. 16761 (caso di Sarno), cit.; Cass., 2.04.2010, in *Foro it.*, 2010, II, 433; Cass., 17.05.2007, n. 4675, Bartalini, cit.

<sup>315</sup> VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 1689; cfr. anche BARTOLI, *Il problema*, cit., 19 ss. e 26.

<sup>316</sup> Sul punto, v. ancora *infra*, cap. IV, par. 3.1.2.

e l'altro relativo alla causalità della colpa) e attribuisca un ruolo decisivo esclusivamente al nesso normativo tra la condotta (colposa) e l'evento ed al criterio di accertamento basato sulla credibilità razionale (a prescindere dal valore statistico espresso dalla legge causale).

Ciò detto, ai fini del giudizio di (causalità della) colpa non ha senso esigere la "certezza scientifica", non essendo questa richiesta, in verità, neppure per l'accertamento del nesso di causalità, giacché il procedimento di imputazione dell'evento prescinde – come ormai più volte sottolineato – dal coefficiente probabilistico espresso dalla legge di copertura. Le leggi scientifiche (anche quelle statistiche ed epidemiologiche)<sup>317</sup> si limitano a fornire uno strumento per formulare una prognosi circa la verificabilità di un evento del tipo di quello preso in considerazione dalla norma, cioè consentono di esprimere un giudizio di prevedibilità, adeguatezza, idoneità e pericolosità di una condotta in vista di una determinata classe di eventi. Diversamente, nell'ambito della imputazione dell'evento concreto (o, se si preferisce, nell'ambito della "causalità della colpa") le leggi scientifiche non svolgono più alcuna funzione, essendo decisivo soltanto l'accertamento controfattuale della evitabilità dell'evento mediante il comportamento lecito, fondato sulla credibilità razionale della spiegazione (cui si perviene tramite l'esclusione di cause alternative).

Sul presupposto della identità dell'accertamento controfattuale nella causalità commissiva e in quella omissiva e della rilevanza della questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito già sul piano causale, la causalità individuale richiede sempre la prova del nesso causale tra la condotta illecita/inosservante e l'evento. L'esclusione (ragionevole) di decorsi causali alternativi implica la dimostrazione che l'evento era evitabile mediante la condotta osservante. L'evitabilità concreta *ex post* esige quindi una *conferma* circa l'effettiva idoneità della regola cautelare nel caso specifico (in virtù di un giudizio a base totale, svolto alla luce di tutte le risultanze probatorie) e implica che non vi siano decorsi causali alternativi tali da inficiare o neutralizzare l'efficacia della cautela, a prescindere dal valore percentualistico della legge scientifica posta alla base della regola cautelare.

In questa prospettiva il piano della causalità penalmente rilevante coincide dunque con la evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. Pertanto, i criteri probabilistici di accertamento, pacificamente impiegati dall'orientamento dominante nell'accertamento della colpa (sul presupposto che non si tratti di un problema causale) possono fondare, a nostro giudizio, già la imputazione causale dell'evento.

Così, sarà possibile formulare regole cautelari fintantoché esistano leggi scientifiche in grado di prevedere una connessione tra fenomeni (restando escluse le ipotesi

<sup>317</sup> Nella prospettiva tratteggiata, che confina il tema della rilevanza delle leggi scientifiche nell'ambito dell'accertamento della causalità generale, non v'è ragione di escludere a priori le leggi epidemiologiche. Interessanti si rivelano a questo proposito le suggestioni di MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

meramente congetturali). Irrazionale sarebbe, per contro, attribuire rilevanza *ex post* ad un nesso eziologico che nessuno (neppure “la miglior scienza ed esperienza”) *ex ante*, al momento del fatto, era in grado di prevedere e dominare. La totale ignoranza circa i meccanismi causali di produzione di eventi lesivi (sotto l’aspetto sia del loro grado di verificabilità sia dei mezzi necessari per prevenirli) esclude, a nostro avviso, l’esistenza delle condizioni per affermare la stessa tipicità e rilevanza penale della condotta. Lo stacco temporale tra il momento della condotta e il momento di verificazione dell’evento estremizza la contrapposizione tra le diverse prospettive di misurazione del rischio (*ex ante* - *ex post*), aprendo la strada a pericolose sovrapposizioni e alla tentazione di riformulare *ex post* i parametri di valutazione<sup>318</sup>. A maggior ragione occorre allora sottolineare che «i fattori non conoscibili da nessuno *ex ante* (come le leggi scientifiche scoperte solo a posteriori, o gli elementi di fatto non percepibili da nessuno) non potranno sorreggere nessuna imputazione oggettiva, anche se di fatto operanti o esistenti al tempo dell’azione: essi potranno rientrare, *ex post*, in una spiegazione meramente causale, ma non essendo possibile costruire sul di essi né una colpa né un dolo “sensati” *ex ante*, viene meno la base, il presupposto obiettivo dell’imputazione oggettiva, che si fonda sul principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* quale pre-condizione della responsabilità penale»<sup>319</sup>.

Torneremo ancora sul punto, che reputiamo centrale, per ribadire che la separazione tra causalità e “colpa oggettiva” (misura oggettiva della colpa) come operata dalla dottrina e dalla più recente giurisprudenza appare discutibile, oltre che problematica.

### 3.5. Le ragioni del fallimento della regola cautelare e della inevitabilità dell’evento

All’esito delle riflessioni svolte, è possibile concludere che l’osservanza della regola cautelare (il comportamento alternativo lecito) *ex post* può inaspettatamente rivelarsi inidonea a prevenire l’evento per due ragioni (esclusa, come detto, l’ipotesi di incongruenza tra evento e ambito di protezione della norma): da un lato, a causa delle insufficienti conoscenze scientifiche riguardo alla pericolosità di una condotta o alla prevenibilità di determinate conseguenze, o per obsolescenza (fenomeno della successione di regole cautelari nel tempo)<sup>320</sup>; dall’altro, per l’intervento di fattori imprevedibili ed eccezionali<sup>321</sup>.

Il primo caso (che potremmo definire di inidoneità “assoluta”, originaria o sopravvenuta, della regola cautelare), pur essendo assai rilevante nella prassi, solleva di fatto questioni di carattere politico-criminale: da un lato, l’obbligo per l’ordinamento di verificare (e aggiornare) la validità delle norme preventive e cautelari imposte ai con-

<sup>318</sup> Evidenzia un pericolo di «criptoretroattività» della valutazione giudiziale del rischio, SGUBBI, *Il diritto penale incerto e inefficace*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1197 ss.

<sup>319</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 75.

<sup>320</sup> Si pensi al caso dei peli di capra; più attuale la casistica in materia di amianto e responsabilità da prodotto.

<sup>321</sup> Si pensi al caso della novocaina e del ciclista.

sociati, affinché queste siano sempre in grado di garantire una efficace ed effettiva protezione dei beni giuridici; dall'altro, la scelta dell'ordinamento di tollerare una soglia di rischio residuo connessa allo svolgimento di determinate attività pericolose, malgrado l'ignoranza circa le potenziali conseguenze lesive e l'incapacità di predisporre mezzi adeguati a prevenirle.

Come già rilevato, nel caso in cui le conoscenze scientifiche o tecnologiche siano *ab origine* insufficienti o diventino obsolete nel tempo (come quando, ad esempio, la tossicità di una determinata sostanza venga scoperta dopo diversi anni), è evidente che l'imputazione dell'evento deve essere esclusa, posto che il soggetto al momento della condotta non aveva a disposizione una valida alternativa per incidere sul rischio e per evitare il verificarsi dell'evento. L'evento era oggettivamente, prima ancora che soggettivamente, imprevedibile e inevitabile e la sua possibile verifica non era stata presa in considerazione (o era stata sottovalutata) al momento della formulazione della regola cautelare<sup>322</sup>. Viene così a mancare l'evitabilità *in astratto* e dunque a monte il requisito della realizzazione del rischio nell'evento (nel senso di corrispondenza tra evento concreto e scopo di protezione della norma)<sup>323</sup>.

Il secondo caso (che potremmo invece definire di inidoneità "contingente" o "occasionale" della regola di condotta) sembra del tutto assimilabile a quello in cui intervenga un fattore causale concorrente o alternativo.

Si tratta di ipotesi – che potremmo definire di "apparente realizzazione del rischio" – in cui l'evento è tipico e la condotta conforme alla norma violata era astrattamente (generalmente) idonea a prevenire quel tipo di eventi, ma nella situazione concreta l'evento non era evitabile mediante il comportamento alternativo lecito.

La dottrina, pur prendendo atto dell'esistenza di ipotesi di fallimento della regola cautelare non dovute alla verifica di rischi non previsti, ma «alla insufficienza della condotta diligente a contrastare proprio il tipo di pericoli identificati *ex ante* e "realizzatisi" nell'accadimento concreto», non spiega *perché* la condotta alternativa lecita sarebbe stata insufficiente<sup>324</sup>.

Di regola l'inevitabilità *ex post* dell'evento è considerata rilevante e in grado di escludere la responsabilità del soggetto, perché l'idoneità preventiva della norma risulta smentita dalla presenza di circostanze che sfuggivano alla riconoscibilità del-

<sup>322</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 664; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 85 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione*, cit., 1743 ss.; MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 29 ss.; MASSARO, *Concretizzazione*, cit., 4709 ss.; PULITANÒ, *Colpa*, cit., 647 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 621 ss. Segnaliamo l'opinione di DI GIOVINE, *Il contributo*, cit. 465, la quale ritiene inutile la categoria del comportamento alternativo lecito, proprio perché indicherebbe i casi in cui manca già a monte la colpa, in quanto carenti di prevedibilità ed evitabilità *ex ante*. Pertanto, «non sarebbe neppure configurabile un comportamento alternativo lecito: la condotta dell'autore, in assenza di prevedibilità ed evitabilità, appare essa stessa *lecita*, perché osservante la cautela doverosa». La soluzione pare interessante perché sposta il problema sul piano della illiceità della condotta, cioè su un momento anteriore a quello classico della imputazione (causalità) e della colpa.

<sup>323</sup> V. *supra*, par. 2.2.

<sup>324</sup> Cfr. FORTI, *Colpa*, cit., 664.

l'agente modello e che non rientravano neppure nel bagaglio conoscitivo di quello concreto<sup>325</sup>. Tanto è vero che l'inevitabilità in concreto dell'evento è generalmente esclusa (e l'imputazione affermata) quando sia possibile individuare regole di diligenza ulteriori in grado di far fronte alla specifica situazione creatasi.

A ben guardare, però, il fallimento in concreto della regola cautelare (ancora valida sul piano astratto) è sempre dovuto all'intervento di circostanze eccezionali e imprevedibili emerse soltanto in un momento successivo. Significativa si rivela la casistica dei fattori anomali che interferiscono con la normale funzione preventiva della regola cautelare violata: nell'ambito medico può trattarsi di fattori soggettivi legati alla vittima (malformazioni congenite, allergie, condizioni precarie di salute) od oggettivi legati a circostanze che avrebbero reso inutile o impossibile il comportamento osservante (assenza di dispositivi o strumenti, irreperibilità di un medico, distanza dall'ospedale, etc.)<sup>326</sup>; nell'ambito della circolazione stradale può venire in rilievo la condotta colposa o fortuita della vittima; nell'ambito delle malattie professionali un fattore causale alternativo della patologia (v. ad esempio, il tabagismo della vittima rispetto alle patologie dell'apparato respiratorio).

La dottrina sembra talvolta consapevole del fatto che la problematica del comportamento alternativo lecito è in realtà strettamente connessa con quella dell'intervento di circostanze nuove accertate *ex post*. Così, alcuni notano che il contesto «si scopre (*ex post*) risultare – per così dire – anomalo, e tale da compromettere la “normale” efficacia di cui è accreditato (*ex ante*) il comportamento alternativo lecito»<sup>327</sup> o che è intervenuta una «circostanza sopravvenuta, che ha reso la regola precauzionale inseribile e inutile nel caso concreto»<sup>328</sup>.

Occorre allora distinguere i casi in cui l'inefficacia della norma (l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito) rappresenta una sorta di “effetto collaterale” dello svolgimento di determinate attività rischiose consentite malgrado l'impossibilità di garantire l'azzeramento del rischi, dai casi in cui rimane dubbia la stessa *causa* dell'evento, perché sussistono altre cause reali o ipotetiche che non si è in grado di escludere e che offuscano il complessivo quadro eziologico.

<sup>325</sup> In questi termini, ad es., DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 461.

<sup>326</sup> V. l'ampia analisi della giurisprudenza in BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 134 ss.

<sup>327</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 674, il quale precisa altresì (*ivi*, 711) che il caso di inefficacia della regola cautelare «sia per lo più caratterizzato dall'intervento di circostanze “ulteriori” rispetto a quelle tipiche in base alla regola cautelare (l'intolleranza agli anestetici, l'ubriachezza del ciclista, la miocardite della paziente ecc.), tali appunto da impedire alla condotta diligente di esplicare l'atteso effetto preventivo»; VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 61. Nella dottrina tedesca, v. BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 138; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648 e 652.

<sup>328</sup> In questi termini, GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4115. Parla di «presenza di fattori invalidanti o impossibilitanti», BARTOLI, *Il problema*, cit., 95 ss. V. altresì, CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 93 ss. Nella dottrina tedesca, JAKOBS, *Studien*, cit., 102, osserva che la evitabilità generale difetta non tanto e non solo quando il comportamento alternativo lecito avrebbe cagionato lo stesso evento (potendo questa circostanza essere del tutto casuale), ma quando l'evento è realizzazione di un rischio non riconoscibile, cioè quando nel complesso di condizioni dell'evento è contenuta una condizione che non può essere dominata dall'agente.

La constatazione ipotetica che neppure il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento potrebbe essere riconducibile a fattori casuali alieni alla norma cautelare; lo dimostra peraltro il fatto che spesso anche una condotta più imprudente e una colpa più grave avrebbero evitato l'evento<sup>329</sup>.

Va ribadito, naturalmente, che la responsabilità può essere esclusa soltanto quando tali circostanze "anomale", che rendono inefficace la regola cautelare nel caso concreto, siano *realmente presenti* nel contesto storico, e non meramente congetturali.

La distinzione tratteggiata è a nostro avviso decisiva: l'inefficacia *in astratto* della regola cautelare attiene alla generale possibilità o opportunità (valutata da un punto di vista scientifico) di governare determinati rischi per prevenire il verificarsi di eventi lesivi; diversamente, l'inefficacia *in concreto* implica un giudizio di carattere normativo-valutativo circa la rilevanza dei diversi fattori causali e la individuazione della causa "in senso giuridico".

Così, mentre nel caso dei peli di capra si pone esclusivamente il problema della idoneità della regola cautelare (comportamento alternativo lecito) ad evitare l'evento, poiché è presente una sola fonte di rischio e le alternative di comportamento incidono su uno stesso rischio, nel caso del ciclista o in quello della novocaina si tratta di valutare la causalità di un fattore di rischio autonomo (e sconosciuto all'agente), realmente alternativo alla sua condotta. Nel primo caso, mancava sin dall'inizio la prova della sicura efficacia della previa disinfezione dei peli di capra<sup>330</sup>, con la conseguenza che – al di là delle perplessità rilevabili in questi casi sul piano politico-criminale, sotto il profilo della autorizzazione allo svolgimento di attività pericolose in assenza di adeguate misure preventive – l'imputazione dell'evento risulta possibile solo a patto di discostarsi da un criterio di ragionevole certezza. Nel secondo caso, invece, il fallimento *ex post* della regola cautelare è dovuto alla presenza di una circostanza straordinaria e imprevedibile *ex ante* (l'ubriachezza del ciclista; la sensibilità del paziente ai farmaci) e occorre stabilire il peso di ciascun fattore, nonché l'effetto della loro reciproca interazione sul giudizio di imputazione. Nel *Radfahrerfall*, in particolare, si configura un vero e proprio concorso di cause<sup>331</sup>, poiché l'ubriachezza del ciclista ha contribuito *realmente* al verificarsi dell'evento, anche se non si sa quanto essa sia stata decisiva<sup>332</sup>.

Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento all'imputazione dell'evento

<sup>329</sup> PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 613; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 97; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 227; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 391.

<sup>330</sup> Lo sottolineano SPENDEL, *Zur Unterscheidung*, cit., 190, e ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 149 s., RANFT, *Berücksichtigung*, cit., 1430.

<sup>331</sup> Per questa ricostruzione del caso, v. JAKOBS, *Studien*, cit., 102; PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 95; KORIATH, *Kausalität*, cit., 95; anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 68.

<sup>332</sup> Come nel già citato caso dell'eccesso di velocità (Cass., 11.02.2008, n. 19512), in cui l'imputato aveva attraversato un incrocio a velocità superiore a quella consentita, collidendo con il ciclomotore condotto dalla vittima, che a sua volta aveva impegnato l'incrocio con luce gialla e ad una velocità insufficiente a consentirle di attraversare il crocevia.



in caso di esposizione ad amianto: mentre le conoscenze scientifiche dimostrano che in caso di asbestosi e carcinoma polmonare l'adozione delle cautele avrebbe evitato gli eventi lesivi, risultando perciò possibile – sulla scorta della prova aggiuntiva dell'assenza di fattori causali alternativi (probabili e non meramente congetturali) – giungere all'affermazione della causalità individuale<sup>333</sup>, più complesso è l'accertamento nel caso del mesotelioma, dato che è controversa in ambito scientifico la stessa efficacia delle cautele prescritte, cioè l'esistenza di tecnologie in grado di abbattere completamente le fibre di amianto aerodisperse. D'altro canto, però, occorre differenziare la valutazione in base alla natura multifattoriale o monocausale della patologia: se, da un lato, le neoplasie polmonari di diversa natura sono associate anche ad altri fattori di rischio (tabagismo, predisposizione genetica, inquinamento, etc.), rendendo spesso impossibile la prova per esclusione decisiva ai fini della affermazione del nesso causale, il mesotelioma pleurico è considerato una malattia quasi esclusivamente collegata all'inalazione di amianto (così come l'angiosarcoma alla esposizione a CVM), data l'incidenza di fatto assente nella popolazione non esposta (posto che i pochi fattori causali alternativi sono tutti noti)<sup>334</sup>.

Il test del comportamento alternativo lecito può trarre in inganno, allorché si sia in presenza di un concorso di cause, dal momento che, ipotizzando il comportamento alternativo lecito, l'evento si sarebbe verificato comunque per l'operare dell'altra causa. In questi casi si pone un problema di *causalità* (in particolare, di esclusione di cause alternative) e *non di colpa*.

La Cassazione, nella recente pronuncia relativa alla frana di Sarno, si dimostra consapevole del diverso significato che può avere l'inevitabilità dell'evento (e il ragionamento ipotetico collegato al criterio del comportamento alternativo lecito), là dove spiega che «non bisogna confondere i casi nei quali l'osservanza della regola cautelare non sarebbe stata comunque idonea ad evitare il verificarsi di “quello” specifico evento (per es. il chirurgo esegue impropriamente un intervento chirurgico che comunque non avrebbe potuto salvare la vita del paziente) dai casi nei quali l'evento finale non era evitabile ma, in concreto, è stato cagionato da una diversa causa (nell'esempio del chirurgo si può fare l'ipotesi in cui l'agente tagli inavvertitamente un vaso provocando la morte del paziente che comunque non era evitabile per la gravità della malattia; si pensi ancora al caso della errata somministrazione di una medicina con esito mortale quando la morte comunque sarebbe conseguita alla somministrazione del farmaco prescritto per la incolpevolmente non conosciuta intolleranza del paziente). In questo secondo caso – che riguarda l'evitabilità sotto il profilo della causalità – il problema presenta aspetti che devono essere valutati diversamente, perché in realtà la morte del paziente è stata provocata in esito ad un processo causale diverso da quello che

<sup>333</sup> In questo senso, v. Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini; Trib. Torino, 13.02.2012, cit. (caso Eternit).

<sup>334</sup> In caso di mesotelioma pleurico, infatti, la giurisprudenza è in grado di escludere l'intervento di cause alternative; v. Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini, cit.

l'avrebbe comunque provocata (nei reati dolosi un caso equiparabile è quello di chi spara al condannato a morte nel momento in cui il boia sta operando per provocarne la morte). Un conto è eseguire impropriamente un intervento chirurgico che non avrebbe comunque potuto avere esito favorevole (per es. il chirurgo non riesce ad arrestare un'emorragia conseguente all'intervento); un conto è provocare la morte per una diversa causa (per es. somministrando una dose eccessiva di anestetico)»<sup>335</sup>.

### 3.6. (segue) *Evitabilità e intervento di fattori esterni. La concorrenza di rischi*

L'inconveniente del criterio del comportamento alternativo lecito, così come normalmente applicato, è quello di condurre indistintamente alla esclusione della responsabilità sia nei casi in cui la regola cautelare abbia carattere improprio, sia quando l'inevitabilità dell'evento sia dovuta alla "ontologica" debolezza preventiva della regola cautelare violata o alla incongruenza dell'evento rispetto allo *Schutzzweck* (inevitabilità astratta), sia nei casi in cui esistano cause di riserva meramente congetturali e ipotetiche (ipotesi di causalità alternativa ipotetica, come, ad esempio, in presenza della condotta di un terzo o di un accadimento naturale), sia nei casi in cui altri fattori abbiano condizionato l'evento congiuntamente alla condotta dell'agente (casi di causalità addizionale).

L'inefficacia della regola cautelare (del comportamento alternativo lecito) può indicare che nel concreto contesto causale sono presenti anche altri fattori di rischio, ulteriori e diversi rispetto a quelli presi in considerazione *ex ante* dalla norma di condotta; questa tuttavia non è una situazione anomala, anzi. Soprattutto in contesti tipicamente "colposi" le regole cautelari hanno la funzione di impedire la realizzazione di eventi lesivi mediante la neutralizzazione di altre cause che potrebbero cagionarli. In questa prospettiva, risulta evidente che la condotta illecita dell'agente è sempre soltanto *una* delle condizioni che hanno determinato l'evento (e mai di per sé la causa esclusiva dell'evento) e che qualora l'osservanza della norma di condotta non sia idonea ad impedire l'evento (neutralizzando la "vera" causa dell'evento) occorre dubitare della stessa esistenza del nesso di causalità – esattamente, del resto, come nell'omissione, ove l'agente deve "impedire" un decorso causale lesivo rivolto all'evento<sup>336</sup>.

A ben guardare nella casistica relativa al comportamento alternativo lecito l'evento risulta sempre cagionato da un'altra causa e oggetto di accertamento è esclusiva-

<sup>335</sup> Cass., 12.03.2010, n. 16761, cit.

<sup>336</sup> È singolare che nei casi di inutilità del comportamento doveroso omissivo nel reato omissivo improprio la dottrina escluda il nesso causale affermando che si è in presenza di una *serie causale autonoma* (così, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 157). L'inutilità della condotta omissiva indicherebbe, dunque, un caso in cui l'evento è riconducibile ad una serie causale autonoma, ovvero ad un *altro* fattore causale. Con riferimento alla causalità attiva tale spiegazione non viene affatto presa in considerazione, forse perché nella causalità omissiva si percepisce più chiaramente che la condotta umana costituisce soltanto *una* delle condizioni che determinano l'evento e che essa pertanto si inserisce su un decorso naturale, influenzandolo in maniera più o meno rilevante.

mente l'efficacia preventiva o impeditiva del comportamento conforme al diritto (nel reato omissivo improprio mediante l'intervento attivo ad opera del garante e nel reato colposo mediante l'adozione delle opportune cautele). La condotta umana costituisce sempre solo *uno* dei tanti fattori causali che conducono ad un evento ed il "test" della evitabilità consente di scoprire i casi in cui il ruolo della condotta umana è concorrente o ridondante. Laddove infatti i rischi concorrenti siano tali da "interrompere" l'efficacia causale della condotta dell'agente o di "sorpassarla", annullando o riducendo in modo significativo per l'agente la possibilità di incidere positivamente sulle condizioni del bene tutelato, l'imputazione dovrebbe essere esclusa.

Nonostante la realizzazione del rischio nell'evento (evitabilità astratta o generale), l'adozione del comportamento alternativo lecito (o l'omissione della condotta illecita) avrebbe modificato soltanto il decorso causale, limitandosi a sostituire un fattore di rischio con uno diverso, senza riuscire ad evitare l'evento<sup>337</sup>.

In fondo, la stessa dottrina sembra riconoscere implicitamente i punti di tangenza tra *causalità*, *causalità della colpa*, *evitabilità dell'evento*, *realizzazione del rischio*, *pluralità di cause*, *causalità alternativa* e *sorpassante*, quando afferma, ad esempio, che «qualora si accerti con sicurezza che l'evento si è prodotto per l'effetto determinante dei fattori di rischio ulteriori e diversi, andrà esclusa la responsabilità colposa in quanto l'evento non è stato realmente prodotto dalla violazione della regola cautelare; qualora, invece, sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa potrà essere affermata»<sup>338</sup>; o quando conclude che il requisito della realizzazione del rischio richiede all'interprete di ripercorrere l'intero decorso causale, analizzandone i singoli segmenti o anelli, al fine di controllare «se ad un certo punto dell'*iter* causale si sia avuta l'inserzione di fattori ulteriori i cui rischi abbiano "soppiantato" ("annullato", "scavalcato") quello o quelli originari»<sup>339</sup>.

Un elemento comune può ravvisarsi, a nostro giudizio, nel nesso normativo di imputazione e nello scopo dell'indagine volta a selezionare le cause penalmente rilevanti (mediante il ragionamento ipotetico e la esclusione delle cause alternative).

La spiegazione delle ragioni del fallimento *ex post* della regola cautelare nel caso concreto passa infatti attraverso la ricostruzione del decorso causale che ha condotto all'evento, allo scopo di individuare la presenza di condizioni nuove e di determinare il grado della loro incidenza sul verificarsi dell'evento; tale procedimento presenta le medesime caratteristiche dell'accertamento causale, basato sul metodo di eliminazione mentale integrato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche (in grado di spiegare

<sup>337</sup> JAKOBS, *Studien*, cit., 101; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 185.

<sup>338</sup> PALAZZO, *Corso*, cit., 331.

<sup>339</sup> ROMANO, *Commentario*, cit., 407. Cfr. anche FORTI, *Colpa*, cit., 716, in nota, che, mutuando la terminologia della dottrina americana, ravvisa in siffatte circostanze delle «cause interposte» (*superseeding causes*), le quali determinano una "interruzione" del nesso di imputazione quando non devono essere riconosciute o previste dall'agente.

perché un determinato evento si sarebbe o non si sarebbe verificato), nonché sulla prova per esclusione (dei fattori causali alternativi ed ipotetici).

Non diversamente da quanto accade rispetto all'affermazione del nesso di causalità, l'esclusione della imputazione nel caso di inefficacia della regola cautelare richiede la prova, basata su generalizzazioni scientifiche, che l'osservanza della norma di condotta prescritta non sarebbe valsa ad impedire la verifica dell'evento (né, eventualmente, a ridurne il rischio di verifica al di sotto della soglia consentita). Nulla di diverso, insomma, rispetto al giudizio causale, dove pure si tratta di applicare generalizzazioni relative ai rischi di verifica di determinati eventi e alle condotte idonee (adeguate) a cagionarli (o, nel caso dell'omissione, idonee ad impedirne la verifica).

Affermare che l'agente avrebbe potuto evitare la verifica dell'evento significa semplicemente aver dimostrato che egli avrebbe potuto rimuovere o neutralizzare le condizioni, presenti nel contesto, necessarie (sulla base delle conoscenze scientifiche) alla verifica dell'evento, le condizioni cioè che sono generalmente in grado di cagionarlo.

Analogamente all'accertamento causale, l'accertamento della evitabilità implica un giudizio *ex post*, che tenga conto di tutte le circostanze, anche quelle nuove intervenute nel decorso causale. È necessario quindi utilizzare «generalizzazioni supplementari rispetto a quelle alla base della regola di diligenza costruita *ex ante* e asserenti regolarità in forza delle quali, pur in presenza di antecedenti del tipo di quelli che la condotta cautelare concepita *ex ante* si proponeva di rimuovere, eventi del tipo di quello verificatosi sono conseguenza di condotte del tipo di quella posta in essere dall'agente»<sup>340</sup>.

Si profila l'ipotesi che le nuove circostanze che intervengono nella situazione concreta, neutralizzando l'efficacia preventiva della norma cautelare o sostituendo il rischio originario con uno diverso (non preso originariamente in considerazione dalla norma), incidano prima ancora che sulla colpa sulla stessa esistenza di un nesso causale (normativamente inteso) tra condotta ed evento. Non è un caso che il tema sia trattato nell'ambito della causalità (o delle concause) e nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva<sup>341</sup>.

Esattamente come la formula della *c.s.q.n.* anche il criterio del comportamento alternativo lecito e la teoria della evitabilità falliscono nei casi di causalità addizionale.

*Puppe*, che ha esaminato approfonditamente la questione, illustra il "caso della fer-

<sup>340</sup> FORTI, *op.ult.cit.*, 716.

<sup>341</sup> Interessante ricordare, a questo proposito, il dibattito intorno alla natura e alla collocazione sistematica della ambigua figura del *caso fortuito*, inteso come fattore imprevedibile ed eccezionale che interviene sul decorso causale escludendo, a seconda dell'orientamento, il nesso causale o la colpa. Nel primo senso, intendendo il caso fortuito quale causa di esclusione della imputazione oggettiva (tipicità), v. ROMANO, *op.ult.cit.*, 486; nel secondo senso, riconoscendo al caso fortuito la funzione di escludere l'imputazione della colpa proprio nei casi in cui l'evento lesivo si sarebbe verificato anche in caso di comportamento alternativo lecito, v. M. GALLO, *Appunti*, cit., 170.

mata dell'autobus" deciso dal *BGH (Bushaltestellefall)*, in cui un bambino, dopo essere sceso dall'autobus, attraversò la strada e fu investito da un automobilista che non aveva rispettato la distanza di sicurezza; l'investimento non sarebbe stato evitato neppure se l'automobilista avesse rispettato la distanza, dato che il bambino aveva improvvisamente invaso la carreggiata<sup>342</sup>.

Il *BGH*, di fronte alla questione della causalità della condotta illecita, applica semplicemente la teoria della evitabilità mediante comportamento alternativo lecito e giunge alla conclusione che l'evento è stato determinato esclusivamente dalla condotta imprudente della vittima; secondo i giudici, in altre parole, la condotta colposa dell'agente non rappresentava una condizione necessaria dell'evento. Tuttavia, come giustamente nota *Puppe*, anche la vittima potrebbe sostenere che la propria condotta illecita non è condizione necessaria dell'evento e che, viceversa, la condotta illecita dell'agente è condizione sufficiente da sola a produrlo. Infatti, l'evento non era evitabile per la vittima, posto che essa sarebbe stata investita comunque, anche se avesse attraversato la strada con tutte le precauzioni<sup>343</sup>.

Il paradosso è quello tipico della causalità addizionale ed è risolvibile soltanto sostituendo *anche* la condotta illecita della vittima con quella lecita (dunque: immaginando che la vittima attraversi la strada con prudenza) e poi verificando se la condotta illecita dell'agente sia o meno una condizione necessaria dell'evento. Secondo *Puppe*, occorre partire dal presupposto che anche l'altro soggetto agisca lecitamente; di conseguenza, l'evento rimane imputabile all'agente anche se non era da lui evitabile mediante il comportamento alternativo lecito, perché anche la condotta illecita della vittima, in assenza della condotta dell'agente, era sufficiente a spiegare l'evento<sup>344</sup>.

La medesima situazione si presenta nel *Radfahrerfall*: anche qui l'accertamento della concausalità della condotta del ciclista non esclude l'esame della responsabilità del camionista e l'agente non può liberarsi eccependo la condotta a sua volta illecita della vittima.

L'esemplificazione evidenzia il problema posto dalla reciproca neutralizzazione delle condizioni, che in questi casi (molto frequenti nell'ambito della circolazione stradale) risulta semplicemente meno visibile perché non si è in presenza di due *condotte* (in senso strettamente naturalistico), ma di due "*colpe*" o meglio, "*condotte antidoverose*"<sup>345</sup>. Se in questi casi si applicasse in modo rigoroso la *c.s.q.n.* (ed il sottostante concetto di causa come condizione necessaria), si dovrebbe escludere la

<sup>342</sup> *BGH VRS* 25,262; v. PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 83 ss.

<sup>343</sup> V. il caso del paracadutista (Cass., 16.04.1993) commentato da PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1996, 354 ss., sotto il profilo del concorso della condotta colposa della vittima.

<sup>344</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 84. Così, anche RANFT, *op.ult.cit.*, 1429.

<sup>345</sup> PUPPE, NK, Vor §§ 13 ff., n. 217 ss. Sul tema del concorso di cause colpose indipendenti, v. EXNER, *Fabrlässiges Zusammenwirken*, cit., 569 ss.; CORNACCHIA, *Il concorso*, cit., 644 ss.; VALLINI, *Cooperazione e cause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir.proc.pen.*, 2001, 477 ss.

responsabilità dell'imputato, lasciando l'evento privo di spiegazione<sup>346</sup>.

Quando più soggetti concorrono (indipendentemente l'uno dall'altro e dunque fuori dai casi di concorso di persone) alla determinazione di un evento, per valutare la causalità delle singole condotte è necessario separare (isolare) i rispettivi rischi e immaginare come lecite le condotte di tutti i soggetti (non dovendosi eliminare la condotta *tout court*, ma solo la loro componente colposa, illecita, antidoverosa).

Alla luce di queste considerazioni, emerge con tutta evidenza l'errore commesso dai commentatori del *Radfahrerfall*: sostituendo la condotta illecita del camionista con quella lecita per verificare se questa avrebbe evitato l'evento, si ottiene il risultato di misurare non il rischio proprio della condotta del camionista, ma il rischio proprio della condotta del ciclista. In questo modo, però, la responsabilità dell'agente viene a dipendere non dall'entità di rischio dipendente dalla propria condotta, ma dall'entità di rischio determinata dalla vittima!

Se, poniamo, la vittima avesse generato con la propria condotta illecita un rischio pari al 100%, la teoria della evitabilità (ma anche la teoria dell'aumento del rischio) sarebbe costretta ad escludere l'imputazione dell'evento in capo all'agente (perché il suo comportamento alternativo lecito non avrebbe potuto con certezza evitare l'evento), anche se questi avesse determinato, a sua volta, un rischio pari al 100%<sup>347</sup>.

Ai fini della imputazione dell'evento, tuttavia, rileva la diversa questione se l'agente abbia posto un rischio (quantomeno) maggiore, superiore rispetto a quello preesistente o a quello determinato da un altro soggetto. Se si dà rilievo ad un rischio inferiore al 100% ai fini della imputazione, occorre farlo anche se il rischio concorrente è del 100% (come nel caso del ciclista: il camionista non può giustificarsi sostenendo che per cagionare l'evento era sufficiente da solo lo stato di ubriachezza del ciclista e che pertanto egli non ha aumentato il rischio complessivo)<sup>348</sup>.

L'unico modo per isolare il rischio collegato alla condotta del ciclista è quello di lasciare immutato il suo comportamento e immaginare un sorpasso corretto da parte del camionista; viceversa, è possibile misurare il rischio connesso al sorpasso scorretto soltanto in seguito alla sostituzione della condotta illecita del ciclista con una lecita (sostituendo, quindi, un ciclista sobrio a quello ubriaco).

Ciò che conta nel caso in esame è cosa sarebbe successo in caso di condotta *lecita* della vittima; se il sorpasso scorretto avrebbe determinato anche la morte di un ciclista sobrio, il camionista risponderà dell'evento, anche se – per ipotesi – il ciclista fosse

<sup>346</sup> Come ha osservato KORIATH, *Kausalität*, cit., 95, è proprio questa la ragione per cui la decisione del BGH nel caso del ciclista appare molto oscura: il BGH afferma di basarsi sul procedimento di eliminazione mentale, ma in realtà – abbandonando la teoria della equivalenza delle condizioni – esso distingue le due condizioni, ritenendo la condotta del ciclista “più rilevante” di quella del camionista, senza addurre alcuna motivazione. Il *Radfahrerfall* è molto significativo proprio perché la decisione della Corte discende da un giudizio di valore (per il quale la condotta deve essere «nach rechtlichen Bewertungsmaßstäben für den Erfolg strafrechtlich bedeutsam»).

<sup>347</sup> PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 98.

<sup>348</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 100.

stato così ubriaco da perdere l'equilibrio anche in caso di sorpasso corretto<sup>349</sup>.

Le difficoltà, ritenute insuperabili dal *BGH*, che hanno condotto al proscioglimento nel *Radfabrerfall* sono dovute proprio al fatto che ci si chiedeva come si sarebbe comportato un ciclista *ubriaco* nel caso in cui fosse stata rispettata la distanza di sicurezza; invece, sarebbe stato ben più semplice chiedersi come si comportano generalmente i ciclisti *sobri* che vengono superati a distanza ravvicinata. Se si evidenzia un maggior rischio che anche i ciclisti sobri reagiscano in modo incontrollato, l'imputazione deve essere affermata; se invece si accerta che i ciclisti sobri non reagiscono in questo modo, la conclusione deve essere che il rischio determinato dal camionista non si è realizzato nell'evento, persino nel caso in cui si dimostri che il ciclista ubriaco non sarebbe rimasto ucciso in caso di condotta lecita<sup>350</sup>.

Nel *Radfabrerfall* non si deve dunque eliminare la condotta illecita dell'agente, ma la reazione improvvisa della vittima, posto che la questione è proprio se *questa* possa essere imputata o meno all'agente (cioè se l'agente debba rispondere di tale eventualità). Diviene allora chiaro che l'ubriachezza del ciclista non costituisce una causa sostitutiva dell'evento, ma un fattore causale realmente operante, la cui rilevanza deve essere accertata. Il pericolo deriva infatti non solo dal sorpasso ravvicinato, ma anche dalla ridotta capacità di reazione della vittima<sup>351</sup>. Non dissimile si presenta la situazione nei casi giurisprudenziali relativi al concorso colposo della vittima, in particolare nel settore degli infortuni sul luogo di lavoro e della circolazione stradale.

Il procedimento illustrato è funzionale ad isolare la vera causa dell'evento, cioè ad escludere le cause alternative (l'ubriachezza del ciclista viene eliminata mentalmente per verificare se l'evento si sarebbe verificato o meno). Emerge pertanto che i casi indicati rappresentano ipotesi di concausalità sotto il profilo della realizzazione del rischio e che l'indagine circa il comportamento alternativo lecito non è di alcuna utilità (e, anzi, può condurre a conclusioni errate). Chiedersi cosa sarebbe successo in caso di comportamento alternativo lecito dell'agente ha senso soltanto nei casi in cui non vi sia il sospetto dell'esistenza di una pluralità di cause. Il caso dimostra, insomma, che spesso la problematica del comportamento alternativo lecito nasconde in realtà un'ipotesi di concausalità, cioè di interferenza di fattori causali sconosciuti *ex ante* (per esempio, oltre all'ubriachezza del ciclista, il comportamento imprudente della vittima, l'allergia all'anestetico, il difetto cardiaco non diagnosticabile etc.).

Allorché ci si interroghi sulle ragioni del fallimento della regola preventiva, possono venire in considerazione diverse ipotesi: una circostanza esterna (tra cui anche la condotta di un terzo), intervenendo sul decorso causale, neutralizza l'efficacia della cautela modificando il rischio preesistente; una nuova circostanza sostituisce il rischio

<sup>349</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 99.

<sup>350</sup> RANFT, *Berücksichtigung*, cit., 1429.

<sup>351</sup> RANFT, *op.ult.cit.*, 1429 s.; KORIATH, *op.ult.cit.*, 95. Affermano si tratti di un'ipotesi di concausalità anche JAKOBS, *Studien*, cit., 102; PUPPE, *op.ult.cit.*, 95; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 68.

preesistente con uno nuovo; una circostanza esterna determina un rischio tale da rendere inutile l'osservanza della norma da parte dell'agente.

I dubbi circa la concretizzazione del rischio nell'evento – rilevati mediante il test del comportamento alternativo lecito – si pongono soltanto quando si sospetta che un altro rischio o un'altra condizione abbiano (con)causato l'evento. Si tratta allora di stabilire quale dei rischi (illeciti) riscontrabili *ex ante* abbia trovato realizzazione nell'evento, escludendo quelli che sono espressione di un rischio consentito (come l'*allgemeines Lebensrisiko* o il *Restrisiko*)<sup>352</sup>.

Si affaccia così nuovamente il problema della *Risikokonkurrenz* e della connessa modificazione o sostituzione di un rischio<sup>353</sup>.

L'esigenza di isolare i singoli rischi è da sempre avvertita in dottrina, posto che ogni evento lesivo è riconducibile a più fattori di rischio, che a loro volta possono far capo a diverse fonti (naturali o umane)<sup>354</sup>. Il fenomeno della “concorrenza di rischi” si presenta allorquando la condotta illecita (non consentita) dell'agente intervenga su una situazione a sua volta caratterizzata da un rischio (costituzione della vittima; comportamento della vittima, intervento di un terzo, fattori naturali etc.) e impone di accertare ai fini del giudizio di responsabilità se nell'evento si è realizzato il rischio di competenza dell'agente o un rischio diverso<sup>355</sup>.

È stato *Jakobs*, in particolare, a sviluppare il concetto della *Risikokonkurrenz*, utilizzandolo al posto di quelli di *Normzweckzusammenhang* e *Rechtswidrigkeitszusammenhang* (ritenuti da lui troppo vaghi)<sup>356</sup>.

L'A. opera innanzitutto una fondamentale distinzione tra *concorrenza di rischi diversi* e *variazione di circostanze concomitanti all'interno di un medesimo rischio*: una cosa è infatti creare un rischio autonomo che concorre, in alternativa ad un altro rischio, alla produzione di un evento e un'altra è modificare mere circostanze concomitanti all'interno di un medesimo rischio<sup>357</sup>.

<sup>352</sup> Cfr. FORTI, *Colpa*, cit., 38.

<sup>353</sup> V. *supra*, cap. I, par. 1.3.2. e 1.3.3.; cap. II, par. 4.7., in relazione alla problematica dei decorsi ipotetici e dell'*Ersatz Täter*.

<sup>354</sup> Si vedano, specialmente, PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 222; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 10 ss.; 385 ss.; ID., *Faszinierendes*, cit., 222 ss.; OTTO, *Kausalität und Zurechnung*, in *Wolff FS*, Berlin et al., 1998, 395 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 350 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 1 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 105 ss.

<sup>355</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 222.

<sup>356</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 222 ss.

<sup>357</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 189 ss. La distinzione (sulla quale v. anche *supra*, cap. I, par. 2.5.) risale originariamente a WOLFF, *Kausalität*, cit., 17, 22 ss., e fu in seguito accolta dalla dottrina; v. per tutti, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287; ROXIN *Strafrecht*, cit., 376; nella dottrina italiana, v. ROMANO, *Commentario*, cit., 406. Critici al riguardo, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 110 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 200 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 77; SANCINETTI, *Principio*, cit., 380 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1598; ID., *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 481 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss.



Mentre la *modificazione di mere circostanze concomitanti* non può costituire oggetto di aspettative giuridiche penali, perché l'agente, pur condizionando concretamente l'evento, non determina il rischio dell'evento (*Erfolgsrisiko*), che rimane quindi imputabile all'agente che lo ha generato (se, per esemplificare, A incendia una casa e B sposta degli oggetti al suo interno, B non risponde di nulla, perché ha soltanto modificato delle *Begleitumstände* senza incidere sul rischio complessivo)<sup>358</sup>, nel caso di *concorrenza di rischi diversi*, in cui l'agente introduce un nuovo fattore di rischio, sostituendolo ad uno preesistente, o aumenta un rischio preesistente, occorre individuare quale rischio si sia realizzato nell'evento (posto che nell'evento si può realizzare, secondo *Jakobs*, sempre e soltanto un rischio).

*Jakobs* ritiene che l'utilizzo della formula ipotetica nell'ambito dell'accertamento del nesso di antidoverosità (sotto forma di verifica della efficacia preventiva della condotta lecita) non ponga particolari problemi quando la condotta illecita, rispetto a quella ipotetica lecita, abbia determinato soltanto una modificazione del decorso (*Verlaufsvariation*) nell'ambito di un medesimo rischio; per contro, in caso di *sostituzione di un rischio* con uno diverso, essa può condurre a risultati errati, incorrendo – come del resto la stessa *c.s.q.n.* – nell'aporia della reciproca neutralizzazione delle condotte e lasciando apparentemente privo di spiegazione l'evento<sup>359</sup>.

Quando in presenza di una concorrenza di rischi ciascuno di essi si ponga alternativamente come mera condizione concomitante rispetto agli altri, incapace di spiegare da sola l'evento, perché sono presenti altri rischi in grado di provocarlo, si configura una fenomeno di *ridondanza causale* o *sovradeterminazione causale* (*Überbedingtheit*)<sup>360</sup>.

In questi casi, per sapere quale rischio si sia realizzato nell'evento occorre fare riferimento allo scopo della imputazione, verificando se il medesimo rischio sarebbe stato influenzabile, dominabile mediante l'osservanza della norma.

Allo scopo *Jakobs* ha elaborato la “teoria della perfetta quantità di rischio” (*Theorie vom perfekten Bedingungsquantum*), in base alla quale viene meno la possibilità di incidere sul rischio quando l'evento appare già perfettamente condizionato (*perfekt bedingt*). In questi casi, la condotta successiva di un terzo rappresenta una condizione ridondante (una *Überbedingung*), che produce l'effetto di una mera *Verlaufsvariation* priva di rilevanza ai fini della imputazione dell'evento<sup>361</sup>.

Nell'esempio dell'ascensore (*Aufzugfall*) proposto da *Jakobs*, ciascun agente (quel-

<sup>358</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 54 ss. Si ricordi che, in quest'ottica, anche la mera riduzione di un rischio preesistente non dà luogo ad un rischio illecito; v. sempre JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 189 ss. Al riguardo, v. *supra*, cap. II, 3.2.

<sup>359</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 60. Per questa conclusione, v. anche PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 83 ss., le cui riflessioni sono state poc'anzi esaminate.

<sup>360</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 230.

<sup>361</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 63 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 230 s. In questo senso, v. anche ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 284; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 183 ss.; SANCINETTI, *Principio*, cit., 379 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1604.

lo che usura i cavi e quello che sovraccarica l'ascensore) determina una modificazione all'interno del medesimo rischio (rappresentato dalla caduta dell'ascensore) e le due condotte si pongono reciprocamente come mere *Begleitbedingungen*, a seconda della prospettiva da cui osserviamo la situazione. Applicando il criterio risolutivo del rischio che si perfeziona per primo, l'A. conclude che – ammesso che sia riscontrabile una successione temporale tra le due condotte – l'usura dei cavi rappresenta un rischio “già perfetto”, essendo intervenuta prima del sovraccarico, mentre quest'ultimo risulta irrilevante, posto che l'evento era già sufficientemente condizionato nel momento del carico<sup>362</sup>.

In altri termini: per *Jakobs* deve rispondere colui che ha posto il rischio sufficiente alla verificazione dell'evento, mentre le successive modificazioni di tale rischio non sono imputabili, giacché costituiscono mere variazioni di circostanze concomitanti nell'ambito di un rischio già perfetto.

I rischi che non sono più influenzabili mediante un comportamento conforme alla norma non sono rilevanti, perché non esiste più alcun obbligo di impedirne la realizzazione. *Jakobs*, quindi, imputa l'evento soltanto a colui che *per primo* ha distrutto la possibilità di salvezza del bene, privando la norma di condotta della sua funzione nei confronti di altri soggetti<sup>363</sup>.

L'idea che l'evento non possa imputarsi al soggetto che, pur incidendo sulla conformazione concreta dell'evento, non abbia in realtà sostituito né aumentato in modo rilevante un rischio preesistente (anche se posto da un altro soggetto), non è nuova in dottrina e fu presa in considerazione già agli albori della dottrina della causalità in relazione ai temi della causalità addizionale (v. i classici esempi della borraccia e delle due serve che versano entrambe una dose letale di veleno nella bevanda della loro padrona)<sup>364</sup>.

Più recentemente, alcuni autori hanno sostenuto che, nei casi di concorrenza di rischi, debba rispondere soltanto il primo agente che ha avviato un decorso lesivo (che ha “acceso” un rischio perfetto, secondo la terminologia jakobsiana), mentre il secondo agente non è responsabile non avendo modificato né peggiorato quel rischio. Esclusi i rari casi in cui le diverse violazioni avvengono nel medesimo contesto temporale, l'evento dovrà essere imputato esclusivamente al primo agente che abbia posto un rischio definitivo, perfetto, sottraendo alla vittima obiettive *chances* di salvezza, e non invece al secondo, che non avrebbe più potuto incidere sulla situazione del bene<sup>365</sup>.

<sup>362</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 66 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 230 s. Analogamente, CORNACCHIA, *Concorso*, cit. 439 (nt. 300).

<sup>363</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 67. Hanno adottato questa impostazione in precedenza, KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 74 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 136 ss. (*supra*, cap. II, 4.7.).

<sup>364</sup> Per il già citato esempio della borraccia, v. *supra*, cap. I, 1.1. In dottrina, v. MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 16; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 83; in seguito anche, WOLFF, *Kausalität*, cit., 22 ss.; KAHRS, *op.ult.cit.*, 104 ss.; al riguardo, v. cap. I, 1.3.2. e 1.3.3.

<sup>365</sup> HOYER, *Kausalität*, cit., 104; ID., *Überbedingte Erfolge*, cit., 183 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 695; ID., *Principio*, cit., 384 (nt. 34); FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 564; ERB, *op.ult.cit.*, 286; SCHATZ, *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, cit., 585.

Secondo tale orientamento, se A consegna a C una bibita avvelenata e B semplicemente sostituisce la bibita con una analoga avvelenata, soltanto A ha creato un rischio per la vita di C, perché B non ha determinato un nuovo rischio, che anzi rimane identico (per qualità e quantità) a quello posto da A. Pertanto, è pur sempre il rischio generato da A che si realizza nell'evento<sup>366</sup>.

La soluzione può essere letta anche come un tentativo di introdurre un autonomo principio di imputazione, secondo il quale il primo soggetto che genera un rischio perfetto, che viene sostituito o sorpassato da un altro rischio, che risulta meno grave o uguale per il bene tutelato, rimane comunque responsabile per l'evento<sup>367</sup>. La ragione è che il rischio originariamente posto, benché non sfociato di fatto nell'evento, assorbirebbe in sé il nuovo rischio sopraggiunto, nella misura in cui questo non abbia implicato un peggioramento delle condizioni del bene giuridico. Se è vero che anche il senso comune tende ad affermare che è "colpa" del primo agente se il secondo non è più in grado di modificare la situazione, non appare poi così assurda la conclusione che l'evento debba essere imputato a colui che *realmente* ha posto le *condizioni* perché altri non potessero più incidere (in modo negativo o positivo) sul decorso lesivo<sup>368</sup>. Soltanto sul primo agente grava la responsabilità per l'evento, dal momento che la sua condotta illecita ha privato di efficacia la norma di condotta rivolta ad altri, non il secondo agente che si è limitato a porre una condizione eccedente, ridondante.

La problematica, a dispetto delle apparenze, è di notevole attualità in riferimento ai reati omissivi e alla interruzione di decorsi salvifici, nonché nell'ambito della responsabilità penale dell'imprenditore o del datore di lavoro per lo svolgimento di attività caratterizzata dalla concorrenza o successione di condotte illecite di una pluralità di soggetti e dalla sovrapposizione di molteplici rischi<sup>369</sup>.

La breve panoramica di tali recenti – senza dubbio ardite – costruzioni dottrinali in

<sup>366</sup> HOYER, *Kausalität*, cit., 104. Tale soluzione viene estesa al concorso di persone da SANCINETTI, *Principio*, cit., 384 (nt. 34): «Se in una variazione del noto "caso del bastone" di Engisch C e D non litano più per lo stesso bastone posto nell'angolo per procurarlo ad A, ma C per primo dà ad A, che ha intenzione di colpire B, il proprio bastone e, una volta armato A, D gli dà *anche il suo* – in ogni caso più leggero – con il quale in definitiva A aggredisce B – tenendo entrambi i bastoni a sua disposizione – D avrebbe dato il proprio bastone ad un soggetto *già armato*, rendendolo persino meno offensivo. Non sarebbe necessario che una parte della imputazione (quella del concorso) "si perdesse" come aspetto della spiegazione, poiché C potrebbe rispondere per il fatto che, avendo dato il proprio bastone ad A, ha fatto sì che qualsiasi altro bastone meno pesante del suo non avrebbe rappresentato alcun aiuto. E, pertanto, il suo comportamento, essendo la ragione che spiega la irrilevanza del comportamento di chiunque fornisca un altro bastone, continua a spiegare chi debba rispondere di concorso».

<sup>367</sup> In questi termini, SANCINETTI, *Principio*, cit., 384; ID., *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 698.

<sup>368</sup> Così, testualmente, SANCINETTI, *op. ult. cit.*, 691, il quale denomina il criterio «Vertretungs- oder Übertragungsprinzip» (*principio de subrogación o representación*), in base al quale il primo soggetto che configura un rischio perfetto, che viene annullato da un altro rischio che *ex ante* si presenta meno grave o uguale per la vittima, continua ad essere responsabile del decorso lesivo originato dal nuovo decorso. V. altresì, SANCINETTI, *Son irrelevantes*, 1579 ss. Analogamente, HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 188. Cfr. altresì l'impostazione di KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 104 s., e l'*Übernahmeprinzip* di Samson, di cui *supra*, cap. II, 4.7.

<sup>369</sup> Lo sottolinea opportunamente SANCINETTI, *La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal*, in *Revista de derecho penal y processal penal*, 2010, 583 ss.

tema di concorrenza di rischi ci porta ad affermare, a conclusione delle nostre riflessioni, che nella prospettiva indicata lo scopo delle norme di condotta consiste essenzialmente nel prevenire rischi *aggiuntivi, ulteriori* (rispetto a quelli già esistenti e non più modificabili), al fine di ottenere un effettivo contenimento del danno. La presenza di una condotta illecita precedentemente commessa (ma potremmo pensare anche ad un preesistente fattore di rischio naturale, come ad es. la peculiare costituzione della vittima) renderebbe irrilevante il comportamento alternativo lecito dell'agente, cui sarebbe in ogni caso preclusa la possibilità di migliorare la condizione del bene.

Sono evidenti sotto questo aspetto le analogie con il principio di intensificazione (*Intensivierungsprinzip*) proposto da Samson<sup>370</sup> e, più in generale, con la teoria dell'aumento del rischio.

Se è vero che per accertare (*ex post*) la realizzazione del rischio nell'evento è necessario chiedersi non tanto *cosa sarebbe successo* senza i fattori di rischio, ma *cosa essi abbiano realmente determinato*<sup>371</sup>, deve però riconoscersi che la valutazione circa la situazione del bene tutelato compiuta all'esito di un giudizio ipotetico riveste un ruolo decisivo. Conta, insomma, anche il confronto tra le possibilità di salvezza del bene in presenza del comportamento alternativo lecito e quelle date in sua assenza, ovvero il *Rechtsgutschancensaldo*<sup>372</sup>. In quest'ottica non va spiegato di per sé il decorso concreto che ha portato all'evento, ma soltanto la riduzione/distruzione delle *chances* di conservazione del bene.

Tornando al quesito iniziale: quando l'evento risulta in concreto inevitabile mediante il comportamento alternativo lecito, ma sussiste la idoneità generale della norma violata a prevenire eventi del tipo di quello verificatosi – e quindi sussiste la congruenza tra evento specifico e scopo di protezione della norma e la (astratta) realizzazione del rischio nell'evento – la ragione del fallimento della norma deriva dal suo confrontarsi con un rischio ormai non più governabile né dominabile per l'intervento di fattori eccezionali e imprevedibili. In questi casi (si pensi, ad esempio, al *Novokainfall*) è impossibile evitare l'evento, perché il rischio realizzatosi nell'evento ha di fatto sostituito un rischio diverso ma equivalente (e che non era dominabile *ex ante*)<sup>373</sup>.

Si tratta, insomma, di verificare l'efficacia impeditiva della regola cautelare in prospettiva *ex post* a base totale, al fine di individuare la causa dell'evento, perché contestare la inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito significa, di fatto, ipotizzare che l'evento sia dovuto ad un'altra causa non neutralizzabile. Ciò che conta, in definitiva, è che l'evento fosse inevitabile perché determinato da

<sup>370</sup> V. *supra*, cap. II, 4.5. e 4.6.

<sup>371</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 57.

<sup>372</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 60.

<sup>373</sup> Cf. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 66, che esclude l'imputazione dell'evento, perché il comportamento alternativo lecito (l'uso di novocaina) avrebbe determinato «un rischio analogo, in termini sia quantitativi che qualitativi (...) risultando in pratica indifferente lo "scambio" di anestetico». Per la medesima argomentazione, v. già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 66.

un'altra causa. L'inevitabilità dell'evento, da intendersi non in senso "fattuale", ma normativo (nel senso di *Vermeidbarkeit im Rechtssinne*), indica che la situazione del bene giuridico non ha subito alcuna modificazione penalmente rilevante, alcun pregiudizio che l'ordinamento non avrebbe già dovuto altrimenti tollerare.

L'efficacia della regola non è pregiudicata, in linea di principio, dal fatto che l'evitabilità dell'evento non sia certa ma solo probabile, essendo invece decisivo il confronto tra l'evento reale che è realizzazione del rischio illecito e l'evento ipotetico che costituisce la realizzazione del rischio consentito e lecito, in forza del quale è possibile stabilire quale evento rappresenta un peggioramento delle condizioni del bene giuridico. Trattandosi di una comparazione (tra un dato reale ed uno ipotetico), rileva anche il fatto che il comportamento lecito avrebbe avuto più probabilità di salvare il bene rispetto alla condotta illecita. L'imputazione va perciò esclusa soltanto quando la condotta osservante non avrebbe determinato alcun beneficio per il bene tutelato, cioè quando avrebbe determinato un evento equivalente e non peggiore, che l'ordinamento avrebbe comunque dovuto tollerare.

Ma – si badi – l'evitabilità concreta dell'evento viene meno non perché il bene è "compromesso" a tal punto da non meritare più la garanzia della tutela normativa, ma perché l'ordinamento non può razionalmente ed efficacemente tutelarlo mediante l'imposizione di norme di condotte. L'imputazione non viene dunque esclusa solo per il fatto che sia configurabile per l'agente un comportamento alternativo altrettanto lesivo o perché terzi abbiano a loro volta agito illecitamente, ma soltanto perché il bene giuridico in concreto non è più salvabile.

In breve: se il fallimento della norma preventiva è generale (come dire, radicale, ontologico), la causa va ricercata nella mancata congruenza tra rischi (sul piano astratto); se il fallimento è contingente e casuale, la norma mantiene la sua validità generale e si pone un problema di concorrenza di rischi e della loro realizzazione nell'evento; in questi casi, l'imputazione può essere esclusa soltanto quando la condotta illecita non abbia in concreto peggiorato le condizioni del bene tutelato rispetto a quella lecita.

Il criterio del comportamento alternativo lecito, se utilizzato per accertare *ex post* la idoneità della norma violata ad evitare l'evento nella situazione *concreta*, ha dunque la funzione non di garantire la pertinenza della norma violata al tipo di evento verificatosi (compito questo del distinto criterio dello *Schutzzweck* e della congruenza tra rischio considerato dalla norma violata ed evento concreto), bensì di verificare se la condotta illecita e antidoverosa abbia inciso in senso peggiorativo sulla situazione di un bene giuridico comunque minacciato da un diverso fattore di rischio.

#### 4. *Riflessioni conclusive*

Il settore della dottrina che più a fondo si è interrogato circa il fondamento sostanziale del nesso normativo tra colpa ed evento, tentando di identificare l'elemento

comune a tutti i diversi criteri proposti, muove dalla constatazione che tale nesso non costituisca un problema relativo all'assenza del nesso causale o della violazione della diligenza, ma indichi un diverso requisito di imputazione, in grado di giustificare la considerazione dell'evento verificatosi come "irrelevante", in quanto frutto del caso o mera fatalità<sup>374</sup>.

L'evento non è più in grado di esprimere il disvalore del comportamento, né di segnalare il significato dell'osservanza delle aspettative di condotta rivolte dall'ordinamento al singolo. Esso appare riconducibile ad una condotta consentita e viene accettato come realizzazione di un *allgemeines Lebensrisiko*<sup>375</sup>.

La difficoltà di mettere a fuoco tale elemento è data dal fatto che l'evento si è verificato in conseguenza della condotta illecita, colpendo un bene protetto e considerato meritevole di tutela nonostante fosse già "compromesso", giacché il suo titolare non vi ha rinunciato (come quando si configura un consenso), né sussistono le condizioni per procedere ad un bilanciamento di interessi rilevante ai fini di una causa di giustificazione (come nello stato di necessità); l'evento costituisce altresì una conseguenza prevedibile ed evitabile della condotta illecita e rappresenta la realizzazione del rischio a questa collegato. Cosa manca dunque?

Se l'ordinamento non si accontenta del fatto che l'evento sia stato cagionato da una condotta qualsiasi, ma esige che la condotta sia antidoverosa, cioè contraria ad una norma di condotta, esso non può certo accontentarsi del fatto che tra tale condotta e l'evento esista un mero nesso di condizionamento. Deve esistere, al contrario, una relazione di contenuto tra la dimensione illecita della condotta e la causazione dell'evento.

La necessità di prendere in considerazione le conseguenze ipotetiche del comportamento alternativo lecito discende innanzitutto dalla natura delle fattispecie colpose (e omissive improprie). Mentre all'agente doloso è rivolto l'imperativo "non uccidere", con la conseguenza che per l'imputazione è di regola sufficiente che l'evento fosse evitabile, cioè che senza la condotta questo non si sarebbe verificato, nell'illecito colposo non è sempre configurabile un imperativo generale del tipo "*neminem laedere*", ma tutt'al più l'obbligo di gestire il rischio, sorto lecitamente nell'ambito di un settore di rischio consentito, mediante l'adozione di opportune cautele. Pertanto, il nesso tra condotta illecita ed evento non deriva dalla constatazione che l'evento non vi sarebbe stato senza la condotta, ma richiede la verifica che proprio la gestione negli-

<sup>374</sup> KÜPER, *Überlegungen*, cit., 265.

<sup>375</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 534, il quale sottolinea la mancata *Rechtsfriedensstörung*, prima ancora del ridotto *Unwert*. L'A., in particolare, afferma che su un piano prettamente socio-psicologico, l'evento è percepito come meno "disturbante" e meno turbativo della pace sociale e che, di conseguenza, la mancata imputazione dell'evento in questi casi pare espressione di un non meglio precisato *sentimento di giustizia*. Si dovrebbe ammettere che non vi è l'ampio consenso sulla *rechtsfriedensstörenden Natur* dell'evento, che esiste invece nei casi in cui l'evento sicuramente non si sarebbe verificato senza la condotta. L'A. conclude che l'unica soluzione possibile rimane quella di introdurre fattispecie di mera condotta che puniscano i comportamenti gravemente negligenti a prescindere dalla causazione di un evento.

gente del rischio (cioè il superamento del rischio consentito) è stata rilevante per l'evento. Dietro questo interrogativo – come abbiamo più volte sottolineato – non si cela la surrettizia introduzione di decorsi ipotetici, ma piuttosto la eliminazione mentale degli elementi illeciti dalla condotta.

La descrizione del nesso sostanziale tra condotta ed evento richiede di precisare i due termini di riferimento: da un lato, la *illiceità* della condotta e dall'altro la sua *realizzazione* nell'evento. La riflessione intorno al “nesso normativo tra colpa ed evento” (causalità della colpa) persegue l'intento di mettere a fuoco la pericolosità intrinseca della condotta illecita e la sua materializzazione nell'evento (in termini di reale offensività e determinazione di una condizione *peggiorativa* per il bene tutelato). Può darsi, infatti, che l'evento, pur apparendo “realizzazione del rischio” che la norma mirava a prevenire, non rappresenti la realizzazione della *specifico componente illecita* della condotta.

L'istanza, di cui si fa carico la teoria della imputazione oggettiva, riguarda tutte le categorie dei delitti di evento, anche se i parametri di accertamento appaiono di fatto coincidenti con il versante oggettivo della colpa (e ciò ostacola comprensibilmente la loro trasposizione nel settore dell'illecito commissivo doloso)<sup>376</sup>. L'esigenza di una particolare connessione tra colpa ed evento è un principio implicitamente accolto dal sistema penale (e prescinde dalla questione del comportamento alternativo lecito in senso stretto), laddove si richiede che la condotta debba corrispondere “tipologicamente” all'evento ed essere altresì pericolosa proprio in vista di quello stesso evento. Il binomio “rischio disapprovato” e “realizzazione del rischio” rispecchia perfettamente il passaggio da una concezione naturalistica del nesso causale ad una visione normativa, posto che il rischio illecito non è un dato reale, ma un concetto di relazione e pertanto non può mai essere di per se stesso causale.

È stato osservato che, per varie ragioni storiche e sistematiche (tra cui la svalutazione della teoria dell'adeguatezza, la presenza dell'art. 41 cpv., il rigetto della imputazione oggettiva), nella dottrina italiana «manchi un approfondimento del profilo offensivo per quanto attiene al rapporto tra condotta ed evento» e si sia determinato uno spostamento sul piano della colpevolezza dei «momenti offensivi che sono invece propri del rapporto tra la condotta e l'evento, sì che l'elemento c.d. soggettivo viene sovraccaricato di caratteri oggettivi e valutativi»<sup>377</sup>. E ancora che «il preteso “svuotamento della colpevolezza” realizzato, prima, dalla teoria finalistica dell'azione – con la riconduzione alla tipicità del disvalore d'azione, e segnatamente, nei delitti colposi, della violazione del dovere oggettivo di diligenza – e, poi, da Roxin –, con l'estensione ai delitti dolosi di criteri di esclusione della tipicità oggettiva che, in realtà,

<sup>376</sup> CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 252. Secondo DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 13, ciò che rappresenta il livello comune a reato doloso e colposo è proprio la pericolosità che si concretizza nell'evento – il nesso di rischio appunto (la c.d. imputazione oggettiva in senso stretto). CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 123, sottolinea che vi è l'esigenza «di un rafforzamento della dimensione causale (o dell'imputazione oggettiva), attraverso lo studio tanto della causalità condizionalistica della condotta inosservante (...) quanto della causalità della colpa».

<sup>377</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 4.

non sono esclusivi del delitto colposo, ma si riferiscono alla possibilità di imputare l'evento ad una condotta rischiosa dell'autore –, quello “svuotamento della colpevolezza” è, ben prima, un indispensabile “riempimento” di una tipicità logicamente, socialmente e teleologicamente vuota, se riferita alla mera causazione di eventi»<sup>378</sup>.

Se è vero che la condotta contribuisce non soltanto alla produzione dell'offesa, ma anche alla sua identificazione<sup>379</sup>, essa deve essere assunta nella sua dimensione illecita (oggettivamente e soggettivamente), così che lo speciale nesso tra condotta ed evento possa riferirsi ad una condotta caratterizzata, da un lato, dalla pericolosità (adeguatezza) rispetto all'evento e, dall'altro, dalla sua componente soggettiva (dolo o colpa)<sup>380</sup>.

Abbiamo già visto che la dottrina dominante ammette l'esistenza di una condotta “oggettiva” e “neutra”, nel senso di priva di dolo e di colpa e rilevante sul piano strettamente causale, ancora prima di una condotta “tipica” e “soggettivamente qualificata”, rilevante sul piano normativo del nesso di rischio. Benché si riconosca che la causalità è un concetto prettamente giuridico-normativo, vi è ancora molta resistenza ad unificare i due nessi (quello causale e quello di rischio)<sup>381</sup>.

Ebbene: riteniamo che nulla si opponga all'affermazione – fondata, come vedremo, sulla valorizzazione della *c.s.q.n.* quale formula di imputazione – della sostanziale identità tra “causalità della condotta” e “causalità della colpa”, tra causalità e nesso normativo di illiceità o antidoverosità (nesso di rischio).

Il requisito del nesso normativo tra colpa ed evento appare privo di giustificazione proprio seguendo l'impostazione maggioritaria, secondo cui, pur essendo la condotta *c.s.q.n.* dell'evento e pur non essendo l'evento eccezionale o esorbitante rispetto all'ambito di protezione della norma, deve venir meno la responsabilità. L'indirizzo dominante in tema di causalità e imputazione è caratterizzato dall'assenza di pensiero sistematico nella misura in cui tende a posporre ad un livello di indagine successivo un problema che può essere agevolmente risolto già ad un livello precedente, tollerando così incongruenze e illogicità all'esclusivo scopo di risanarle con apposite “formule”<sup>382</sup>.

L'errore capitale della dogmatica contemporanea è proprio quello di aver separato la causalità dalla imputazione oggettiva.

<sup>378</sup> CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1468.

<sup>379</sup> In questi termini, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 620.

<sup>380</sup> Fondamentale, WELZEL, *Fabrlässigkeit*, cit., 19 ss.; ID., *Das deutsche Strafrecht*, cit., 46; v. inoltre, LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 27; DONINI, *op.ult.cit.*, 634; ID., *Illicito*, cit., 214 («L'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato non deve più essere visto come mera conseguenza naturalistica dell'azione od omissione nella loro “oggettiva” struttura: quel rapporto corre tra la condotta *dolosa* o *colposa* e l'evento, involgendo quindi l'elemento soggettivo stesso»); da ultimo, ancora DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 3.

<sup>381</sup> «Causalità e modalità di causazione, fattore eziologico *ex post* (condizione) e fattore di rischio, nesso di condizionamento e valutazione normativa dello stesso, causalità e imputazione, dunque, hanno ormai raggiunto un'autonomia concettuale e linguistica difficilmente reversibile» (DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 660, nt. 78).

<sup>382</sup> Così, chiaramente, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 7, la quale osserva come i criteri della realizzazione del rischio e dello *Schutzzweck* vengano applicati a casi che sono perfettamente risolvibili già sul piano della causalità.



Il mutamento di prospettiva suggerito sarebbe opportuno per diverse ragioni, non solo dogmatiche e sistematiche, ma anche applicative, dato che la giurisprudenza, interrogandosi circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento lecito, finisce per adottare un medesimo metodo di accertamento sia per il rapporto di causalità sia per la colpa, attuando così implicitamente la identificazione tra causalità e causalità della colpa. Del resto, l'idea della evitabilità dell'evento in caso di condotta lecita, nel senso di conforme al diritto, è alla base della causalità così come intesa nella vita quotidiana e della imputazione così come concepita dall'ordinamento giuridico.

La trattazione della problematica del comportamento alternativo lecito esclusivamente nell'ambito della colpa e la conseguente estromissione della questione della rilevanza dei decorsi ipotetici si possono spiegare con la tendenza espansiva della dogmatica della colpa negli ultimi decenni, a discapito della teoria della causalità (che non fosse intesa in maniera rigorosamente "scientifica"). A fronte della tendenza che nel tempo ha portato il settore della colpa (in particolare, il suo versante oggettivo-normativo) ad assorbire al proprio interno temi e criteri che in realtà riguardano l'illecito in generale e non solo l'illecito colposo, occorre tornare a valorizzare l'"oggettivo" comune a illecito doloso e colposo, a maggior ragione oggi che esso non si presenta più "scarno" come in passato, ma offre la ricca e complessa fisionomia donatagli dalla teoria della imputazione oggettiva.

Stupisce constatare che, malgrado la notevole complessità del tema e gli inevitabili dubbi della dottrina, le soluzioni adottate in giurisprudenza si rivelino generalmente condivisibili, apparendo frutto di intuizioni corrette, a dispetto di argomentazioni non sempre limpide e lineari. Ciò conferma, a nostro avviso, l'idea dell'esistenza di un nesso tra realizzazione del rischio, evitabilità e causalità.

È interessante notare, altresì, che nonostante il tenace rifiuto della teoria dell'imputazione oggettiva da parte della dottrina e la tradizionale impermeabilità della giurisprudenza nei suoi confronti, si consolida il ricorso al criterio del comportamento alternativo lecito, che rappresenta il primo e fondamentale concetto dal quale i teorici della imputazione oggettiva hanno progressivamente sviluppato i criteri dell'aumento del rischio, dello scopo della norma e della realizzazione del rischio. Questa ricezione "selettiva" di alcuni aspetti della teoria della imputazione oggettiva ostacola evidentemente una chiara visione d'insieme, che consentirebbe di apprezzare il nesso normativo tra colpa ed evento nel quadro del più generale principio di imputazione basato sul nesso di rischio.

Preme ribadire altresì che la separazione tra causalità della condotta e causalità della colpa conduce ad un concetto di causalità del tutto anacronistico, una causalità che è mera condizionalità, indistinta, illimitata, avalutativa. L'ostinato tentativo di estrapolare un rapporto di causalità autonomo rispetto al nesso di evitabilità conduce esclusivamente ad estendere (in maniera pressoché illimitata) il novero delle condizioni dell'evento di cui si dovrà in seguito vagliare la rilevanza. Senza contare che questa impostazione costringe l'interprete a iper-concretizzare l'evento verificatosi,

nell'ottica di ritenere sempre sussistente un nesso causale in presenza di una seppur minima alterazione.

La "costruzione separata" tra nesso causale e nesso normativo tra colpa ed evento esigerebbe, peraltro, che si distinguesse con chiarezza tra profilo causale e profilo della colpa, precisando i relativi criteri di accertamento (con argomentazioni in grado di superare il generico riferimento a presunte diverse esigenze di tutela o di prova).

Al contrario, la dottrina, allorché l'evento si riveli inevitabile anche in caso di comportamento alternativo lecito, si limita a dichiarare irrilevante (insufficiente) il nesso causale naturalistico tra la condotta e l'evento, invocando il requisito di uno specifico nesso normativo, svelando con ciò di ritenere anch'essa decisiva ai fini della imputazione la rilevanza causale non già della condotta *tout court*, bensì della condotta nella sua dimensione illecita, antidoverosa.

Laddove si richiede che l'evento si sia verificato "a causa" della colpa, in realtà si fa riferimento ad una *condotta* colposa e ciò che si richiede è che l'evento derivi proprio dalla violazione della norma (che esso sia, secondo una diversa e più moderna terminologia, riconducibile al rischio non consentito e illecito attivato dall'agente).

Del resto, la "colposità", la "antidoverosità", la "illiceità" costituiscono caratteristiche disposizionali della condotta e ai fini della valutazione giuridica non ha alcun senso separarle da essa, dal momento che ciò che interessa è che la qualità tipica (penalmente rilevante) della condotta (la "*tatbestandsmäßige Qualität des Verhaltens*", le "*wrongful features*") sia causale<sup>383</sup>.

Si prospetta insomma un nesso causale che ha come termini di relazione l'illiceità (l'antidoverosità), da un lato, e l'evento, dall'altro, e che segue lo schema di accertamento causale proprio dell'omissione. Non tanto la causalità materiale tra condotta ed evento, quanto il nesso normativo tra illiceità della condotta ed evento integra il nucleo del disvalore e dell'offensività dell'illecito<sup>384</sup>. Che sia determinante non già la causalità naturalistica riferita ad una condotta in sé, ma la causalità normativa riferita alla violazione di una norma (e alla conseguente creazione di un rischio illecito) è dimostrato, del resto, dalla stessa esistenza nell'ordinamento della causalità omissiva (che dal punto di vista naturalistico neppure esiste). Anzi, come abbiamo visto, in questa prospettiva causalità attiva ed omissiva finiscono col coincidere, contando soltanto l'incidenza causale della inosservanza della norma.

In dottrina non mancano le voci che sostengono, più o meno apertamente, che il nesso di rischio rappresenta un vero e proprio requisito causale, una sorta di specificazione della causalità, nella misura in cui «non soltanto la condotta dell'agente deve

<sup>383</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 412; ULSSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 107; MÜNZBERG, *Verhalten*, cit., 127; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 14; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59; PUPPE, *op.ult.cit.*, 2; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 527 ss.; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 69 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 328.

<sup>384</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1060 s.; ANGIONI, *Note*, cit., 1291.

essere causale rispetto all'evento, ma proprio *quelle caratteristiche* della condotta, che ne determinano la illiceità»<sup>385</sup>. «Non si tratta, infatti, della causalità dell'azione storica, nella sua naturalistica identità, ma nella sua, previamente individuata, illiceità, inosservanza, e quindi della causalità della "colpa" (condotta colposa inosservante) rispetto all'evento, accertabile quindi solo sotto la logica presupposizione di una norma la quale individui la illiceità della condotta storica»<sup>386</sup>.

In quest'ottica, «le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 c.p. – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, e, dunque, coincidono»<sup>387</sup>.

La prospettiva tratteggiata conduce a tematizzare necessariamente il problema anche in relazione al reato doloso. L'esigenza di "materializzazione" della illiceità della condotta nell'evento non può infatti ritenersi estranea al fatto doloso. Ciononostante, viene raramente affrontata la questione della validità del criterio del comportamento alternativo lecito (evitabilità) nell'ambito del reato doloso, dove di fatto viene a coincidere con la mera omissione della condotta vietata.

Deve valutarsi, per contro, l'opportunità di una soluzione unitaria della questione, sulla base della considerazione che l'inevitabilità dell'evento nonostante il rispetto della norma deve tradursi in un beneficio per l'agente (sia doloso sia colposo), nella misura in cui la sua condotta non abbia aumentato il rischio né peggiorato la situazione del bene giuridico rispetto alla condotta lecita.

<sup>385</sup> PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 230; JAKOBS, *op.ult.cit.*, 59 s.; ID., *Strafrecht*, cit., 226, il quale afferma che in caso di assenza di *Risikoverwirklichung* manca la causalità giuridicamente rilevante, la *relevante Kausalität*. V. anche FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 55 ss e 527; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 69 ss.; DEGENER, *Die Lehre*, cit., 437; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 50.

<sup>386</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 442, nt. 192.

<sup>387</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061.



## Capitolo IV

### IL NESSO DI ILLICEITÀ TRA CONDOTTA ED EVENTO QUALE SPECIFICA MANIFESTAZIONE DELLA CAUSALITÀ PENALMENTE RILEVANTE

SOMMARIO: 1. La soluzione causale. - 1.1. L'affinità tra *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* e *Kausalzusammenhang* in prospettiva normativa. - 1.2. Il ruolo del giudizio controfattuale sul piano della causalità e sul piano della imputazione. - 1.3. Conseguenze dell'adozione di una soluzione causale. - 2. La rilevanza del nesso normativo di illiceità nel reato doloso: il comportamento alternativo lecito e la evitabilità dell'evento nel reato doloso. - 2.1. La tradizionale differenziazione tra reati colposi e reati dolosi. - 2.2. La violazione della diligenza oggettiva (*Sorgfaltspflichtverletzung*) nel reato doloso. - 2.3. (*segue*) Adeguatezza e pericolosità della condotta. - 2.4. Esiste un "nesso di antidoverosità" (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) nel reato doloso, esiste una "causalità del dolo"? - 3. L'accertamento del nesso normativo: la formula della *condicio sine qua non* e il confronto tra evento reale ed evento ipotetico. - 3.1. La *condicio sine qua non* quale formula di imputazione. - 3.1.1. Il ruolo della formula. - 3.1.2. La funzione delle leggi scientifiche di copertura. La generalizzazione. - 3.1.3. Causalità generale e causalità individuale: il passaggio dalla generalizzazione alla individualizzazione. - 3.1.4. Il procedimento di esclusione di cause alternative. - 3.2. La funzione selettiva del procedimento di confronto tra evento reale ed evento ipotetico. - 3.2.1. Precisazioni in merito alla *ratio* del criterio dell'aumento del rischio. - 3.2.2. La comparazione con l'ipotetico rischio consentito. - 3.2.3. Conseguenze per il concetto di evento: offensività e *Verschlechterungsprinzip*. - 3.3. Conclusioni.

#### 1. *La soluzione causale*

##### 1.1. *L'affinità tra Pflichtwidrigkeitszusammenhang e Kausalzusammenhang in prospettiva normativa*

All'esito dell'analisi svolta nei due capitoli precedenti possiamo affermare che la questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito (denominata significativamente "causalità della colpa") presenta palesi analogie con la questione causale.

Ciò è particolarmente evidente nei casi di *omissione*, in cui il comportamento alternativo lecito consiste nella omissione della condotta e occorre domandarsi se l'evento si sarebbe verificato anche senza di essa: qui le due questioni coincidono perfettamente, con l'avvallo della dottrina rassicurata dalla supposta natura ipotetico-normativo della causalità omissiva.

Ma anche nei casi di *azione*, in cui il comportamento alternativo lecito consiste nel compimento di una condotta osservando determinate cautele, le due questioni fini-

scono di fatto per coincidere: infatti, se l'evento non si sarebbe verificato in caso di osservanza della diligenza, risulta dimostrato che l'evento è la conseguenza non soltanto della condotta illecita, ma della condotta stessa (e proprio ciò è oggetto dell'accertamento causale!); al contrario, se l'evento si sarebbe verificato comunque, anche in caso di osservanza della diligenza, l'evento non soltanto non è considerato imputabile, ma anche il previo accertamento della causalità "materiale" diviene superfluo.

Il criterio del comportamento alternativo lecito, indipendentemente dall'esito della sua applicazione, mira a verificare proprio ciò che costituisce oggetto dell'accertamento causale, ovvero se senza la condotta illecita dell'agente l'evento sarebbe venuto meno<sup>1</sup>.

Tradizionalmente l'accertamento della causalità e della imputazione oggettiva vengono trattate separatamente e indipendentemente l'una dall'altra. Dopo aver accertato la causalità rispetto all'evento *hic et nunc*, la dottrina riprende *ex novo* l'esame della imputazione dell'evento, facendo però riferimento ad un diverso concetto di evento (questa volta astratto-tipologico), dando rilievo ai decorsi ipotetici ed applicando parametri di carattere prettamente normativo (solitamente in funzione limitativa della responsabilità)<sup>2</sup>.

La difficile convivenza tra teoria condizionalistica (aggiornata alla luce della causalità scientifica) e teoria normativa della imputazione oggettiva ha condotto al consolidarsi di un metodo di accertamento del nesso tra condotta illecita ed evento che, in una prima fase, assegna rilevanza al nesso eziologico materiale (naturalistico) e, in una fase successiva, provvede a ritoccare eventuali eccessi. Gli interventi correttivi ispirati all'esigenza di garantire una responsabilità "personale" per l'evento (imputando all'agente soltanto un evento che risulti "opera sua" e rifiutando la logica del *versari in re illicita*) assumono però una fisionomia differenziata in relazione ai diversi tipi di illecito (commissivo-omissivo; colposo-doloso), aumentando ulteriormente la complessità e oscurità del sistema di imputazione.

Nell'ottica della razionalità e semplificazione sistematica, causalità e imputazione vanno riconciliate, tenendo presente che, da un lato, l'imputazione oggettiva si riferisce ai medesimi fatti già valutati ai fini dell'accertamento causale e, dall'altro, i criteri ritenuti decisivi per l'attribuzione di un evento ad un soggetto (in particolare, la realizzazione del rischio e lo *Schutzzweckzusammenhang*) non possono essere del tutto estranei alla causalità.

Le soluzioni vanno dunque ricercate *già* sul piano della causalità quale primo livello di indagine (se alla causalità intendiamo riconoscere ancora una funzione *reale* all'interno della struttura del reato), evitando inutili duplicazioni di giudizio nei livelli successivi della sistematica del reato<sup>3</sup>. A fronte della sostanziale prevalenza dei cri-

<sup>1</sup> FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 69 s.

<sup>2</sup> Critica, in questo senso, PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 30.

<sup>3</sup> Senza contare che l'imputato ha un chiaro interesse alla formula assolutoria più favorevole perché "il

teri di accertamento della imputazione oggettiva una verifica preliminare e separata della causalità materiale si rivela di fatto superflua, restando essa assorbita all'interno delle considerazioni normative della *Zurechnungslehre*<sup>4</sup>.

In verità, non si ricerca altro che il nesso *causale* tra illiceità ed evento.

Anche il nesso tra colpa ed evento, infatti, può essere definito secondo i criteri utilizzati per la causalità. Se l'accertamento causale viene riferito alla condotta *in quanto illecita* si configura una vera e propria causalità e può agevolmente respingersi la critica secondo cui la colpa (la *Pflichtwidrigkeit*) non può di per sé causare nulla. La dottrina ha sottolineato che "causa" può essere non soltanto un comportamento o un accadimento reale, ma anche un attributo della condotta o il contenuto ideale di un fatto – e la scelta dipende naturalmente dall'obiettivo perseguito dall'osservatore<sup>5</sup>.

Certo, la causalità della condotta costituisce un indispensabile presupposto per la "causalità della colpa", ma il comportamento reale *da solo* non può mai rappresentare la causa penalmente rilevante di un evento, dal momento che la legittimazione sostanziale della responsabilità penale poggia su un giudizio di disvalore espresso nei confronti del soggetto per un comportamento che avrebbe dovuto (e potuto) non tenere.

Il punto allora non è se la causalità della condotta rappresenti un requisito per la imputazione di un evento, bensì se l'evento cagionato debba trovarsi anche in un rapporto di causalità con la *dimensione giuridicamente rilevante* della condotta, vale a dire con la sua illiceità o antidoverosità<sup>6</sup>.

Ai fini dell'esistenza del nesso (causale) normativo tra condotta ed evento rileva dunque non tanto la condotta in sé, quanto una *specifico componente* della condotta. Tale componente è data dalla illiceità della condotta rispetto ad un determinato tipo di eventi, illiceità risultante dall'essere la condotta non soltanto *formalmente* in contrasto con una norma di comportamento, ma *sostanzialmente* pericolosa in vista della verifica dell'evento (nel senso di adeguata a produrlo).

fatto non sussiste" rispetto a quella per cui "il fatto non costituisce reato". Come ha ribadito, da ultimo, Cass., 18.05.2011, n. 27735, l'uso della formula di assoluzione "il fatto non sussiste" «presuppone la mancanza del rapporto di causalità materiale tra la condotta del soggetto e l'occorso», mentre la formula di assoluzione "il fatto non costituisce reato" «implica la ricorrenza, sotto l'aspetto fenomenico, dell'elemento oggettivo del reato, ma esclude che nel comportamento dell'imputato sia ravvisabile l'elemento soggettivo (nei delitti colposi, evidentemente la colpa)». Nello stesso senso, v. Cass., 23.01.2002, n. 22568.

<sup>4</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 70; per questa idea, v. già *Tatbestandsmäßiges*, cit., 51, 520 ss, 526 s. Cfr. PUPPE, *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie*, cit., 287 e ancora EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 1 ss., la quale sottolinea che sotto questo aspetto la decisione del BGH nel *Radfahrerfall* assume un'importanza epocale, dal momento che per la prima volta il requisito della causalità della colpa è stato formulato esplicitamente come requisito della causalità.

<sup>5</sup> In particolare, PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595 ss.; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 2 ss. V. anche HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 252; FRISCH, *op.ult.cit.*, 527; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 98 s.; già prima, MÜNZBERG, *Verhalten*, cit., 126 s.; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 25.

<sup>6</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 212; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067; ANGIONI, *Note*, cit., 1292; DONINI, *Illecito*, cit., 443 (nt. 192); MÜNZBERG, *op.ult.cit.*, 127; HANAU, *op.ult.cit.*, 15 ss. e 82 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 62 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 51 ss.; 511 e 520 ss.; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 69 s.; ID., *Faszinierendes*, cit., 237; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59; ID., *Strafrecht*, cit., 226 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 146 ss.

Se «penalmente non rileva affatto la causalità riferibile *tout court* a una condotta, bensì solo la causalità riferibile alla violazione di un dovere finalizzato ad evitare il prodursi dell'evento verificatosi, sia esso espresso come dovere di impedire o come dovere di attenersi a una regola cautelare»<sup>7</sup>, è nella verifica della evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito che si sostanzia l'accertamento della causalità giuridicamente rilevante (come accade tipicamente nell'illecito omissivo o colposo). La rilevanza giuridica del condizionamento causale, invero, «trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa, rappresentata dalla mancata attivazione della misura precauzionale e dalla sua "rilevanza causale" rispetto all'evento storico: solo chiedendoci davvero "cosa sarebbe successo" nell'ipotesi di comportamento lecito possiamo stabilire che ciò che è accaduto è comunque un fatto "peggiorativo"»<sup>8</sup>.

Si tratta evidentemente di un nesso di tipo (teleo)logico tra condotta ed evento: in questa prospettiva sono le caratteristiche che rendono illecita la condotta (in vista di un determinato evento) a porsi in relazione con l'evento<sup>9</sup>. Il nesso normativo tra condotta ed evento (la c.d. causalità della colpa) esprime proprio l'esigenza che l'evento sia riconducibile a una di queste componenti illecite della condotta.

Il nesso di causalità penalmente significativo non coincide dunque con il nesso causale naturalistico, ma con il nesso normativo esistente tra il (dis)valore contenuto nella condotta e l'evento a sua volta apprezzato nella sua dimensione di (dis)valore. Tanto più che la disciplina positiva in tema di causalità (artt. 40 e 41 c.p.) è espressione unitaria e coerente di una scelta in favore di una visione non naturalistica, ma normativa del nesso tra condotta umana ed evento, incentrata sull'elemento della impeditività ed evitabilità dell'evento. A ciò si aggiunge il rilievo attribuito dagli artt. 49 e 56 c.p. alla capacità offensiva della condotta e alla sua adeguatezza a cagionare l'evento<sup>10</sup>.

Esiste un filone dottrinale che, pur con accenti e finalità differenti, intende superare la distinzione tra causalità e imputazione normativa, proponendo di integrare le valutazioni della imputazione oggettiva nel giudizio causale. Secondo questa imposta-

<sup>7</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1067, il quale spiega (*ivi*, 1058) che non avrebbe senso l'imputazione delle conseguenze della condotta «quando il controllo del rischio relativo al loro verificarsi non fosse richiesto, dal punto di vista giuridico, all'agente, vale a dire quando non fossero identificabili *ex ante* obblighi di quest'ultimo (compresi gli obblighi di totale astensione dall'agire) intesi a far sì che possibili conseguenze della condotta non si verificano».

<sup>8</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44.

<sup>9</sup> In particolare, PUPPE (*Die Erfolgszurechnung*, cit., 76; già *Die Beziehung*, cit., 610; anche in NK, Vor §§ 13 ff., n. 206), per la quale «proprio quelle caratteristiche della condotta, che la rendono illecita [*sorgfaltswidrig*], devono allo stesso tempo comparire come elementi necessari nella spiegazione causale dell'evento».

<sup>10</sup> In questo senso, specialmente LICCI, *Teorie causali*, cit., 300 ss., il quale sottolinea l'esistenza di una «relazione di impeditività, la quale, lungi dal costituire una deroga rispetto al modello commissivo, tende a proporsi come paradigma generale della figurazione causale costituente il predicato di ogni condotta in senso normativo» (*ivi*, 305). Riguardo al ruolo decisivo della *Vermeidbarkeit*, v. già KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 31 ss. Sottolinea questo aspetto, recentemente, RONCO, *Interruzione*, cit., 824 ss. In merito all'esigenza di una condotta realmente pericolosa e offensiva ed al requisito della adeguatezza, v. *infra*, par. 2.3.



zione, l'unico legame configurabile tra condotta ed evento è il nesso causale, al quale non vi è motivo di aggiungere un ulteriore autonomo nesso.

Si tratta di indirizzi che concepiscono *ab origine* la causalità in termini prettamente normativi e che sviluppano le riflessioni di quel settore della dottrina più antica che considerava la causalità come parte integrante del giudizio di imputazione, ovvero la imputazione oggettiva come una particolare forma di causalità<sup>11</sup>.

In particolare, *Puppe* e *Jakobs* hanno elaborato una definizione di causalità penalmente rilevante che esprime l'esigenza di un nesso (una corrispondenza) tra gli elementi fondanti l'illiceità della condotta e l'evento, al fine di "concretizzare" l'idea della realizzazione del rischio nell'evento per integrarla all'interno del giudizio causale.

Per entrambi gli Autori i parametri sui quali si fonda la illiceità devono comparire nella spiegazione causale dell'evento (e tra questi deve sussistere il nesso). In particolare, per *Jakobs* si ha rilevanza giuridica di un nesso causale (ovvero realizzazione del rischio illecito nell'evento) quando per la spiegazione causale di un evento sono necessarie tutte quelle informazioni dalle quali risulta la natura non consentita del rischio<sup>12</sup>; analogamente *Puppe* ritiene che vi sia realizzazione del rischio, quando le caratteristiche della condotta, che fondano la sua illiceità, sono parte necessaria della spiegazione causale, cioè dell'insieme di condizioni sufficiente per la verifica dell'evento<sup>13</sup>.

Secondo *Puppe*, l'errore di dottrina e giurisprudenza consiste nell'eliminare l'intera condotta illecita, quando invece sarebbe più corretto eliminare le sole caratteristiche illecite (contrarie a diligenza) della condotta. Ammettendo, invece, che la causa non è altro che una condizione e che una condizione non è altro che un fatto, è possibile eliminare dalla spiegazione causale – senza dover ricorrere a sostituzioni mentali – non la condotta inosservante, ma soltanto quelle caratteristiche che determinano il contrasto della condotta con gli obblighi di condotta<sup>14</sup>. La colpa risulta causale rispetto all'evento quando, eliminando le sole caratteristiche illecite della condotta dalla spiegazione causale, questa diviene incoerente e irrisolvibile; in questo caso, infatti, i dati sui quali si fonda la illiceità della condotta costituiscono parte necessaria di una condizione sufficiente (*notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Bedingung*)<sup>15</sup>.

Per illustrare la sua teoria l'A. ricorre all'esempio dell'automobilista che cagiona un incidente guidando con un faro guasto: mentre la dottrina dominante commette

<sup>11</sup> In origine, LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, cit., 61 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 69; HONIG, *Kausalität*, cit., 174 ss.; EB. SCHMIDT, *Der Arzt*, cit., 115. V. inoltre, PUPPE, *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie*, cit., 287 ss.; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 1 ss.; EAD., *Die Beziehung*, cit., 601, e il concetto di "Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung"; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 59 s., il quale utilizza l'unitario concetto di "relevante Kausalität". Recentemente, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 127.

<sup>12</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226.

<sup>13</sup> PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 601; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 62 ss.; EAD., *NK*, vor § 13 ff., n. 206.

<sup>14</sup> PUPPE, *Naturalismus*, cit., 315.

<sup>15</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 315; EAD., *Die Beziehung*, cit., 599; EAD., *Die Erfolgszurechnung*, cit., 71.

l'errore di non considerare causale la circostanza "faro difettoso", perché ancorata ad un concetto di causa come causa efficiente (forza), e di eliminare l'intera condotta sostituendola con una fittizia non meglio specificata, Puppe propone di eliminare mentalmente dal contesto della condotta complessivamente considerata soltanto l'elemento rappresentato dal "faro rotto", tentando di spiegare l'evento a prescindere dalla sua presenza. Poiché l'evento è spiegabile perfettamente anche senza fare alcun riferimento al faro rotto, l'A. conclude che il rischio illecito non si è realizzato nell'evento<sup>16</sup>.

La conseguenza più gravosa della concezione della causa come causa efficiente (*Wirkursache*) è che essa induce la dottrina a valutare la causalità di un fenomeno complessivamente, considerando cioè le condizioni di un evento congiuntamente, anche laddove sarebbe invece necessaria la loro considerazione separata, come quando si tratta di valutare la rilevanza causale di una singola caratteristica o qualità della condotta (come ad esempio l'ubriachezza dell'agente o l'eccesso di velocità). Da una caratteristica non proviene ovviamente alcuna "forza" né "energia" fisica ed è per tale ragione che la dottrina non parla mai di "causalità dell'ubriachezza" né di "causalità dell'eccesso di velocità", ma sempre e soltanto di causalità della condotta *tout court* (il guidare in stato di ubriachezza o con una velocità eccessiva). In questo modo, tuttavia, la causalità viene affermata anche quando, nel caso concreto, l'evento non dipende dalla velocità eccessiva o dalla ubriachezza dell'automobilista. Proprio per evitare l'attribuzione dell'evento in casi simili la dottrina è costretta a ricorrere ad un secondo giudizio di imputazione di tipo normativo, indicato come *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* o *Kausalität im Rechtssinne*.

Questo "speciale nesso", ulteriore rispetto a quello strettamente causale, resta oscuro fintantoché non lo si interpreti come nesso causale e, in particolare, come nesso causale esistente non tra la condotta e l'evento, ma tra la dimensione illecita della condotta e l'evento. Ciò che deve essere accertato è appunto la causalità dell'eccesso di velocità, della ubriachezza, della esposizione all'amianto rispetto all'evento e per far ciò non occorre eliminare mentalmente l'intera condotta, ma soltanto gli aspetti della condotta che presentano rilevanza giuridica.

È di tutta evidenza che la teoria di Puppe interpreta il nesso normativo tra colpa ed evento in termini strettamente causali, e lo dimostra l'adozione del tradizionale metodo di accertamento della causalità, basato sul criterio condizionalistico e sulla eliminazione mentale<sup>17</sup>. La "causalità della colpa" (nesso di illiceità o antidoverosità; *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) non costituisce un requisito ulteriore rispetto alla causalità, del quale si possa fare a meno o che possa essere accertato secondo canoni meno stringenti, ma costituisce un presupposto irrinunciabile della imputazione, nella

<sup>16</sup> PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 76 s.

<sup>17</sup> In particolare, Puppe applica il criterio causale della condizione INUS (*insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*) sviluppato da Mackie (*The Cement*, cit., 62 ss.); v. PUPPE, *op.ult.cit.*, 71.

misura in cui l'agente deve aver cagionato l'evento proprio attraverso le caratteristiche illecite (*unerlaubte Eigenschaften*) della propria condotta. Identificando un requisito di natura causale, la "causalità della colpa" va quindi accertata secondo i *medesimi criteri* previsti per la causalità<sup>18</sup>.

Anche per *Jakobs* la *Risikoverwirklichung* è una *Spezifizierung* della causalità, dal momento che l'evento non è condizionato da qualsivoglia circostanza, ma in particolare da quelle circostanze che fondano il giudizio di illiceità<sup>19</sup>. Rispetto all'evento, inteso non come dato naturalistico, ma come modificazione del bene giuridico protetto, rileva non già la causalità della condotta, ma la causalità della trasgressione della norma (*Normbruch*). Il nesso (causale) tra rischio illecito (non consentito) ed evento è denominato da *Jakobs* «*relevante Kausalität*»<sup>20</sup>.

Se per accertare l'esistenza di un legame tra "colpa" ed evento si applica di fatto un criterio di accertamento analogo a quello causale (in quanto basato sul metodo di eliminazione mentale e sul giudizio controfattuale), non è affatto irragionevole utilizzare anche per siffatto nesso il concetto di "causalità".

A questo proposito, *Toepel*, nel quadro di una rigorosa "soluzione causale", ricorda – sulla scorta delle riflessioni di *Mackie* – che possono configurarsi due distinti concetti di causa, funzionali a scopi differenti: da un lato, si può pensare alla causa come spiegazione di un evento e, dall'altro, si può semplicemente stabilire una relazione tra due accadimenti<sup>21</sup>. Nel primo caso utilizziamo un concetto di causa esplicativa (*explanatory cause*), riferito al fattore che presenta una caratteristica causalmente rilevante; nel secondo caso, invece, ci riferiamo ad un concetto di causa produttrice (*producing cause*) ed è sufficiente procedere alla concretizzazione dell'evento per rintracciare la sua causa, senza che debbano essere rilevanti le caratteristiche causali dell'antecedente. In quest'ottica, la causalità materiale potrebbe configurare una *producing cause*, mentre il nesso di illiceità indicherebbe una *explanatory cause*.

Nell'esempio della novocaina, il fatto di iniettare cocaina al posto di novocaina è sicuramente una causa che *produce* la morte del paziente; se iniettando novocaina il paziente non fosse morto, l'iniettare cocaina sarebbe al tempo stesso anche *explanatory cause* dell'evento. Tuttavia, poiché nel caso concreto anche iniettando novocaina il paziente sarebbe morto, il fatto di iniettare cocaina non rappresenta un elemento causalmente rilevante per la spiegazione dell'evento. Ecco perché viene negato il "secondo nesso" (cioè il nesso normativo tra colpa ed evento): la condotta illecita del

<sup>18</sup> PUPPE, *op.ult.cit.*, 93; EAD., NK, vor § 13 ff., n. 214. L'A. (*Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung*, in *ZJS online*, 2008, 492) ritiene corretta nella sostanza l'espressione „*Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung*”, ma ammette che sarebbe più preciso il concetto di causalità della „*sorgfaltswidrige Eigenschaft der Handlung*”. Da noi, v. EUSEBI, *Appunti*, cit., 1058 ss.; da peculiare angolazione, ANGIONI, *Note*, cit., 1289 ss.

<sup>19</sup> JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59-60; ID., *Strafrecht*, cit., 226.

<sup>20</sup> JAKOBS, *op.ult.cit.*, 226; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 59 s.

<sup>21</sup> TOEPEL, *Kausalität*, cit., 98 s., riprendendo MACKIE, *The Cement*, cit., 260 ss.

medico non spiega l'evento (a meno che non si prenda in considerazione come condotta alternativa lecita l'omissione della condotta *tout court*, ovvero l'astensione da qualunque tipo di iniezione).

Come scrive *Toepel*, il fatto di ritenere che una condotta sia una causa penalmente significativa soltanto quando essa sia stata rilevante per l'evento proprio in quanto illecita (antidoverosa) – come del resto affermava il BGH nel *Radfahrerfall* – corrisponde perfettamente all'idea di “causa esplicativa” (*erklärende Ursache*), per la quale è la caratteristica della illiceità a rappresentare il fattore causale rilevante per la spiegazione dell'evento<sup>22</sup>.

In conclusione, non è sbagliato parlare di causalità in entrambi i casi, dato che quando si richiede che la condotta sia rilevante per l'evento “secondo parametri normativi” non si fa altro che cercare la *explanatory cause* (la *erklärende Ursache*).<sup>23</sup>

Ciò chiarito, *Toepel* precisa il metodo di accertamento della causalità penalmente rilevante, consistente in una sorta di *doppia ipotesi*: da un lato, si sostituisce la condotta illecita con quella lecita per verificare se questa sarebbe stata causale per l'evento e, dall'altro, si verifica se la condotta lecita sarebbe stata causale mediante l'applicazione della *c.s.q.n.*, cioè accertando se l'evento ipotetico sarebbe venuto meno eliminando la ipotizzata condotta lecita. La condotta illecita dell'agente configura una causa esplicativa (*erklärende Ursache*) per l'evento quando la condotta lecita non avrebbe cagionato l'evento; per stabilire se la condotta lecita avrebbe a sua volta cagionato l'evento si applica la formula della *c.s.q.n.*<sup>24</sup>.

Rispetto al procedimento di eliminazione mentale comunemente adottato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, limitato a verificare cosa sarebbe successo eliminando la condotta illecita e immaginando come compiuta quella lecita, *Toepel* richiede una *doppia verifica di causalità* (una doppia ipotesi, appunto): una riferita alla condotta illecita effettivamente tenuta rispetto all'evento concreto, l'altra riferita all'ipotetico comportamento alternativo lecito rispetto all'evento. L'A. conclude che se il comportamento alternativo lecito è causale (perché senza di esso l'evento non si sarebbe verificato), il nesso di antidoverosità non sussiste, mentre se il comportamento alternativo lecito non è causale (perché senza di esso l'evento si sarebbe verificato comunque), il nesso di antidoverosità sussiste<sup>25</sup>.

Con riferimento alla tesi illustrata deve considerarsi che il procedimento di eliminazione mentale della condotta illecita e la sua sostituzione con il comportamento alternativo lecito generano un equivoco, inducendo l'interprete a credere che il comportamento alternativo lecito possa essere “causa” dell'evento, al posto della condotta illecita dell'agente.

<sup>22</sup> TOEPEL, *op.ult.cit.*, 100.

<sup>23</sup> TOEPEL, *ibidem*.

<sup>24</sup> TOEPEL, *op.ult.cit.*, 104 ss.; 134.

<sup>25</sup> TOEPEL, *op.ult.cit.*, 132, 105.

In realtà, il comportamento alternativo lecito non può mai costituire una causa ipotetica alternativa alla condotta illecita dell'agente, per la semplice ragione che esso non avrebbe "causato" l'evento, ma semmai *non lo avrebbe impedito*. Nella situazione ipotetica, infatti, l'evento non sarebbe stato cagionato dal comportamento alternativo lecito, ma da un diverso fattore causale alternativo o concorrente (come accade peraltro nel reato omissivo improprio). Così, nel caso dei peli di capra, il fatto che pure in presenza del comportamento alternativo lecito l'evento fosse inevitabile non significa che (anche) la corretta disinfezione dei peli avrebbe "causato" la morte delle operaie, ma piuttosto che essa non sarebbe stata idonea a neutralizzare l'infezione; analogamente, nel caso della novocaina l'inutilità del comportamento alternativo lecito non indica che anche la somministrazione di novocaina avrebbe cagionato la morte, ma piuttosto che la morte è riconducibile alla particolare costituzione fisica della vittima.

La precisazione non è di poco momento: essa consente di cogliere la reale funzione del criterio del comportamento alternativo lecito (fondato sull'applicazione della formula della *c.s.q.n.* alla dimensione illecita della condotta) volta a stabilire se la condotta dell'agente sia davvero causa dell'evento o se la causa vada ricercata *altrove*.

Trova allora nuovamente conferma l'idea che la "non causalità" o, meglio, la inutilità del comportamento alternativo lecito rappresenta un segnale del fatto che l'evento è determinato da una causa diversa<sup>26</sup>.

L'impostazione abbraccia una prospettiva strettamente causale (condizionalistica), che nega l'esigenza di un ulteriore nesso (rispetto a quello causale) tra condotta colposa ed evento. Quando manca il nesso normativo tra colpa ed evento, in realtà mancherebbe già la causalità della condotta (colposa). Per tale ragione, risulta comprensibile e fondamentalmente corretto l'utilizzo della *c.s.q.n.* anche per l'accertamento del nesso di illiceità o antidoverosità. La "causalità della colpa" rappresenta, in definitiva, il criterio mediante il quale si accerta la impedibilità dell'evento da parte dell'agente.

In seno alla letteratura italiana va segnalata la posizione di *Eusebi*, il quale, sul presupposto che «la condotta che ha rilievo penale (...) è sempre e soltanto quella che costituisce la violazione di una *regola di diligenza* (rivolta, cioè, in senso cautelare alla protezione di un determinato bene giuridico) e, specificamente di una regola finalizzata a evitare il prodursi di un evento (...) del tipo di quello verificatosi»<sup>27</sup>, sostiene che «per potersi parlare di condizione necessaria, cioè per assolvere a quanto richiesto dalla formula della *c.s.q.n.*, va escluso che l'evento potesse comunque determinarsi, a parità di altre condizioni, pure nel caso in cui la regola suddetta non fosse stata trasgredita». Di conseguenza, «risulta in linea con le scelte del codice penale in tema di nesso eziologico fra condotta ed evento desumere che il giudizio sulla evitabilità di

<sup>26</sup> V. già *supra*, cap. III, 3.5. e 3.6.

<sup>27</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059.

quest'ultimo sia *parte integrante* (e quindi *ineliminabile*), dal punto di vista penalistico, del giudizio complessivo sul nesso citato»<sup>28</sup>.

Non ha dunque alcun rilievo il fatto che una condotta abbia materialmente cagionato un evento lesivo, ma conta soltanto che tale l'evento sia stato prodotto da una condotta non conforme al rispetto di regole cautelari finalizzate a evitarlo.

L'assunto che, *in qualsiasi illecito penale*, la condotta causalmente significativa debba rappresentare la violazione di una regola di diligenza implica che quest'ultima non si sostanzia nella regola cautelare ai sensi dell'art. 43 c.p., ma indichi qualunque regola diretta a prevenire una determinata classe o tipologia di eventi lesivi (sia mediante l'imposizione del rispetto di determinate cautele nell'esercizio di specifiche attività svolte in un contesto di base lecito, sia mediante l'imposizione della piena astensione dalla condotta in un contesto di base illecito)<sup>29</sup>.

Come spiega Eusebi, la categoria delle regole di diligenza è nella sostanza unitaria, poiché tutte sono finalizzate a prevenire una determinata offesa, «l'individuazione della quale è necessaria onde stabilire se la regola eventualmente violata sia pertinente rispetto all'evento realizzatosi e, dunque, se sussista un nesso di causalità rilevante ai fini penali tra un certo comportamento e determinati suoi effetti che corrispondono a quelli descritti in una fattispecie incriminatrice»<sup>30</sup>. Insomma: la "pertinenza" della regola violata rispetto all'evento concreto prodotto determina la stessa sussistenza del nesso di causalità penalmente rilevante.

La tesi conclusiva può inserirsi nel filone delle *Kausalitätslösungen*, che attribuiscono alla spiegazione causale un valore normativo, che prescinde dalla stretta considerazione della consequenzialità naturalistica: «Le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 c.p. – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, e, dunque, *coincidono*»<sup>31</sup>.

Da tale impostazione discende l'ulteriore fondamentale corollario, per cui la "seconda nozione" di causalità *ex art. 43 c.p.*, in particolare, concerne non soltanto gli illeciti colposi, ma anche quelli dolosi, essendo la violazione di una regola cautelare elemento comune ai fatti dolosi e colposi, proprio in quanto primo presupposto della rilevanza penale della condotta.

Invero, come abbiamo più volte sottolineato, non ha senso interrogarsi circa la rilevanza causale della condotta *in sé*, "neutra", priva di una dimensione di illiceità

<sup>28</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1061.

<sup>29</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1060 s. Sostiene una tesi analoga ANGIONI, *Note*, cit., 1289 («La causalità penalmente significativa, da accertarsi con un livello di credibilità razionale prossimo alla certezza, è quella che attiene al rapporto tra la regola di diligenza e l'evento»).

<sup>30</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1059.

<sup>31</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1060 s. V. ancora ANGIONI, *op.ult.cit.*, 1308, ove sottolinea che sul piano strettamente logico il nesso causale tra condotta ed evento e il nesso causale tra colpa ed evento sono perfettamente identici.

e antidoverosità; questa dimensione non è certo propria soltanto della condotta colposa, ma connota anche la condotta dolosa, in quanto *antigiuridica* (rispetto ad una norma) e *offensiva* (in vista di un determinato evento lesivo)<sup>32</sup>.

L'evitabilità dell'evento mediante l'osservanza della regola violata, finalizzata specificamente a prevenire eventi del tipo di quello concretamente verificatosi, configura dunque un requisito comune al reato doloso e a quello colposo proprio perché attiene alla verifica della causalità. In questo senso, una condotta è causale nella misura in cui l'evento è evitabile (in quanto esisteva una norma finalizzata a prevenirlo)<sup>33</sup>.

Se si accerta che l'evento si sarebbe verificato anche in caso di condotta diligente, deve riconoscersi che la condotta non è stata *c.s.q.n.* dell'evento. Che la dottrina dominante in caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito ritenga irrilevante il nesso causale naturalistico tra la condotta e l'evento non è che la dimostrazione del fatto che ai fini della imputazione dell'evento è decisiva la rilevanza causale non della condotta *tout court*, bensì della condotta *antidoverosa* dell'agente<sup>34</sup>.

L'unica differenza riscontrabile tra illeciti dolosi e illeciti colposi – differenza cui non può comunque attribuirsi alcun significativo valore dogmatico – riguarda la possibilità di apprezzare in via autonoma la verifica della evitabilità dell'evento rispetto all'accertamento causale<sup>35</sup>. Nei casi (tipicamente dolosi) in cui la condotta, *di base illecita*, coincide con la violazione della regola cautelare in quanto non conforme a diligenza *tout court*, l'accertamento del nesso di causalità rispetto alla condotta naturalistica dell'agente assorbe in sé la prova della evitabilità dell'evento, rendendo di fatto inutile interrogarsi in separata sede sull'evitabilità dell'evento; ma ciò – si badi – non significa che la verifica della evitabilità dell'evento non sia necessaria ai fini causali. Diversamente, nei casi in cui la violazione della regola cautelare si innesta su una condotta *di base lecita* (tipicamente *colposa*) la prova della causalità richiede un secondo giudizio ipotetico controfattuale relativo alle conseguenze del comportamento alternativo lecito. Anche qui però, come precisa Eusebi, «l'accertamento causale che risulta *decisivo* per l'imputazione penalistica del risultato di una certa condotta si identifica (...) col giudizio circa l'evitabilità di tale esito ove un pertinente *dovere* fosse stato adempiuto».

Se, per concludere, il ruolo centrale ai fini della imputazione dell'evento non spetta al nesso di causalità inteso come consequenzialità, bensì al nesso di causalità inteso come evitabilità, occorre però avere chiara la valenza dei concetti di "causalità" e di "colpa" in questo contesto argomentativo. Da un lato, infatti, si configura un concetto eminentemente normativo di causalità; dall'altro, come vedremo, la colpa non indi-

<sup>32</sup> Esigere la violazione di una regola di diligenza anche nelle condotte dolose consente, come sottolinea opportunamente EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1059 s., di «non attribuire rilievo automatico all'esistenza di quel tipo di condotta, e dunque a interrogarsi (...) sulla sua antigiuridicità e sulla sua offensività». Sul punto, *infra*, par. 2.

<sup>33</sup> Cfr. anche LICCI, *Teorie causali*, cit., 320 e 427 («Il principio normativo sotteso al sistema di imputazione italiano non si identifica con un nesso di necessarietà, bensì di dominabilità-impedibilità»).

<sup>34</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1063.

<sup>35</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1061 ss. Anche FORTI, *Colpa*, cit., 220.

ca la violazione di regole di diligenza ai sensi dell'art. 43 c.p. ma, più in generale e con riferimento anche agli illeciti dolosi, la violazione di un dovere giuridico di prevenire o impedire eventi lesivi.

### 1.2. *Il ruolo del giudizio controfattuale sul piano della causalità e sul piano della imputazione*

L'uso del concetto di "causalità" anche per indicare il nesso normativo di illiceità o antidoverosità risulta ancor meno singolare se si considera che il nostro sistema penale possiede già un criterio di imputazione causale di tipo normativo: la formula della *c.s.q.n.*

La dottrina più attenta è consapevole del fondamentale ruolo "polifunzionale" della formula della *c.s.q.n.* all'interno del sistema: essa infatti non soltanto consente di accertare il nesso causale nei reati commissivi e in quelli omissivi, ma anche di valutare la evitabilità di un evento mediante comportamento alternativo lecito<sup>36</sup>. Soprattutto rispetto alla causalità omissiva e alla causalità della colpa la *c.s.q.n.* appare decisiva, dal momento che il giudizio controfattuale (il meccanismo di eliminazione mentale) permette di accertare il *profilo ipotetico* della causalità e di stabilire la rilevanza causale di una condotta (doverosa o diligente) omessa<sup>37</sup>.

Malgrado ciò, la formula della *c.s.q.n.* viene impiegata in modo duplice: rispetto alla causalità materiale l'eliminazione mentale viene effettuata in termini molto rigidi e stretti, facendo riferimento al requisito dell'evento *hic et nunc* ed applicando il parametro della certezza o probabilità confinante con la certezza; rispetto alla "causalità della colpa", invece, l'accertamento avviene in termini ben più elastici, mediante il ricorso ad un concetto di evento generico ed accontentandosi di canoni probabilistici. Non serve ribadire che l'uso eterogeneo della *c.s.q.n.* è funzionale a legittimare decisioni di carattere intuitivo riguardo all'opportunità della imputazione e rende, di fatto, la *c.s.q.n.* una formula altamente manipolabile a seconda delle diverse esigenze punitive<sup>38</sup>.

Occorre, all'opposto, valorizzare le affinità dell'accertamento della causalità sul piano materiale e normativo date dall'utilizzo di una medesima formula fondata sul giudizio controfattuale.

Mentre sul piano della causalità materiale la dottrina, di regola, si limita ad effettuare la eliminazione mentale della condotta illecita *tout court*, nella convinzione di fornire una applicazione oggettiva e avalutativa della *c.s.q.n.*, limitata alla realtà visibile, attraverso il rinvio a leggi scientifiche e senza considerare i decorsi ipotetici (benché questo, come abbiamo visto, comporti il notevole inconveniente di dover ricorrere talvolta a formule correttive), il significato normativo della formula della *c.s.q.n.*

<sup>36</sup> DONINI, *La partecipazione*, cit., 211 s.

<sup>37</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 252; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 94 ss.; DONINI, *Il garantismo*, cit., 950 ss.

<sup>38</sup> V. già le osservazioni svolte *supra*, cap. I, 2.3., e cap. II, 1.4.



viene apertamente riconosciuto laddove si tratta di ricostruire la causalità ipotetico-normativa dell'omissione o di verificare la evitabilità dell'evento (causalità della colpa) nell'illecito colposo, cioè laddove più manifesta è l'esigenza di valutare il decorso ipotetico alternativo collegato all'adozione di una condotta conforme al diritto.

A quanto pare, mentre per affermare che l'evento è "opera" dell'agente nel reato commissivo doloso è sufficiente accertare il nesso causale materiale tra condotta ed evento, nel reato commissivo colposo e nel reato omissivo occorre altresì escludere che l'evento si sarebbe verificato ugualmente per l'azione di fattori causali diversi dal comportamento tenuto in concreto dal soggetto, confrontandolo con la condotta che avrebbe dovuto e potuto tenere in alternativa.

Senonché, l'esigenza di effettuare un confronto tra decorso reale e decorso ipotetico costituisce, a nostro avviso, *sempre* un passaggio essenziale per valutare la rilevanza causale della condotta di un soggetto e per apprezzarne la reale offensività, *anche nel reato commissivo doloso*.

Essendo tale confronto funzionale a cogliere, in particolare, l'efficacia eziologica della *componente illecita* della condotta, esso identifica un momento centrale del processo normativo di imputazione di un evento ad un soggetto. È proprio attraverso la comparazione tra i fatti realmente avvenuti e la sequenza ipotetica di accadimenti che il diverso comportamento (lecito, conforme al diritto) dell'agente avrebbe innescato, che si ottiene la prova dell'esistenza dell'offesa intesa come nesso tra illiceità ed evento lesivo, al di là della generica inosservanza della norma e della antidoverosità della condotta.

Ciò che intendiamo dire è che l'uso occulto fatto della *c.s.q.n.* nel contesto della imputazione oggettiva, peraltro in relazione al solo reato colposo attraverso il criterio della evitabilità e della causalità della colpa, rappresenta in realtà l'uso proprio, specifico del giudizio di imputazione che, in quanto tale, riguarda l'illecito *in generale*.

Più volte nel corso dell'indagine abbiamo sottolineato che la rilevanza dei decorsi causali ipotetici si lega strettamente al riconoscimento della essenza normativa della causalità-imputazione rispondente alla logica normativa della *differenza*. La scelta di fondare l'imputazione dell'evento ad un soggetto su argomentazioni che tengano conto di decorsi ipotetici e di alternative di comportamento implica l'adozione di una prospettiva attenta (anche) a valutazioni politico-criminali, dal momento che si tratta, in sostanza, di stabilire se chi abbia cagionato un evento che si sarebbe ugualmente verificato debba essere punito<sup>39</sup>.

Controverso è se la *c.s.q.n.* applicata al nesso causale materiale e la *c.s.q.n.* applicata al nesso normativo di imputazione debbano rimanere distinte (e se abbia ancora senso la conseguente duplicazione di giudizi) o se non sia preferibile piuttosto unificare i due procedimenti applicando una unica formula di imputazione per

<sup>39</sup> CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., 904 s.

accertare un unico nesso (di natura normativa tra illiceità ed evento)<sup>40</sup>.

A favore di questa conclusione militano diverse ragioni, tra cui principalmente la constatazione che il giudizio controfattuale in ogni caso definisce la illiceità, l'antigiuridicità di un fatto, nella misura in cui prende in considerazione la *ratio* del reato di evento e il significato di offesa<sup>41</sup>. Il giudizio ipotetico non sarebbe altro che una perifrasi per indicare la questione essenziale della evitabilità del concreto decorso lesivo mediante l'osservanza della norma<sup>42</sup>.

In effetti, un elemento di disturbo e insoddisfazione è dato dal fatto che la causalità ipotetica svolge indubbiamente un ruolo nella allocazione della responsabilità penale. Se è comprensibile che la dottrina persista nel negare rilevanza ai decorsi ipotetici, applicando al tempo stesso il criterio del comportamento alternativo lecito, rimane il sospetto che ciò avvenga non tanto a causa di presunti ostacoli di natura teorico-dogmatica, ma piuttosto per timore delle conseguenze pratiche. Il fatto che il divieto di considerare cause e decorsi ipotetici, che costituisce – come abbiamo visto – un postulato unanimemente accolto dalla dottrina sul piano causale, venga invece assai ridimensionato sul piano della imputazione oggettiva<sup>43</sup>, ci induce a ritenere che riportando la causalità nell'alveo della imputazione normativa la questione finisca per perdere rilevanza, rimanendo assorbita all'interno dei meccanismi di funzionamento e applicazione dei criteri di imputazione oggettiva.

In parole semplici: la diffidenza nei confronti della “causalità ipotetica” svanirebbe se si ammettesse che si tratta di un criterio normativo di imputazione e si chiarisse che esso non comporta l'assurda affermazione che un fatto reale non si è verificato solo perché la valutazione giuridica implica la considerazione di un fatto ipotetico.

Va senza dubbio condiviso il rilievo che «gli studiosi del “comportamento alternativo lecito” si sottraggono a tali aporie proprio (e solo) perché il più delle volte rifiutano *in partenza* di collocare la problematica in questione nella prospettiva preliminare ed “unitaria” del rapporto di causalità tra condotta ed evento, accanto o nell'ambito della “causalità alternativa ipotetica”»<sup>44</sup>.

Un primo passo potrebbe essere quello di abbandonare gli stessi concetti di “causalità” e “decorso causale ipotetico” e indirizzare l'attenzione sul *metodo* sottostante: il ragionamento ipotetico, il giudizio controfattuale, la *Denkfigur der Alternative*, come si è detto.

<sup>40</sup> In questo senso, ad es., FRISTER, *Strafrecht*, cit., 127.

<sup>41</sup> Cfr. DONINI, *Illecito*, cit., 442, nt. 192: «In realtà si è sempre inteso che la rilevanza di determinati decorsi eziologici ipotetici avviene alla luce di parametri *normativi* e al fine di valutare l'illiceità di condotte *reali* nel loro effettivo, e non eventuale, significato antiggiuridico»; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 543, sostiene che la soluzione del problema della imputazione nei casi in cui permangono dubbi intorno alle conseguenze del comportamento alternativo lecito è possibile soltanto alla luce della *ratio* del reato di evento di danno.

<sup>42</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 565.

<sup>43</sup> Cfr. sul punto, FRISTER, *op.ult.cit.*, 108. Sulla rilevanza dei decorsi ipotetici sul piano della imputazione oggettiva, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 379; DONINI, *Il garantismo*, cit., 24; FORTI, *Colpa*, cit., 677.

<sup>44</sup> DE VERO, *Disvalore*, cit., 1506.

Come, del resto, se non attraverso il metodo ipotetico è possibile stabilire il confine tra realtà e idea (ipotesi), tra ciò che è causale e ciò che non lo è, tra la realizzazione e la non realizzazione di un rischio?<sup>45</sup>

Se le cause ipotetiche sono tali proprio perché non cagionano l'evento, il ragionamento ipotetico ha senso soltanto in una prospettiva normativa, attenta alla pretesa normativa rivolta al soggetto e dunque al contenuto e allo scopo delle norme giuridiche. Solo in questa prospettiva, infatti, interessa sapere come sarebbero andate le cose se l'agente avesse agito conformemente alla norma (astenedosi, attivandosi o osservando determinate regole di condotta)<sup>46</sup>.

Ciò che interessa evidenziare è che il ricorso al ragionamento ipotetico (e di conseguenza la considerazione dei decorsi ipotetici) nella discussione intorno alla significato e alle funzioni della *c.s.q.n.* introduce una prospettiva dinamica di valutazione, che concepisce la causalità e l'imputazione come giudizi differenziali<sup>47</sup>.

Abbiamo già sottolineato che il senso e il linguaggio comune identificano normalmente la causa di un evento in un fattore che *interferisce* con il corso degli accadimenti o influisce su un decorso causale modificandone l'esito<sup>48</sup>. La "causa" interviene su un dato contesto determinando una *differenza*, una *deviazione* rispetto al corso normale degli eventi e il suo significato non è tanto quello di condizione necessaria, quanto quello di "elemento che interviene a fare la differenza"<sup>49</sup>.

Entrambe le tipologie di causalità, commissiva ed omissiva, così come la evitabilità nell'illecito colposo, possono di fatto definirsi come "differenza" tra un accadimento reale e uno ipotetico (potenziale). In questa prospettiva, la *c.s.q.n.* non mira ad accertare la causalità, cioè ad accertare se un evento si sarebbe o non si sarebbe verificato in assenza della condotta (questo giudizio, infatti, si effettua solo sulla base delle leggi causali presupposte dalle formula), ma consente – su un piano diverso – di interrogarsi sul *perché* un evento *si sarebbe verificato comunque*, anche in assenza della condotta, e di *valutare* la rilevanza causale della condotta anche alla luce delle ragioni per le quali l'evento si sarebbe verificato comunque.

In effetti, se la *non verificazione* dell'evento in caso di assenza della condotta indica indubbiamente che questa ha esplicato un'efficacia causale sull'evento, la *verificazione* dell'evento nonostante l'assenza della condotta non segnala banalmente la sua

<sup>45</sup> LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 19-20; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 601.

<sup>46</sup> Il metodo ipotetico cui rinvia la formula della *c.s.q.n.*, peraltro, non contempla esclusivamente il procedimento di eliminazione mentale (sul versante dell'illecito commissivo), ma comprende altresì il metodo equivalente da un punto di vista giuridico della aggiunta mentale (sul versante dell'illecito omissivo) e della sostituzione mentale (sul versante dell'illecito colposo).

<sup>47</sup> RÖDIG, *loc.ult.cit.*; WOLFF, *Kausalität*, cit., 30.

<sup>48</sup> Cfr. *Introduzione* e cap. I, 2.5.

<sup>49</sup> Cfr. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 29, ove richiamano il c.d. *Differenzprinzip* in uso nel diritto civile. Cfr. altresì WOLFF, *op.ult.cit.*, 29; SEEBALD, *Nachweis*, cit., 195; KORIATH, *Kausalität*, cit., 20; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss. V. anche PIZZI, *La nozione di rilevanza causale*, cit., 47. Cfr. anche SANTONI DE SIO, *Il concetto di causa*, cit., 3228.

irrelevanza causale, ma è – come abbiamo visto – un “sintomo” che può essere diversamente interpretato.

Anche la concezione dell’evento è influenzata da siffatta prospettiva, nella misura in cui esso viene inteso non più come mera differenza tra un “prima” e un “dopo”, ma come differenza *qualitativa* riferita alle condizioni del bene giuridico.

Non è infatti sufficiente definire l’evento come semplice modificazione delle condizioni del bene giuridico in rapporto ad un momento cronologico precedente e ad uno successivo, ma occorre stabilire un collegamento con la condotta, cercando di *spiegare* l’evento. All’osservazione della differenza tra *status quo ante* e stato finale (tra *prima e dopo*) occorre aggiungere anche la valutazione della differenza tra la situazione reale *con o senza* la condotta illecita dell’agente<sup>50</sup>.

L’evento penalmente rilevante non indica allora lo stato concreto di un bene giuridico, ma una modificazione di stati. Tale modificazione in negativo (peggioramento, *Verschlechterung* o *nachteilige Veränderung*) può essere apprezzata soltanto attraverso una valutazione differenziale; essa è, in altre parole, il risultato di un confronto, di una sorta di “saldo”<sup>51</sup>.

### 1.3. Conseguenze dell’adozione di una soluzione causale

L’applicazione della *c.s.q.n.* sul piano causale-normativo significa, in conclusione, adottare il metodo ipotetico e il giudizio controfattuale in funzione dell’accertamento del nesso particolare tra la dimensione illecita della condotta e l’evento, consentendo di esprimere una valutazione in ordine alla evitabilità dell’evento non tanto mediante l’omissione della condotta *tout court*, quanto mediante l’osservanza di un comportamento conforme al diritto.

La *c.s.q.n.*, in quanto metodo ipotetico, è applicabile non soltanto a *fatti* materiali, ma anche alle loro *qualità e caratteristiche*. Ciò avviene quando si riferisce la formula non alla coppia “condotta-evento” in senso naturalistico, ma alla coppia “illiceità-lesione” in prospettiva normativa, impiegandola invece che come criterio di accertamento della causalità materiale (veste in cui – come dimostrato – essa può rivelarsi fallace) come strumento di accertamento della evitabilità.

Diversi sono i vantaggi dell’adozione *ab initio* di un concetto normativo e non naturalistico di causalità, che abbia ad oggetto condotte *già illecite* (dolose o colpose)

<sup>50</sup> DENCKER, *Kausalität*, cit., 107; chiaramente, SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 664 ss.

<sup>51</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 21 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 142; ID., *Überlegungen*, cit., 267; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; EAD., NK, Vor §§ 13 ff., n. 62 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 37; DENCKER, *op.ult.cit.*, 109; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 483 ss.; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 79. Anche, per certi aspetti, ROMANO, *Commentario*, cit., 406. Analogamente, sotto il profilo dell’*Intensivierungsprinzip*, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 100 ss. e CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 143 ss. Per il concetto di *Erfolgsdifferenz*, v. JAKOBS, *Studien*, cit., 26; similmente, RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 127; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 246. V. ancora sul punto, *infra*, par. 3.2.3.

e che dunque sia finalizzato ad accertare il particolare *nesso normativo* tra tali condotte (meglio: la componente illecita di tali condotte) e un evento lesivo.

In primo luogo, si evita una inutile duplicazione di giudizi circa il nesso penalmente rilevante tra condotta ed evento e la conseguente adozione di differenti criteri di accertamento (relativi al rapporto di causalità materiale, da un lato, e al nesso normativo, dall'altro).

In secondo luogo, si supera la dicotomia tra azione ed omissione, poiché la causalità viene riferita non all'elemento distintivo tra le due forme di condotta (ovvero al dato naturalistico dell'esistenza o meno di un decorso causale reale), ma ad un elemento comune, ovvero alla componente illecita presente nella condotta.

Da ultimo, non va sottovalutato il fatto che soltanto l'accertamento del nesso normativo tra illiceità ed evento – in quanto fondato sulla evitabilità dell'evento – è in grado di garantire un'adeguata ricostruzione della responsabilità personale dell'agente.

Rimangono alcune questioni aperte.

Tra queste, l'atteggiarsi del nesso normativo nell'illecito doloso, la determinazione del criterio di accertamento e, infine, la definizione del concetto di evento.

Se nell'illecito colposo la causalità della colpa indica che l'evento deve essere realizzazione del rischio creato dalla condotta, in particolare del rischio preso in considerazione dalla regola cautelare, nella struttura del reato doloso la dottrina fatica ad individuare un requisito corrispondente. Con riferimento al reato doloso non si parla certo di "causalità del dolo", né di nesso di illiceità o antiggiuridicità, benché alla teoria della imputazione oggettiva dell'evento non sia affatto estraneo il criterio del nesso di rischio sviluppato per garantire che l'evento sia riconducibile alla sfera di rischio attivato dalla condotta. Ebbene, a fronte di tale circostanza non pare superfluo chiedersi se *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* nel reato colposo e *Risikozusammenhang* nel reato doloso siano concetti assimilabili, che si riferiscono ad un medesimo requisito.

Per quanto concerne la determinazione di uniformi criteri di accertamento, occorre verificare se la flessibilità praticata, di regola, dalla dottrina sul terreno dell'accertamento della colpa, possa attuarsi anche nel contesto dell'accertamento della causalità. In breve: se il nesso di causalità viene osservato nella prospettiva normativa della evitabilità dell'evento, occorre verificare il rapporto tra il consolidato canone processuale della credibilità razionale o probabilità logica ed eventuali parametri probabilistici di imputazione dell'evento.

Infine, la ridefinizione in senso normativo del primo polo del nesso di causalità – la illiceità e antidoverosità della condotta – impone di rimodulare anche il concetto di evento, posto che il termine iniziale e quello finale della relazione causale devono necessariamente accordarsi tra loro. Si tratterà dunque di individuare quell'elemento dell'evento, che fonda l'*Unrecht* e che, in una prospettiva trascendente la dimensione meramente naturalistica dell'accadimento esterno conseguente alla condotta, si ponga in stretta relazione con la componente illecita di questa e si presti ad un giudizio di congruenza tra momento *ex ante* e momento *ex post*. In particolare, nel momento in

cui la stessa condotta esprime un'esigenza di offensività anche il concetto di evento deve essere rimeditato in quest'ottica, valorizzando il reale contenuto di offesa dell'accadimento esterno conseguente alla condotta.

A tali interrogativi sono dedicati i paragrafi seguenti.

## 2. *La rilevanza del nesso normativo di illiceità nel reato doloso: il comportamento alternativo lecito e la evitabilità dell'evento nel reato doloso*

### 2.1. *La tradizionale differenziazione tra reati colposi e reati dolosi*

Al comportamento alternativo lecito e alla inevitabilità dell'evento non viene attribuita, di regola, alcuna rilevanza nel reato doloso<sup>52</sup>. Non è mai stata posta in dubbio la correttezza della tesi che esclude l'imputazione nei casi (colposi) della novocaina, del farmacista, dei peli di capra, della miocardite o del ciclista, ma non in analoghe fattispecie dolose.

Il tradizionale riferimento al solo delitto colposo viene giustificato con la presenza nel delitto doloso di una relazione finalistica tra condotta ed evento e poggia sulla convinzione che la sua assenza nel delitto colposo determini l'esigenza (ai fini della imputazione) di rintracciare un particolare nesso tra la colpa ed un evento altrimenti percepito come dipendente dal caso<sup>53</sup>.

La scarsa attenzione per la problematica nell'ambito del reato doloso è riconducibile in gran parte alla centralità guadagnata dal reato commissivo e omissivo *colposo* nel dibattito penalistico recente: il tema del comportamento alternativo lecito si è sviluppato in relazione al reato colposo nel solco della teoria della imputazione oggettiva e ha fortemente condizionato la stessa impostazione della causalità nell'omissione, alimentando – com'è noto – la confusione tra causalità della condotta e causalità della colpa.

L'assunto che nel reato doloso non debba attribuirsi alcun rilievo al comportamento alternativo lecito rimane a tutt'oggi privo di una spiegazione e sorprende se si considera che la teoria della imputazione oggettiva, nel cui ambito tale criterio è stato sviluppato, aspira (in modo ormai sempre più manifesto) a fornire un criterio unitario di imputazione. Inutile osservare che se il comportamento alternativo lecito rappresentasse *davvero* un criterio di imputazione oggettiva, esso dovrebbe applicarsi

<sup>52</sup> Del tutto minoritario l'orientamento che ritiene applicabile il criterio del comportamento alternativo lecito anche al delitto doloso; v. KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 221 ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 100 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 223; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 65 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 228 s.; WÜRFEL, *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, Diss. Göttingen, 1971, 156 ss.; BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 283; KAHLO, *Gegenwärtiger Stand*, cit., 268.

<sup>53</sup> Per tutti, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 147; FRISCH, *Faszinierendes*, cit., 219; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 5 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 355 ss. e 437 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 796 ss.; GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4113; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 344.

indifferentemente ai reati dolosi e a quelli colposi<sup>54</sup>. È lecito chiedersi, allora, per quale ragione nell'ipotesi dolosa del noto caso della novocaina (qualora cioè il medico avesse agito con l'intenzione di sopprimere il paziente) la inevitabilità della morte dovrebbe essere considerata irrilevante.

Abbiamo già accennato alla circostanza che sono soprattutto i casi di *omissione dolosa* a palesare l'ambiguità della impostazione dominante: se è pacifico, infatti, che l'imputazione dell'evento debba essere esclusa quando il comportamento doveroso omissivo non avrebbe comunque salvato il bene giuridico *anche in caso di dolo* (ad es. il bagnino intenzionalmente omette di intervenire per salvare la vittima, ma questa sarebbe comunque annegata perché il mare era molto agitato), l'irrilevanza della inevitabilità dell'evento in caso di condotta alternativa conforme al diritto nel reato *commissivo doloso* meriterebbe una accurata spiegazione<sup>55</sup>.

Indubbiamente gli esempi dolosi formulati dalla dottrina (l'incendio doloso di una casa già in fiamme<sup>56</sup>; il *Radfabrerfall* e il *Kokainfall* in versione dolosa<sup>57</sup>) suonano piuttosto artificiosi e di rara verificaazione. Isolati sono rimasti i casi esaminati dalla giurisprudenza tedesca: quello dell'incendio (*Brandstifterfall*)<sup>58</sup>, quello dell'ebreo (*Judenfall*)<sup>59</sup> e quello del praticante (*Referendarfall*)<sup>60</sup>. I giudici hanno sempre negato

<sup>54</sup> Per l'applicazione della teoria della imputazione oggettiva al reato doloso, v. ROXIN, *Gedanken*, cit., 133 ss.; ID., *Finalität und objektive Zurechnung*, cit., 247; TRIFFTERER, *Die objektive Voraussehbarkeit*, cit., 201; WOLTER, *Adäquanz*, cit., 268; ID., *Objektive*, cit., 66 s.; OTTO, *Kausaldagnose*, cit., 104 s.; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 248 ss.; HERZBERG, *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat*, in JZ, 1987, 536 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 36 ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, in GA, 1999, 219 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 257; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 184 ss.; RUDOLPHI, SK, vor § 1, n. 57 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 156; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 127 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 795. Critici, ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 251 s.; STRUENSEE, „Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand, in JZ, 1987, 541 ss.; ID., *Objektive Zurechnung*, cit., 97 ss. Sono ritenuti criteri della imputazione oggettiva applicabili anche al delitto doloso la creazione di un rischio non consentito o giuridicamente disapprovato; la realizzazione di tale rischio non consentito nell'evento; lo scopo di protezione della norma.

<sup>55</sup> V. *supra*, cap. II, par. 1.5. È interessante notare come la questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nel reato omissivo – diversamente che nel reato commissivo – non sia considerata un problema connesso tipicamente alla colpa. La diversa soluzione nell'ambito degli illeciti omissivi impropri (per cui la questione della evitabilità dell'evento viene affrontata a prescindere dalla presenza del dolo o della colpa) è probabilmente riconducibile alla sovrapposizione tra (quasi)causalità e imputazione normativa.

<sup>56</sup> ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 224 ss.

<sup>57</sup> TOEPEL, *Kausalität*, cit., 213; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 181.

<sup>58</sup> RGSt 22, 325, in cui gli imputati avevano dato fuoco ad una casa già in fiamme che sarebbe comunque andata distrutta.

<sup>59</sup> OGHSt 1, 49; v. l'analogo caso BGHSt 2, 20. In entrambi i casi, alcuni ebrei furono arrestati dalla Gestapo e internati in un campo di concentramento in seguito alla segnalazione fornita dagli imputati, i quali si erano difesi affermando che le vittime sarebbero comunque state denunciate da altri.

<sup>60</sup> BGHSt 13, 13, in cui un praticante aveva convinto la vittima, mediante artifizii e raggiri, a concedergli un prestito di denaro; tuttavia, durante il processo la vittima dichiarò che avrebbe comunque consegnato il denaro all'imputato, anche se fosse stata a conoscenza della falsità delle sue dichiarazioni. In merito, PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 57 ss. Si veda, inoltre, il caso dell'agente immobiliare (*Wohnungsmaklerfall*), riferito da DALLINGER, in MDR, 1958, 139 s. Per una rassegna dei casi giurisprudenziali, v. ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 224 ss.; ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 70 ss.; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 213 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 70 ss.

rilevanza alla circostanza che l'evento si sarebbe verificato comunque, anche senza la condotta dolosa dell'agente, facendo leva sul classico argomento per cui non sarebbe ammissibile prendere in considerazione decorsi ipotetici, cioè fatti e condotte non verificatisi nella realtà<sup>61</sup>. Nei casi esaminati l'argomentazione dei giudici si è rivelata peraltro corretta, posto che si trattava effettivamente di ipotesi in cui l'evento si sarebbe verificato anche in assenza della condotta dell'agente, ma in conseguenza di decorsi ipotetici meramente congetturali o di immaginarie condotte future – tant'è che la soluzione sarebbe stata identica anche qualora la condotta fosse stata colposa. I casi semplicemente non si prestavano a verificare la rilevanza dei decorsi ipotetici e del comportamento alternativo lecito nel reato doloso.

Nella dottrina più risalente soltanto una parte minoritaria riconosce al comportamento alternativo lecito un ruolo nel reato doloso limitatamente ai casi di truffa (*Betrug*), rispetto ai quali viene ricercata, in particolare, una soluzione analoga a quella causale (basata cioè sulla *c.s.q.n.*), data la presenza di un profilo di causalità psichica<sup>62</sup>. Voci isolate applicano il criterio dell'aumento del rischio (nell'ambito della teoria della evitabilità)<sup>63</sup> o si limitano a proporre una riduzione della pena<sup>64</sup>. Si tratta, in ogni caso, di autori che aderiscono all'orientamento che assimila il comportamento alternativo lecito alle cause ipotetiche e per i quali, di conseguenza, l'esclusione della operatività del criterio nel reato doloso risulta incoerente e ingiustificata<sup>65</sup>.

Anche nella dottrina più recente sono pochissimi gli autori che affrontano esplicitamente la problematica, prevalentemente nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva dell'evento<sup>66</sup>. Va però segnalato che, rispetto alla dottrina precedente, questa impostazione sistematica svincola il tema della evitabilità dell'evento mediante compor-

<sup>61</sup> Cfr. la disamina di ULSENHEIMER, *op.ult.cit.*, 70 ss.

<sup>62</sup> Si vedano i c.d. *Betrugsfälle* (casi di truffa) esaminati dalla giurisprudenza tedesca: v. BGH 8.10.1957, in MDR 1958, 139 e BGHSt 13, 13, in JR 1959, 386. In argomento, ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in Weber FS, Bonn, 1963, 247; ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 230; KLAUSER, *Kausalität beim Betrug*, in NJW, 1959, 2245; SALM, *Das vollendete Verbrechen*, cit., 295; ENGISCH, *Das Problem der psychischen Kausalität*, cit., 269; ID., *Untersuchungen*, cit., 267.

<sup>63</sup> HARDWIG, *Beitrag zur Lehre vom Betrüge*, in GA, 1956, 16; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 77; 100 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 259 ss.

<sup>64</sup> ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.* (nel *Brandstifterfall*, RGSt 22, 325, e nel *Denunziantenfall*, OGHSt 1, 49).

<sup>65</sup> Per tutti, ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 223. Cfr. anche BAUMANN, *Strafrecht*, cit., 280 ss., il quale ricorre al criterio della *Vermeidbarkeit*, considerata un elemento generale della *Rechtswidrigkeit* (un evento inevitabile non è *rechtswidrig*); secondo l'A., nei reati dolosi il problema della inevitabilità dell'evento si presenta raramente, ma rileva nei casi di *Irrtum* (cioè quando l'agente è erroneamente convinto che la sua condotta sia illecita).

<sup>66</sup> TOEPEL, *op.ult.cit.*, 213 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 262 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 397; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 113; RUDOLPHI, SK, vor § 1, n. 59; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., n. 199a. Da prospettive particolari, JAKOBS, *Studien*, cit., 24 ss.; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 189 ss. e 230; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 524 ss.; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595 ss.; EAD., NK, Vor §§ 13, n. 200 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 260 ss.; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 661 ss.; ID., *Son irrelevantes*, cit., 1579 ss.; ID., *Principio*, cit., 377 ss. Nella letteratura italiana v., recentemente, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1506.



tamento alternativo lecito dalla questione della causalità ipotetica, comportando un notevole approfondimento del significato e della funzione del nesso normativo di illiceità o anti giuridicità quale requisito comune a illecito doloso e colposo<sup>67</sup>.

Più recentemente, in Germania, sulla scia di alcune prese di posizione della giurisprudenza civile, il tema della rilevanza dei decorsi causali ipotetici e, nella specie, del comportamento alternativo lecito nell'illecito doloso ha suscitato un vivace dibattito in seno alla dottrina con riferimento alla rilevanza del controverso istituto del consenso ipotetico (*hypothetische Einwilligung*) al trattamento medico. La giurisprudenza e parte della dottrina escludono, infatti, l'imputazione in applicazione del criterio dello *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* nei casi in cui si dimostri che l'evento tipico (ad es., la lesione personale) verificatosi in seguito ad un trattamento medico eseguito in assenza di consenso, si sarebbe verificato anche qualora il medico avesse diligentemente informato il paziente e questi avesse acconsentito (con certezza o probabilità confinante con la certezza) all'intervento<sup>68</sup>. In questa peculiare costellazione di casi, caratterizzati dall'estensione (per così dire, analogica) di criteri tipici della imputazione oggettiva (*Schutzzweck*, realizzazione del rischio e comportamento alternativo lecito) al settore delle cause di giustificazione (estensione senza dubbio problematica e della cui legittimità è lecito dubitare), il nesso di antidoverosità viene ad assumere, di fatto, il ruolo di presupposto dell'*Unrecht*<sup>69</sup>.

Come detto, la ragione principale per la quale nel reato doloso non viene posto il problema della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito e del nesso di antidoverosità è data dalla maggiore colpevolezza del fatto doloso e dal-

<sup>67</sup> V., in particolare, JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 220 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 73; ss.; EAD., NK, Vor §§ 13, n. 200 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 49 ss.; ERB, *op.ult.cit.*, 72 ss. e 264 ss.; KAHLO, *Gegenwärtiger Stand*, cit., 260 ss.

<sup>68</sup> BGH NStZ, 1996, 34 (*Surgibone-Fall*), con nota di Ulsenheimer, *ivi*, 132; BGH JZ, 2004, 800 (*Bandscheibenfall*), con nota di Rönnau; BGH JR, 2004, 469 (*Bohrspitzenfall*), con nota di Puppe; BGH NStZ, 2007, 340, con nota di Sternberg-Lieben. In merito, DREHER, *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, Aachen, 2003; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 590 ss. Ammettono l'esclusione del nesso di illiceità, KUHLEN, *Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*, in Müller-Dietz FS, München, 2001, 431 ss.; ID., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, in Roxin FS, Berlin-New York, 2001, 331 ss.; RÖNNAU, *Anmerkung*, cit., 801 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 591; con argomentazioni divergenti, v. MITSCH, *Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht*, in JZ, 2005, 279 ss. Critici, PUPPE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative*, in GA, 2003, 763 ss.; DUTTGE, *Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?*, in Schroeder FS, Heidelberg, 2006, 179 ss.; GROPP, *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, *ivi*, 197 ss.; WEBER, *Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitsalternativen*, in Puppe FS, Berlin, 2010, 1059 ss.; SCHLEHOFER, *„Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?*, *ivi*, 953 ss.

<sup>69</sup> Pur nella diversità delle soluzioni: da un lato, esclusione della *Rechtswidrigkeit* (così, il BGH JZ, 2004, 800), dall'altro, esclusione della imputazione oggettiva (così, KUHLEN, *Ausschluß*, cit., 431 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 591; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 143). Per un quadro sui termini della questione, che involge numerosi aspetti estranei al nostro campo di indagine, si rinvia alla letteratura essenziale citata nella nota precedente.

l'esistenza della volontà diretta alla causazione dell'evento<sup>70</sup>.

Rispetto al comportamento doloso non si ritiene possibile configurare un comportamento alternativo lecito, né obblighi di cautela e diligenza<sup>71</sup>. È questo il motivo per cui nel reato doloso, di regola, causalità della condotta e nesso normativo coincidono (come in generale nei casi di inosservanza di norme di divieto): qui il comportamento alternativo lecito indica l'omissione della condotta stessa, dato che la condotta si esaurisce nella violazione.

Il discrimine tra ipotesi colpose e dolose viene individuato di fatto nel disvalore di azione: «in positivo, nel dolo, per la presenza di un collegamento tra volontà (che abbraccia quel risultato) ed evento; nella colpa, in negativo, poiché la semplice violazione (rimproverabile) della regola di diligenza non autorizza ad irrogare una sanzione in risposta all'evento inevitabile»<sup>72</sup>.

Insomma, l'intenzione di commettere il reato (cioè la componente soggettivistica, l'atteggiamento interiore) prevale sulla considerazione oggettiva della inevitabilità dell'evento e di qualunque decorso causale alternativo<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 157; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 110; ARTH. KAUFMANN, *Kritisches*, cit., 276; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595; EAD., NK, Vor §§ 13, n. 154. Da noi, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 181; MARINUCCI, *La colpa*, cit., 215 ss.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 78 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 355 ss. e 437 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 127 ss.; VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit., 361 (nt. 57). Problematicamente, PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 800. Sottolineano che l'agente doloso utilizza di regola mezzi più efficaci per raggiungere l'obiettivo perseguito, PUPPE, NK, Vor §§ 13 ff., n. 154; FRISCH, *op.ult.cit.*, 219; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 696. Diversamente, assegnando all'evitabilità un ruolo anche nell'illecito doloso, ENGISCH, *Untersuchungen*, 267; KAHRS, *op.ult.cit.*, 54 ss. e 221 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 39 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 36 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 527 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 264 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 220.

<sup>71</sup> Per tutti, DONINI, *Illecito*, cit., 355 s. («L'alternativa al comportamento intenzionalmente lesivo non è la tenuta di una condotta diligente o prudente, ma la stessa omissione del comportamento storico: laddove nel reato colposo si tratta, salvo eccezioni, di omettere la negligenza [agendo tuttavia], più che la condotta storica in genere»); CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 106 ss. («I concetti di diligenza e prudenza non possono illustrare in modo adeguato la dimensione di rischio di un'attività rivolta alle offese intenzionali ai beni giuridici. Più chiaramente: a nostro avviso, la nozione di regola cautelare – si edifichi essa in un contesto delittuoso o in una situazione di pericolo consentito – riveste un significato ermeneutico soltanto nell'ipotesi in cui abbia quale punto di riferimento un risultato non voluto»; *ivi*, 109); v. ancora GIUNTA, *Illiceità*, cit., 196 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 131; recentemente, GIZZI, *Il comportamento*, cit., 4113. Riguardo alla controversa configurabilità di doveri oggettivi di cautela nella realizzazione di un delitto doloso, v. CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 143; ID., *Dolo eventuale*, cit., 106 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 329 ss. e 399 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 26 ss.; MORSELLI, *Note critiche*, cit., 25 ss.; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1988, 90.

Nella dottrina tedesca il dogma della non configurabilità di regole di cautela nell'illecito doloso è stato progressivamente ridimensionato a fronte della diffusa concezione che individua nella creazione di un rischio non consentito un requisito comune a illecito doloso e colposo; v. per tutti, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 286 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 377 ss. e 1064 ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, cit., 217; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 201 ss.; RUDOLPHI, SK, vor § 1, n. 62; PUPPE, NK, Vor §§ 13, n. 154; v. al riguardo *infra*, par. 2.2. ss.

<sup>72</sup> CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 78, il quale aggiunge che «l'inevitabilità dell'evento, abbinata alla non volontarietà del comportamento, legittima la non punizione per il corrispondente reato di lesione, neanche a titolo di tentativo (a differenza del dolo)» (*ivi*, 81).

<sup>73</sup> CASTALDO, *op.ult.cit.*, 81. V. anche DONINI, *La partecipazione*, cit., 211, ove sottolinea che l'imputazione permane nei reati dolosi «per ragioni sia retributive che di difesa sociale e di prevenzione generale».

È lecito sospettare che tale – a nostro avviso – fragile argomentazione si fondi, in ultima analisi, sul concetto di “volontà cattiva”.

È radicata in dottrina l’idea di una assoluta incompatibilità tra evitabilità e volontarietà dell’evento. Si ritiene, infatti, che la violazione di regole cautelari sia elemento proprio della tipicità della condotta colposa «perché a quest’ultima è essenziale la non volontarietà dell’evento lesivo e la possibilità di un controllo finalistico della condotta atto a prevenirlo», mentre «nel dolo la direzione finalistica degli atti rispetto al risultato conferisce loro un significato che non può esser scolpito concettualmente *mediante* le nozioni della prudenza o della cautela: il rimprovero che si muove all’agente doloso non presuppone mai che gli si dimostri la possibilità di evitare il risultato *tenendo una specifica condotta doverosa*»<sup>74</sup>.

Pertanto, «la lesione del bene giuridico commessa con dolo sarebbe di per sé evitabile, in quanto l’agente avrebbe sempre e comunque potuto rinunciare al comportamento posto in essere “con intenzione”, ché altrimenti sarebbe lo stesso dolo a venir meno»<sup>75</sup>.

Pur considerando l’evitabilità dell’evento un criterio normativo *estraneo alla colpevolezza*, la dottrina ritiene che essa presupponga la non volontà dell’evento e riguardi quindi esclusivamente il reato colposo (peraltro nei soli reati commissivi).

Ma per quale motivo nel reato doloso non sarebbe lecito chiedersi se si può assolvere l’imputato perché, se non avesse agito, l’evento (da lui cagionato e voluto) si sarebbe verificato ugualmente, ad esempio per l’intervento di fattori naturali o umani sostitutivi? Perché rispetto al comportamento doloso non è configurabile una condotta alternativa lecita e perché la norma violata si limita a vietare *tout court* la causazione dell’evento lesivo?

Non sono del tutto convincenti le ragioni di coloro che negano la rilevanza della inevitabilità (e del comportamento alternativo lecito) nel reato doloso sulla base di tale argomento. L’affermazione, ricorrente in dottrina, che nel reato doloso l’evento è sempre evitabile, perché l’agente potrebbe semplicemente astenersi dalla condotta, non è di alcuna utilità: per un verso, è scontato che gli eventi lesivi (soprattutto se considerati *hic et nunc*, nella loro concretezza) sono *sempre* evitabili se solo l’agente (anche quello colposo) si fosse astenuto dalla condotta; per l’altro, anche nel contesto della colpa sono talvolta previste regole cautelari che vietano *tout court* di tenere un determinato comportamento, imponendo semplicemente l’omissione della condotta pericolosa (v. i casi di colpa per assunzione, colpa per imprudenza o di creazione *ex novo* di un rischio non consentito). Anche in questi casi, la verifica della evitabilità dell’evento prescinde dalla individuazione di una condotta alterna-

<sup>74</sup> DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1141; ID., *Illecito*, cit., 355 s. e 440 ss.; v. anche, CASTALDO, *op.ult.cit.*, 79 ss.; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 109; GIZZI, *op.ult.cit.*, 4113; ULSENHEIMER, *Das Verhältniss*, cit., 157; ARTH. KAUFMANN, *Kritisches*, cit., 276; PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 595.

<sup>75</sup> FORTI, *Colpa*, cit., 187.

tiva diligente e si fonda sulla eliminazione della condotta<sup>76</sup>.

Il punto è semmai un altro: come osservato rispetto alla distinzione tra agire ed omettere e tra causalità della condotta e causalità della colpa, anche la diversa rilevanza del comportamento alternativo lecito nel reato doloso e in quello colposo discende dal tipo di norma violata, a seconda che essa imponga un divieto (*Verbotnorm*) oppure un comando (*Gebotnorm*). Nel reato commissivo doloso, solitamente integrato dalla trasgressione di norme-divieto, si nega l'esistenza del nesso normativo dato dalla evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, perché questo si sostanzia nella omissione della stessa condotta illecita. Nei casi in cui l'inosservanza della norma venga a coincidere con la stessa condotta (condotta di base illecita) l'accertamento della causalità della condotta implica automaticamente l'accertamento della evitabilità dell'evento, dato che il comportamento alternativo lecito consiste nella omissione della condotta stessa (ciò accade anche nell'omissione). «Il giudizio di evitabilità del fatto commissivo doloso (...) avviene già definitivamente a livello di condizionalità del comportamento: l'evento era evitabile in quanto la condotta è stata *c.s.q.n.* dello stesso»<sup>77</sup>.

Diversamente, nei casi in cui l'inosservanza della norma si innesti su una condotta di base lecita, la divaricazione tra causalità ed evitabilità si manifesta più chiaramente.

Tuttavia, nei reati commissivi dolosi, nei reati omissivi e in presenza di regole cautelari che impongano l'astensione dalla condotta sarebbe sbagliato concludere che è inutile interrogarsi sulla evitabilità dell'evento, ritenendo tale requisito superfluo ai fini della imputazione; semplicemente, tale verifica viene a coincidere con l'accertamento tradizionale del nesso di causalità o, meglio, con l'applicazione della formula della *c.s.q.n.* Ciò, semmai, dimostra che decisivo è soltanto il nesso normativo dato dalla evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, ovvero la rilevanza causale della dimensione illecita della condotta, accertabile mediante la formula della *c.s.q.n.* e il metodo ipotetico-controfattuale.

L'elemento cui va commisurata l'evitabilità dell'evento non può che essere quello decisivo ai fini della formulazione del giudizio di disvalore penale: la qualità antidoverosa di una condotta, il suo specifico tratto illecito.

Come abbiamo ormai più volte ribadito, neppure nel delitto doloso è sufficiente che l'agente abbia cagionato l'evento, ma occorre che la condotta abbia violato una regola di condotta atta a prevenire la verificazione dell'evento lesivo, che la condotta sia dunque *pflichtwidrig* (antidoverosa)<sup>78</sup>. La causalità penalmente rilevante (il «momento giuridicamente decisivo della causalità»<sup>79</sup>) non è quella riferibile alla *condotta in sé*, bensì

<sup>76</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 428; SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat*, cit., 132.

<sup>77</sup> In questi termini, DONINI, *op.ult.cit.*, 437; analogamente, EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061 s.

<sup>78</sup> PUPPE, *Die Erfolgzurechnung*, cit., 73; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 57 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 527 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 201 ss. e 319; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 373 ss.; EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1067, differenziando i contesti delle attività rischiose autorizzate e delle attività rischiose non autorizzate, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 178 ss.

<sup>79</sup> Secondo la già citata formulazione di DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 44; così anche VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 37.

solo quella riferibile alla violazione di un *dovere finalizzato a evitare il prodursi dell'evento*, e in particolare di un evento del tipo di quello verificatosi in concreto. Il nesso normativo di causalità è dato dal legame tra un determinato evento lesivo e la sua causa *in senso normativo*, che può consistere solo nel tratto, nell'attributo normativo del comportamento umano, contrassegnato dalla violazione di una norma. In definitiva, ai fini della imputazione dell'evento è decisivo non tanto che una *condotta* abbia cagionato l'evento, quanto che una *condotta antidoverosa* lo abbia cagionato<sup>80</sup>.

La scomposizione ideale della condotta in una parte "naturalistica" (consistente nel mero comportamento umano) e in una parte "normativa" (consistente nella dimensione illecita e antidoverosa di tale comportamento) risulta inaccettabile sotto il profilo metodologico, dal momento che le due componenti di per sé considerate non rilevano penalmente<sup>81</sup>. Trattandosi di una caratteristica della condotta che indica semplicemente la non corrispondenza con la norma di comando, tale opera di "separazione" sarebbe impossibile: la condotta "*neutra*" non può essere considerata come aspetto a sé stante, slegato dal significato del fatto umano nel suo complesso, ma rappresenta soltanto una parte di una entità più ampia, necessariamente comprensiva dell'aspetto *antidoveroso*. Solo in questa dimensione la condotta acquista significato e rilevanza per il diritto.

Questa impostazione consente di configurare una soluzione unitaria della imputazione sul piano causale così come sul piano del nesso normativo: il giudizio relativo al nesso causale e quello relativo al nesso di illiceità non possono divergere, trattandosi sempre di stabilire una relazione tra l'evento e la condotta illecita intesa come un tutt'uno inscindibile.

Anche nell'illecito doloso esiste dunque un "omologo" del nesso di antidoverosità, dato dal fatto che l'evento deve essere "causato" proprio dalla condotta nella sua "dolosità"<sup>82</sup>.

Non diversamente dal reato colposo, nel reato doloso occorre eliminare non la condotta *tout court*, ma solamente l'elemento normativamente significativo, cioè l'intenzionalità, la volontà di ledere il bene giuridico, che può manifestarsi anche attraverso la violazione consapevole e intenzionale di una regola cautelare e preventiva. Posto che sul piano della tipicità l'intenzionalità non presenta ancora un contenuto psicolo-

<sup>80</sup> Così, in origine già MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 22 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 52 ss.; in seguito, v. HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 118; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 41 ss. e 268; MÜNZBERG, *Verhalten*, cit., 127 ss.; ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 107; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 16; LAMPE, *Die Kausalität*, cit., 209; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, 57; WOLTER, *Adäquanz*, cit., 257 ss.; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 59; FRISCH, *op.ult.cit.*, 520; ID., *Die Conditio-Formel*, cit., 69 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 62 ss.; EAD., *NK*, Vor §§ 13 ff., n. 200 ss. Da noi, v. TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 194 s.; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 88; DONINI, *Illecito*, cit., 443 (nt. 192); EUSEBI, *Appunti*, cit., 1063; ANGIONI, *Note*, cit., 1292.

<sup>81</sup> V. già *supra*, cap. II, 1.4. In dottrina, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 96 ss.; WESSELS, *Anmerkung*, cit., 450; SALM, *Das vollendete Verbrechen*, cit., 271; ANDROULAKIS, *Studien*, 63 ss.; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 10.

<sup>82</sup> TOEPEL, *Kausalität*, cit., 197 ss. e 217; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 264 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 220.

gico in senso stretto ed è ancora priva di connotati soggettivi e individuali, essa di fatto si coglierà sul piano della tipologia di rischio assunta dall'agente e delle oggettive caratteristiche offensive della condotta<sup>83</sup>.

La diversa fenomenologia del comportamento alternativo lecito nell'illecito doloso e in quello colposo non implica che la questione rilevi soltanto in ambito colposo, ma soltanto che nei casi in cui la condotta sia del tutto vietata la distinzione tra la condotta in senso materiale ed il suo elemento normativo tende a scolorire, poiché – come detto – la eliminazione mentale della illiceità della condotta coincide, di fatto, con la eliminazione della condotta in sé. Semplicemente, la causalità del dolo si confonde e si identifica con la causalità della condotta.

La differenza non riguarda la sostanza, ma il metodo (nonché, la terminologia ad esso applicata). Se, per esempio, A uccide intenzionalmente B con un colpo di arma da fuoco, non occorre certo chiedersi cosa sarebbe successo eliminando mentalmente l'atto e l'intenzione di sparare; è ovvio, infatti, che la causalità materiale e la causalità normativa coincidono e che l'accertamento della prima implica necessariamente l'affermazione della seconda. Diversamente, se il medico A intende uccidere il paziente B iniettandogli cocaina al posto di novocaina, diviene necessario chiedersi cosa sarebbe successo se B avesse agito nel rispetto delle normali regole preventive (che esistono, agendo A in un contesto di base lecito, in un'area di rischio consentito); qui la causalità del dolo viene in luce solo eliminando la "dolosità" della condotta e immaginando come compiuta una condotta lecita – causalità della condotta e causalità normativa del dolo riacquistano la loro reciproca autonomia<sup>84</sup>.

Ciò premesso, non v'è dubbio che la questione si ponga raramente nell'ambito dei delitti dolosi, ove l'agente solitamente si serve di mezzi non consentiti e più efficaci per raggiungere il suo scopo. Come riconosce la stessa dottrina che anche nel delitto doloso attribuisce al comportamento alternativo lecito la funzione di limitare l'imputazione sulla base dell'esigenza di garantire una "corrispondenza normativa" tra violazione

<sup>83</sup> Riguardo alla configurabilità di rischi dolosi e rischi colposi, con riferimento al tema specifico del dolo eventuale, v. per tutti, CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 55 ss.; ID., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio base "consentito"*, in [www.penaleconteamporaneo.it](http://www.penaleconteamporaneo.it). In merito alla tendenza a spostare l'attenzione dalla sfera interiore sull'elemento del *rischio obiettivo* e sulle sue caratteristiche, nella letteratura tedesca v. i fondamentali studi di HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit- ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986, 249 ss.; ID., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1988, 573 ss. e 635 ss.; KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in *ZStW*, 1984, 21 ss.; PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, 1 ss.; EAD., *Vorsatz*, cit.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln et al., 1983; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 269 ss. Sulla questione, recentemente, v. ROXIN, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 243 ss.; VOGEL, *Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?*, in *GA*, 2006, 386 ss.; DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 887 ss.

<sup>84</sup> Un esempio analogo è quello della omessa informazione del medico al paziente: la mancata richiesta di consenso al paziente può essere intenzionale o colposa, ma ciò non incide sulla condotta alternativa lecita che rimane invariata (informare accuratamente il paziente e ottenere il suo consenso).

della norma ed evento, la rilevanza pratica del criterio è minima, dal momento che normalmente nel delitto doloso il soggetto realizza un rischio *ab origine* non consentito<sup>85</sup>.

Tale banale constatazione porta alla luce lo stretto rapporto tra comportamento alternativo lecito e rischio consentito: il nesso di “causalità normativa” acquista autonomia rilevanza (sul piano concettuale e metodologico) solamente laddove la condotta non sia vietata *tout court*, ma l’ordinamento preveda che essa possa essere realizzata in forma diversa e lecita, cioè nei casi in cui occorre definire con precisione il confine tra rischio consentito e rischio non più consentito.

Mentre nel delitto colposo l’agente può realizzare mediante una condotta illecita un rischio consentito (proprio perché l’ordinamento stabilisce una soglia di rischio consentito, il cui superamento determina l’illiceità del fatto), nel delitto doloso ciò non accade quasi mai, perché la condotta si inserisce sin dall’inizio in un contesto di rischio illecito (dirigere una pistola verso la vittima non costituisce un rischio lecito, consentito).

Nondimeno, vi sono casi eccezionali in cui anche il comportamento doloso può essere contrario ad una norma di comando, consentendo di percepire distintamente causalità e nesso di illiceità: si tratta dei casi in cui la condotta dolosa non è vietata *tout court*, ma può essere effettuata in altra forma (come, ad esempio, eseguire un trattamento medico in assenza di consenso; eccedere nella legittima difesa; superare limiti-soglia e simili)<sup>86</sup>.

Sono dunque configurabili condotte dolose anche nell’ambito di un contesto lecito (come quello delle attività pericolose giuridicamente autorizzate), ove esiste una soglia di rischio consentito e perciò anche uno specifico comportamento alternativo lecito<sup>87</sup>. Anzi, nei settori in cui l’ordinamento ha previsto degli spazi di libertà (mediante la categoria del rischio consentito) non sarebbe legittimo differenziare il giudizio solo in considerazione dell’atteggiamento psicologico dell’agente<sup>88</sup>. Insomma, anche nel reato doloso esiste talvolta la possibilità di immaginare un comportamento alternativo lecito che non avrebbe cagionato l’evento.

In conclusione, sono di ostacolo all’applicazione del criterio del comportamento alternativo lecito nell’illecito doloso, da un lato, la presenza di una condotta finalisticamente orientata all’evento e, dall’altro, la ridotta probabilità di verifica dell’evento in situazioni di rischio consentito. Nell’ambito dei fatti dolosi la distinzione tra

<sup>85</sup> PUPPE, NK, Vor §§ 13 ff., n. 154; ERB, *op.ult.cit.*, 266.

<sup>86</sup> ERB, *op.ult.cit.*, 266 ss.; HANAU, *op.ult.cit.*, 110.

<sup>87</sup> Per questa soluzione, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 332 (spec. nt. 40); v. anche MILITELLO, *Rischio*, cit., 231.

<sup>88</sup> Spesso si tratta di casi in cui l’agente ha l’obbligo di adottare la condotta lecita configurabile immediatamente al di sotto della soglia non consentita, cioè quella più pericolosa consentita (quindi, si badi, non sempre vi è l’obbligo di una totale astensione dalla condotta). Ritengono che il rischio consentito sia un limite anche nel reato doloso: ROXIN, *Strafrecht*, cit., 375 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 201 ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., 1983, 82 ss., 139 e 377; HERZBERG, *Die Abgrenzung*, cit., 260; ID., *Vorsatz und erlaubtes Risiko*, in JR, 1986, 6 ss.; MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs “Erlaubtes Risiko” für die Strafrechtssystematik*, in Jescheck FS, Berlin, 1985, 422; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, 194 ss.

rischi consentiti e rischi tipici è più evidente e sono più chiare le ragioni per cui la condotta dolosa viola la norma di condotta. Infatti, la semplice violazione di obblighi cautelari che delimitano il rischio consentito (per es., limiti di velocità, distanze di sicurezza) difficilmente costituisce un mezzo efficace di produzione dell'evento, a meno di non ricorrere ad ulteriori misure che di fatto determinano una chiara minaccia per il bene giuridico e modificano il "bilancio del pericolo" a suo carico. In queste ipotesi non si ha tanto un superamento *quantitativo* della soglia di rischio consentito, quanto la creazione di un rischio nuovo e diverso, non più consentito.

Insomma, quando il dolo si innesta su un rischio ridotto (tipicamente colposo), che non è in grado di garantire la verifica dell'evento (si pensi al *Radfabrerfall* in versione dolosa) – ché altrimenti sarebbe un rischio doloso – la responsabilità dolosa andrebbe tendenzialmente esclusa.

Del resto, se si accetta il principio per cui non si risponde per l'atteggiamento interiore e conta l'obiettiva tipologia di rischio assunto con la condotta, bisogna concludere che l'agente ha agito in una tipica situazione di rischio colposo (pur sperando e desiderando malevolmente l'evento) e che, in assenza di ulteriori misure volte ad aumentare o sostituire il rischio, l'evento debba essere imputato a titolo di colpa. Ciò dimostra, in definitiva, che non ha senso costruire casi dolosi mediante la semplice "conversione" di casi colposi caratterizzati di regola da uno scarso rischio, aggiungendovi semplicemente la "volontà" dell'evento.

Certo, il problema della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito può sorgere nei casi in cui l'agente si limiti a creare dolosamente un rischio lieve e nelle situazioni in cui la soglia di rischio consentito sia già molto elevata, consentendo senza variazioni sostanziali anche la dolosa causazione dell'evento (si pensi alla versione dolosa del *Kokainfall*; al caso in cui un medico pratici intenzionalmente una terapia errata ad un paziente moribondo)<sup>89</sup>. Si tratta, tuttavia, di casi rari, caratterizzati dalla concorrenza di più circostanze atipiche e anomale.

Ciononostante, il problema della evitabilità è oggi destinato a porsi sempre più spesso anche nell'ambito degli illeciti dolosi commessi in contesti tipicamente colposi, caratterizzati in particolare da un atteggiamento psicologico ambiguo, a cavallo tra il dolo (eventuale) e la colpa (cosciente), e dal superamento "consapevole" della soglia di rischio consentito (si pensi alle recenti sentenze sui casi *Thyssen-Krupp*<sup>90</sup> ed *Eternit*<sup>91</sup> e alle controverse pronunce in tema di circolazione stradale<sup>92</sup>).

<sup>89</sup> ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 267.

<sup>90</sup> Cass., 1.02.2011, n. 10411 e App. Torino, 15.04.2011-14.11.2011, n. 31095, in *Dir.pen.proc.*, 2012, 702 ss., con commento di Bartoli. In merito, v. anche RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1077 ss.

<sup>91</sup> Trib. Torino, sez. I, 13.02.2012, in *Studium iuris*, 2012, 1197 ss., con nota di Palma; App. Torino, 3.06.2013, entrambe pubblicate su *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>92</sup> Cass., 1.02.2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, II, 533; Cass., 18.02.2010, n. 11222. In dottrina, v. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general-*



## 2.2. La violazione della diligenza oggettiva (*Sorgfaltspflichtverletzung*) nel reato doloso

Il riconoscimento della rilevanza del comportamento alternativo lecito e del nesso di illiceità o antidoverosità anche nell'illecito doloso muove dal presupposto che la violazione della diligenza (*Sorgfaltspflichtverletzung*) costituisca in realtà un elemento comune a dolo e colpa, nella misura in cui determina i caratteri della illiceità di una condotta.

Occorre naturalmente intendersi sul significato del concetto di *Sorgfaltspflichtverletzung*.

È ricorrente l'affermazione che “non c'è dolo senza colpa” (in termini di rapporto di scalarità tra colpa e dolo), sulla base della considerazione che non vi può essere previsione e volizione dolosa di un evento se, preliminarmente, questo già non si presenti come prevedibile ed evitabile con la semplice osservanza di cautele<sup>93</sup>.

L'affermazione è a nostro avviso condivisibile soltanto a condizione che la *Sorgfaltspflichtverletzung* venga intesa come violazione di una norma volta a prevenire un evento lesivo e implicante il superamento del rischio consentito.

Mentre la dottrina più tradizionale individua l'elemento comune nella inosservanza della diligenza obiettiva (*objektiv erforderliche Sorgfalt*), affermando che anche il dolo implica la violazione della misura oggettiva della colpa<sup>94</sup>, la teoria della imputazione oggettiva utilizza il concetto di “pericolo penalmente rilevante” quale “piattaforma comune” a dolo e colpa, richiedendo il superamento di un identico livello di rischio lecito<sup>95</sup>. Proprio per evitare l'assimilazione con la colpa la dottrina contempo-

preventivo, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, 2012/1, 158; CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale*, cit., 1 ss.; PISA, *Incidenti stradali e dolo eventuale*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, *Gli speciali*, 13 ss.; MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Ind.pen.*, 2010, 9 ss.

<sup>93</sup> MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 26 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 383 ss.; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 78 ss.; MORSELLI, *Note critiche*, cit., 25; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 51; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1711 ss. Per un quadro delle diverse accezioni del motto “non c'è dolo senza colpa”, v. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 357 ss.

<sup>94</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, 53 ss.; BOHNERT, *Das Bestimmtheitsersfordernis im Fabrlässigkeitstatbestand*, in *ZStW*, 1982, 78; HERZBERG, *Die Abgrenzung*, cit., 249 ss.; ID., *Die Sorgfaltswidrigkeit*, cit., 536 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 36 ss.; KAHLO, *Gegenwärtiger Stand*, cit., 267 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 319; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 138; PUPPE, *NK, Vor §§ 13 ff.*, n. 154; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder, Vorbem §§ 13 ss.*, n. 93; MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 26 ss.; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 90 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059 ss.; MORSELLI, *op.ult.cit.*, 27; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1711; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 332 (nt. 40). *Contra*, JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 563; HIRSCH, *Zur Lehre*, cit., 138 ss.; DUTTGE, *MüKo*, § 15, n. 103; CRAMER, STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder*, § 15, n. 121; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1141; ID., *Illecito*, cit., 355 ss. e 437 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 127 ss.; MILITELLO, *Rischio*, cit., 233; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 79 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 184; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 796; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 196 ss.; CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 106 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 446.

<sup>95</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 133 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 373; WOLTER, *Objektive*, cit., 24 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 307; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 319; FRISCH, *op.ult.cit.*, 33 ss. e 46 ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, cit., 217; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 138; MILITELLO, *Rischio*, cit., 253 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 311; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 95; BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 151; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1469 s. Critico,

ranea preferisce parlare semplicemente di creazione di un rischio illecito (*Schaffung eines unerlaubten Risikos*) quale generale presupposto della imputazione nei reati dolosi e colposi.

A favore di questa soluzione, imperniata sul concetto di *rischio* e non di *colpa*, milita più di un argomento.

Innanzitutto, l'impostazione che identifica la colpa esclusivamente nella inosservanza della diligenza obiettiva attribuisce in ogni illecito colposo un peso decisivo all'*Unterlassungsmoment* e, come abbiamo più volte rilevato, proprio l'idea di colpa come *Ausserachtlassung der objektiven Sorgfalt* e non come assunzione di un rischio illecito (non più consentito) spiega la tendenza all'assimilazione tra causalità omissiva e reato colposo<sup>96</sup>.

Inoltre, il principio "non c'è dolo senza colpa" finisce per «appiattare la colpa su una accezione oggettivistica e tutta esteriore», privandola «dei connotati di trascuratezza, disattenzione, avventatezza, superficialità, incompetenza che di volta in volta ne segnano la struttura *anche* a livello di tipicità»<sup>97</sup>.

Infine, la concezione del nesso normativo tra condotta ed evento fondata sulla identificazione tra la colpa e la mera violazione della diligenza impedisce di riconoscere che la creazione di un rischio non consentito e la sua realizzazione nell'evento sono requisiti essenziali dell'illecito in generale, anche di quello doloso<sup>98</sup>.

Più che nella violazione della diligenza, è nella creazione di un rischio illecito (nel senso di misura di rischio sufficiente quantomeno per la colpa) che va individuato il comune denominatore tra illecito doloso e illecito colposo. In questa prospettiva, il termine *Pflichtwidrigkeit* meglio esprime (rispetto al termine *Sorgfaltspflichtverletzung*) il concetto di antidoverosità e illiceità (derivante dalla violazione di una norma volta ad evitare eventi lesivi), al quale si riferisce il *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* (nesso normativo di antidoverosità) essenziale per l'imputazione dell'evento.

La distanza tra le due impostazioni può comunque essere ridimensionata.

Affermare che la violazione della diligenza è elemento caratteristico della colpa non significa che tale requisito sia assente o non svolga alcuna funzione nell'ambito del delitto doloso. Di regola, nel reato doloso l'esistenza di un "dovere di diligenza" (di

CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 98, il quale ritiene che «è proprio questa visione omogenea dell' "oggettivo" che compromette (...) una lineare opera di differenziazione tra le figure del *dolus eventualis* e della colpa con previsione, le quali non possono "condividere" un segmento così significativo della dimensione materiale e anche rappresentativa del comportamento umano ed essere contraddistinte unicamente sul piano volitivo». Secondo l'A., «il dolo e la colpa, per sorgere come istituti penalistici e non come categorie dell'etica, devono presupporre una dimensione oggettiva di pericolo, ma appare errato richiedere che tale substrato obiettivo di rischio sia necessariamente uniforme».

<sup>96</sup> Critici nei confronti della concezione della colpa come inosservanza del dovere di diligenza, SCHMIDHÄUSER, *Fabrlässige Straftat*, cit., 141 e 149; JAKOBS, *Studien*, cit., 67 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 319; WOLTER, *Adäquanz*, cit., 267; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 1066.

<sup>97</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 399; ID., *Lettura sistematica*, cit., 1141; CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 109.

<sup>98</sup> CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1470; CANESTRARI, *Illecito*, cit., 157.

osservare cioè le norme in grado di prevenire la verifica di eventi lesivi) è meno evidente per la semplice ragione che all'agente non deve essere segnalata la pericolosità della sua condotta, giacché egli mira proprio alla realizzazione dell'evento; solo nel reato colposo le norme di diligenza possiedono tale "funzione di avvertimento", integrando il necessario presupposto normativo per poter formulare un rimprovero nei confronti dell'agente basato sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento<sup>99</sup>. Il reato doloso si contraddistingue, al contrario, proprio per l'esistenza di una relazione effettiva e non meramente normativa tra l'agente e la idoneità causale della propria azione rispetto all'evento<sup>100</sup>.

Deve considerarsi altresì che la "regola cautelare" non è soltanto la regola di diligenza ai sensi dell'art. 43 c.p., ma una regola generale diretta a prevenire una determinata classe o tipologia di eventi lesivi, la cui violazione determina la creazione di un rischio non più tollerato dall'ordinamento.

Si può allora affermare che la condotta penalmente rilevante è sempre e soltanto quella che costituisce la violazione di una norma finalizzata a evitare il prodursi dell'evento e che la causalità penalmente rilevante si riferisce non già alla mera causalità naturalistica di un evento lesivo, ma alla realizzazione di un evento per mezzo di una condotta che abbia violato una norma orientata a prevenire specificamente quel tipo di evento<sup>101</sup>.

Affermare che il reato doloso richiede una condotta contraria a diligenza equivale, in quest'ottica, a sostenere che esso richiede una condotta tale da creare un rischio vietato, di cui l'evento sia realizzazione prevedibile ed evitabile<sup>102</sup>. Ciò significa, in altri termini, che la condotta deve determinare, *ex ante*, un aumento significativo del rischio di effettiva realizzazione dell'evento<sup>103</sup>.

Va dunque ribadito con forza che affermare che la pericolosità *ex ante* della condotta costituisce un requisito oggettivo del fatto tipico sia nei reati dolosi sia in quelli colposi non significa sostenere l'esistenza della misura oggettiva della colpa nel fatto doloso né che negligenza, imprudenza e imperizia siano caratteristiche della condotta dolosa<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> In questi termini, BOHNERT, *Das Bestimmtheitserfordernis*, cit., 78.

<sup>100</sup> Così, FORTI, *Colpa*, cit., 386.

<sup>101</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059 s. Critico comunque DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1140, il quale ribadisce con forza che la violazione di regole cautelari è elemento essenziale della tipicità della condotta colposa, mentre «nel dolo la direzione finalistica degli atti rispetto al risultato conferisce loro un significato che non può esser scorporato concettualmente mediante le nozioni della prudenza o della cautela: il rimprovero che si muove all'agente doloso non presuppone mai che gli si dimostri la possibilità di evitare il risultato *tenendo una specifica condotta doverosa*».

<sup>102</sup> Riguardo all'esigenza che anche nell'illecito doloso vi sia un nesso di adeguatezza causale o di prevedibilità oggettiva tra la condotta e l'evento, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 46, 73; DONINI, *op.ult.cit.*, 634; MILITELLO, *Rischio*, cit., 253 ss.; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 85 ss. e 127 ss.; CAVALIERE, *op.ult.cit.*, 1467 ss.

<sup>103</sup> EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1060 s.

<sup>104</sup> Per tutti, chiaramente, DONINI, *op.ult.cit.*, 1140. Cfr. anche FORTI, *op.ult.cit.*, 184, il quale ritiene che l'impostazione che ravvisa nella violazione della diligenza obiettiva un requisito comune alla imputazione obiettiva dei fatti dolosi e colposi non coincida affatto con quella che invece ritiene che "non c'è dolo senza

Alla luce delle considerazioni svolte, appare condivisibile la tesi di chi ritiene che la violazione della diligenza obiettiva non sia in realtà un elemento qualificante nemmeno della tipicità colposa, giacché l'affermazione che l'agente ha violato una determinata cautela nulla aggiunge al fatto che la condotta, così come posta in essere, ha creato (o aumentato) il pericolo di lesione di un bene giuridico<sup>105</sup>. Se la violazione della diligenza obiettiva finisce per coincidere, di fatto, con il compimento di una condotta vietata in quanto implicante la creazione di un pericolo per un bene tutelato, essa diviene un concetto superfluo. Del resto, si può negare la tipicità di una condotta senza dover prima escludere la violazione della diligenza, verificando semplicemente se la condotta abbia aumentato o meno il rischio di lesione<sup>106</sup>.

Ne consegue che il concetto di "violazione della diligenza obiettiva" ha senso esclusivamente nell'ambito delle attività pericolose ma consentite, vale a dire rispetto a quelle condotte che, benché pericolose, sono considerate lecite in quanto rispettose di determinate cautele. Ma non tutte le attività sono "pericolose" in questo senso: esistono infatti attività pericolose che non possono svolgersi in modo diligente, posto che l'unica alternativa lecita è la completa astensione dall'attività stessa. Ebbene, rispetto a queste condotte il criterio della violazione della diligenza obiettiva è privo di fondamento, rivelandosi così insuscettibile di generale e indistinta applicazione a tutti i fatti colposi<sup>107</sup>.

A questo proposito va condiviso il rilievo di chi lamenta l'eccessivo «processo di "de-psicologizzazione" e di "normativizzazione"» subito dalla colpa<sup>108</sup>. Incentrare la colpa sul concetto di violazione del dovere obiettivo di diligenza, comporta inevitabilmente un pericoloso slittamento verso la problematica causale. È piuttosto attraverso la valorizzazione del peculiare momento *soggettivo* della colpa che deve soddisfarsi l'esigenza di garanzia e di responsabilità colpevole, non sulla enfattizzazione del momento oggettivo-normativo della colpa, che ha condotto al fenomeno del progressivo avvicinamento tra causalità e colpa e che rischia di confondere la misura oggettiva della colpa con la imputazione oggettiva dell'evento<sup>109</sup>.

Preme ricordare in questo contesto argomentativo anche l'opinione, sostenuta da

colpa". V., inoltre, CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 103; MILITELLO, *Rischio*, cit., 233; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 796.

<sup>105</sup> Per questa impostazione, v. SCHMIDHÄUSER, *Fabrlässige Straftat*, cit., 132.

<sup>106</sup> SCHMIDHÄUSER, *op.ult.cit.*, 137, il quale considera la violazione della diligenza obiettiva una *Leerformel*. Va segnalato che l'A. inquadra il concetto di rischio consentito (e dunque anche l'accertamento della *Sorgfaltspflichtverletzung*) nell'ambito della antigiuridicità (e non della tipicità). V. anche WOLTER, *Adäquanz*, cit., 267; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 319.

<sup>107</sup> SCHMIDHÄUSER, *op.ult.cit.*, 138, il quale osserva criticamente che ne è prova il fatto che gli esempi formulati dalla dottrina riguardano sempre attività pericolose regolamentate.

<sup>108</sup> Recentemente, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, 339 ss.; PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Cass.pen.*, 2010, 1234; CANESTRARI, *La doppia misura*, cit., 80 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 1 ss.; GROTTTO, *Principio*, cit., 18; DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 647; ID., *L'elemento soggettivo L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, 125 ss.

<sup>109</sup> In questa direzione le riflessioni di CANEPA, *op.ult.cit.*, *passim*; GROTTTO, *op.ult.cit.*, *passim*.

*Engisch*, secondo cui il concetto di *Sorgfalt* indica l'omissione di una condotta pericolosa e adeguata alla realizzazione dell'evento<sup>110</sup>. Secondo questo orientamento, la norma che impone di evitare la realizzazione del fatto tipico è identica alla norma che prescrive di adottare mezzi adeguati ad evitare tale realizzazione, vale a dire identica alla norma che impone di osservare la diligenza. È evidente che nel caso in cui i mezzi necessari per evitare l'evento consistano nella omissione *tout court* della condotta vietata, l'uso del termine "diligenza" (*Sorgfalt*) non appare appropriato; ma, come spiega *Engisch*, ciò ha ragioni meramente linguistiche, non certo sostanziali. Ciò che conta è che il dovere di evitare la realizzazione di un fatto di reato coincide con la norma che impone di osservare la diligenza necessaria ad evitare tale realizzazione<sup>111</sup>.

In breve: la diligenza come omissione di azioni pericolose o come osservanza delle cautele necessarie in un contesto di rischio consentito<sup>112</sup>.

Si tratta senza dubbio dell'argomentazione più lineare e chiara portata dalla dottrina a sostegno della rilevanza, anche nel delitto doloso, della "violazione della diligenza oggettiva", nel senso di inosservanza del dovere di evitare la verificazione dell'evento e quindi di adeguatezza rispetto all'evento<sup>113</sup>.

### 2.3. (segue) Adeguatezza e pericolosità della condotta

La dottrina più attenta ha sempre evidenziato la necessità di valorizzare la dimensione oggettiva di offensività della condotta dolosa, al di là della mera componente soggettivistica, nella sua connessione teleologica con l'evento lesivo. La particolare intensità dell'elemento psicologico nell'illecito doloso non può infatti sostituire il disvalore oggettivo della condotta dolosa, né rendere superflua una indagine circa la sua reale pericolosità e la conseguente materializzazione nell'evento<sup>114</sup>.

Espressione di tale esigenza fu storicamente l'idea della adeguatezza, oggi presente

<sup>110</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 283, identifica completamente la *Sorgfaltspflicht* con la *Pflicht zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung* (ivi, spec. 339). Al riguardo, v. FORTI, *Colpa*, cit., 364.

<sup>111</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 336 («Die Norm, Tötungen zu vermeiden, ist identisch mit der Norm, Sorgfalt zur Vermeidung von Tötungen anzuwenden»); anche ivi, 345.

<sup>112</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 283 ss.; 290.

<sup>113</sup> Per ENGISCH, *op.ult.cit.*, 347 s., nel delitto doloso la "violazione della diligenza" si manifesta chiaramente sotto forma di "adeguatezza".

<sup>114</sup> Nella letteratura contemporanea, v. DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 596 ss.; CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 250 ss.; ID., *Dolo eventuale*, cit., 176; DE VERO, *Disvalore*, cit., 1522; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1462; da angolazione peculiare, RONCO, *Interruzione*, cit., 824 ss. Fondamentale, WELZEL, *Fabrlässigkeit*, cit., 11, per il quale «Che A abbia cagionato la lesione personale di B mediante una condotta *antigiuridica* dipende da come era conformata la condotta di A, e non soltanto e soprattutto non principalmente dal fatto che essa ha cagionato la lesione personale di B» («Ob A die körperliche Verletzung des B durch eine rechtswidrige Handlung verursacht hat, hängt davon ab, wie die Handlung des A beschaffen war, und nicht allein und erst recht nicht primär davon, ob sie die Körperverletzung des B verursacht hat»). Già, MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 22 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 54; MÜNZZBERG, *Verhalten*, cit., 142 ss.; chiaramente anche ROXIN, *Gedanken*, cit., 137; WOLTER, *Adäquanz*, cit., 257 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 238; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 40 e 527 ss.; ID., *Vorsatz*, cit., 82 ss.

nell'illecito doloso nel requisito della creazione di un rischio disapprovato<sup>115</sup>.

La questione concerne la possibilità di assegnare al criterio della adeguatezza un contenuto distinto da quello dell'elemento obiettivo della colpa, applicandolo anche al reato doloso.

*Engisch*, ritenendo l'inosservanza della diligenza necessaria sinonimo di condotta adeguata (a produrre l'evento), considerava l'adeguatezza un requisito del fatto tipico *ulteriore* rispetto alla causalità<sup>116</sup>.

Il dovere di diligenza, proprio in quanto definibile soltanto in relazione ad un dato evento (nella misura in cui la violazione del dovere oggettivo di diligenza rappresenta la creazione di un rischio in relazione ad un determinato evento tipico), non ha soltanto la funzione di determinare ciò che è tipico, ma anche di stabilire se una determinata condotta sia collegabile ad un tipo di evento. In questo senso, la diligenza consiste nella omissione di quelle azioni che possono condurre con probabilità ad un evento lesivo o nel compimento di quelle azioni che sono idonee ad evitarlo. Un processo causale risulta allora adeguato alla produzione di un determinato evento se implica la inosservanza del dovere di diligenza necessario ad evitarne la verificaione<sup>117</sup>.

La conclusione cui giunse la teoria della adeguatezza è che sono tipiche soltanto le condotte che *ex ante* presentano una tendenza lesiva verso l'evento. Si passò così da una concezione meramente "causalista" dell'illecito ad una concezione dell'illecito basata su un giudizio relativo a rischi (e alla loro tollerabilità da parte dell'ordinamento). Invero, l'evento dannoso non può derivare da qualsiasi tipo di azione, ma deve discendere da una condotta che presenti determinati connotati di pericolosità, che devono riflettersi nella lesione del bene giuridico tutelato. «L'aspetto che viene in considerazione non è il rapporto "causa-effetto", bensì la connessione "mezzo-fine" tra l'azione umana ed i suoi risultati, in quanto si deve valutare se la condotta poteva essere oggettivamente intesa come uno "strumento" in grado di produrre una determinata modificazione della realtà»<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 136; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 62. Al riguardo, la chiara ricostruzione di DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 596 ss. Nella dottrina italiana più risalente, sempre valide le riflessioni di FLORIAN, *Causalità e pericolosità*, *Estratto dalla Scuola positiva - Riv.it.dir.proc.pen.*, Milano, 1924, 7 («Se il risultato ci fu, evidentemente il problema consiste non nel ricercare semplicemente se il risultato fu l'effetto dell'azione del colpevole, ma ancora se l'azione tale effetto poteva produrre»); GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1935, 17, e il concetto di "condizione qualificata" quale «condizione che presenti un determinato carattere derivante dalla relazione in cui si presenta rispetto all'evento» e di "causa" come «condotta capace di produrre l'evento»; SINISCALCO, *La struttura*, cit., 133 ss.

<sup>116</sup> ENGISCH, *op.ult.cit.*, 59. Cfr. in precedenza MÜLLER, *op.ult.cit.*, 27 ss., per il quale tuttavia il requisito della adeguatezza, nel senso di aumento della possibilità di verificaione dell'evento, indicava non già la causalità ma la *objektive Rechtsnormwidrigkeit*; così, già TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 159 ss.; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 32 («La probabilità di un evento dannoso comincia ad essere rilevante (...) allo stesso punto in cui essa è sufficientemente alta da giustificare un giudizio di illiceità della condotta, tenuto conto dell'utilità di questa e del costo di eliminazione del rischio»).

<sup>117</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, 327.

<sup>118</sup> CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 250.

Da questo punto di vista, la teoria della causalità adeguata contiene – come da più parti si è rilevato – lo “spunto” decisivo per l’elaborazione delle moderne teorie della imputazione oggettiva, incentrandosi sulla necessità di un nesso di congruenza tra la pericolosità della condotta e l’evento, nel quale deve trovare realizzazione proprio il rischio connesso alla condotta<sup>119</sup>.

Deve rammentarsi a questo proposito che *Engisch* sottolineava la necessità di distinguere due giudizi o due concetti di adeguatezza: il primo riferito alla pericolosità della condotta in vista della produzione dell’evento tipico (adeguatezza *in senso lato* come generica pericolosità); il secondo da intendersi come idoneità a produrre proprio un evento del tipo di quello concretamente verificatosi (adeguatezza *in senso stretto* come congruenza di rischi). Questa impostazione ha dato vita al fondamentale collegamento tra il concetto di aumento del rischio (riferito alla condotta) e quello di realizzazione del rischio nell’evento<sup>120</sup>. L’indirizzo tradizionale in tema di colpa, al contrario, aveva concentrato l’attenzione unicamente sul profilo del disvalore di evento, portando a «trascurare un dovuto approfondimento delle caratteristiche che connotano il disvalore della condotta ed il profilo “offensivo” attinente al rapporto tra la condotta e l’evento»<sup>121</sup>.

Il quadro tracciato evidenzia che il tema della adeguatezza, seppur elaborato inizialmente in relazione al concetto di violazione della diligenza, non si è in realtà mai posto come requisito della colpa, assumendo anzi ben presto la fisionomia di un criterio generale e comune di tipicità della condotta (dolosa e colposa). Stupisce allora che la riflessione successiva, attraverso un impercettibile slittamento dal piano della causalità a quello della colpa, si sia concentrata esclusivamente sull’illecito colposo, determinando la impropria sovrapposizione tra adeguatezza e violazione della diligenza, intesa in senso stretto come violazione della misura oggettiva della colpa.

La sostituzione del concetto di “condotta adeguata” o “condotta pericolosa” (“condotta antigiuridica”) con quello di “condotta che viola la diligenza” impedisce ancora oggi di percepire l’affinità sostanziale tra causalità della condotta e causalità della colpa (tra imputazione “per colpa” e imputazione oggettiva), ingenerando l’errata convinzione che l’imputazione oggettiva si esaurisca in realtà nelle problematiche relative alla colpa (o, tutt’al più, all’illecito colposo, in particolare rispetto al nesso normativo tra colpa ed evento).

Se dunque nell’illecito doloso è l’adeguatezza della condotta a svolgere la funzione che nell’illecito colposo viene assegnata “tipicamente” alla violazione del dovere di diligenza, fatto doloso e colposo condividono soltanto la pericolosità concreta della condotta, non certo la negligenza o imprudenza. Pertanto, «l’intenzione di ledere il

<sup>119</sup> In merito, MILITELLO, *Rischio*, cit., 15 ss.; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 105 e 250; DONINI, *Illecito*, cit., 605 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 368.

<sup>120</sup> ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 78; già MÜLLER, *op.ult.cit.*, 22 ss. Cfr. STELLA, *La descrizione*, cit., 17; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 157 s.

<sup>121</sup> CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 106; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1127.

bene, quando si mantenga (o si mantenga ancora) nei limiti del rischio lecito, non è tanto “diligente” (...) quanto oggettivamente inidonea, inadeguata, o ancora troppo genericamente idonea»<sup>122</sup>. Non si tratta, insomma, di configurare regole cautelari e precauzionali suscettibili di essere violate dolosamente, bensì di stabilire la rilevanza oggettiva di un rischio rispetto ad un determinato tipo di eventi.

L'idea di adeguatezza va dunque messa in relazione con l'idoneità (oggettiva, *ex ante*) a offendere un bene giuridico (*offensività in astratto*): una condotta è adeguata rispetto all'evento quando questo non appare conseguenza improbabile, ovvero quando la condotta è pericolosa rispetto all'evento<sup>123</sup>.

Coerentemente, l'orientamento che nella dottrina italiana sostiene il criterio del superamento della soglia di rischio fa leva sugli artt. 56 e 49 c.p., dai quali è desumibile l'unitario concetto di idoneità dell'azione, nonché il principio secondo cui vi è un'analogia strutturale della pericolosità *ex ante* della condotta dolosa e di quella colposa<sup>124</sup>. Ma se l'idoneità-adequatezza della condotta è considerata un requisito gene-

<sup>122</sup> DONINI, *Illecito*, cit., 338.

<sup>123</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 41; WOLTER, *Adäquanz*, cit., 257; CAVALIERE, *op.ult.cit.*, 1462 («Non costituiscono illecito penale tutte le condotte che cagionano una lesione di beni giuridici, ma solo quelle tra esse che, al momento in cui sono poste in essere – cioè, secondo una prospettiva *ex ante* –, siano oggettivamente idonee, dal punto di vista di un osservatore posto nella posizione dell'agente, e soggettivamente orientate [in termini di dolo o di colpa] a realizzarla»); ALEO, *Causalità*, cit., 54, il quale chiarisce che nel delitto doloso “adeguato” significa “non impossibile”, poichè la responsabilità del fatto doloso è esclusa per l'assoluta impossibilità del verificarsi dell'evento (inidoneità), secondo lo schema dell'art. 49, co. 2, c.p.; diversamente, nel delitto colposo “adeguato” significa “ulteriore” rispetto alla misura del rischio socialmente accettato.

<sup>124</sup> DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 266, 272, nt. 24; ID., *Illecito*, cit., 350; CANESTRARI, *op.ult.cit.*, 157 («Ogni azione che non produca un pericolo “obiettivamente imputabile” rappresenta in via generale un tentativo assolutamente inidoneo e quindi non penalmente rilevante»). Negli stessi *Lavori preparatori*, IV, I, 56 ss., si affermava con chiarezza il valore generale del principio espresso dall'art. 49 c.p. (il quale «ha valore generale e fondamentale anche per il reato consumato, perché attiene alla esecuzione del reato, ossia alla condotta punibile, elemento essenziale del reato»). Si segnala che nella *Relazione* al Progetto Pisapia del 2007 la riformulazione della disposizione sulle concause viene motivata con l'intento di «consentire al giudice di operare una valutazione sia della qualità della condotta tenuta (*ex ante*), sia delle modalità concrete del riscontro decorso causale (*ex post*), nella convinzione che il diritto non possa considerare rilevanti né fattori causali non dominabili (o perché imprevedibili o perché giuridicamente riconducibili in maniera integrale alla sfera “di signoria” di altri soggetti), né condotte palesemente inidonee o non tali da creare o accrescere il rischio di cui l'evento costituisce attualizzazione».

Nella letteratura tradizionale, v. soprattutto, GRISPIGNI, *Il nesso causale*, cit., 39, per il quale gli artt. 49 e 56 c.p. confermano «la volontà della legge di non contentarsi di ogni e qualsiasi condizione per imputare l'evento, ma di esigere che la condotta si presenti in una certa relazione con l'evento, e precisamente come capace di produrre il medesimo»; SCARANO, *Il tentativo*, cit., IX, ove afferma che «il criterio dell'adequatezza serve a determinare tanto il danno e il pericolo attuato e non voluto, come nei reati colposi di azione e di omissione, quanto quello voluto e non attuato, come nel tentativo»; l'A. (*ivi*, 200) distingue, altresì, tra *idoneità del mezzo* (art. 56 c.p.), da determinarsi in rapporto al fine dell'agente, e *idoneità-adequatezza dell'azione* (art. 49 c.p.), da determinarsi in modo oggettivo (e quindi, in una prospettiva *ex post* e tenendo conto di tutte le circostanze oggettivamente esistenti). V. inoltre, SINISCALCO, *La struttura*, cit., 133; ID., *Causalità*, cit., 646 s. («L'inadeguatezza dell'azione in ordine al risultato esclude che essa possa avere un significato offensivo»). Per l'orientamento che inquadra il problema della idoneità nell'ambito dei principi che regolano il nesso causale, v. PANNAIN, *Manuale*,



rale dell'illecito (e, in particolare, della tipicità della condotta), la sua rilevanza dovrebbe travalicare i confini del tentativo e riguardare il reato in generale; dovrebbe allora potersi formulare un giudizio di inidoneità-inadeguatezza anche nei casi in cui – per ventura – l'evento si è sì verificato, ma non può considerarsi normativamente “conseguenza” della condotta, perché questa non era in sé adeguata a produrlo.

Senonché la dottrina tradizionale non ritiene necessario procedere alla verifica della adeguatezza e della rilevanza del rischio nel reato doloso, perché la condotta intenzionale è solitamente idonea; ma – come è stato osservato – la previsione delle norme relative al reato impossibile, alla inidoneità degli atti nel tentativo, al caso fortuito e alle cause sopravvenute depongono a favore di una categoria generale che esprima l'esigenza della rilevanza del rischio<sup>125</sup>. Anche la responsabilità per un fatto doloso va dunque esclusa per l'assoluta inidoneità della condotta a cagionare l'evento, vale a dire per la impossibilità del verificarsi dell'evento.

Nell'ambito della teoria dell'illecito il criterio della oggettiva idoneità della condotta a determinare un evento è espressione del principio per cui non può essere fonte di responsabilità la condotta assolutamente innocua (inidonea, inadeguata) che abbia cagionato l'evento lesivo per il concorso di circostanze fortuite ed occasionali, neppure in presenza della volontà di ledere il bene giuridico. L'affermazione, ancora ricorrente in dottrina, che in questi casi difetti la volontà dell'evento e che esista tutt'al più un semplice desiderio «introduce in realtà il requisito della idoneità dell'azione, ma per una via tortuosa, attraverso l'inutile mediazione di concetti e finzioni psicologiche»<sup>126</sup>.

Un'ultima precisazione essenziale per il prosieguo della nostra indagine: la verifica della idoneità e pericolosità oggettiva della condotta (della già citata “adeguatezza in senso lato”) avviene in un momento precedente all'accertamento della causalità e ne costituisce il necessario presupposto.

Ma di *quale* causalità essa è il presupposto?

Invero, se il giudizio di idoneità, in quanto fondato su parametri probabilistici e statistici, ha lo scopo di valutare in prospettiva *ex ante* l'idoneità della condotta a cagionare l'evento, altra cosa è stabilire in prospettiva *ex post* se l'evento effettivamente verificatosi possa ricondursi alla condotta. Questo secondo giudizio di “adeguatezza in senso stretto” (o di realizzazione del rischio, come preferisce definirlo la dottrina contemporanea) non ha natura *deduttiva*, ma *induttiva*.

Si affaccia la dicotomia tra la prospettiva *ex ante* della causalità generale (data dalla idoneità e basata sul procedimento di generalizzazione) e la prospettiva *ex post* della causalità individuale (data dalla realizzazione del rischio attivato dalla condotta nel-

cit., 546; MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1967, 225; DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969, 219; CURATOLA, *Del nesso oggettivo*, cit., 95 s. Più recentemente, nell'ottica della concezione realistica, FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 45; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 764. Da prospettiva peculiare, LICCI, *Teorie causali*, cit., 14, 383.

<sup>125</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 127.

<sup>126</sup> Così, chiaramente, TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 38.

l'evento e basata sul meccanismo di imputazione della *c.s.q.n.*), dicotomia che – come vedremo – riveste un ruolo fondamentale sul terreno dell'accertamento del nesso normativo tra condotta ed evento<sup>127</sup>.

#### 2.4. *Esiste un nesso di antidoverosità (Pflichtwidrigkeitszusammenhang) nel reato doloso, esiste una "causalità del dolo"?*

Prima di proseguire pare opportuno riassumere brevemente gli esiti della nostra indagine.

Se nel reato doloso è configurabile la "violazione di regole cautelari" nei termini in cui si detto, in esso si dovrebbe poter cogliere anche quel particolare "nesso" tra tale violazione e l'evento cagionato, soprattutto alla luce della *ratio* della limitazione della responsabilità evidenziata dalla teoria della adeguatezza prima e della imputazione oggettiva poi, ovvero del principio che l'evento deve sempre essere la realizzazione dello specifico rischio creato dalla condotta.

Il nesso normativo di illiceità o antidoverosità (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) tra condotta ed evento è dato non tanto dalla pertinenza della norma violata rispetto all'evento tipico (prospettiva *ex ante*), quanto dalla realizzazione *ex post* del rischio attivato con l'inosservanza della norma nell'evento verificatosi in concreto, nonché dalla evitabilità di questo mediante l'adozione di un comportamento alternativo lecito conforme al diritto (prospettiva *ex post*). Il comportamento alternativo lecito non dovrebbe pertanto costituire una figura specifica connaturata al reato colposo, ma rappresentare una particolare forma di manifestazione del ragionamento ipotetico-controfattuale che, quale metodo di accertamento, è utilizzabile anche nell'ambito dell'illecito doloso.

Nel reato doloso è dunque teoricamente configurabile un equivalente del nesso normativo richiesto tra colpa ed evento nel reato colposo, vale a dire una sorta "causalità del dolo".

Tale relazione specifica tra la *objektive Pflichtwidrigkeit* (requisito comune a reato doloso e colposo) ed evento identifica ciò che parte della dottrina denomina nesso di rischio o nesso di realizzazione (*Risikozusammenhang*; *Realisierungszusammenhang*).

Non è certo una prerogativa della responsabilità colposa quella di esigere un "nesso normativo" tra condotta ed evento, ulteriore rispetto a quello causale; anzi, esso dovrebbe costituire il comune fondamento della responsabilità penale personale (art. 27 Cost.) – anche se nel fatto doloso la presenza della volontà ci spinge a credere che non serva molto altro oltre alla causalità e all'intenzione<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>128</sup> Sotto questo profilo, la teoria della imputazione oggettiva (che da decenni ribadisce l'esigenza dell'ulteriore requisito rappresentato dalla creazione di un rischio illecito e dalla sua realizzazione nell'evento) costituisce un enorme progresso dogmatico e politico-criminale e presenta una forte valenza garantista (in questa dire-

La dottrina afferma tradizionalmente che l'espressione "causazione colposa dell'evento" non equivale all'espressione "causalità+colpa". Ebbene: per quale ragione nel reato doloso non si dovrebbe affermare che "causazione dolosa dell'evento" non equivale alla semplice somma di causalità e dolo, ma indica un *quid pluris*?

Anche nel reato doloso l'evento dovrebbe rappresentare la realizzazione dello specifico rischio creato dalla condotta. Se nel reato colposo la causa dell'evento deve essere la condotta che ha violato un dovere di diligenza, si può analogamente affermare che anche nel reato doloso la causa dell'evento debba essere la *condotta intenzionale* (cioè *qualificata* dalla presenza della previsione e volontà di uno specifico evento lesivo) e debba esservi una connessione normativa tra l'evento e il rischio in considerazione del quale la condotta è considerata dolosa.

Il rischio, in ragione del quale una condotta viene considerata dolosa, non può certo risultare dal solo atteggiamento interiore caratterizzato dalla volontà di lesione o messa in pericolo del bene tutelato, ma deve in qualche modo riferirsi ad una situazione contraddistinta da determinate *caratteristiche oggettive*, associate di regola ad un rischio tipicamente doloso<sup>129</sup>; d'altro canto, il dolo "in senso oggettivo" si identifica anche con la possibilità di dominare e di orientare finalisticamente lo sviluppo causale. Si pone così, per quanto riguarda il fatto doloso, la nota questione della *Planverwirklichung*, di cui sono espressione le problematiche della divergenza tra voluto e realizzato (*aberratio* e *aberratio causae*), del *dolus generalis*<sup>130</sup> e del dolo eventuale, nonché, per certi aspetti, il tema delle conseguenze tardive (*Spätfolgen*, *Folgeverletzungen*, etc.)<sup>131</sup>.

Se non si parlasse più di *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, ma semplicemente di *Risikozusammenhang*, sarebbe più chiaro che il problema si pone negli stessi termini nel reato doloso e in quello colposo: si tratta, cioè, di escludere l'imputazione di quegli

zione, specialmente FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 733 ss.; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 18; DONINI, *op.ult.cit.*, 157), che meriterebbe di essere valorizzata di fronte ai ripetuti attacchi rivolti alla teoria (spesso male interpretata) dell'aumento del rischio ed ai tentativi sempre più evidenti di screditare la capacità del diritto penale di fornire validi criteri di imputazione dell'evento.

<sup>129</sup> Condividono l'importanza della considerazione di elementi obiettivi e normativi nella ricostruzione del dolo, PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., X; PAGLIARO, *Principi*, cit., 276; CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 8; HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 487; SCHÜNEMANN, *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in *Hirsch FS*, 1999, 366 ss.

<sup>130</sup> Considera l'ipotesi di *aberratio causae* affine a quella in esame, TOEPEL, *Kausalität*, cit., 220; sui rapporti tra *aberratio causae* e adeguatezza, v. WOLTER, *Der Irrtum*, cit., 649 ss.; più in generale, sul punto, v. PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, cit., 49 ss.; da noi, CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig.disc.pen.*, XI, Torino, 1996, 168 ss.

<sup>131</sup> Per l'applicabilità dei criteri della realizzazione del rischio e dello *Schutzzweck* a queste costellazioni, v. per tutti, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 387 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 715 ss.; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 120 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 341 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 138 ss.; JAKOBS, *Strafacht*, cit., 208 ss.; OTTO, *Kausaldiagnose*, cit., 91 ss. Nella letteratura classica, spunti in RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 549 ss.; ROXIN, *Zum Schutzzweck*, cit., 241 ss. Nella dottrina italiana, v. CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 175 ss.; FORTI, *Colpa*, cit., 547 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 378 ss. e 433 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 437; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 85 e 147.

eventi che non siano realizzazione del rischio creato dalla condotta. Anche nel reato doloso un evento inevitabile non rappresenta più realizzazione di un rischio ascrivibile ad un soggetto, ma di un rischio diverso, proveniente da un'altra fonte (rischio consentito o altra causa), in quanto tale non gestibile né "orientabile finalisticamente" neppure dall'agente doloso.

Se è vero che soltanto lo studio del rapporto tra la condotta soggettivamente qualificata e l'evento «consente un'impostazione corretta della problematica del disvalore della condotta e dell'evento in chiave dogmatica, anziché di mera opzione ideologica, politico-criminale, o di tecnica legislativa di costruzione delle fattispecie»<sup>132</sup>, è proprio il criterio normativo della *Risikoverwirklichkeit* ad avere la funzione fondamentale, nel delitto colposo, di limitare la responsabilità per la causalità e, nel delitto doloso, di limitare gli eccessi di una responsabilità soggettiva o psicologica.

Purtroppo è ancora diffusa l'opinione per cui nell'illecito doloso la significatività del rischio connesso alla condotta è data esclusivamente dalla presenza della volontà e solo una parte minoritaria della dottrina è consapevole del fatto che la questione dell'imputazione di un determinato evento "per dolo" non può essere risolta su un piano meramente psicologico. Occorre, invece, sottolineare l'esigenza della oggettiva idoneità della condotta a cagionare l'evento e ribadire con forza che «una lettura esclusivamente "soggettivistica" del dolo potrebbe condurre all'imputazione del fortuito e ad attribuire rilevanza penale persino ad un *dolus malus* sorretto da un comportamento che si arresta allo stadio del tentativo inidoneo»<sup>133</sup>.

Fino ad oggi il tema del nesso di rischio nel fatto doloso (vale a dire il requisito della realizzazione del rischio attivato dalla condotta nell'evento) non è stato adeguatamente approfondito e la dottrina ha preferito esaminare le tradizionali problematiche della imputazione a titolo di dolo (*aberratio ictus*, consumazione anticipata o posticipata, deviazioni del decorso causale ecc.) sul piano della colpevolezza<sup>134</sup>.

A nostro avviso, il comportamento alternativo lecito dovrebbe svolgere anche nell'ambito dell'illecito doloso la funzione di escludere l'imputazione, posto che si rivela necessaria anche qui la corrispondenza normativa tra la *Pflichtverletzung* e il disvalore di evento<sup>135</sup>. Anche l'agente doloso dovrebbe potersi difendere affermando che l'evento si sarebbe verificato anche in caso di condotta lecita, cioè che l'evento si è verificato in realizzazione di un rischio lecito e non illecito. Dolo e colpa non vanno riferiti all'evento in sé, né alla "cieca" causalità, ma soltanto alla causalità penalmente rilevante, cioè alla causalità della dimensione illecita della condotta.

<sup>132</sup> DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 622.

<sup>133</sup> CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 176; recentemente, DE VERO, *Disvalore*, cit., 1518 ss.; ID., *Dolo eventuale*, cit., 904 ss.

<sup>134</sup> Sottolinea tale lacuna, DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 696 s.

<sup>135</sup> TOEPEL, *Kausalität*, cit., 221; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 266; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 115; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99; HANAU, *Die Kausalität*, cit., 110 ss.; da noi, CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 157.

La dottrina che assegna rilevanza ai casi di inevitabilità dell'evento nel reato doloso ritiene che in assenza del nesso normativo di rischio possa configurarsi esclusivamente una responsabilità a titolo di tentativo<sup>136</sup>.

La soluzione non sorprende. I casi in cui l'evento si sarebbe verificato comunque costituiscono, infatti, una sorta di "rovescio" del tentativo: nel tentativo si accerta *ex post* che la condotta pericolosa non ha determinato l'evento ed essa viene considerata priva di rilevanza per l'*assenza* di ulteriori fattori eziologici necessari alla verifica dell'evento; nel caso di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito si accerta *ex post* la relazione causale tra condotta ed evento, ma la condotta può essere considerata priva di rilevanza per l'intervento di ulteriori fattori causali oggettivamente *presenti*<sup>137</sup>. Le due ipotesi sono accomunate dal fatto che la condotta, per quanto illecita, può considerarsi irrilevante dalla prospettiva dell'evento, soltanto che nel primo caso l'evento è mancato, nel secondo esso si è verificato, ma viene percepito come frutto del caso o di una fatalità.

L'ipotesi della inevitabilità dell'evento nel delitto doloso presenta, in generale, delle analogie con le figure del delitto tentato e del reato impossibile, sotto il profilo della (in)idoneità dell'azione e (in)offensività del fatto. Una condotta, che appaia inizialmente illecita in ragione dei rischi ad essa connessi può risultare inoffensiva, perché alla luce di una valutazione *ex post* l'evento non rappresenta lo sviluppo della situazione originaria di rischio. Proprio questa valutazione in duplice prospettiva *ex ante* ed *ex post* caratterizza l'istituto del reato impossibile<sup>138</sup>.

In dottrina si è osservato, inoltre, che la punibilità per dolo andrebbe esclusa per la inidoneità causale della violazione della regola cautelare volontariamente posta in essere<sup>139</sup>. Conseguentemente, non sarebbe configurabile nemmeno il tentativo laddove risulti che «la condotta rispettosa della regola violata avrebbe comunque prodotto l'evento lesivo (viene meno in radice, nel quadro descritto, la possibilità stessa che la trasgressione risulti causale)» e «la condotta si rivela inidonea a cagionare l'evento non per l'operare di fattori impeditivi, ma per l'operare di fattori *già da soli produttivi* del medesimo»<sup>140</sup>.

Rispetto a tali "fattori già da soli produttivi dell'evento" la condotta dell'agente – a prescindere dal suo atteggiamento psicologico – si pone come condizione ridondante, superflua, non più in grado di incidere (né in positivo né in negativo) sulla situazione concreta del bene giuridico; non idonea, in altri termini, a peggiorare le sue condizioni né dunque ad offenderlo.

Nel caso della novocaina la presenza del dolo non dovrebbe modificare la consta-

<sup>136</sup> Così, ad es., KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 55 s.; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 217; ERB, *op.ult.cit.*, 277; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 397; LENCKNER, EISELE, *op.ult.cit.*, n. 99; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1591 s.

<sup>137</sup> SALM, *Das vollendete Verbrechen*, cit., 81.

<sup>138</sup> PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., 784.

<sup>139</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1073; PAGLIARO, *op.ult.cit.*, 784.

<sup>140</sup> Così, EUSEBI, *op.ult.cit.*, 1079 (corsivo nostro).

tazione che nell'evento non si è realizzato il rischio illecito creato dal medico, nella misura in cui la sua condotta non ha aumentato il rischio lecito preesistente (già "perfetto" e sufficiente a determinare da solo l'evento) legato alla sensibilità della vittima, né peggiorato le condizioni del bene tutelato.

Benché esista un danno fisicamente percepibile (*Tatobjektsverletzung*), mancherebbe un danno normativamente apprezzabile (*Rechtsgutsverletzung*), con la conseguenza che il rimprovero riguarderebbe solo il versante interiore e soggettivo<sup>141</sup>.

La soluzione può trovare altresì una spiegazione alla luce della *concezione realistica* del reato e del principio di offensività, dato che la inevitabilità dell'evento pregiudica già in partenza la *idoneità* degli atti e il dominio meramente putativo del decorso causale da parte dell'agente non corrisponde alla situazione reale (si pensi, ad esempio, alla madre che dolosamente ometta di nutrire il figlio con un alimento, che poi si rivela tossico)<sup>142</sup>. In questi casi la rinuncia all'imputazione, quantomeno della consumazione, si basa sulla considerazione che il dolo non costituisce mezzo idoneo alla realizzazione dell'evento perché questa non è *steuerbar*. Potrebbe dunque tornare utile il criterio della dominabilità: l'imputazione verrebbe meno perché l'agente, benché volesse produrre l'evento lesivo, lo ha cagionato, per così dire, "casualmente", dal momento che non era in grado, di fatto, di controllare gli avvenimenti (né di evitarlo desistendo)<sup>143</sup>.

È stato osservato, a questo proposito, che si tratta sempre di casi in cui l'agente doloso, pur determinando il superamento di una soglia di rischio consentito, non ha la possibilità di scegliere di agire diversamente, poiché l'unica alternativa prospettabile è la totale astensione dalla condotta, cui egli non è tuttavia tenuto in virtù delle sue conoscenze "incomplete". L'agente, infatti, ignora la presenza di una causa alternativa o concorrente in grado di cagionare comunque l'evento; proprio tale ignoranza fa sì che egli domini soltanto parzialmente il decorso causale e non possa, neppure volendo, evitare l'evento<sup>144</sup>.

Proprio sotto il profilo della dominabilità del decorso causale e della possibilità di incidere concretamente sulla situazione reale viene alla luce, a nostro avviso, l'affinità tra il nesso normativo tra norma cautelare violata ed evento nel reato colposo e nesso di rischio nel reato doloso. Gli eventi lesivi devono essere oggettivamente pianificabili, cioè perseguibili in caso di dolo ed evitabili in caso di colpa. Così come, quando la con-

<sup>141</sup> Per la netta separazione di questi due profili, v. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 92 ss.; cfr. anche ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 228.

<sup>142</sup> Per un chiaro riferimento al reato impossibile, v. TOEPEL, *op.ult.cit.*, 219; SANCINETTI, *Son irrelevantes*, cit., 1591 s., che ha formulato l'esempio citato. Cfr. altresì DE VERO, *Disvalore*, cit., 1512, il quale non esclude la configurabilità di una disposizione analoga all'art. 49, co. 2, c.p., che configuri una sorta di "reato colposo impossibile". V. anche FIORE, FIORE, *Diritto penale*, cit., 285, i quali sottolineano che «la funzione dell'art. 49, co. 2, sta proprio nel consentire il superamento dei limiti connessi con un'accezione puramente causale della fattispecie».

<sup>143</sup> Cfr. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 735 s.

<sup>144</sup> Per queste osservazioni, TOEPEL, *op.ult.cit.*, 213 ss.

dotta prescritta si rivela inidonea ad evitare l'evento, la realizzazione dell'evento attraverso la violazione della norma non può considerarsi oggettivamente perseguibile, anche la sua intenzionale inosservanza si rivela inidonea a determinare finalisticamente l'evento e colui che mira all'evento può essere punito tutt'al più per *reato impossibile*<sup>145</sup>.

Se il dolo è certamente «organizzazione finalistica della causalità»<sup>146</sup>, così che la *evitabilità* dell'evento (in positivo) resta assorbita all'interno della volontà diretta all'evento, la *inevitabilità* (in negativo) potrebbe incidere proprio sulla dominabilità del decorso causale escludendo a monte già la imputazione oggettiva dell'evento, soprattutto se consideriamo l'inevitabilità dell'evento espressione di imprevedibilità e caso fortuito, cioè dell'intervento di fattori causali nuovi ed eccezionali.

L'opinione secondo cui in caso di inosservanza dolosa della diligenza richiesta (ad es., in caso di eccesso di velocità commesso allo scopo di cagionare un incidente o accettandone quantomeno il rischio) deve escludersi la prova della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, perché l'agente ha «organizzato la causalità verso tale risultato, anziché solo “compiacersi interiormente” del procedere di un decorso eziologico attivato senza accettare il rischio dell'evento e prodottosi da sé in maniera inevitabile»<sup>147</sup>, assegna di fatto al solo atteggiamento interiore una funzione discriminante.

Ma se è indubbio che in caso di condotta *conforme* il mero atteggiamento interiore non può di per sé determinare la responsabilità dell'agente, posto che il rispetto della diligenza indica che il rischio è “sotto controllo” o, perlomeno, tollerato (indipendentemente dalla presenza del dolo o della colpa), non è ancora chiaro perché in caso di condotta *non conforme* l'atteggiamento interiore torni ad essere talmente preponderante da determinare la punibilità del solo agente doloso anche in caso di oggettiva inevitabilità dell'evento.

Sarebbe, per contro, più corretto individuare le ragioni della inevitabilità dell'evento. Come abbiamo cercato di dimostrare con riferimento alla *ratio* del comportamento alternativo lecito, l'evento può essere inevitabile perché manca la necessaria congruenza tra l'evento considerato dalla regola cautelare violata e l'evento verificatosi in concreto, perché la regola cautelare si rivela inidonea nel caso concreto o perché si è intromesso un fattore eziologico imprevedibile<sup>148</sup>.

Questa indagine dovrebbe svolgersi in conformità al principio fondamentale per cui i fatti che il diritto penale può ragionevolmente mirare a prevenire sono soltanto quelli che possono essere dominati dall'agente, in quanto oggettivamente prevedibili ed evitabili, dovendo la responsabilità penale presupporre necessariamente

<sup>145</sup> In questi termini, ROXIN, *Gedanken*, cit., 140, laddove stabilisce un legame tra la sua teoria dell'aumento del rischio, l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito e il criterio della *objektive Bezweckbarkeit*.

<sup>146</sup> DONINI, *Illicito*, cit., 358.

<sup>147</sup> DONINI, *op.ult.cit.*, 406.

<sup>148</sup> V. *supra*, cap. III, par. 3.

che l'agente abbia avuto la possibilità effettiva di evitare l'evento dannoso<sup>149</sup>.

L'analisi della rilevanza del comportamento alternativo lecito nel reato doloso e l'interrogativo circa la configurabilità di un nesso normativo di rischio tra condotta dolosa ed evento hanno messo in luce che nel sistema penale è presente un principio normativo di imputazione basato sul nesso tra l'offensività della condotta ed un evento evitabile o impedibile<sup>150</sup>.

Certo, nel reato colposo la rinuncia all'imputazione poggia sull'evidente assenza del requisito dello specifico nesso tra colpa ed evento (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*), che può essere facilmente colto dai consociati, possiede un tratto naturalistico e gode di ampio consenso; nel reato doloso, per contro, la mancata imputazione dell'evento pare giustificabile soltanto in un'ottica *estremamente* normativa (si ricordino, a questo proposito, le violente critiche mosse a *Arthur Kaufmann* e, in generale, ai sostenitori della rilevanza dei decorsi ipotetici e della evitabilità dell'evento nel reato doloso). A maggior ragione occorre allora valorizzare la funzione di garanzia svolta dal nesso normativo di illiceità (nesso di rischio) sia nell'illecito colposo sia in quello doloso.

Relegare l'indagine circa la evitabilità dell'evento esclusivamente nell'ambito dell'illecito colposo significa trascurare il fatto che la colpa presuppone il previo accertamento di un nesso causale penalmente rilevante. La realizzazione del rischio e la inevitabilità (concreta) dell'evento sono parametri di imputazione oggettiva dell'evento che devono rilevare già sul terreno antecedente al dolo e alla colpa. Non alla imputazione "per colpa", ma alla causalità va affidata la fondamentale funzione di garantire l'esistenza di un nesso normativo tra condotta ed evento per evitare una imputazione dell'evento basata su forme di responsabilità oggettiva.

Resta da verificare se tale nesso presenti una sua autonomia sistematica e concettuale oppure se costituisca un requisito (implicito) della causalità intesa in senso normativo.

Riteniamo che nella prospettiva di una causalità normativa (e non naturalistica) la distinzione tra causalità materiale e c.d. "causalità della colpa" sia destinata a svanire, posto che si tratta sempre del nesso di illiceità tra condotta ed evento presente in ogni illecito; ciò non significa, tuttavia, escludere che vi siano aspetti peculiari relativi al suo accertamento.

<sup>149</sup> HONIG, *Kausalität*, cit., 182 ss.; ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 267; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 33; KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit. 33 ss.; ARTH. KAUFMANN, *op.ult.cit.*, 222; MÜNZBERG, *Verhalten*, cit., 127 ss.; OTTO, *Kausaldiagnose*, cit., 91 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 39; ID., *Strafrecht*, cit., 130; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 89; LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 41 ss.; KORIATH, *Kausalität*, cit., 147; FRISCH, *op.ult.cit.*, 735 s.; ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 187 ss.; LICCI, *Teorie causali*, cit., 320 e 427; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1061 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1460.

<sup>150</sup> Chiaramente, LICCI, *op.ult.cit.*, 383; 519.



### 3. L'accertamento del nesso normativo: la formula della *condicio sine qua non* e il confronto tra evento reale ed evento ipotetico

#### 3.1. La *condicio sine qua non* quale formula di imputazione

##### 3.1.1. Il ruolo della formula

Abbiamo già sottolineato che la formula della *c.s.q.n.*, tradizionalmente utilizzata con riferimento all'evento concreto ai fini dell'accertamento della causalità materiale, trova impiego *in modo occulto* rispetto all'evento astratto nel contesto dell'accertamento del nesso tra colpa ed evento (evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito).

La dottrina raramente esplicita questo duplice impiego della formula dovuto a scopi differenti, né riconosce che l'adozione della *c.s.q.n.* nel contesto della c.d. causalità della colpa esprime in realtà la funzione propria e specifica del giudizio di imputazione.

Esiste un evidente parallelo dato dal fatto che in entrambi i casi le formule non mirano tanto ad accertare cosa sarebbe successo in assenza di un determinato fattore ("se elimino la condotta x, l'evento y viene meno?"), quanto ad individuare i fattori che hanno cagionato l'evento ("l'evento y si sarebbe verificato anche senza la condotta x?")<sup>151</sup>. A questo scopo, sia l'accertamento della causalità sia la verifica del particolare nesso tra illiceità ed evento si basano su un ragionamento di tipo ipotetico.

Sebbene la considerazione dei decorsi ipotetici venga associata quasi esclusivamente al piano della imputazione normativa, ove viene tollerata in funzione della prova della evitabilità dell'evento, anche l'accertamento della causalità – se non identificata riduttivamente nella causalità scientifica, cioè nelle leggi scientifiche di copertura strumentali all'accertamento, ma concepita come variazione di stati e condizioni – implica il confronto con una alternativa ipotetica. Il concetto giuridico di causalità è legato in modo particolare all'idea di "alternativa"; l'alternativa è addirittura duplice: occorre ipotizzare non soltanto una condotta alternativa, ma anche un evento alternativo che si trovi in rapporto di causalità con essa<sup>152</sup>. La teoria condizionalistica, anche nella versione integrata dal ricorso a leggi scientifiche, di per sé non assicura la correttezza della ricostruzione causale, finché non ci si chieda se in assenza della condotta l'evento si sarebbe verificato ugualmente.

Sarebbe dunque affrettato concludere che la *c.s.q.n.* funziona solo negli ambiti della colpa e dell'omissione, caratterizzati da accertamenti eziologici normativizzati in virtù della necessità di ipotizzare un comportamento alternativo lecito<sup>153</sup>.

Tutt'al più si potrebbe sostenere che la *c.s.q.n.* può svolgere *funzioni* diverse: da un lato, come criterio di causalità (per accertare se l'evento si sarebbe verificato anche senza il fatto) e, dall'altro, come criterio di illiceità o realizzazione del rischio (per sta-

<sup>151</sup> FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 69 ss.

<sup>152</sup> RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 123.

<sup>153</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658.

bilire se l'evento costituisca la realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta è illecita)<sup>154</sup>.

Se tuttavia, come riteniamo, la sistematica relativa al capitolo della causalità-imputazione necessita di un intervento di semplificazione e "pulizia dogmatica", conservare un doppio livello di indagine e di giudizio (soprattutto se comporta una duplicazione della formula della *c.s.q.n.*) appare irragionevole. A maggior ragione se si ammette che la causalità penalmente significativa riguarda esclusivamente la componente illecita e antidoverosa della condotta. Sono allora le caratteristiche che rendono illecita la condotta a dover essere condizioni necessarie dell'evento. Di fatto, la *c.s.q.n.* acquista un nuovo volto non appena il significato del concetto di *condicio* passi da quello generico di "fattore causale" a quello di "comportamento illecito e non consentito dell'agente".

In questa prospettiva, la formula della *c.s.q.n.*, riferita alla dimensione illecita della condotta e non già alla condotta in sé, mira ad accertare la speciale relazione normativa tra la condotta qualificata (penalmente significativa) e l'evento lesivo.

Come per la imputazione *causale* di un evento, anche per stabilire la sua imputazione *normativa* (per stabilire, cioè, se esso sia realizzazione del rischio attivato dalla condotta illecita e se quindi rappresenti un fatto peggiorativo) ricorriamo ad una ipotesi: ci chiediamo se l'evento si sarebbe verificato ugualmente, perché esso potrebbe essere anche realizzazione del rischio consentito connesso al comportamento alternativo lecito o di un diverso rischio.

La *c.s.q.n.* è dunque più di una semplice formula causale (*Kausalformel*): essa è una vera e propria formula di imputazione (*Zurechnungsformel*), che esprime un interesse tipicamente normativo di attribuzione di un evento ad un soggetto<sup>155</sup>. Insomma, la *c.s.q.n.* non rappresenta affatto un criterio a-valutativo di accertamento causale, ma segna piuttosto l'intento di una considerazione normativa del nesso causale. Ne è conferma il fatto che l'accertamento del nesso di illiceità si risolve in definitiva in quello dell'applicazione del concetto di "condizione necessaria" alla evitabilità dell'evento<sup>156</sup>.

In particolare, alla *c.s.q.n.* spetta la funzione di accertare l'evitabilità dell'evento quale presupposto minimo per l'imputazione e la responsabilità (la *c.s.q.n.* come *Vermeidbarkeitsformel*).

Tale conclusione discende dalla constatazione che l'evitabilità rappresenta il risvolto

<sup>154</sup> TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 194.

<sup>155</sup> In questo senso, v. ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19 e, soprattutto, *Vom Weltbild*, cit., 134; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel*, cit., 77 ss.; WOLFF, *Kausalität*, cit., 31; KAHRS, *op.ult.cit.*, 41; LAMPE, *Täterschaft*, cit., 598; ID., *Kausalität*, cit., 209; HANAU, *op.ult.cit.*, 26; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 97; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 68; FRISCH, *op.ult.cit.*, 57; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 682. Nella dottrina italiana, v. ANTOLISEI, *Il rapporto*, cit., 146; STELLA, *La descrizione*, cit., 176; ID., *La nozione*, cit., 1224 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 42 e 84.

<sup>156</sup> KAHRS, *op.ult.cit.*, 41 ss.; PUPPE, *op.ult.cit.*, 68 ss.; TRIMARCHI, *Condizione*, cit., 1438 (anche se con riferimento alla valutazione del danno nel diritto civile); da noi, soprattutto, DONINI, *La partecipazione*, cit., 207 ss.; ID., *Illecito*, cit., 435 s.; ID., *Il garantismo*, cit., 950 ss.

della causa come *condizione necessaria* dell'evento<sup>157</sup>: se, infatti, la condotta dell'agente è *c.s.q.n.* per la verificazione dell'evento, l'agente aveva il potere di evitare l'evento, mentre l'inevitabilità dell'evento segnala l'esistenza di una diversa causa (in senso normativo).

Tale inquadramento non può che risultare familiare a fronte del fatto che nell'omissione la questione relativa alla possibilità di impedire l'evento mediante la condotta doverosa omessa non rileva sul piano del nesso causale naturalistico, ma della condotta tipica. Ciò consente di affermare che il ragionamento controfattuale non riguarda strettamente la questione causale, bensì più in generale il piano della responsabilità. Del resto, nell'ambito del reato omissivo improprio la *c.s.q.n.* non è affatto considerata una formula causale, ma un criterio normativo per l'accertamento della responsabilità per il mancato impedimento dell'evento.

In breve: la validità della formula della *c.s.q.n.* non si basa sulla rilevanza di meccanismi o connessioni necessitati in base alle conoscenze scientifiche, ma sulla elementare considerazione che l'evento va imputato a colui che *doveva* (e *poteva*) evitarlo.

Ciò detto, preme ribadire che nella *c.s.q.n.* può rinvenirsi un principio di imputazione basato sulla evitabilità soltanto abbracciando una concezione normativa della causalità, che rifiuti il tradizionale binomio causalità-imputazione. Proprio la mancata consapevolezza in ordine a questa specifica e decisiva funzione della *c.s.q.n.* è – a nostro giudizio – all'origine del suo utilizzo ambiguo e distorto (in particolare, della pericolosa commistione tra causalità e colpevolezza) e soprattutto di un atteggiamento di sostanziale diffidenza e persino di rigetto nei suoi confronti<sup>158</sup>. Il concetto di evitabilità implica una valutazione, un giudizio circa il *dover essere*; solo nell'ottica normativa si può o si deve evitare un evento. Il fatto naturalistico in sé che un evento avrebbe potuto verificarsi o meno anche senza la condotta dell'agente (e per le ragioni più diverse) non ha alcuna importanza ai fini del giudizio di imputazione, il quale può fondarsi esclusivamente sulla violazione di una aspettativa dell'ordinamento: quella di evitare un evento che si sarebbe potuto o dovuto evitare.

Le perplessità circa la corretta qualificazione della *c.s.q.n.* sorgono soprattutto in seguito all'esame critico delle formule correttive o sostitutive proposte nel corso del tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>159</sup>. La perdurante insoddisfazione percepita di fronte alle modifiche normative apportate alla formula dovrebbe avere ormai portato allo scoperto l'erroneità della premessa di partenza: che si tratti di una formula di accertamento di un nesso causale e non di una formula normativa relativa alla causalità penalmente rilevante<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> V., specialmente, ENGISCH, *op.ult.cit.*, 130; KAHRS, *op.ult.cit.*, 41; DENCKER, *Kausalität*, cit., 61; PUPPE, *op.ult.cit.*, 68.

<sup>158</sup> Per una significativa rivalutazione, v. però recentemente, DONINI, *Il garantismo*, cit., 917 ss.; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 51 ss.

<sup>159</sup> V. *supra*, cap. I, par. 1.

<sup>160</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 53.

Degno di nota è peraltro il fatto che la funzione originariamente attribuita alla *c.s.q.n.* sia stata in seguito assunta dalla teoria dell'imputazione oggettiva, che ha sviluppato il criterio dell'aumento del rischio (sotto il profilo del confronto con un decorso causale ipotetico) e approfondito il principio della realizzazione del rischio nell'evento (sotto il profilo della evitabilità). Di fronte alla evoluzione degli orientamenti normativi in tema di imputazione dell'evento si ha l'impressione che la causalità e la formula per il suo accertamento siano realmente significativi proprio quando si tratta di accertare la presenza del *particolare nesso* tra la illiceità della condotta e l'evento (quando si tratta, cioè, di accertare il *Pflichtwidrigkeits-* o *Rechtswidrigkeits-* o *Risiko-* o *Realisierungszusammenhang*).

Diversamente da quanto accade nell'ambito della spiegazione causale naturalistica, la formula causale ipotetica acquista un elevato valore conoscitivo ai fini della *imputazione*, nella misura in cui viene riferita non tanto a fenomeni naturali, quanto ad elementi normativi. Solo allora essa consente di accertare che l'agente non ha semplicemente condizionato un fatto, ma ha causato un evento evitabile mediante una condotta lecita e osservante. Se, allo stato attuale, per indicare la causalità non si può fare a meno di utilizzare la definizione di condizione necessaria nel senso della *c.s.q.n.*<sup>161</sup>, occorre prendere atto che soltanto attraverso il ragionamento ipotetico controfattuale è possibile definire una condizione "necessaria", nel senso di decisiva e indispensabile per la verifica dell'evento, e fornire così la spiegazione causale di un fatto lesivo. Come bene ha illustrato *Stella*, «nella spiegazione di accadimenti singoli lo storico, lo scienziato, il giudice penale non sono chiamati a dare un *elenco* di eventi conformi alle leggi di natura, ma ad esprimere dei giudizi di *rilevanza causale*, senza i quali lo stesso procedimento di sussunzione sotto leggi verrebbe a perdere qualsiasi funzione esplica-

<sup>161</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 17 ss. e ID., *Vom Weltbild*, cit., 132. Sottolinea la «perenne vitalità» della *c.s.q.n.* quale formula causale, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 340. V. altresì, STELLA, *La descrizione*, cit., 175; ID., *Leggi scientifiche*, cit., 101; ID., *La nozione*, cit., 1222 s.; da ultimo, chiaramente, FRISCH, *op.ult.cit.*, 51 ss. V. inoltre, TOEPEL, *Kausalität*, cit., 58 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 64 e 115 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 110; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 36; DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 289 ss.; EAD., *Lo statuto*, cit., 665 ss.

Particolarmente utile si rivela il già citato modello della condizione INUS (*insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*), elaborato da Mackie (*The Cement*, cit., 59 ss.) e ormai penetrato anche nella letteratura penalistica (TOEPEL, *op.ult.cit.*, 58 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863; EAD., *Die Erfolgzurechnung*, cit., 555 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, cit., 419 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, cit., 85 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, cit., 150; BINNS, *Inus-Bedingung*, cit.; SAMSON, *Inus-Bedingung*, cit., 259 ss.; nella dottrina italiana, v. DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 666; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 40; VALLINI, *La ricostruzione*, cit., 147), che, considerando causa la condizione insufficiente ma necessaria che si colloca all'interno di un complesso causale sufficiente ma non necessario, da un lato, recupera il significato genuino (da un punto di vista filosofico) di causa come insieme (sufficiente) di tutte le condizioni (necessarie) e, dall'altro, valorizza la dimensione contestuale della causalità, per cui la *c.s.q.n.* è tale sempre e soltanto rispetto ad un determinato contesto (v. la clausola *coeteris paribus*). Sottolineano che la *c.s.q.n.* non è una teoria causale deterministica *ex ante*, perché si accontenta di una condizione necessaria e sufficiente, o meglio, di una condizione contingentemente necessaria, cioè sostituibile e concorrente insieme ad altre, DONINI, *Il garantismo*, cit., 945 s.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 47 ss.; già STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 99 ss.

tiva, e che *non possono* aver luogo senza il ricorso al ragionamento controfattuale»<sup>162</sup>.

La conclusione secondo cui la *c.s.q.n.* consente di formulare un giudizio causale in termini di necessità *logica* (in quanto riferito alla condizione contingentemente necessaria) e non di certezza scientifica<sup>163</sup> non esclude, come di seguito vedremo, la necessità del riferimento a generalizzazioni causali ai fini dell'accertamento. Resta però da chiarire la relazione tra l'utilizzo delle leggi scientifiche e la individuazione della causa penalmente significativa dell'evento e dunque il passaggio dal piano della generalizzazione causale a quello della imputazione dell'evento concreto all'agente.

### 3.1.2. Funzione delle leggi scientifiche di copertura. La generalizzazione.

Abbiamo già delineato la distinzione tra i due profili della *c.s.q.n.*, rimarcando in più occasioni che l'interrogativo circa la verificabilità dell'evento anche in mancanza della condotta dell'agente si colloca su un piano diverso rispetto all'interrogativo circa la causalità della condotta rispetto all'evento. Abbiamo altresì concluso che la necessità di ricorrere alle leggi scientifiche per formulare un giudizio causale non implica affatto l'utilizzo di un concetto di causa proprio delle scienze naturali<sup>164</sup>.

Il diffuso equivoco "positivista", per il quale la causalità è scienza e solo mediante il ricorso a leggi scientifiche è possibile affermare la responsabilità di un soggetto, ha completamente screditato la *c.s.q.n.* Costretta all'interno di un modello nomologico, la *c.s.q.n.* appare dotata di scarso valore conoscitivo, risultando una formula "vuota"<sup>165</sup>.

La *Gesetzmäßigkeit* (la conformità a leggi) della condizione rappresenta solo uno strumento di accertamento e lascia impregiudicato il significato del concetto di "condizione" (unitamente alla definizione di causalità valevole per il diritto penale)<sup>166</sup>. L'idea di sostituire la formula della *c.s.q.n.* con il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche è fuorviante e poggia sull'errato presupposto della identificazione tra causalità intesa come ricostruzione di un nesso causale esistente tra fenomeni concreti e causalità intesa come legge causale<sup>167</sup>. La scienza da sola non ci aiuta in alcun modo

<sup>162</sup> STELLA, *La nozione*, cit., 1227.

<sup>163</sup> ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 34; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 99 ss.; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 669; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 24 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1041; RONCO, *Aporie*, cit., 247 ss.

<sup>164</sup> V. *supra*, *Introduzione* e cap. I, 1.3.4.

<sup>165</sup> DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 290. Cfr. anche le riflessioni di FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 65; PAGLIARO, *op.ult.cit.*, 1038 ss.; RONCO, *op.ult.cit.*, 247.

<sup>166</sup> Ritengono le leggi di copertura mero strumento operativo della *c.s.q.n.*, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 35; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 112 e 255 s.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 60; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 57. Sottolineano che neppure la teoria di *Engisch* fornisce una definizione di condizione e che il riferimento alla conformità a leggi causali non risolve di per sé la questione relativa al tipo di nesso condizionalistico (da accertarsi mediante sussunzione sotto leggi scientifiche), DENCKER, *Kausalität*, cit., 53, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 92; PUPPE, *Lob*, cit., 552; LICCI, *Teorie causali*, cit., 103.

<sup>167</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La nozione*, cit., 1227; cfr. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, 1974, 93 ss.; MACKIE, *The Cement*, cit., 260 ss. Anche HART, HONORE, *Causation*, cit., 32 ss.

a cogliere la significatività di un determinato antecedente e il modello della sussunzione sotto leggi rappresenta un mero sillogismo se viene inteso «come un modello “nudo”, cioè slegato dall’uso di un criterio di rilevanza che rifletta lo specifico punto di vista del diritto penale»<sup>168</sup>. Inutile quindi ribadire i limiti di una spiegazione causale di tipo deterministico e strettamente nomologico-deduttivo, dal momento che essa non è in grado di chiarire il nesso causale rispetto al singolo evento né di risolvere il problema fondamentale della selezione della causa penalmente rilevante<sup>169</sup>.

Posto che il giudice è esclusivamente interessato a capire se gli eventi si sarebbero sviluppati in modo diverso senza la condotta dell’imputato, facendo un raffronto tra una situazione reale e una immaginaria, le leggi scientifiche forniscono una affermazione relativa alla connessione tra determinati tipi di fenomeni e con ciò la necessaria base argomentativa per l’applicazione della formula condizionalistica controfattuale, che rimane assolutamente indispensabile<sup>170</sup>.

Del resto, l’eliminazione mentale di una condotta presuppone che la si ritenga causale (o perlomeno si sospetti che lo sia) in base a conoscenze scientifiche – altrimenti non si saprebbe quale condotta eliminare. Ciò conferma che il ricorso alla *c.s.q.n.* è logicamente *successivo* all’accertamento della causalità sul piano empirico-scientifico, assolvendo ad una funzione sostanzialmente diversa e, nella specie, normativa. Insomma, detto in altri termini, la questione circa il nesso scientifico costituisce solo *un aspetto* della più ampia questione relativa alla causalità.

La separazione tra causalità in senso scientifico-naturalistico e causalità in senso giuridico porta ad assegnare alla prima la funzione di individuare le connessioni regolari tra eventi di un certo tipo allo scopo di fornire previsioni riguardo alla verificabilità di determinati fenomeni e alla seconda la funzione di ricostruire decorsi causali allo scopo di imputare accadimenti concreti<sup>171</sup>. Solo una parte della dottrina ha preso atto del fatto che la conoscenza causale basata su leggi scientifiche, nell’ottica di una

<sup>168</sup> Così, chiaramente, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 212.

<sup>169</sup> Diffusamente già il “primo Stella” (*Leggi scientifiche*, cit., 275 ss.). Cfr. anche PUPPE, *Naturgesetze vor Gericht*, in *JZ*, 1994, 1147 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 115 ss.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 123; ROMANO, *Commentario*, cit., 366; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 46 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 640 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1038 ss.; RONCO, *Aporie*, cit., 247 ss.; Come osserva PASCALI, *Causalità*, cit., 31, «mitizzare il ruolo della prova scientifica identificandola come prova di certezza può essere catalogato come un atteggiamento di nuovo determinismo». Diversamente, si vedano, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 303 ss.; ID., *Etica*, cit., 767 ss.; ID., *Verità*, 1215 ss.; CENTONZE, *Causalità attiva*, cit., 289 ss.; D’ALESSANDRO, *La certezza*, cit., 743 ss.; da ultimo ancora PERINI, *Il concetto*, cit., 462, la quale ritiene che il “metro ideale” di accertamento del nesso di causalità sia costituito dalle leggi scientifiche universali, essendovi «perfetta aderenza tra la nozione di legge scientifica *universale* e quella di condizione *necessaria* tra accadimenti singoli (...), poiché la *necessità* del rapporto di implicazione tra *explanans* ed *explanandum* discende dalla *universalità* della premessa nomologica della spiegazione causale».

<sup>170</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 33 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, cit., 57; DENCKER, *Kausalität*, cit., 47; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 659 ss.

<sup>171</sup> STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 119; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 13 ss.; RONCO, *op.ult.cit.*, 250 ss.; DONINI, *Il garantismo*, cit., 920 s.; HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 46; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 57; KORIATH, *Kausalität*, cit., 42.

previsione *ex ante* (prognosi), serve alla rappresentazione di un risultato futuro ritenuto probabile o seriamente possibile, consentendo di prevedere un evento del tipo di quello verificatosi, mentre l'imputazione di un evento concreto, nell'ottica di una ricostruzione *ex post* (diagnosi), pur necessitando del riferimento alle leggi scientifiche, avviene sulla base del giudizio controfattuale e dunque del confronto tra decorso reale e decorso ipotetico<sup>172</sup>. Secondo questa concezione, le leggi scientifiche servono (su un piano generale e generalizzante) a fare previsioni, mentre la *c.s.q.n.* mira (su un piano concreto e individualizzante) alla ricostruzione di un rapporto causale e alla spiegazione di un evento; le previsioni dovrebbero essere formulate in termini di *certezza o elevata probabilità*, richiedendo perciò il rinvio a generalizzazioni, mentre la spiegazione causale dovrebbe essere dotata di una adeguata *forza esplicativa*<sup>173</sup>.

A fronte della prospettiva affatto peculiare in cui si trova ad operare il giurista, non può che meravigliare la pervicacia con cui la dominante teoria causale della sussunzione sotto leggi scientifiche (o della *gesetzmäßige Bedingung*) continua a far dipendere la soluzione di un problema di imputazione da una teoria della spiegazione scientifica della causalità a struttura sostanzialmente prognostica.

L'importanza di individuare preliminarmente, ad un livello generale, delle connessioni tipiche e regolari tra fenomeni è stata avvertita da tutte le principali dottrine causali.

La teoria della causalità adeguata, in particolare, ha tentato di combinare la *c.s.q.n.* con una spiegazione causale basata sulla generalizzazione (*Verallgemeinerung*) e dunque, implicitamente, sul rinvio a leggi generali di copertura<sup>174</sup>. L'assunto che la con-

<sup>172</sup> Hart, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 44 ss.; TOEPEL, *op.ult.cit.*, 57; STELLA, *op.ult.cit.*, 119; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 659 s.: «Il richiamo alle leggi causali (...) si riduce a strumento che consente la *previsione* di eventi *del tipo* di quello verificatosi»; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658, che distingue tra causalità come legge (*ex ante*, previsione e ipotesi) e causalità come condizione (*ex post*, *c.s.q.n.*); ID., *Il garantismo*, cit., 920 s.; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 13 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3219 ss.; ID., *Il problema*, cit., 17 ss.; RONCO, *op.ult.cit.*, 250 ss.; nella dottrina tedesca, v. specialmente, SCHULZ, *Gesetzmäßige Bedingung*, cit., 40. Sul punto, rinviamo a quanto già osservato in *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *Ind.pen.*, 2011, 69 ss. Cfr. anche le considerazioni già espresse *supra*, cap. III, par. 3.4., in relazione alla problematica della causalità della colpa.

<sup>173</sup> HART, HONORÉ, *op.ult.cit.*, 44 ss.; STELLA, *op.ult.cit.*, 137 ss. V. infine, FRISTER, *Strafrecht*, cit., 103, il quale sottolinea che l'assenza di leggi causali costituisce un problema soltanto quando occorre valutare i decorsi causali ipotetici, poiché non si tratta di ricostruire un fatto realmente accaduto, ma di stabilire cosa sarebbe successo senza una determinata condotta. È possibile formulare una prognosi soltanto sulla base di leggi causali.

<sup>174</sup> Già VON KRIES, *Über die Begriffe*, cit., 531, aveva compreso che oltre alla causazione effettiva dell'evento è necessario un *genereller Zusammenhang* tra condotta ed evento, cioè – diremmo oggi – una legge di copertura che dimostri che la condotta è generalmente idonea (*generell geeignet*) a provocare eventi del tipo di quello verificatosi. In particolare, l'A. (*ivi*, 531) distingueva tra *konkreter Verursachungszusammenhang*, dato semplicemente dalla constatazione del fatto che senza la condotta l'evento non si sarebbe verificato, e *genereller Verursachungszusammenhang*, dato dal fatto che la condotta appare generalmente idonea a cagionare l'evento («È necessario piuttosto aggiungere che il comportamento illecito si trovi in una connessione generale con l'evento cagionato e che, secondo le condizioni generali della società umana, sia generalmente idoneo a provocare siffatte lesioni. In questi casi la causazione può definirsi adeguata, mentre si parlerà di una causazione inadeguata

dotta debba rappresentare in base a criteri *oggettivi* di probabilità un antecedente adeguato di un evento del tipo di quello verificatosi in concreto non esprime un'esigenza diversa rispetto a quella della teoria della *gesetzmäßige Bedingung*<sup>175</sup>. Da questo punto di vista, la causalità adeguata rappresenta una sorta di causalità scientifica "ante litteram" basata sulla prospettiva della idoneità, causabilità e prevedibilità propria della formulazione di ipotesi causali (c.d. causalità generale). Non diversamente la teoria della causalità umana ambiva a precisare questo "primo livello" della causalità attraverso l'analisi della regolarità della successione tra fenomeni, la definizione dei concetti di idoneità e adeguatezza della causa e di normalità o eccezionalità del decorso causale. In questa luce la "moderna" teoria della causalità scientifica (intesa come successione regolare tra fenomeni in forza di una legge di copertura) non rappresenta nulla più di un "perfezionamento" delle teorie precedenti, nella misura in cui precisa il parametro al quale orientare l'accertamento causale<sup>176</sup>.

Teorie causali che, in quanto basate sull'idea di "adeguatezza" *ex ante*, operano di fatto una assimilazione tra causalità scientifica e causalità generale, compaiono sporadicamente anche nella dottrina contemporanea. All'interno di tale filone vi sono autori che escludono la causalità in presenza di decorsi causali estremamente rari e improbabili, sulla base dell'argomentazione che in questi casi verrebbe a mancare una "causa in senso normativo" (*Ursache im Rechtssinne*)<sup>177</sup>. Si afferma, in particolare, che

e casuale quando, in assenza di una connessione generale, solo con riferimento al singolo caso si possa affermare che l'evento in mancanza di una determinata condotta illecita non si sarebbe verificato» (trad. nostra). Riguardo all'esigenza di riscontrare dei "nessi tipici", anche ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 44 ss. In argomento, PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 228.

<sup>175</sup> Il giudizio di adeguatezza è dunque di natura *oggettiva*: si misura *ex ante*, tenendo conto di tutte le circostanze esistenti in una data situazione in base alla miglior scienza ed esperienza, e non secondo un criterio di prevedibilità soggettiva. Chiaramente in questo senso già VON KRIES, *Über die Begriffe*, cit., 531; ENGISCH, *op.ult.cit.*, 41 e 45; SCARANO, *Il tentativo*, cit., 230 ss.; SINISCALCO, *Causalità*, cit., 646-647; PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità*, cit., 125 ss. Per una causalità valutata esclusivamente in prospettiva *ex ante* come rappresentabilità e prevedibilità del decorso causale e dell'evento, v. CAVALLO, *Il principio di causalità nel diritto penale*, Napoli, 1936, 29.

<sup>176</sup> Sottolinea l'analogia tra causalità scientifica e causalità adeguata, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 660.

<sup>177</sup> In questo senso, nella letteratura contemporanea, HILGENDORF, *Der "gesetzmäßige Zusammenhang" im Sinne der modernen Kausaltheorie*, in *Jura*, 1995, 521; anche BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht*, cit., § 14, n. 45; BOCKELMANN, VOLK, *Strafrecht*, AT, 4. ed., München, 1987, 64 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 113; STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 107; PUPPE, *Die adäquate Kausalität*, cit., 228; WALDER, *Die Kausalität*, cit., 148; WOLTER, *Adäquanzen*, cit., 257 ss. Da noi, DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass.pen.*, 2003, 3815. Con specifico riferimento alla disciplina dell'art. 41, co. 2 c.p., ricorre al criterio della "eccezionalità" del decorso eziologico per escludere il nesso causale nella diversa prospettiva di una causalità concepita in termini strettamente naturalistico-scientifici, VALLINI, *Cause sopravvenute*, cit. 375 ss.

Per una rivalutazione della causalità adeguata nella giurisprudenza civile v. altresì le Sezioni unite civili nelle sentenze nn. 576-585 dell'11.01.2008. Le Sezioni Unite hanno chiarito (sentenza n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453) che per determinare la causalità giuridicamente rilevante è necessario dare rilievo esclusivamente alle serie causali «che non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quella similare della regolarità causale». Pertanto, «ciascuno



non avrebbe alcun senso considerare tipici nessi causali che fuoriescono dall'ordinaria esperienza e dalla prevedibilità, essendo chiaro sin dall'inizio che, non potendo l'elemento soggettivo riferirsi ad essi, essi non potrebbero comunque fondare una responsabilità<sup>178</sup>.

A questo proposito, occorre riflettere sul fatto che il dibattito sulla causalità adeguata aveva indotto alcuni a concludere che l'adeguatezza non riguarda la causalità, ma la *imputazione*<sup>179</sup> e che, in particolare, essa costituisce un elemento della *antigiuridicità*<sup>180</sup>. In questa prospettiva, l'adeguatezza è necessaria non tanto per l'accertamento del nesso di causalità (per il quale è decisiva la *c.s.q.n.*), quanto per la *rilevanza giuridica* del nesso causale stesso; essa segnala, in altri termini, che il comportamento umano può considerarsi contrario al diritto (illecito e antigiuridico; *rechtswidrig*).

Si potrebbe allora affermare che la causalità generale (espressione della "adeguatezza" della condotta e della sua idoneità a cagionare l'evento in base ad una legge di copertura) sia un requisito di tipicità della condotta, indicando, in altri termini, la creazione di un rischio illecito, riprovato, non consentito (prospettiva *ex ante*)<sup>181</sup>. Le leggi di copertura (le generalizzazioni causali) consentirebbero pertanto di definire (*ex ante*) esclusivamente la tipicità della condotta e non il nesso causale, per il quale è necessario un accertamento *ex post* in base alla *c.s.q.n.* Da un punto di vista sistematico ciò comporterebbe un'anticipazione della problematica delle leggi di coper-

è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili» (...) «La valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata posta in essere, operandosi una "prognosi postuma", nel senso che si deve accertare se, al momento in cui è avvenuta l'azione, era del tutto imprevedibile che ne sarebbe potuta discendere una data conseguenza» (...) «In altri termini, ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento. Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale)».

<sup>178</sup> BOCKELMANN, VOLK, *Strafrecht*, cit., 65. Ambigua, sotto questo aspetto, l'argomentazione di Cass., 1.10.2008, n. 39882, laddove afferma che «nei reati colposi la causalità dell'azione (o dell'omissione) che ha condizionato l'evento va esclusa non soltanto qualora risulti, con valutazione "ex post", che sopravvenute concause qualificate siano state da sole sufficienti a determinare l'evento, ma anche qualora l'evento non sia "ex ante" prevedibile (...) Infatti, anche quando il nesso causale esiste e l'evento rientra nel novero di quelli che la norma cautelare tende a prevenire (cd. concretizzazione del rischio) bisogna comunque svolgere il cosiddetto accertamento del decorso causale. Se la morte si è verificata per un decorso del nesso causale totalmente anormale o imprevedibile, l'imputato non risponde del reato».

<sup>179</sup> LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, cit., 81 ss.; HONIG, *Kausalität*, cit., 196, il quale avanzò l'ipotesi che le diverse teorie causali in realtà non mirano a limitare la responsabilità, ma a precisare il *Handlungsbegriff*; MEZGER, *Strafrecht*, cit., 74 s.

<sup>180</sup> Già MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., 22 ss.; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 52 ss.

<sup>181</sup> Anche l'aumento del rischio *ex ante*, riferito alla condotta, attesterebbe nulla più che la causalità generale; così, KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 482. V. altresì HILGENDORF, *Der gesetzmäßige Zusammenhang*, cit., 521 s., il quale considera la *Risikoschaffung* uno «Spezialfall der Kausalität».

tura sul piano della determinazione della tipicità della condotta, mentre soltanto il giudizio di imputazione riguarderebbe il nesso tra la condotta già qualificata come causalmente idonea (adeguata, pericolosa) e l'evento<sup>182</sup>.

Alla medesima conclusione eravamo giunti, del resto, esaminando la problematica del ruolo delle leggi scientifiche nel giudizio causale e nell'accertamento della colpa: anche con riferimento specifico all'illecito colposo è possibile affermare che le leggi scientifiche consentono di fondare esclusivamente il *disvalore della condotta*, dal momento che concorrono alla definizione delle norme comportamentali e delle regole cautelari, determinando il "deficit precauzionale" della condotta dell'agente rispetto ad un evento futuro ed incerto (v. i canoni della prevedibilità e dello *Schutzzweck*, espressione dell'esigenza della riconducibilità dell'evento verificatosi al tipo di quello preso in considerazione dalla norma).

Gli interrogativi circa il ruolo del sapere scientifico e la rilevanza del coefficiente probabilistico delle leggi di copertura costituiscono, dunque, una questione preliminare rispetto all'accertamento del nesso causale (normativo), dovendo l'individuazione della condotta illecita (mediante il riferimento alle leggi scientifiche e alle regole cautelari da esse derivate) precedere l'imputazione dell'evento.

Del resto, *ex post* tutto è causalità, anche il fortuito, anche il nesso occasionale e il mero condizionamento materiale; è chiaro, però, che ciò non ha nulla a che vedere con la causalità giuridica. Solo la valutazione *ex ante*, secondo il criterio della adeguatezza e della idoneità causale della condotta, può costituire il fondamento della causalità giuridica allorché si realizzi *ex post* in un evento penalmente rilevante. L'imputazione dell'evento (la realizzazione del rischio nell'evento) esige infatti che il nesso causale poggi sulla medesima legge causale che fonda il giudizio di pericolosità della condotta.

Se dunque può condividersi la conclusione alla quale giunse la teoria della adeguatezza, per cui sono tipiche soltanto le condotte che *ex ante* presentano una tendenza lesiva verso l'evento, occorre prendere atto anche del fatto che l'esistenza di una condotta tipica implica già una previa selezione in base al criterio della prevedibilità *ex ante* delle possibili conseguenze lesive. Ciò conduce ad una precisazione dello stesso concetto di causalità, che logicamente presuppone una condotta già tipica: sul piano della causalità non potrebbero più rilevare condotte che non risultino *ex ante* "adeguate", pericolose.

In questo modo, tuttavia, il parametro della causalità generale fuoriesce dall'alveo della causalità in senso stretto, riducendosi a questione *pre-tipica*, preliminare rispetto all'accertamento del nesso eziologico, in quanto mero presupposto per stabilire se una determinata *condotta* possa considerarsi penalmente rilevante (nel senso di causalmente adeguata, pericolosa, idonea). La fase successiva deputata all'accertamento della causalità presuppone come già effettuata la valutazione circa la rilevanza penale della condotta (*i.e.* la sua idoneità causale) ed ha per oggetto la relazione normativa

<sup>182</sup> In merito, v. *supra*, cap. III, par. 3.4.

tra questa e l'evento (sotto il profilo della realizzazione del rischio illecito).

In ultima analisi: la causalità scientifica non serve ad accertare la causalità, ma la tipicità della condotta (cioè la sua idoneità a cagionare un determinato tipo di evento)<sup>183</sup>. Ciò confermerebbe l'ipotesi che le leggi scientifiche svolgono un ruolo nella fase (logicamente) antecedente a quella dell'accertamento della causalità vera e propria, che – *in un'ottica normativa* – è data dal nesso, accertato *ex post*, tra la illiceità di una condotta ed un evento lesivo.

### 3.1.3. Causalità generale e causalità individuale: il passaggio dalla generalizzazione alla individualizzazione

Da quanto s'è detto emerge che la causalità c.d. generalizzante, basata sull'utilizzo di leggi di copertura, consente di padroneggiare soltanto un primo livello di indagine e in questa limitata prospettiva essa non può che essere sempre soltanto causalità "generale", idoneità a cagionare in base ad una legge scientifica. Decisiva resta la causalità individualizzante-concreta, riferita non a classi di eventi e leggi generali, ma ad eventi singoli e spiegazioni logiche<sup>184</sup>.

In effetti, la struttura dell'accertamento del nesso causale viene articolata tradizionalmente su due distinti livelli: sul piano della c.d. *causalità generale* è necessario verificare l'esistenza di una legge causale che indichi una connessione regolare e ripetibile tra fenomeni; sul piano della *causalità concreta (individuale)*, invece, si tratta di applicare al caso specifico la legge causale generale individuata e di fornire una spiegazione dell'evento concreto.

Resta tuttavia ancora oscuro il passaggio dal piano della generalizzazione a quello della concretizzazione<sup>185</sup>.

La disputa sulla controversa figura della causalità generale, sorta in occasione dei

<sup>183</sup> Con una essenziale precisazione: rispetto alla versione tradizionale della causalità adeguata, che utilizzava un criterio di probabilità, il requisito della idoneità causale dovrebbe segnare il limite *negativo* al di là del quale non si ha una condotta penalmente rilevante. Ciò che conta è insomma che (in base alla scienza ed esperienza) la condotta non sia del tutto *inidonea* a cagionare l'evento, ovvero che la verifica dell'evento non appaia del tutto *impossibile*.

<sup>184</sup> Riteniamo opportuno precisare che l'approfondimento delle numerose e complesse problematiche emergenti sul piano della causalità generale (disponibilità di leggi di copertura, attendibilità delle teorie scientifiche, criteri di valutazione e di scelta del giudice, utilizzabilità di studi epidemiologici, etc.) esula dal nostro studio; oggetto di indagine è precipuamente il profilo della causalità individuale (nel senso di concretizzazione del giudizio causale nel singolo caso per mezzo dell'accertamento della evitabilità dell'evento attraverso la condotta lecita).

<sup>185</sup> Significative sono sotto questo profilo le incertezze della giurisprudenza (soprattutto in seguito alla enunciazione dei criteri di accertamento causale da parte della sentenza *Franzese*) e l'assenza di orientamenti univoci in materia di malattie professionali, dovute alla difficoltà di fornire una spiegazione eziologica su base individuale. Al riguardo, da ultimo, v. BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass.pen.*, 2006, 797 ss.; BARTOLI, *Causalità e colpa*, cit., 597 ss.; ZIRULIA, *Ancora oscillazioni*, cit., 1 ss. Per un significativo approfondimento dell'indispensabile momento di concretizzazione, v. la recente sentenza *Cozzini* (Cass., 17.09.2010, n. 43786, cit.).

primi grandi processi in tema di danno da prodotto in Germania, Spagna e Italia<sup>186</sup>, è dominata da un equivoco di fondo, nella misura in cui si discute se la mera idoneità della condotta a cagionare l'evento sia sufficiente o meno a fondare il giudizio di causalità<sup>187</sup>.

L'equivoco è riconducibile all'ambiguo e variabile significato attribuito al concetto di "idoneità" nell'ambito del rapporto di causalità. Il giudizio di idoneità, da cui dipende la causalità generale, in realtà nulla dice del rapporto di causalità in concreto e certo non sostituisce il modello di accertamento *ex post* con uno *ex ante*. Piuttosto, il giudizio di idoneità – su un piano del tutto differente – risulta connotato alle leggi di copertura ed esprime l'esistenza di relazioni causali regolari tra fenomeni. Le leggi di copertura si limitano a indicare quali antecedenti sono in grado di produrre determinati eventi (e sono quindi idonei), consentendo di fare previsioni circa il succedersi degli avvenimenti (previsioni sulla quali si basa peraltro la formulazione delle regole cautelari nell'illecito colposo).

Questione ben diversa è applicare tali leggi all'accertamento della causalità concreta (la c.d. causalità individuale): l'uso di leggi scientifiche che esprimono un giudizio di idoneità non rende meno certo l'accertamento del nesso di causalità nel caso concreto, dal momento che questo avviene necessariamente in una prospettiva *ex post* e si basa sul criterio della *c.s.q.n.* Posto che l'idoneità costituisce senz'altro un'*ipotesi di causalità* (come del resto si ammette pacificamente nel tentativo), questa non è comunque mai sufficiente per l'imputazione dell'evento, che necessita di un *quid pluris* consistente nel procedimento di concretizzazione volto a verificare e, nel caso, falsificare tale ipotesi<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> Si vedano il caso delle macchie blu (Tribunale di Rovereto, 17.01.1969, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 1971, 1021), il *Ledersprayfall* (BGH 6.07.1990, in *JR*, 1992, 28 ss., commentata da Puppe), il *Holzschutzmittelfall* (BGH 2.08.1995, in *NSZ*, 1995, 590, commentata da Puppe, *JZ*, 1996, 318 ss.) e il caso dell'olio di colza (sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 23.04.1992). In merito, v. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 22 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 50 ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. ed., Heidelberg, 1996; PAREDES CASTAÑON, RODRIGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

<sup>187</sup> Risale ad Hassemer (*Produktverantwortung*, cit., 38 ss.) la prima formulazione del concetto di "causalità generale" (*generelle Kausalität*), indicativo della nuova definizione di causalità elaborata dalla giurisprudenza in occasione delle sentenze sul caso *Lederspray* e *Holzschutzmittel*. Nell'impostazione fortemente critica dell'A. l'espressione assume indubbiamente una valenza negativa: la causalità generale così intesa prescinde dalla sussistenza e conoscenza di leggi scientifiche applicabili al caso concreto, per identificarsi con la generica certezza emersa nel corso del processo che l'evento non sia riconducibile ad altri fattori. L'espressione "causalità generale" identifica quindi, impropriamente, una modalità di ricostruzione del nesso causale fondata su criteri di tipo probabilistico e sulla generica idoneità della condotta a cagionare l'evento. Critici nei confronti della causalità generale intesa come semplice ipotesi causale, anche STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 168 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 140 ss.

<sup>188</sup> L'accertamento della generica idoneità *ex ante* di una condotta a provocare un certo tipo di evento è considerata del tutto insufficiente a fondare un giudizio *ex post* di imputazione individuale. Fra i tanti, v. HASSEMER, *op.ult.cit.*, 40 ss.; STELLA, *op.ult.cit.*, 172 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 60 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 658 ss.

Insufficiente si rivela l'impostazione tradizionale, secondo cui la concretizzazione della legge di copertura consiste «nella dimostrazione che gli antecedenti astratti, elencati dalla generalizzazione causale, si sono concretamente verificati, e cioè nella sussunzione degli antecedenti concreti sotto gli antecedenti astratti cui fa riferimento la legge scientifica utilizzata per la spiegazione»<sup>189</sup>.

La causalità nel diritto richiede un accertamento particolaristico, che sia in grado di spiegare perché si è verificato un dato evento che in condizioni normali dovrebbe mancare. Le generalizzazioni proprie della spiegazione scientifica a questo scopo servono ben poco, poiché – come già sottolineato – «le probabilità *ex ante*, se sono rilevanti per la predizione di cosa accadrà, sono irrilevanti per la spiegazione causale di cosa è realmente accaduto»<sup>190</sup>. Le statistiche, dalle quali sono desunte le probabilità, descrivono semplicemente la distribuzione globale di avvenimenti in una categoria, e non danno informazioni su alcun caso in particolare. La questione relativa alla “possibilità” o “probabilità” di un evento ha senso solo su un piano *astratto*, cioè quando non ci si riferisce a condizioni concrete e conoscibili; a fronte di un evento determinato dalle *concrete* condizioni esattamente esistenti e conosciute la domanda relativa al tasso di verificabilità non ha alcun senso<sup>191</sup>. Mentre il ricorso a leggi causali di tipo universale è necessario per pronosticare con certezza eventi futuri, per la spiegazione retrospettiva è sufficiente la conoscenza (generica) che l'evento preso in considerazione possa verificarsi per una determinata causa. Del resto, il solo fatto che l'evento si sia verificato dovrebbe indurre a ritenere sussistente una connessione<sup>192</sup>.

Se nella prospettiva *ex ante* della previsione è necessaria una generalizzazione causale (causalità generale), nella prospettiva *ex post* della spiegazione causale (causalità individuale) risulta decisiva la credibilità razionale della spiegazione<sup>193</sup>. Questa è assi-

<sup>189</sup> STELLA, *op.ult.cit.*, 292. Riguardo al metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche, v. per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 227 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 367; di recente, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 9 s.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 17. Analogamente, la dottrina e la giurisprudenza tedesche pervengono all'accertamento della causalità attraverso due distinte fasi: la prova della causalità generale mediante il rinvio ad una legge di copertura (c.d. *gesetzmäßige Bedingung*), seguita dalla verifica della causalità concreta mediante la sussunzione del caso concreto sotto la legge di copertura. L'impostazione elaborata da ARM. KAUFMANN (*Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, in *JZ*, 1971, 572) è ormai costantemente applicata in dottrina e giurisprudenza; v. per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 355 ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 183; WESSELS, BEULKE, *Strafrecht*, cit., 56 ss.

<sup>190</sup> HART, HONORÉ, *Causation*, cit., 33 ss., che sottolineano che “*the demands of the situation in which we ask for the cause of what has happened, and that in which we are concerned to predict, are very different*” (*ivi*, 46). In questa direzione anche STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 119, citando Carnap («Il significato conoscitivo di una legge è costituito dal suo potere di previsione»); DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 659 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1041; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 13 ss.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102.

<sup>191</sup> KORIATH, *Kausalität*, cit., 42.

<sup>192</sup> Cfr. RÖDIG, *Die Denkform*, cit., 120; FRISTER, *op.ult.cit.*, 102.

<sup>193</sup> Riguardo alla struttura in questo senso “bifasica” dell'accertamento causale, chiaramente già prima della sentenza, DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 667. Per la distinzione tra causalità riferita alla condizione sufficiente in base a

curata – come ha spiegato la Cassazione – dall'esclusione di cause alternative, attuata mediante un giudizio ipotetico, un ragionamento caratteristico dell'induzione e della prova critica (logica).

Compito del giudice è quello di individuare la causa concreta (necessaria) partendo da un giudizio di adeguatezza causale (causalità scientifica) attraverso il procedimento di eliminazione mentale «per verificare se l'evento si sarebbe o meno concretamente realizzato, supportando tale giudizio con la prova a contrario che l'evento non avrebbe potuto essere determinato da altra condizione»<sup>194</sup>.

Un metodo di accertamento della causalità improntato esclusivamente ad un modello nomologico-deduttivo si rivela impraticabile anche per un'altra ragione: gli strumenti a disposizione del giurista e, soprattutto, la base delle conoscenze a lui disponibili si rivelano del tutto insufficienti e parziali. La significativa clausola *coeteris paribus* esprime perfettamente l'impossibilità di considerare tutte le assunzioni contenute nella premessa, ovvero tutte le condizioni concomitanti alla condotta<sup>195</sup>. L'inevitabile necessità pratica di ricorrere costantemente ad assunzioni tacite comporta, di fatto, una inversione di metodo: il modello deduttivo proprio delle scienze empiriche cede il passo ad un modello induttivo, già proprio di tutte le scienze sociali.

Il momento decisivo della conferma della ipotesi causale fornita dalla legge scientifica (causalità individuale e concreta), ovvero il passaggio dalla condizione sufficiente a quella necessaria, è garantito ancora soltanto dalla formula di imputazione della *c.s.q.n.*<sup>196</sup>. Invero, mentre la causalità generale indica la causalità in base alle leggi scientifiche, la causalità concreta o individuale (la sola che legittimi l'imputazione di un evento) rimane ancorata alla "vecchia" *c.s.q.n.* basata sull'eliminazione mentale e sul giudizio controfattuale, che consentono di pervenire ad un giudizio dotato di probabilità logica mediante l'esclusione di cause alternative.

leggi destinate a formulare *ex ante* delle previsioni e causalità riferita alla condizione necessaria in grado di spiegare *ex post* un accadimento, v. altresì STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 119 ss. e 137; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 667 ss.; MASERA, *Il modello causale*, cit., 493; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3220 ss.; ID., *Il problema*, cit., 17; BLAIOTTA, *La ricostruzione*, cit., 797 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658; Cass., Sez.un., 10.07.2002, Franzese. Cfr. anche la distinzione operata da MACKIE (*The Cement*, cit., 260 ss.) tra causa come spiegazione di un evento (*explanatory cause*) e causa come relazione tra due accadimenti (*producing cause*); sul punto, anche TOEPEL, *Kausalität*, cit., 98 ss.

<sup>194</sup> DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 671.

<sup>195</sup> Da ciò discende, peraltro, l'impossibilità per il giudice di ricostruire esattamente l'intero processo causale che ha condotto all'evento, anche nelle sue singole fasi intermedie. Come ben spiegato da STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 286 ss., «si suppone tacitamente che gli eventi considerati siano collegati da una serie di altri eventi temporalmente adiacenti ed in relazione causale, oppure che essi non siano altro che termini di una catena di causa ed effetti formata da eventi, dove gli eventi che costituiscono gli anelli intermedi sono spazialmente contigui». Riconoscono l'inevitabilità del ricorso ad assunzioni tacite nel processo di spiegazione dell'evento singolo, STELLA, *op.ult.cit.*, 281 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 650 ss.; PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 42 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 712 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 69 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit., 25.

<sup>196</sup> DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 665 ss.

Come noto, il principio della necessaria credibilità razionale della spiegazione causale mediante leggi è stato ampiamente chiarito dalle Sezioni unite nella sentenza del 2002: non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica l'esistenza o meno del nesso causale nel caso concreto, dovendo il giudice, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile e dopo aver escluso l'interferenza di fattori alternativi, giungere alla conclusione che la condotta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con *alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*<sup>197</sup>.

La differenza tra probabilità empirica (matematica) e probabilità logica è data dal fatto che la prima si basa su generalizzazioni tratte dall'osservazione di regolarità tra due fenomeni considerati come *tipi di eventi* (evento generico), la seconda riguarda l'*evento specifico*<sup>198</sup>. Di conseguenza, non rileva tanto il grado di verificabilità dell'evento espresso in termini percentuali dalla legge statistica, quanto la sua validità nel caso concreto, che si traduce nella concreta possibilità di scartare processi causali diversi e dunque nel tasso di fiducia e credibilità dell'enunciato<sup>199</sup>. Si può pertanto raggiungere un convincimento vicino alla certezza in ordine al nesso causale tra una condotta ed un evento anche sulla base di una legge meramente statistica, poiché il giudice ben può essere in grado di dimostrare, nel caso concreto, l'assenza di cause alternative<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> Per i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, v. *supra*, cap. II, nota 39.

<sup>198</sup> Sul punto, ampiamente, DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 643; EAD., *Probabilità statistica*, cit., 2151 ss. V. anche PASCALI, *Causalità*, cit., 154 ss.

<sup>199</sup> In questo senso, già la sentenza sul disastro di Stava (Cass., 6.12.1990, in *Foro it.*, 1992, II, 45) e Cass., 2.07.1999, in *Foro it.*, 2000, II, 268, Giannitrapani; più recentemente, v. Cass., 8.05.2009, n. 31943 («In tema di nesso di causalità tra condotta ed evento, la necessità che la sua sussistenza venga affermata in termini di certezza non implica che debba trattarsi di "certezza oggettiva", dovendo piuttosto ritenersi che debba trattarsi di "certezza processuale", raggiungibile, come tale, dal giudice mediante valorizzazione di tutte le circostanze del caso concreto, secondo un procedimento logico del tutto analogo a quello che va seguito quando debbasi valutare la prova indiziaria»); Cass., 5.11.2009, n. 43958; Cass., 14.07.2006, n. 41939.

Affermano l'importanza del procedimento basato sull'esclusione di fattori causali alternativi, ROMANO, *Nesso causale*, cit., 904, che sottolinea la fondamentale funzione conoscitiva teorica del procedimento fondato sulla esclusione di decorsi alternativi (*ivi*, 910); DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *op.ult.cit.*, 650; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 268 ss.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 28. Nella dottrina tedesca, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, 63 ss.; ERB, *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, in *Jus*, 1994, 453; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 121, da ultimo, FRISCH, *Defizite empirischen Wissens*, cit., 256.

<sup>200</sup> Il procedimento è analogo alla "diagnosi differenziale" utilizzata in medicina legale (v. FIORI, *Medicina legale e responsabilità medica*, Milano, 1999, 658 ss.). Basti un esempio tratto dalla giurisprudenza in tema di contagio sessuale da virus HIV: sebbene la percentuale di contagio in un singolo rapporto sessuale non protetto sia molto bassa (tra 0,1 e 1 %), nessuno dubita dell'esistenza del nesso causale, qualora sia possibile escludere con un elevato grado di probabilità cause di trasmissione alternative (rapporti sessuali con altri soggetti infetti, emotrasfusioni, scambio di siringhe ecc.). In questo caso la causalità tra la condotta e l'evento è certa, sebbene la legge di copertura esprima una regolarità statistica minima; v. in questo senso, Cass., 17.12.2008, n. 13388. V. inoltre, Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 11.02.2010, n. 8641; Cass., 22.12.2009, n. 10452.

Diviene chiaro allora che l'orientamento rigoroso di parte della dottrina<sup>201</sup>, teso a ribadire l'esigenza che la legge di copertura esprima certezza o un elevato grado di probabilità *empirica*, non è affatto in grado di garantire la certezza logica della spiegazione. Finché la prova particolaristica non include il procedimento di esclusione di cause alternative, riducendosi ad un mero sillogismo, l'utilizzo di leggi scientifiche (che esprimono certezza o – più realisticamente – un'elevata probabilità) finisce «per mascherare l'impossibilità pratica di dimostrare il mancato intervento di fattori causali alternativi e quindi l'esistenza di un vero e proprio nesso di derivazione causale»<sup>202</sup>.

In definitiva: mentre la causalità necessita di leggi scientifiche che siano in grado di fornire previsioni attendibili su eventi futuri, l'imputazione presuppone una valutazione che, attraverso un procedimento di selezione ed esclusione, garantisca la spiegazione credibile e razionale di eventi passati. La causalità come *prospettiva* (implicante un processo di *generalizzazione*), l'imputazione come *retrospettiva* (implicante un giudizio di *concretizzazione*)<sup>203</sup>.

Il passaggio dalla causalità generale (generalizzazione) alla causalità individuale (concretizzazione) non avviene dunque mediante un mero sillogismo (sussunzione), bensì attraverso il meccanismo ipotetico controfattuale proprio della *c.s.q.n.*

Potremmo concludere sinteticamente che mentre le leggi scientifiche costituiscono mero strumento operativo della *c.s.q.n.*, la *c.s.q.n.* identifica la formula di imputazione causale e la prova per esclusione ne rappresenta il risvolto processuale.

### 3.1.4. Il procedimento di esclusione di cause alternative

Il procedimento di esclusione di cause alternative (*Hypothesenausschlußverfahren* o *Alternativverfahren*)<sup>204</sup> offre un criterio sostenibile di accertamento del nesso cau-

<sup>201</sup> Si allude alla posizione sostenuta da STELLA, *Verità*, cit., 1215 ss.; ID., *Etica*, cit., 767 ss.; CENTONZE, *Causalità attiva*, cit., 289 ss.; D'ALESSANDRO, *La certezza*, cit., 743 ss.; da ultimo, PERINI, *Il concetto*, cit., 462.

<sup>202</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 659; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 73; LICCI, *Teorie causali*, cit., 505, ove osserva che «la *condicio sine qua non* rischia di trasformarsi in un varco per introdurre nel dato normativo, «sotto la veste di invocate leggi causali», elementi esterni rimessi al solo «arbitrio giudiziale».

<sup>203</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La descrizione*, cit., 169 s.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102.

<sup>204</sup> Ben prima della Cassazione italiana, la dottrina e la giurisprudenza tedesche si sono occupate della differenziazione tra probabilità statistica e probabilità logica e del procedimento di esclusione di cause alternative; v. i celebri processi sul *Contergan-talidomide* (LG Aachen 18.12.1970, in *JZ*, 1971, 507 ss.), analogo a quello italiano sulle *macchie bleu* (Tribunale di Rovereto, 17.01.1969, in *Riv.in.dir.proc.pen.*, 1971, 1021), sul *Lederspray* (BGH 6.07.1990, in *JR*, 1992, 28 ss., commentata da Puppe) e sul *Holzschutzmittel* (BGH 2.08.1995, in *NSiZ*, 1995, 590, commentata da Puppe, *JZ*, 1996, 318 ss.). Analoga impostazione è stata seguita dal Tribunale Supremo spagnolo nel noto caso dell'olio di colza (sentenza del 23.04.1992). Sostengono il ruolo decisivo del procedimento di esclusione nella letteratura tedesca, KUHLEN, *Fragen*, cit., 66 ss.; BEULKE, BACHMANN, *Die Lederspray-Entscheidung*, in *Jus*, 1992, 737 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 712 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 69 ss.; WOHLERS, *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, in *Jus*, 1995, 1021 ss.; BRAMMSEN, *Kausalitäts-und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern*, in *Jura*, 1991, 533; FRISCH, *Defizite*, cit., 256; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 184; RUDOLPHI, *SK*, vor § 13, n. 15. Ritiene che la questione riguardi piuttosto il piano della praticabilità



sale, ma limitatamente alle ipotesi in cui sia possibile conoscere le *possibili condizioni rilevanti* dell'evento tra cui selezionare quelle incidenti sull'evento concreto. Con una necessaria precisazione: la selezione delle ipotesi causali alternative non presuppone la conoscenza e considerazione di *tutte* le condizioni realmente esistenti. Una tale completezza di informazioni non è realizzabile né per il giurista né per lo scienziato. Come poc'anzi rilevato, è la clausola *coeteris paribus* ad esprimere la necessità di assumere tacitamente per date una serie di condizioni non conosciute. Non sarà dunque mai possibile escludere con assoluta certezza l'operatività di un altro fattore causale sconosciuto; l'impossibilità di conoscere tutte le possibili condizioni dell'evento lascia residuare un oggettivo margine di incertezza, potendosi necessariamente tenere conto solo dei fattori noti (ritenuti) rilevanti<sup>205</sup>. Una diversa conclusione renderebbe pressoché impossibile l'affermazione della causalità nei casi caratterizzati dall'interagire di molteplici fattori causali e dalla complessità delle loro correlazioni.

La prova dell'assenza di cause alternative non sarà agevole, specialmente in quei settori (come la medicina e la biologia) in cui la spiegazione causale non può prescindere da un elevato numero di assunzioni tacite, obbligando il giudice ad assolvere

della esclusione effettiva di altre cause eventualmente configurabili in sede di processo e che si tratti, quindi, di un problema strettamente probatorio, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 357 ss. Critici rispetto alla possibilità di accertare la causalità concreta tra la condotta e l'evento anche senza individuare specificamente la singola sostanza tossica idonea a produrre la lesione, SAMSON, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, in *StV*, 1991, 182; PUPPE, *Anmerkung*, cit., 30; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 66 ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 42 ss., che sottolinea il carattere *indiziario* di tale accertamento. In Italia, per tutti, v. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 157 ss.

<sup>205</sup> Si dovrà tenere conto, come sottolinea ROMANO, *Nesso causale*, cit., 909, dei soli fattori alternativi seri e plausibili. In giurisprudenza, v. Cass., 22.09.2011, n. 47474 («Nella sua valutazione sulla determinazione causale, il giudice deve discernere quali siano quelle che costituiscono mere ipotesi, da quelle invece che si prospettano come probabili cause in quanto ancorate ad elementi di fatto emergenti dagli atti del processo [...] Una mera ipotesi che appartenga al novero del solo astrattamente possibile non è idonea di per sé a togliere rilievo a fatti storicamente accertati che esplicano i loro effetti non solo nell'astrattamente possibile, ma in quella del concretamente probabile. A fronte di una spiegazione causale del tutto logica, siccome scaturente e dedotta dalle risultanze di causa correttamente evidenziate e spiegabilmente ritenute, la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa, capace di inficiare o caducare quella conclusione, non può essere affidata solo ad una indicazione meramente possibilista ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario che quell'accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile divenga nel caso concreto "hic et nunc", concretamente probabile alla stregua delle risultanze processuali»). Nello stesso senso, v. Cass., 17.06.2011, 30862; Cass., 20.12.2008, n. 10789; v. altresì, Cass., 5.11.2009, n. 43958 («In tema di individuazione del rapporto di causalità, pur a fronte di una ipotesi alternativa nella ricostruzione della causalità, che sia plausibile [cioè, seppur ritenuta improbabile, non consista in una ricostruzione immotivata e di natura meramente congetturale], è comunque consentito al giudice di escludere tale ipotesi non solo in base a una dichiarata e motivata affidabilità di una delle ipotesi formulate, ma tenendo anche conto delle evidenze probatorie esistenti nel processo che consentano di negare, in termini di elevata credibilità razionale, ipotesi alternative»); Cass., 22.12.2010, n. 2597 (per la quale possono considerarsi rilevanti soltanto condotte alternative «ragionevolmente ipotizzabili»); Cass., 14.07.2006, n. 41939 (che afferma il nesso di causalità anche nei casi in cui, pur non potendosi escludere in assoluto la possibilità di un diverso meccanismo causale, non risultino dotate di ragionevole concretezza ipotesi alternative della verifica dell'evento, ovvero concause del tutto indipendenti rispetto alla condotta dell'agente).

l'imputato in forza del principio *in dubio pro reo*<sup>206</sup>. In ogni caso, avverte la dottrina, occorre procedere con cautela, per evitare il rischio di "allentare" l'accertamento causale e di ridurre la causalità ad un concetto vuoto, basato esclusivamente sulla razionalità argomentativa e sulla coerenza del ragionamento probatorio<sup>207</sup>.

Il modello di accertamento causale delineato dalle Sezioni Unite è stato messo a dura prova anche nell'ambito della causalità omissiva. Parte della dottrina ha revocato in dubbio la possibilità di concretizzare il giudizio causale (causalità individuale) e di escludere le cause alternative nei reati omissivi impropri, sul presupposto della loro peculiare struttura causale. In particolare, si è affermato che il criterio della probabilità logica non è applicabile alla causalità omissiva, dove l'esclusione di cause alternative consente tutt'al più di precisare il decorso causale, ma non di formulare un giudizio definitivo sul nesso di condizionamento tra omissione ed evento, cioè sulla efficacia impeditiva dell'azione omessa (il giudice potrebbe fornire soltanto un giudizio di natura probabilistica)<sup>208</sup>.

In particolare, nel reato omissivo improprio l'esclusione di cause alternative non funzionerebbe perché «sarà almeno tendenzialmente preclusa, in sede di accertamento del nesso tra omissione ed evento, la possibilità di verificare l'incidenza, nel caso concreto, di fattori causali alternativi: questi, invero, sono di regola destinati ad essere assorbiti nel calcolo di probabilità circa l'efficacia della condotta osservante»<sup>209</sup>. Si è altresì osservato criticamente che si tratterebbe di «un'indagine del tutto fuori luogo, perché nelle ipotesi di omesso impedimento dell'evento non c'è spazio per la

<sup>206</sup> In questi casi, è richiesta la disponibilità di leggi di copertura dotate di un grado elevato di probabilità statistica tale da compensare le inevitabili lacune conoscitive circa le condizioni iniziali dell'evento. Così, le stesse Sezioni Unite; v. altresì, DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 615; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 74 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 713 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 62 ss.; FRISCH, *Defizite*, cit., 255.

<sup>207</sup> Per questo opportuno rilievo, DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *Ind.pen.*, 2004, 1137; ROMANO, *Nesso causale*, cit., 903; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 395. Cfr. anche Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini, cit.

<sup>208</sup> MASERA, *Il modello causale*, cit., 501; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1680; analogamente, ROMANO, *Nesso causale*, cit., 911, il quale sostiene che nella causalità omissiva il momento della concretizzazione è soltanto virtuale e che il procedimento per esclusione può servire ad escludere che l'evento sia riconducibile all'omissione dell'agente, ma non consente di andare oltre una molto elevata, razionalmente credibile probabilità che l'azione doverosa avrebbe impedito il singolo evento. Si è inoltre sostenuto che il criterio della probabilità logica finisce per riproporre, con una diversa terminologia, l'orientamento che si accontenta di probabilità medio-basse per affermare la causalità omissiva. Secondo tale orientamento critico, formule come quella della "probabilità logica" nascondono in realtà un metodo sostanzialmente individualizzante di spiegazione causale, basato sull'intuizione e la sensibilità del singolo giudice; da ultimo, in questo senso, DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 695, nt. 175; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., 3227; ID., *Il problema*, cit., 37. Molto critici, VENEZIANI, *Il nesso*, cit., ove conclude che il criterio della probabilità logica finisce per «avallare (salvo un *restyling* terminologico) l'orientamento già consolidato in passato, che si accontentava di (generiche) buone probabilità di successo, o financo di probabilità medio-basse etc. per ritenere la sussistenza della causalità omissiva»; CENTONZE, *La cultura delle prove*, cit., 2133 ss.; D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse*, cit., 4183 ss.; PERINI, *Il concetto*, cit., 445.

<sup>209</sup> VENEZIANI, *op.ult.cit.*, 1996.

ricerca di spiegazioni causali alternative, posto che l'individuazione della causa reale dell'evento è premessa per ogni ulteriore indagine sull'efficacia impeditiva dell'azione doverosa omessa»<sup>210</sup>.

Tali rilievi critici non paiono decisivi.

Innanzitutto l'analisi risulta circoscritta ai casi di responsabilità medica e di malattie professionali, vale a dire ad un settore in cui la prova per esclusione – come osservato – è particolarmente difficoltosa non tanto per la peculiare struttura della causalità omissiva, quanto per la oggettiva complessità del quadro eziologico e per le insufficienti conoscenze scientifiche riguardo ai fenomeni (concorso di diversi fattori, latenza, efficacia delle misure prescritte etc.).

Se si riconosce che le leggi scientifiche consentono esclusivamente di formulare previsioni *ex ante* e giammai di fornire una spiegazione *ex post*, è evidente che ciò che caratterizza l'omissione non è l'elemento prognostico (presente anche nell'azione), bensì l'evitabilità dell'evento. L'esclusione dei fattori alternativi nell'omissione indica in realtà il problema dell'efficacia del comportamento alternativo lecito: occorre dimostrare se la condotta doverosa omessa era in grado di neutralizzare i fattori causali presenti nel contesto.

Criticabile appare anche la tesi secondo cui nell'omissione è necessario accertare ogni singolo aspetto del decorso reale che ha condotto all'evento, dovendosi piuttosto stabilire se la condotta doverosa omessa avrebbe neutralizzato il fattore causale in atto, a prescindere dalla sua concreta origine ed evoluzione.

Da questo punto di vista le argomentazioni ricorrenti in dottrina assecondano l'equivoco naturalistico proprio della concezione della omissione come *nihil*, che non può causare alcunché. Ma se ciò che conta è pur sempre che la condotta doverosa omessa possa essere considerata dall'ordinamento una causa (nel senso di condizione negativa) dell'evento non impedito, anche nell'omissione, benché l'evento sia naturalisticamente riconducibile ad altra causa, rimane necessaria l'esclusione di cause alternative per stabilire la causalità della condotta umana; diversamente, cioè limitandosi a considerare la causalità "reale", si dovrebbe sempre escludere la responsabilità a titolo di omissione, dato che l'omissione, per sua natura, interviene su un corso causale lesivo già in atto.

Sul presupposto della identità dell'accertamento controfattuale nella causalità commissiva e in quella omissiva e della rilevanza della questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito già sul piano causale, la causalità individuale richiede sempre la prova del nesso causale tra la condotta illecita/inosservante e l'evento. L'esclusione (ragionevole) di decorsi causali alternativi implica la dimostrazione che l'evento era evitabile mediante la condotta osservante<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 528. Analogamente, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1680. Per una replica, v. BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 196 ss.

<sup>211</sup> Come spiega chiaramente la Corte di Cassazione nella sentenza Cozzini (Cass., 17.09.2010, n. 43786), «la valutazione finale si esprimerà anche qui in termini di elevata probabilità logica, secondo l'insegnamento delle

Nel caso, ad esempio, della morte in seguito alla omissione di un trattamento medico non conta tanto se le cure omesse avrebbero condotto alla guarigione del paziente, quanto se le residue condizioni di rischio presenti, sulle quali la condotta dell'agente non ha modo di influire, avrebbero comunque condotto al decesso. Siccome la condotta umana si inserisce in un procedimento causale già in atto, difficilmente si potrà parlare di vera e propria causa alternativa, ma piuttosto di una mera *concausa*, che ai sensi dell'art. 41 c.p. non esclude comunque il nesso causale<sup>212</sup>.

Nella maggioranza dei casi esaminati dalla giurisprudenza la condotta omessa non avrebbe comunque mai impedito l'evento lesivo (di fatto, inevitabile), ma soltanto ritardato il momento della sua verifica. Senza contare che l'orientamento dominante impone di prendere in considerazione l'evento concreto *hic et nunc*, con la conseguenza che dovrebbe rilevare anche un minimo spostamento cronologico o una minima modificazione delle modalità di verifica dell'evento<sup>213</sup>. Ciò conferma semmai che le difficoltà si collocano sul diverso piano della *descrizione dell'evento*, senza pregiudicare il funzionamento del *Ausschlussverfahren* né la razionalità della ricostruzione causale.

Ciò premesso, la funzione essenziale del procedimento di concretizzazione del giudizio causale (per mezzo della prova per esclusione) è quella di escludere l'intervento di altri fattori causali effettivamente interagenti in via concorrente o esclusiva (c.d. *exceptio ex pluribus causis*)<sup>214</sup>.

Si profila così un interrogativo centrale: le cause alternative di cui si parla nell'ambito dell'accertamento della causalità e in relazione al c.d. procedimento per esclusione sono diverse dalle cause alternative ipotetiche oggetto di discussione nell'ambito della teoria condizionalistica? Posto che il criterio della probabilità logica esige

Sezioni unite, ovvero di corroborazione dell'ipotesi (...) Il giudizio di certezza del ruolo salvifico della condotta omessa presenta i connotati del paradigma indiziario, si fonda anche sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e culmina nel già detto giudizio di elevata probabilità logica. Insomma, le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere in qualche caso superate nel crogiuolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando l'apprezzamento conclusivo può essere espresso in termini di elevata probabilità logica. È il piano processuale che, richiedendo un approccio valutativo, può in alcuni casi consentire di metabolizzare la misura d'incertezza che spesso si riscontra nei giudizi della giurisprudenza (...) Il tramite è costituito dal già indicato concetto di probabilità logica che, come pure si è visto, non consente rigide quantificazioni numeriche».

<sup>212</sup> A meno che il diverso fattore causale non abbia determinato un rischio di per sé sufficiente a determinare l'evento e tale da non poter più essere influenzato dall'agente. Si vedano, ad esempio, il caso dell'omessa diagnosi tumorale (Cass., 5.05.2011, n. 36603), qualora si accerti che la comparsa o l'aggravamento delle metastasi siano riconducibili non già al ritardo della diagnosi, ma esclusivamente alle caratteristiche genetiche particolarmente aggressive del tumore, e il *Zahnarztfall* o *Myokarditisfall* (BGH 21, 59), in cui in cui il dentista praticò l'anestesia senza richiedere una visita preliminare al cuore, ma si appurò che il decesso sarebbe avvenuto comunque anche se in un momento successivo, perché il difetto cardiaco non era diagnosticabile.

<sup>213</sup> Per tali opportune precisazioni, v. DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 616.

<sup>214</sup> DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 38. BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 39. Cfr. anche, da prospettiva differente, CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 282 ss.

l'esclusione di eventuali cause alternative per affermare la causalità di una determinata condotta, di quali cause si tratta?

Deve trattarsi di *fattori concorrenti o esclusivi*, la cui presenza escluderebbe la rilevanza causale della condotta; i fattori alternativi (che dovrebbero essere esclusi) non sarebbero dunque altro che diverse ipotesi di spiegazione causale dell'evento<sup>215</sup>. In particolare, il metodo per esclusione mira ad appurare se le cause alternative, cioè le condizioni o, meglio, i fattori di rischio presenti in alternativa alla condotta dell'agente, siano rimasti inoperanti, nel senso che non si sono realizzati nell'evento oppure si sono rivelati secondari rispetto alla condotta dell'agente, perché la loro efficacia causale non era tale da escludere o superare quella della condotta dell'agente.

Nella fase di accertamento della causalità individuale il dubbio circa la presenza di un decorso causale alternativo ovvero circa l'evitabilità dell'evento<sup>216</sup> si collega sostanzialmente a due ipotesi problematiche: da un lato, l'evento lesivo multifattoriale e dunque la presenza di un fattore causale alternativo (ipotesi di causalità addizionale); dall'altro, il concorso di più condotte inosservanti (ipotesi di neutralizzazione reciproca).

Ancora una volta i casi di esposizione all'amianto assumono una valenza paradigmatica.

Rispetto alla prima costellazione, occorre distinguere, da un lato, in base alla natura multifattoriale o monocausale della patologia e, dall'altro, a seconda che la patologia sia ritenuta dose-dipendente o dose-indipendente. Qualora l'evento lesivo sia multifattoriale (come il carcinoma polmonare) la prova per esclusione richiede un notevole sforzo<sup>217</sup>. Come ha spiegato la Cassazione, in presenza di un fattore causale alternativo e/o concorrente (nella specie, il tabagismo della vittima) occorre dimostrare che l'evento non ha avuto un'esclusiva origine nel diverso fattore astrattamento idoneo e che l'esposizione al fattore di rischio sul luogo di lavoro è stata condizione necessaria per l'insorgere della patologia o per una significativa accelerazione della stessa<sup>218</sup>. In questi casi

<sup>215</sup> Questa è, del resto, l'impostazione rinvenibile nella giurisprudenza; v., ad es., Cass., 14.07.2006, n. 41939, ove specifica che il nesso causale va affermato quando non risultino dotate di ragionevole concretezza ipotesi alternative del verificarsi dell'evento per cause, ovvero concause, del tutto indipendenti dalla condotta dell'agente; anche, Cass., 22.12.2010, n. 2597; Cass., 22.09.2011, n. 47474, ove ribadisce che «qualora si prospettino una pluralità di possibili cause di un determinato evento, nella sua valutazione il giudice del merito dovrà discernere quali siano quelle che costituiscono mere ipotesi, da quelle invece che si prospettano come probabili cause in quanto ancorate ad elementi di fatto, emergenti dagli atti del processo».

<sup>216</sup> Va ribadito che non rileva qui il dubbio radicale circa l'evitabilità astratta *ex ante* dell'evento mediante comportamento lecito, che – come detto – incide sul diverso piano della tipicità della condotta.

<sup>217</sup> Diversamente, nel caso di mesotelioma pleurico, considerato una malattia quasi esclusivamente collegata all'inalazione di amianto (così come l'angiosarcoma è collegato alla esposizione a CVM), data l'incidenza di fatto assente nella popolazione non esposta (i pochi fattori causali alternativi sono peraltro tutti noti), la giurisprudenza è in grado di pervenire all'affermazione della causalità attraverso il procedimento di esclusione di cause alternative (v. Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cazzini).

<sup>218</sup> V., da ultimo, Cass., 17.10.2012, n. 42519, riguardante l'esposizione a polveri contaminate e polveri pericolose di un addetto alle pulizie industriali di un cantiere navale.

l'imputazione dell'evento può avvenire soltanto se si riesce a provare che la condotta illecita ha inciso sulla natura e sui tempi dell'offesa, cioè ha aggravato l'evento o anticipato il momento della sua verifica rispetto agli ipotetici fattori causali alternativi<sup>219</sup>.

Il quadro può risultare ulteriormente complicato dalla natura dose-indipendente della patologia. In tal caso, infatti, dopo una prima esposizione (c.d. dose-iniziante o *trigger dose*), anche di breve durata, tutte le esposizioni successive sono eziologicamente irrilevanti, bastando la prima a determinare l'entità del rischio e il momento in cui l'esposto contrarrà la patologia; diversamente, nella patologia dose-correlata o dose-dipendente ogni singola dose aggrava le condizioni del bene tutelato, anticipando il momento di verifica dell'evento lesivo o accorciando il tempo di latenza della malattia<sup>220</sup>. È chiaro che optando per la tesi della dose-dipendenza rileva ogni esposizione, anche successiva, in quanto incidente sulla accelerazione della malattia e sulla riduzione dei tempi di latenza (anticipazione dell'evento). La prova della evitabilità dell'evento concreto è dunque possibile<sup>221</sup>. Qualora, invece, la patologia sia considerata dose-indipendente, occorre individuare sia il momento di insorgenza della malattia, sia la dose innescante necessaria ad instaurare il processo degenerativo. Si tratta, con tutta evidenza, di un problema probatorio pressoché insormontabile, soprattutto in considerazione del complessivo periodo di esposizione (decenni) e dei lunghi tempi di latenza.

Rispetto alla seconda costellazione l'esempio più significativo è quello della successione di garanti nelle imprese dedite alla lavorazione di amianto o di altra sostanza tossica. Anche in questo caso la soluzione viene a dipendere dal previo inquadramento della patologia come dose indipendente o come dose-correlata. A fronte di un'unica dose-killer – ammesso che si riesca a provare il nesso causale tra l'evento e un determinato periodo di esposizione riferibile ad un determinato datore di lavoro – non dovrebbero rispondere dell'evento i soggetti succeduti a quello obbligato al momento della esposizione, dal momento che il rischio creato con l'esposizione iniziale è “perfetto” e ogni ulteriore esposizione non è più in grado di incidere su tale rischio (si ricordino gli esempi più volte citati della borraccia e dell'ascensore). Il garante succeduto potrebbe liberarsi affermando che l'adozione delle cautele da parte sua non avrebbe in alcun modo potuto impedire la verifica dell'evento, ma solo

<sup>219</sup> Sul criterio, v. già *supra*, cap. I, par. 2.6.

<sup>220</sup> Mentre asbestosi e carcinoma polmonare sono considerati dose-dipendenti, la natura del mesotelioma è controversa. Per la natura dose-correlata, v. Cass., 11.07.2002, Macola, in *Foro it.*, 2003, II, 324 ss.; Cass., 9.05.2003, Monti, *ivi*, 2004, II, 69; Cass., 11.04.2008, Mascarin, in *Cass.pen.*, 2010, 205; Cass., 27.08.2012, n. 33311, caso Fincantieri; Trib. Torino, 13.02.2012 (caso Eternit); problematicamente, Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini; Cass., 10.06.2010, n. 38991 (caso Montefibre). Sui criteri che devono presiedere alla scelta della legge scientifica ritenuta più attendibile e sugli oneri motivazionali del giudice, v. Cass., 10.06.2010, n. 38911, Quagliarini, in *Dir.pen.proc.*, 2011, 185, con nota di Palazzo; Cass., 17.09.2010, n. 43786, Cozzini.

<sup>221</sup> Come nelle ipotesi di causalità cumulativa, ogni singola condotta, pur anticipando il momento di verifica dell'evento, non “interrompe” il nesso causale (come nelle diverse ipotesi di causalità sorpassante), ma rileva sul piano della gravità dell'evento lesivo, che è frutto del cumulo delle diverse condotte illecite.

incidere su aspetti secondari penalmente irrilevanti (*Begleitumstände*)<sup>222</sup>. Al contrario, in caso di patologia dose-dipendente tutti i garanti succedutisi nel tempo potrebbero essere ritenuti responsabili, dal momento che ogni esposizione determina un aggravamento (evitabile) delle condizioni del bene giuridico.

Da queste situazioni vanno tenute nettamente distinte le ipotesi in cui sussiste un dubbio irrisolvibile in ordine alla sussistenza di un fattore alternativo esclusivo e alla stessa configurabilità di una diversa spiegazione causale; in questi casi non è possibile individuare la causa di un evento e quindi l'imputazione dell'evento in capo all'agente deve essere esclusa in base al principio *in dubio pro reo*<sup>223</sup>. Così, laddove non si è in grado di escludere che l'evento sia riconducibile a cause alternative, perché non è possibile individuare la vera causa dell'evento (come in alcune ipotesi di causalità addizionale<sup>224</sup>), né determinare con esattezza quale causa abbia operato prima di un'altra (come nelle ipotesi di causalità sorpassante), l'imputazione deve essere esclusa<sup>225</sup>.

La *c.s.q.n.* (e il meccanismo ipotetico controfattuale, di cui essa è espressione)

<sup>222</sup> V. *supra*, cap. II, par. 4.7, e cap. III, par. 3.6.

<sup>223</sup> BLAIOTTA, *op. ult. cit.*, 55. Cfr. anche DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 317, nt. 199, e 321, la quale distingue tra cause alternative *reali* o *presunte*: «Quando la causa è definita "presunta", tale attributo si riferisce all'impossibilità di verificare in concreto (attraverso la *condicio sine qua non*) l'operatività di un fattore pur sempre esistente e non già alla presenza immaginaria, meramente supposta, di quest'ultimo.» Cfr. altresì, nel settore della responsabilità medica, Cass., 10.05.2012, n. 22347, relativa alla morte di alcuni neonati in seguito ad un'infezione ospedaliera contratta nel reparto in cui erano ricoverati. La Cassazione, confermando la sentenza del giudice di merito, ha escluso la responsabilità degli imputati per l'assenza della prova del nesso causale tra la condotta contestata (omissione di misure precauzionali per la prevenzione delle infezioni ospedaliere) e l'evento lesivo, perché, da un lato, era rimasta ignota la fonte specifica dei germi patogeni (trattandosi di germi ubiquitari, rinvenibili anche nell'acqua che scorre nei rubinetti) e, dall'altro, l'adozione delle cautele prescritte non avrebbe assicurare condizioni di perfetta sterilizzazione degli ambienti di ricovero. Il caso, in realtà, pone due distinte questioni: da un lato, l'ignoranza circa la fonte dei germi patogeni (strumenti e apparecchi medici non sterilizzati, cateteri, sondini etc. oppure acqua di rubinetto); dall'altro, il fatto che anche la sterilizzazione effettuata correttamente non garantisce l'eliminazione del rischio di infezione, ma soltanto la sua riduzione. Sotto il primo profilo, l'incertezza circa l'origine dei germi impedisce di affermare il nesso causale, potendosi l'infezione contrarre al di fuori dalla sfera di controllo del personale sanitario (rischio ubiquitario); sotto il secondo profilo, invece, la presenza di un ineliminabile *Restrisiko* non pregiudicherebbe di per sé la possibilità di imputare l'evento secondo un criterio di evitabilità concreta, qualora la probabilità di contrarre l'infezione sia significativamente maggiore in caso di condotta illecita.

<sup>224</sup> Si pensi all'esempio in cui due cacciatori sparano contemporaneamente alla vittima e non sia possibile stabilire quale dei due colpi mortali abbia raggiunto per primo la vittima.

<sup>225</sup> Si pensi al già citato caso della insorgenza di una patologia multifattoriale (come il carcinoma polmonare) in un lavoratore fumatore esposto alle polveri di amianto: qui l'evento può essere imputato al datore di lavoro soltanto se si dimostra che la condotta illecita ha quantomeno anticipato il momento di verificazione dell'evento o aggravato la patologia (v. Cass., 17.10.2012, n. 42519). Analogamente, nel caso di esposizione ad amianto nell'arco di un periodo molto lungo potrebbe non riuscire la prova della riconducibilità ad uno dei soggetti succedutisi alla guida dell'impresa. Si presenta un peculiare fenomeno di causalità addizionale (perché estesa ad un lungo arco temporale), dato che le diverse condotte illecite sono tutte da sole sufficienti a cagionare l'evento, ma non si è in grado di stabilire quale di essa sia la vera causa (ovvero quale di essa abbia anticipato le altre). A rigore s'imporrebbe l'assoluzione, salvo ricorrere alla formula di *Traeger* della eliminazione cumulativa (con le riserve già segnalate circa la conseguente rinuncia al criterio condizionalistico), al fine di considerare tutte le condotte causali.

assolve dunque ad una funzione di imputazione, perché permette di isolare la causa (causa reale) e di differenziarla dalla ipotetica causa alternativa (causa spuria)<sup>226</sup>.

La questione è di notevole complessità teorica, dal momento che il rapporto tra *Ursache* (causa reale) ed *Ersatzursache* (causa spuria) non è univoco né prestabilito, ma, per un verso, dipende dalla prospettiva dell'osservatore<sup>227</sup> e, per l'altro, si definisce soltanto all'esito dell'accertamento (e ci sono casi in cui tale accertamento è piuttosto complicato se non impossibile, come nei citati casi di causalità addizionale, in cui le potenziali cause sono "sovrapposte" e talmente "ingarbugliate" fra loro da rendere impercettibile l'efficacia eziologica di ciascuna di esse).

L'osservatore presuppone necessariamente (e correttamente, da un punto di vista metodologico) che la condotta umana (cioè l'oggetto della valutazione) costituisca la causa e costruisce il procedimento di accertamento di conseguenza, cioè interpretando le altre possibili cause come cause alternative. La prova per esclusione mira proprio a chiarire se un fattore alternativo sia rimasto meramente *ipotetico*, con la conseguenza di dover ammettere l'imputazione; se il fattore alternativo si sia *realizzato* (agendo come *concausa*) oppure se sia rimasto un fattore *presunto*, non potendosi escludere il suo intervento, con la conseguenza che non è possibile raggiungere la dimostrazione della causalità né imputare l'evento.

La difficoltà è data dal fatto che talvolta risulta problematico distinguere tra un vero caso di causalità alternativa ipotetica e un caso in cui la condotta illecita (o meglio: l'attributo antidoveroso della condotta) è causalmente irrilevante (come l'eccesso di velocità rispetto all'incidente provocato dalla invasione di corsia da parte della vittima). Ebbene: è per mezzo della formula della *c.s.q.n.* (mediante il giudizio controfattuale di sostituzione della condotta illecita con quella lecita) che diviene possibile accertare se proprio la illiceità della condotta sia stata causale rispetto all'evento. Lo stesso metodo di accertamento si ritrova, del resto, alla base del criterio del comportamento alternativo lecito (causalità della colpa). Il procedimento per esclusione consente, in definitiva, di escludere le cause alternative eventualmente presenti e, allo stesso tempo, di individuare la causa, rispetto alla quale le altre degradano a mere cause alternative ipotetiche o *Begleitumstände* (circostanze concomitanti).

In quest'ottica si potrebbe affermare che la probabilità logica rappresenta, in realtà, il risvolto processuale di un criterio normativo di imputazione.

A conclusione di tali riflessioni, preme ancora ribadire che non è questione di vagliare la corrispondenza tra l'ipotesi causale sostenuta dalla legge di copertura e la situazione concreta (sussunzione), bensì di selezionare la causa penalmente rilevante dell'evento attraverso un confronto ipotetico controfattuale. A questo scopo, la prova per esclu-

<sup>226</sup> PIZZI, *Eventi*, cit., VIII e 51 ss.; DONINI, *Il garantismo*, cit., 949 s. Riguardo al problema della distinzione tra *Ursache* ed *Ersatzursache*, v. soprattutto, PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 888; FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 55. Circa la funzione selettiva della *c.s.q.n.*, v. anche CORNACCHIA, *Cornacchia*, cit., 31 ss.

<sup>227</sup> V. in merito *supra*, cap. I, 1.2. e 3.3.



sione esige che si stabilisca un criterio di valutazione<sup>228</sup>. Lo scarto esistente tra la legge di copertura (causalità generale) e la sua concretizzazione nel caso specifico (causalità individuale), che si riflette altresì nella distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica, può infatti spiegarsi unicamente attraverso un criterio logico di selezione delle cause, tra cause reali e cause ipotetiche-alternative. Ciascuna condizione necessaria è infatti parte di una serie causale composta da un insieme di concause (naturali o umane) e occorre chiarire se sia penalmente rilevante e significativa qualsiasi condotta che risulti condizionante l'evento concreto o se debba individuarsi un criterio discrezionale<sup>229</sup>.

Non è un caso che nell'ambito dell'accertamento della causalità abbia un peso rilevante la problematica della pluralità delle cause, determinata dalla possibilità che un evento simile a quello concretamente verificatosi potesse verificarsi anche in assenza della condotta dell'agente<sup>230</sup>. Sono innumerevoli gli antecedenti legati da un nesso di regolarità scientifica con l'evento e rimane comunque necessario trovare il criterio in base al quale selezionare (all'interno di questi) quello rilevante per il giudizio di causalità. Per potere assolvere alla sua funzione di individuazione della causa e quindi di imputazione dell'evento la *c.s.q.n.*, nella sua veste di formula di accertamento del nesso normativo di illiceità o nesso di rischio (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang* o *Risikozusammenhang*), deve orientarsi ad un criterio normativo di rilevanza che rifletta lo specifico punto di vista del diritto penale.

Si impone, inoltre, una rimeditazione del concetto di evento. Come abbiamo già osservato, nonostante l'impostazione dominante consideri la pluralità delle cause un fenomeno soltanto apparente, in quanto superabile mediante una descrizione dell'evento sufficientemente specifica e dettagliata, un certo grado di astrazione nella descrizione dell'evento è necessaria, oltre che inevitabile. Una descrizione iper-concretizzante dell'evento comporta, infatti, che ogni condizione sufficiente risulta indispensabile nella misura in cui rende l'evento *hic et nunc* irripetibile.

Il rapporto tra causa reale e causa alternativa viene così a dipendere dalla definizione di evento; come si è visto, infatti, a seconda di quali caratteristiche siano evidenziate nella descrizione dell'evento è possibile indicare ora l'una ora l'altra come causa o rispettivamente causa alternativa<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> DI MARTINO, *Il nesso causale*, cit., 63.

<sup>229</sup> EUSEBI, *Appunti*, cit., 1057.

<sup>230</sup> STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 297; BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 40.

<sup>231</sup> Come dimostra il caso dell'oculista (Cass., 9.06.2011, n. 28782, Cezza), ove i giudici, proprio per affermare il nesso causale rispetto all'evento *hic et nunc*, argomentano che «il giudizio controfattuale sull'efficacia impeditiva della condotta richiesta deve compiersi in relazione al medesimo evento che si è verificato e non facendo riferimento ad un evento diverso anche se analogo nelle conseguenze. L'agente risponde infatti di ciò che ha cagionato e – salvo il caso in cui l'evento si sarebbe comunque verificato in relazione al medesimo processo causale, nei medesimi tempi e con la stessa gravità o intensità (si da poter dire che l'evento non era evitabile) – la responsabilità non è esclusa perchè l'evento cagionato è diverso da quello alternativo che si sarebbe ugualmente e ipoteticamente verificato».

### 3.2. La funzione selettiva del procedimento di confronto tra evento reale ed evento ipotetico

#### 3.2.1. Precisazioni in merito alla ratio del criterio dell'aumento del rischio

Il criterio dell'aumento del rischio ha subito nel tempo una singolare evoluzione<sup>232</sup>.

Sono rintracciabili diverse varianti della teoria, sviluppate in relazione a problematiche e con scopi differenti. La versione originaria (proposta da *Roxin*) è stata ideata per i reati colposi con riferimento alla specifica questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito; lo scopo era quello di estendere la responsabilità ai casi di dubbio sull'efficacia impeditiva della regola cautelare violata<sup>233</sup>. La versione moderna della teoria dell'aumento del rischio (elaborata successivamente) viene applicata prevalentemente ai reati omissivi sul piano dell'accertamento causale; lo scopo è quello di dotare la causalità omissiva di un proprio criterio di accertamento svincolato dal modello rigidamente condizionalistico<sup>234</sup>. Nel quadro di questa evoluzione, l'attenzione della dottrina si è indirizzata al risvolto strettamente processuale-probatorio della problematica consistente nell'interrogativo circa il grado di probabilità necessario per imputare l'evento.

Parallelamente si è prodotta una sovrapposizione tra il criterio dell'aumento del rischio e il principio del rischio (espresso dalla nota formula di imputazione per la quale la condotta deve creare un rischio illecito che si realizzi nell'evento), che trova le sue radici nell'antica teoria della adeguatezza e dovrebbe conseguentemente applicarsi a tutti i reati di evento. Con riferimento a quest'ultimo profilo, è invalsa la distinzione tra aumento del rischio riferito alla illiceità della condotta *ex ante* (vale a dire al momento della creazione/aumento del rischio) e aumento del rischio riferito al momento della valutazione *ex post* della realizzazione del rischio nell'evento (vale a dire al confronto ipotetico tra le conseguenze della condotta illecita e quelle del comportamento alternativo lecito)<sup>235</sup>.

Non sempre in dottrina vengono definiti con chiarezza i diversi profili indicati.

<sup>232</sup> Diamo per scontato che il riferimento prevalente al solo termine "aumento" del rischio sia convenzionale, dato che la illiceità può essere data tanto da un aumento del rischio quanto da una sua mancata diminuzione.

<sup>233</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 411 ss.

<sup>234</sup> STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 237 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip*, cit., 417 ss.; KAHLO, *Das Problem*, cit., 306 ss.; più recentemente, HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss. Nella dottrina italiana mostrano aperture in questo senso, CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 168 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 846; FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 954 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 296 ss e 310 ss.; BARTOLI, *Il problema*, cit., 109 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1688, seppur ritenendo che non di causalità si tratti, bensì di colpa. Questo l'orientamento diffuso in giurisprudenza in tema di malattie professionali e responsabilità medica, nettamente respinto dalle Sezioni Unite nel 2002. V. al riguardo *supra*, cap. II, par. 1.2. (nonché la dottrina e giurisprudenza ivi citate nelle nt. 31, 32 e 33).

<sup>235</sup> Distinzione riassunta nella nota *Zurechnungsformel* dominante nella dottrina tedesca; per tutti, v. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 287; da noi, v. CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 149 ss.; DONINI, *Illecito*, cit., 414; CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 399; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 155; da ultimo, PERINI, *Il concetto*, cit., 106; ROMANO, *Commentario*, cit., 404; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 248.

Innanzitutto, l'impiego del criterio dell'aumento del rischio come parametro di imputazione causale "speciale" nei reati omissivi impropri deriva più che dall'intento di abbandonare l'accertamento condizionalistico della causalità, dalla commistione tra profilo omissivo della colpa e causalità omissiva<sup>236</sup>. Questa tendenza, come abbiamo già evidenziato, coglie il nodo problematico, essendo un chiaro segno del fatto che la differenziazione tra causalità e imputazione – praticata ancora nell'ambito del reato commissivo (doloso e colposo) – non poggia su fondamenta dogmatiche robuste e non soddisfa nella misura in cui rimanga circoscritta ad alcune tipologie di illecito.

D'altro canto, la prospettiva *ex ante* polemicamente rimproverata al criterio si riferisce in realtà esclusivamente alla individuazione della soglia di rischio penalmente rilevante, dal momento che l'aumento del rischio *ex ante* consente di stabilire se la condotta è illecita (pericolosa, adeguata) e dunque tipica, in quanto abbia creato un rischio non più consentito. Ciò non ha evidentemente nulla a che vedere con la causalità né con la imputazione oggettiva dell'evento, cui invece può riferirsi l'aumento del rischio *ex post*, che consente di stabilire se *il maggiore rischio dell'evento* connesso alla condotta illecita rispetto alla ipotetica condotta lecita si sia effettivamente realizzato nell'evento. In Italia, è ancora diffusa questa concezione parziale e fuorviante della teoria dell'aumento del rischio, cui viene peraltro assimilata la teoria della imputazione oggettiva in generale<sup>237</sup>.

L'esame dell'evoluzione dottrinale degli ultimi decenni mostra, per contro, che l'aspetto più innovativo della teoria dell'aumento del rischio si coglie sostanzialmente nell'ottica *ex post*, volta a rafforzare il nesso oggettivo tra disvalore della condotta e disvalore di evento e a precisare la valutazione normativa di quest'ultimo in termini di peggioramento rispetto ad una condizione alternativa ipotetica. Purtroppo, solo con il tempo la dottrina ha saputo porre il parametro dell'aumento del rischio in relazione non alla condotta (adottando una prospettiva *ex ante* del disvalore della condotta ed esponendosi alla critica di trasformare i reati di evento in reati di pericolo), ma all'evento (osservando la prospettiva *ex post* propria della *Rechtsgutsverletzung*)<sup>238</sup>.

Deve essere allora sottolineato con forza che non conta l'astratta attitudine a cagionare l'evento nel senso di aumento del rischio di verificazione dell'evento (né l'astratta capacità impeditiva o preventiva della regola cautelare) – non conta, cioè, il valore

<sup>236</sup> Così soprattutto in giurisprudenza; v. al riguardo, *supra*, cap. II, 1.

<sup>237</sup> Specialmente nelle sintetiche descrizioni fornite dalla manualistiche; v. ad es., PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 135; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 249 ss.; cfr. anche BRUSCO, *Il rapporto*, cit., 25. In giurisprudenza, per tutte, v. significativamente, la sentenza delle Sezioni unite, 10 luglio 2002, Franzese; inoltre, Cass., 7.01.1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, II, 351.

<sup>238</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 138 s.; STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 229 s.; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 142 s.; SCHÜNEMANN, *op.ult.cit.*, 652 ss.; WOLTER, *Objektive*, cit., 231 ss.; LAMPE, *Tat und Unrecht*, cit., 21 s.; HOYER, SK, Anh. zu § 16, n. 81; FORTI, *Colpa*, cit., 709; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 153. Recentemente, BARTOLI, *Il problema*, cit., 109.

percentualistico della legge di copertura – bensì la comparazione tra due entità, con la conseguenza che anche una minima variazione dell'evento (nel senso di miglioramento o peggioramento) rispetto alle prevedibili conseguenze della condotta lecita potrebbe risultare penalmente rilevante.

In effetti, per non dover concludere che la teoria dell'aumento del rischio si risolve in una inutile tautologia, esigendo la verifica di una circostanza che non dovrebbe essere posta in dubbio, e cioè che *ex ante* ogni violazione comporta *in re ipsa* il superamento della soglia di rischio consentito stabilita dall'ordinamento e quindi un "aumento del rischio"<sup>239</sup>, occorre considerare il criterio dell'aumento del rischio in modo differente, non riferito alla situazione *ex ante* ma al bilancio *ex post*, che tenga conto cioè di altre e nuove circostanze che possono rovesciare la prognosi e condurre ad un diverso giudizio sul rischio esistente per il bene protetto.

In particolare, occorre sottolineare che il rischio oggetto di valutazione non è quello collegato alla *reale* condotta *illecita* (visto che questa ha di fatto cagionato l'evento), ma quello collegato alla *ipotetica* condotta *lecita* (attraverso una prognosi vera e propria). Ciò che conta è il confronto tra rischio realizzatosi *ex post* nell'evento (cioè l'evento concreto verificatosi) e rischio prevedibile non realizzatosi (cioè l'evento ipotetico che sarebbe derivato dal rischio connesso al comportamento alternativo lecito).

La domanda corretta, insomma, non è se la condotta illecita abbia aumentato il *rischio* dell'evento (il che è certo e *in re ipsa*), ma se la condotta lecita avrebbe determinato un *evento* uguale o di maggiore o minore lesività.

Poiché tale soluzione richiede una valutazione oggettiva delle condizioni finali in cui si trova il bene giuridico (quasi secondo un parametro di offensività *in concreto*), pare persino inadeguato parlare di *Risikoerhöhung*, visto che l'eventuale aumento del rischio connesso *ex ante* alla condotta illecita può finire, di fatto, in secondo piano se *ex post* si accerta che il bene non era comunque salvabile, anche a causa dell'intervento di fattori nuovi imprevedibili e casuali. Sarebbe, invece, più corretto parlare di teoria della *evitabilità concreta* (e non astratta) dell'evento e rammentare che si tratta di accertare la realizzazione del rischio illecito nell'evento lesivo.

«Il *fondamento teorico* più suggestivo della *Risikoerhöhungslehre*», come è stato osservato, «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»<sup>240</sup>.

Non va dimenticato, a tale proposito, che la *Risikoerhöhungstheorie* mira a porsi quale fondamento dell'imputazione dell'evento e, in particolare, del nesso normativo

<sup>239</sup> Per tale rilievo critico, tutt'ora diffuso, v. ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 134.

<sup>240</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 104.

tra illiceità ed evento. A questo scopo la questione se l'evento sia riconducibile al rischio illecito determinato dall'agente va risolta esclusivamente con una *valutazione ex post a base totale*. La *Risikoerhöhung* rappresenta in questo senso una *Gefährdung*, che può essere accertata solo *ex post*, sulla base di tutte le circostanze concretamente presenti, anche se conosciute successivamente<sup>241</sup>. Si avrà perciò aumento del rischio solo laddove sia possibile dimostrare che il comportamento alternativo lecito nel caso concreto avrebbe determinato una *reale chance* di impedire l'evento, posto che è possibile aumentare il rischio soltanto quando il bene tutelato può ancora essere salvato<sup>242</sup>.

Così intesa, la teoria dell'aumento del rischio può esprimere la sua autentica natura e finalità: chiarire la differenza tra *pericolosità* e *pericolo* (soprattutto in contesti contrassegnati da una soglia di pericolosità tollerata dall'ordinamento) e integrare il disvalore della condotta nel disvalore d'evento, emancipandosi dal sospetto di privilegiare l'atteggiamento interiore e favorendo una concezione *realmente offensiva* dell'illecito.

È evidente che i concetti di aumento e diminuzione del rischio presuppongono una *comparazione* e un termine di confronto; presuppongono, cioè, che si considerino anche *ipotesi*, cioè *rischi non realizzati*, fatti non verificatisi. Solo in questo senso è possibile affermare che una condotta ha aumentato o meno un rischio e che l'evento avrebbe avuto una probabilità di verificarsi superiore alla riduzione o, rispettivamente, all'annullamento del rischio perseguito dalla norma violata.

Nonostante i teorici dell'aumento del rischio non abbiano mai preso esplicitamente posizione riguardo ai decorsi ipotetici, occorre sottolineare che la misurazione dell'aumento del rischio è possibile soltanto ricorrendo alla causalità ipotetica<sup>243</sup>. La teoria dell'aumento del rischio implica, infatti, l'esistenza di un *Grundrisiko*, costituito da fattori causali preesistenti alla condotta dell'agente, che sicuramente o probabilmente

<sup>241</sup> Si ricordi, al riguardo, la distinzione tra *pericolosità della condotta*, verificabile soltanto *ex ante* e sulla base delle sole circostanze conoscibili al momento della condotta (prevedibilità), e *pericolo corso dal bene giuridico*, accertabile soltanto *ex post* sulla base di tutte le circostanze note, delineata da WELZEL, *Fabrlässigkeit*, cit., 22; ripresa poi da BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 37 ss. e 141; WOLTER, *op.ult.cit.*, 330. Mentre la pericolosità indica una caratteristica della condotta da accertarsi esclusivamente *ex ante*, al fine di stabilire la illiceità o colposità della condotta, il pericolo indica una condizione e quindi un evento, implicando necessariamente la considerazione di fattori conosciuti in un momento successivo a quello della condotta (ottica *ex post*). V. *supra*, cap. II, 4.5.

<sup>242</sup> STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 230 ss.; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 142; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 153; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 46 ss. e il criterio della possibilità di salvezza reale e non solo statistica.

<sup>243</sup> Così già WOLFF, *Kausalität*, cit., 26; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 46; ID., *Erfolgszurechnung*, cit., 588; CASTALDO, *op.ult.cit.*, 142 («La soluzione imperniata sul parametro dell'aumento del rischio si ottiene, egualmente, ricorrendo alla "scorciatoia" dell'impiego o no della causalità ipotetica»); FORTI, *op.ult.cit.*, 709; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 1120; ID., *Illecito*, cit., 440 (nt. 188). Per la nota applicazione del criterio dell'aumento del rischio al concorso di persone, v. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung*, cit., 69 ss., il quale attribuisce rilevanza anche alle *Ersatzhandlungen di terzi*, cioè a causa ipotetiche diverse dalla condotta lecita dell'agente. Secondo l'A. ne consegue che l'aumento del rischio deve escludersi se il contributo del complice poteva essere facilmente sostituito dalla condotta dell'autore principale, cioè se l'autore poteva provvedere da sé.

avrebbero determinato l'evento. A seconda dell'incidenza della condotta dell'agente su tale decorso causale ipotetico si potrà verificare o meno un aumento del rischio per il bene tutelato.

La precisazione in merito al ruolo dei decorsi ipotetici nella teoria dell'aumento del rischio ha l'effetto di ridimensionare un punto assai controverso: l'applicabilità del principio *in dubio pro reo*. Riguardo a tale obiezione mossa alla *Risikoerhöhungstheorie* è infatti decisiva la distinzione tra fattori *reali* accertabili, il cui mancato accertamento esclude senza dubbio l'imputazione, e fattori *ipotetici* congetturali, la cui incertezza è irrilevante. Si pensi all'esempio del lancio del salvagente alla vittima in procinto di annegare: l'incertezza sulla possibilità che il salvagente potesse raggiungere la vittima esclude l'imputazione, mentre l'incertezza sul fatto che questa potesse o meno afferrarlo è irrilevante e non esclude l'imputazione<sup>244</sup>. Parimenti, nei citati casi dell'oculista o della distocia del feto è certamente rilevante ai fini della esclusione dell'imputazione l'eventualità che l'intervento indicato non fosse idoneo ed efficace, ma è irrilevante l'eventualità che questo potesse avere un esito comunque lesivo per il paziente per l'intervento di circostanze eccezionali (meramente congetturali).

Coerentemente, per i teorici dell'aumento del rischio il principio *in dubio pro reo* non entra in gioco quando si tratta di dubbi relativi al decorso *ipotetico*, essendo applicabile limitatamente ai casi in cui non sia possibile stabilire *se* la condotta illecita nel caso concreto abbia determinato un aumento del rischio rispetto a quella lecita<sup>245</sup>.

Insomma, quando si tratta di valutare decorsi ipotetici occorre formulare delle prognosi basate su leggi probabilistiche, ma ciò non implica affatto la violazione del principio *in dubio pro reo*.

### 3.2.2. La comparazione con l'ipotetico rischio consentito

Il concetto di aumento del rischio è dunque un *Relationsbegriff*, che si riferisce non tanto all'*evento concreto* (ché in quel caso il criterio rappresenterebbe un mero duplicato della concezione concretizzante dell'evento), quanto all'*evento ipotetico*, cioè al rischio la cui realizzazione l'ordinamento è disposto altrimenti a tollerare.

È una conquista della dogmatica recente quella di aver messo in luce che il *disvalore* associato alla causazione di un evento lesivo non dipende dal nesso condizionali-

<sup>244</sup> KAHRS, *op.ult.cit.*, 58; STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 235; BURGSTALLER, *op.ult.cit.*, 142; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 282; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 135. Anche PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 93, ribadisce che il principio *in dubio pro reo* non è utilizzabile quando si sia in presenza di fatti non suscettibili di dimostrazione; invero, in caso di incertezza riguardo ad una circostanza il principio impone di adottare la soluzione più favorevole al reo, non di ritenere certa in favore del reo una circostanza che tale non può essere (*ivi*, 188).

<sup>245</sup> Nello stesso senso anche CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 160: «L'accusa di disapplicare il principio *in dubio pro reo* si rivela infondata: la sua validità permane, quando non sia individuabile con certezza il ruolo spiegato da fattori reali, vale a dire dalla dinamica concreta degli avvenimenti, ai fini della produzione dell'evento. Al contrario, la mancata considerazione del canone processuale, laddove i dubbi investano accadimenti ipotetici, resta giustificata proprio dalla natura *irreale* dell'oggetto della valutazione, che non può rinunciare all'impiego di parametri probabilistici». Analogamente, BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 311.

stico tra la condotta e l'evento e nemmeno dalla probabilità di verificazione di quest'ultimo, ma è il risultato di un bilanciamento tra spazi di libertà e interesse all'impedimento della lesione di un bene giuridico. Specialmente nei casi in cui una condotta superi la soglia del rischio consentito è fondamentale chiedersi cosa sarebbe successo e, soprattutto, se l'evento sarebbe stato evitato rispettando le condizioni di rischio consentito<sup>246</sup>.

Il contenuto specifico del requisito del nesso normativo di illiceità o antidoverosità coincide proprio con l'idea dell'aumento del rischio, nella misura in cui il disvalore dell'illecito è dato dalla realizzazione di un *rischio superiore non consentito*, il cui accertamento richiede una prognosi circa le conseguenze lesive dell'ipotetico comportamento alternativo lecito e la relativa comparazione con l'evento realmente verificatosi.

A fronte del rilievo che, nonostante l'inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, la condotta rimane indubbiamente illecita e che non difettano il nesso causale naturalistico, né la concretizzazione nell'evento dello specifico rischio che la norma violata mirava a prevenire (*Schutzzweck*), l'argomentazione di *Roxin* basata sull'esigenza di un trattamento improntato al principio di uguaglianza non pare tuttavia sufficiente a giustificare l'esclusione della imputazione<sup>247</sup>.

Non convince del tutto neppure la soluzione per certi aspetti analoga proposta da *Puppe*, che sottolinea l'esigenza di riconoscere all'agente il beneficio del rischio consentito contenuto nella sua condotta. Secondo *Puppe*, il nesso normativo ha proprio la funzione di assicurare all'agente, che pure si è comportato illecitamente, il beneficio del rischio consentito, escludendo l'imputazione dell'evento quando quest'ultimo può essere spiegato dal rischio consentito di per sé solo; ma poiché l'agente non si è mantenuto all'interno dei limiti di rischio tollerato, è necessario ricorrere alla *fictione* di considerare la sua condotta come consentita<sup>248</sup>.

È lecito chiedersi, infatti, perché un soggetto che genera un rischio non consentito dovrebbe avere diritto a vedersi riconosciuto il "beneficio" del rischio consentito<sup>249</sup>.

Nondimeno, l'intuizione è corretta, poiché la rilevanza dell'ipotetico comportamento alternativo lecito dell'agente senza dubbio si lega alla constatazione che l'ordinamento tollera determinati eventi lesivi senza ritenere responsabili gli autori.

Quando attività pericolose sono consentite a condizione che si rispettino determinate cautele, è l'ordinamento ad accollarsi la realizzazione del *Restrisiko*; così, mentre quest'ultimo non è penalmente rilevante, la realizzazione del rischio superiore alla soglia del consentito viene normalmente imputata alla condotta illecita dell'agente<sup>250</sup>.

<sup>246</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 529; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 649 ss.

<sup>247</sup> ROXIN, *Pflichtwidrigkeit*, cit., 432 s.; analogamente, LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 99.

<sup>248</sup> PUPPE, *Kausalität*, cit., 661.

<sup>249</sup> Critici, in questo senso, FRISCH, *op.ult.cit.*, 533; ERB, *op.ult.cit.*, 124 ss.; KÜPER, *op.ult.cit.*, 255.

<sup>250</sup> ROXIN, *Gedanken*, cit., 139.

Il punto è che nei casi di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito, l'agente cagiona con la propria condotta illecita un evento, la cui verifica- zione l'ordinamento era comunque disposto a tollerare (seppur sotto forma di realiz- zazione del *Restrisiko*)<sup>251</sup>.

Siccome l'imputazione dell'evento non può conseguire automaticamente alla inosservanza della norma (cui, come sottolineato, è connaturato *ex ante* l'aumento del rischio di verifica- zione dell'evento, salvo casi particolari), occorre disporre di un criterio per poter distinguere tra realizzazione del rischio lecito, tollerato, e realiza- zione del rischio illecito, riprovato.

I casi esaminati si caratterizzano per il fatto che l'agente non crea soltanto un rischio tipico, ma contestualmente rischi socialmente adeguati. Il problema è allora quello di stabilire se l'evento lesivo verificatosi costituisca la realizzazione di un rischio tipico o di un rischio consentito. Talvolta il rischio realizzatosi nell'evento non appartiene alla dimensione del rischio penalmente rilevante (o della parte penalmen- te rilevante di un rischio) e il rischio non consentito consiste semplicemente in un rischio che "accompagna" un rischio consentito già "perfetto", che può subire sol- tanto variazioni accidentali che non incidono sulla sua sostanziale lesività<sup>252</sup>.

Il meccanismo del confronto ipotetico, connaturato al criterio dell'aumento del rischio e diretto a verificare se un rischio sia tollerato o meno, implica un *quid pluris* dato dalla prova che la condotta illecita ha in concreto aumentato il rischio dell'even- to (riducendo le possibilità di salvezza del bene) rispetto alla condotta lecita ovvero che l'evento non si sarebbe verificato comunque. Lo stesso *Roxin* scrive che in questi casi l'agente con la sua condotta illecita non ha *peggiorato* la situazione rispetto a quel- la giuridicamente tollerata<sup>253</sup>.

Il fatto può allora considerarsi non illecito, sostanziandosi in una variazione irrile- vante di un rischio che l'ordinamento è costretto a tollerare o che giudica comunque tollerabile (perché poco significativo o uniformemente diffuso o riconducibile alla sfera di autoresponsabilità della vittima).

In altri termini: la responsabilità è esclusa in ordine ai rischi ai quali il bene giuri- dico sarebbe stata esposto comunque, se la condotta dell'agente ha soltanto determi- nato la sua presenza nel luogo e nel tempo in cui l'evento si è verificato e il rischio è uniformemente distribuito nel tempo e nello spazio, oppure se la condotta ha deter- minato un rischio ordinario e quotidiano considerato tollerabile. All'agente, come detto, non può infatti imputarsi la realizzazione di rischi leciti creati dalla condotta congiuntamente ad un rischio illecito<sup>254</sup>. Tale conclusione trova la sua ragione nella impostazione oggettivistica del nostro sistema penale, fondato sulla responsabilità per

<sup>251</sup> Lo sottolineano, in particolare, LAMPE, *Täterschaft*, cit., 594; KAHR, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 78 ss.

<sup>252</sup> Cfr. l'impostazione di JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 230; ID., *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.

<sup>253</sup> ROXIN, *op.ult.cit.*, 139.

<sup>254</sup> TRIMARCHI, *Causalità*, cit., 41.



un fatto dannoso e offensivo, che non sia soltanto manifestazione della pericolosità del reo, ma soprattutto della intollerabilità ed evitabilità del fatto.

Emerge così l'utilità del criterio della evitabilità dell'evento mediante condotta alternativa lecita: esso non mira a provare se l'evento rappresenti la realizzazione del rischio creato dall'agente, ma più precisamente la realizzazione del rischio non tollerabile da parte dell'ordinamento, in quanto concretizzatosi in un evento peggiorativo per le condizioni del bene tutelato. Scopo del criterio del comportamento alternativo lecito (e dunque del confronto tra rischio consentito e rischio non consentito) è quello di combattere la logica "versarista", per cui colui che viola una norma deve rispondere di ogni conseguenza, ovvero l'idea che colui che ha creato un rischio deve rispondere non soltanto di tale rischio tipico (non consentito), ma anche di tutti gli altri rischi *consentiti* che abbia determinato, occasionato o agevolato. Solo in questo senso si può parlare di "beneficio del rischio consentito" e di "parità di trattamento" tra il soggetto che agisce lecitamente e quello che agisce illecitamente.

L'affermazione che una condotta alternativa osservante non avrebbe potuto impedire l'evento significa che la condotta illecita non si è convertita in una lesione penalmente rilevante, dal momento che nell'evento si è realizzato un rischio che, per quanto illecito, è di fatto *equivalente* (ma potrebbe essere anche *inferiore*) a quello altrimenti accettato.

Deve ammettersi, in conclusione, che se in senso *naturalistico* l'evento costituisce pur sempre la realizzazione del rischio riprovato (anche se l'evento si sarebbe verificato comunque), in senso *normativo* esso rappresenta la realizzazione di un rischio tollerato<sup>255</sup>. L'evento non è *ingiusto*, ma è percepito come una *disgrazia*.

Questa prospettiva è particolarmente accentuata nella tesi di Küper, il quale ritiene che la questione della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito ponga un problema relativo non già al nesso tra condotta ed evento, bensì al solo evento (e, in particolare, al suo disvalore)<sup>256</sup>.

L'A. prende le mosse dalla constatazione che in caso di inevitabilità dell'evento, nella prospettiva della vittima, viene meno la tutela normativa (*Verlust der normativen Garantie*) e l'ordinamento "capitola" davanti alla realtà della inefficacia (totale o parziale) della norma di diligenza<sup>257</sup>. Anche questa soluzione, come quelle poc'anzi citate fondate sul riconoscimento fittizio del beneficio del rischio consentito, trasferisce sulla vittima l'onere di sopportare la realizzazione del rischio; tuttavia, come precisa Küper, il concetto di "rischio consentito" utilizzato in questo contesto non coincide con quello comunemente riferito al *Restrisiko* tollerato dall'ordinamento e che concerne il

<sup>255</sup> FRISCH, *op.ult.cit.*, 55 ss.; 519 ss.

<sup>256</sup> KÜPER, *Überlegungen*, cit., 265 ss.

<sup>257</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 269. Cfr. l'orientamento analogo che esclude l'imputazione dell'evento per il fatto che la norma ha perduto il proprio *Schutzzweck* (SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 648; WOLTER, *Objektive*, cit., 334) o la propria *Schutzwirkung* (ULSENHEIMER, *Das Verhältnis*, cit., 146 ss.; ERB, *Rechtmäßiges*, cit., 65).

*Verhaltensunrecht*, risultando in definitiva incompatibile con la violazione della regola di diligenza. Si tratta piuttosto di un rischio consentito che si riferisce all'*Erfolgsunrecht*.

Del resto, come ricorda l'A., l'esistenza stessa di un *Restrisiko* collegato alla condotta diligente e tollerato dall'ordinamento presuppone di fatto una sorta di *bilanciamento di interessi*, in base al quale determinate lesioni o minacce a beni giuridici vengono accettate e consentite in nome di interessi contrapposti ritenuti prevalenti (utilità sociale, libertà, ecc.). Ciò dimostrerebbe però che l'aspetto principale e più significativo del rischio consentito non è tanto l'esclusione del disvalore della condotta (cioè l'osservanza della diligenza), quanto l'oggettivo bilanciamento di interessi<sup>258</sup>.

Siffatta concezione del rischio consentito fa emergere la componente legata all'evento (e al disvalore di evento) dell'istituto, dal momento che ciò che può essere consentito non è soltanto la realizzazione di una condotta, ma anche la verifica di un determinato evento. La teoria dell'aumento del rischio è la perfetta espressione di tale concezione del rischio consentito, perché si basa sul confronto tra il rischio non consentito (connesso alla condotta illecita) e il rischio residuo consentito (connesso al comportamento alternativo lecito): se il primo non è maggiore del secondo, anche l'evento risulta "tollerato"<sup>259</sup>.

Le riflessioni di Küper si rivelano a nostro giudizio molto interessanti, poiché inducono a ritenere che in determinate circostanze l'ordinamento sia già disposto a rinunciare alla tutela di un bene giuridico e ad escludere l'*Erfolgsunwert*, nonostante la illiceità della condotta e la verifica di un evento lesivo. Si potrebbe dunque pensare che nei casi di inevitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito l'ordinamento non abbia interesse a considerare penalmente rilevante l'evento dannoso verificatosi e che ciò avvenga sempre sulla base di un *confronto* o *bilanciamento* (tra rischi, tra interessi, tra decorso reale e decorso ipotetico).

Tale impostazione si riflette peraltro sul significato e sullo scopo delle regole di condotta: queste infatti, nell'ambito delle attività pericolose regolamentate, non mirano ad *evitare* la lesione di beni giuridici, ma semplicemente a *ridurre* il rischio ad un livello tollerato stabilito dall'ordinamento in base al bilanciamento di interessi. La prevenzione di eventi lesivi è dunque il motivo delle regole di diligenza, ma il loro scopo specifico è evitare rischi non più tollerabili<sup>260</sup>. Lo scopo della regola di diligenza è raggiunto anche nel caso in cui la condotta illecita determini un rischio che, nel caso concreto, coincide con quello connesso alla condotta diligente, cioè quando in definitiva si rimane all'interno di una misura consentita di pericolo (*erlaubtes Gefahrenmaß*). Poco importa, insomma, che il pericolo sia sorto in modo lecito o illecito se esso si traduce in un evento lesivo che si trova ancora all'interno della soglia di tolleranza<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 272 s.

<sup>259</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 274.

<sup>260</sup> KÜPER, *ibidem*.

<sup>261</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 275.

La tradizionale critica rivolta alla teoria dell'aumento del rischio, secondo cui la violazione della regola di diligenza comporta sempre e necessariamente un aumento del rischio oltre la soglia del consentito, risulta perciò priva di fondamento, dato che essa presuppone una visione unilaterale del concetto di rischio consentito. È ovvio infatti che la violazione della diligenza è connessa *ex ante* ad un aumento di rischio in base all'esperienza, ma ciò consente all'ordinamento, mediante la predisposizione di regole di diligenza, di esplicitare il bilanciamento di interessi effettuato e di indicare modelli di comportamento. Cosa ben diversa è verificare se sia sorto realmente un evento lesivo riprovato, illecito: qui non si tratta più di valutare la violazione della diligenza obiettiva, ma di valutare l'esistenza di una minaccia o lesione reale per il bene protetto<sup>262</sup>. E questa verifica è possibile soltanto confrontando l'evento concretamente verificatosi, quale realizzazione del rischio collegato alla condotta illecita, con l'evento ipoteticamente determinato dal rischio collegato alla condotta osservante.

Insomma, il superamento della soglia di rischio consentito stabilita *ex ante* non comporta automaticamente la natura non consentita dell'*evento*, poiché solo una verifica *ex post* è in grado di provare se l'effettivo *Risikoerfolg* sia tollerato o meno.

Tutto dipende, ancora una volta, dalla visione *dinamica* della relazione tra prospettiva *ex ante* ed *ex post* e dalla separazione concettuale tra pericolosità (*Gefährlichkeit*) e pericolo (*Gefährdung*), tra *Verhaltensrisiko* e *Erfolgsrisiko*.

L'evento lesivo può essere imputato quale *Erfolgsunrecht* solo se rappresenta l'evoluzione di un precedente rischio. In questo senso per integrare il disvalore di evento non basta un nesso causale tra condotta ed evento, ma è indispensabile il nesso costituito, da un lato, dalla realizzazione nell'evento dello specifico rischio illecito determinato dall'agente e, dall'altro, dalla maggiore gravità e lesività dell'evento che ne rappresenta la concretizzazione<sup>263</sup>.

Del resto, il disvalore di evento non esiste isolatamente, in sé, ma è sempre un *concetto di relazione*<sup>264</sup>. In particolare, il *disvalore* di un accadimento non può essere disgiunto dalla sua causa (umana) e dalle modalità della sua produzione e può essere apprezzato proprio perché costituisce la realizzazione di un rischio riprovato (altrimenti lo percepiremmo come semplice *Zufall* e disgrazia). Se dunque il confronto tra il decorso reale e quello ipotetico dimostra che la condotta illecita non ha determinato un esito più grave (peggiorativo per il bene protetto), l'evento – nell'ottica di una rigida tutela dei beni giuridici – non può essere imputato. È quindi del tutto configurabile una situazione in cui esista *ex ante* un *risikoerhöbendes Verhalten* e in cui manchi però *ex post* un *Risikoerhöhungserfolg*. E senza questo non si ha nemmeno una lesione penalmente rilevante di un bene giuridico<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 276, parla di «*Risikoergebnis*»

<sup>263</sup> SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 221; WOLTER, *Objektive*, cit., 36.

<sup>264</sup> FRISCH, *Tatbestandsmäßiges*, cit., 511.

<sup>265</sup> WOLTER, *op.ult.cit.*, 36 ss.

A questo proposito occorre fare una precisazione importante: l'imputazione del *Risikoerfolg*, dipendendo dal confronto tra il rischio legato alla condotta reale e quello legato alla condotta alternativa ipotetica, non si accontenta della realizzazione astratta del rischio nell'evento (nel senso di riconducibilità dell'evento concreto al tipo di quello preso in considerazione dalla norma), dal momento che il rischio vietato dalla norma violata astrattamente realizzatosi nell'evento può in concreto non essere considerato rilevante perché non maggiore di quello consentito (o meglio: del *Restrisiko* consentito).

Applicando tali conclusioni ai contesti paradigmatici della responsabilità medica e professionale finora privilegiati, è possibile affermare che l'imputazione deve essere esclusa allorché la cautela violata dall'agente non abbia determinato alcun rischio che non fosse già connesso generalmente allo svolgimento dell'attività consentita (al trattamento così come prescritto dalla scienza medica o alla lavorazione di una determinata sostanza pericolosa nel rispetto delle misure precauzionali imposte), come quando la sua esecuzione determini di per sé un rischio (residuo) consentito (dovuto, ad esempio, alla pericolosità intrinseca dell'attività, alla particolare costituzione della vittima o alle insufficienze del concreto contesto in cui l'agente opera) o quando la condotta illecita si limiti a modificare un rischio preesistente (magari generato da altri come, ad esempio, nel caso di esposizione prolungata di un lavoratore a sostanze tossiche) senza incrementare le probabilità di lesione (come nel caso, ad esempio, di una omessa diagnosi oncologica in un paziente dal quadro clinico già compromesso). In questi casi la condotta illecita dell'agente non comporta alcun peggioramento delle condizioni del bene tutelato rispetto all'esito della condotta osservante e la presenza di un fattore di rischio autonomo ed alternativo fa sì che la condotta lecita non sia idonea ad evitare l'evento (come nel classico esempio della novocaina).

Trattandosi sempre di valutare l'incidenza della condotta illecita dell'agente in rapporto ad altri fattori causali presenti nel contesto, occorre stabilire la misura in cui l'illiceità della condotta trovi realizzazione nell'evento, cioè abbia determinato un evento reale peggiore rispetto all'evento ipotetico configurabile in caso di condotta lecita, tenendo presente che in caso di cause tutte da sole sufficienti occorre valutare isolatamente ogni singolo decorso onde evitare l'effetto della reciproca neutralizzazione delle cause (come nel classico esempio del ciclista).

In questa prospettiva, il complesso tema del nesso di antidoversità, unitamente all'idea della evitabilità e al principio del rischio, fa emergere le notevoli difficoltà poste dalla possibile discrepanza tra scopo di tutela *ex ante* (collegato alla rischiosità della condotta) ed esigenze di tutela *ex post* (collegate alla effettiva lesività del fatto), la quale può eccezionalmente giustificare la previsione di etero e autolimitazioni della norma e, in particolare, la "sospensione" della tutela del bene giuridico sulla base di precise scelte politico-criminali (come avviene, del resto, nel settore delle scriminanti, ove si ammette l'indipendenza tra *Verhaltensnorm* e

*Garantienorm*, cioè tra illiceità della condotta e illiceità dell'evento)<sup>266</sup>.

Diviene sempre più evidente la correlazione esistente tra rischio consentito, aumento del rischio, realizzazione del rischio e causalità ipotetica: escludere l'imputazione nei casi in cui l'evento è riconducibile ad un rischio non rilevante, perché tollerato o ubiquitario e dunque consentito, non significa altro se non attribuire rilevanza alla sfera ipotetica, posto che è richiesta l'applicazione del procedimento ipotetico proprio dell'accertamento della causalità (*c.s.q.n.*) allo scopo di accertare se l'evento lesivo si sarebbe verificato anche indipendentemente dalla condotta illecita dell'agente, vale a dire se esso corrisponde ad un rischio che avrebbe potuto essere lecitamente creato.

### 3.2.3. *Conseguenze per il concetto di evento: offensività e Verschlechterungsprinzip*

I casi di inevitabilità dell'evento ci consentono di precisare non soltanto il criterio di imputazione, ma anche il ruolo e il concetto di evento.

La dottrina, pur riconoscendo la rilevanza della causalità ipotetica sul piano della imputazione, è restia ad inquadrare la questione come problema relativo alla definizione dell'evento e del suo disvalore. Rispetto al concetto di azione, quello di evento penalmente rilevante è stato scarsamente approfondito (se non in relazione alle singole fattispecie di parte speciale), sul falso presupposto che esso coincida con il concetto di evento concreto *hic et nunc* (*Erfolg in seiner konkreten Gestalt*) e costituisca un dato naturalistico preesistente<sup>267</sup>.

Nell'ambito della moderna *Zurechnungslehre* non sono tuttavia mancati studiosi che, ritenendo oggi riduttiva un'analisi limitata a stabilire le condizioni per l'imputazione dell'evento quale "opera" dell'agente, invocano una più consapevole riflessione sul profilo del disvalore dell'evento<sup>268</sup>. In questo contesto si è affinata la distinzione tra evento e suo disvalore, nella convinzione che non basti un nesso causale tra condotta ed evento, ma che sia necessaria altresì la realizzazione nell'evento dello specifico rischio illecito determinato dalla condotta dell'agente, realizzazione che sola è in grado di fondare l'*Erfolgsumwert*<sup>269</sup>.

Questa impostazione, se da un lato conferma la configurabilità teorica di due distinti livelli di indagine (uno relativo al nesso causale materiale e l'altro relativo al nesso di illiceità o nesso di rischio), dall'altro depone chiaramente a favore del ruolo decisivo dell'accertamento del nesso normativo tra condotta ed evento ai fini del giudizio di imputazione. Tutte le questioni relative alla evitabilità dell'evento, al com-

<sup>266</sup> KÜPER, *op.ult.cit.*, 282.

<sup>267</sup> Per tutti, v. le critiche di PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 11 ss. In merito al concetto di evento concreto, v. ampiamente, *supra*, cap. I, 2.2. e 2.3.

<sup>268</sup> FRISCH, *Der gegenwärtige Stand*, cit., 722; PUPPE, *op.ult.cit.*, 15 ss.; KÜPER, *op.ult.cit.*, 246 ss.; VOGEL, *LK*, § 15, n. 198.

<sup>269</sup> Per la identificazione tra nesso di rischio ed *Erfolgsumwert*, v. WOLTER, *op.ult.cit.*, 36 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 221. Cfr. DONINI, *Illecito*, cit., 259 («La mera causazione di un risultato socialmente indesiderabile e dannoso costituisce un essenziale momento materialistico del fatto, ma non lo definisce ancora come illecito»).

portamento alternativo lecito e alla causalità ipotetica riguardano dunque non l'evento naturalistico, ma l'*Erfolgsumwert*, che può venire a mancare nonostante la verifica di un evento lesivo.

Nella dottrina italiana – è stato osservato – la ragione per cui il tema della funzione sistematica dell'evento lesivo e della sua rilevanza penale risulta trascurato va ricercata «nel fatto che l'offesa in genere è stata prevalentemente studiata o sul piano dei principi politico-costituzionali di costruzione delle fattispecie e del principio di materialità, oppure tecnicamente dall'angolo visuale ristretto dell'oggetto del dolo»<sup>270</sup>.

D'altro canto, il marcato rilievo tradizionalmente attribuito al disvalore d'evento appare ormai più un'affermazione di principio che non il risultato di un rinnovato confronto con le caratteristiche e le esigenze del sistema penale contemporaneo, specialmente se si considera che l'adesione convinta ad un diritto penale fondato sul disvalore di evento si manifesta quasi esclusivamente nel settore dell'illecito colposo, ove il dibattito si alimenta del criterio del comportamento alternativo lecito<sup>271</sup>.

Abbiamo già sottolineato che tale scelta ha condotto al mancato approfondimento delle caratteristiche che connotano il disvalore della condotta ed il profilo "offensivo" attinente al rapporto tra la condotta e l'evento anche nell'illecito doloso<sup>272</sup>. Si tratta ora di ribadire che l'evento come accadimento dannoso non costituisce affatto il centro del disvalore; l'offesa invero, pur presupponendo una modificazione della realtà esterna, non si esaurisce nel concetto di evento, ma esige la realizzazione dell'illecito nella sua interezza.

Un dato decisivo emerso dalla nostra indagine è che l'evento penalmente rilevante è associato ad un aggravamento o peggioramento (*Verschlechterung*) delle condizioni del bene tutelato, che trova espressione nel requisito del nesso di illiceità o antidoverosità. Quest'ultimo indica, attraverso il riferimento ad un decorso ipotetico, la realizzazione nell'evento di un rischio illecito non consentito, dal momento che l'evento era evitabile mediante un comportamento conforme al diritto o, detto in altri termini, la condotta illecita ha peggiorato le condizioni del bene giuridico rispetto alla condotta lecita, tollerata dall'ordinamento. Di fatto, se l'evento si sarebbe verificato comunque, esso – in una prospettiva normativa – non implica un peggioramento.

<sup>270</sup> DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 628.

<sup>271</sup> In effetti, è soprattutto nell'ambito del reato colposo che la dottrina si è interrogata circa il ruolo e la funzione dell'evento, anche per via della sua nota *Zufallskomponente*. Se all'evento viene attribuita una funzione generalpreventiva, si tenderà verso soluzioni orientate al criterio dell'aumento del rischio, se invece ad esso viene assegnata una funzione costitutiva del disvalore e della colpevolezza, si darà rilevanza ad ogni elemento concreto in grado di incidere sulla inevitabilità (e tale soluzione è considerata preferibile in un sistema basato sulla colpevolezza per il fatto). Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 123 ss.; MAZZACUVA, *Il disvalore*, cit., 244 s.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 332 ss.; DONINI, *op.ult.cit.*, 628 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 106 ss.; da ultimo, v. M. MANTOVANI, *Diritto penale del caso*, cit., 1089. Nella dottrina tedesca, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., 331 s.; SCHMIDHÄUSER, *op.ult.cit.*, 238 ss.; FRISCH, *op.ult.cit.*, 509 ss.; VOGEL, *LK*, vor § 15, n. 198.

<sup>272</sup> *Supra*, par. 2.

Ai fini della determinazione del peggioramento assume un ruolo decisivo il criterio dell'aumento del rischio, nella misura in cui questo (sempre che sia valutato in prospettiva *ex post*) altro non esprime se non l'aggravamento reale ed effettivo delle condizioni del bene protetto<sup>273</sup>. Il *Risikovergleich* può svelare che nonostante la lesione dell'oggetto materiale non si è verificata una lesione del bene giuridico: se, infatti, la probabilità ed entità dell'evento sarebbero state identiche anche nel caso di comportamento alternativo lecito, la condotta illecita, pur non diventando per ciò solo lecita, non ha certamente peggiorato la situazione del bene<sup>274</sup>.

L'aumento del rischio – giova ripeterlo – va accertato *ex post* sulla base di tutte le circostanze esistenti, anche se conosciute successivamente, proprio al fine di consentire una valutazione comparativa tra l'esito del decorso causale reale e quello del decorso causale ipotetico alternativo. Si tratta, pertanto, più che di una verifica dell'aumento o della diminuzione del *rischio*, della valutazione del *danno* effettivamente patito dal bene tutelato in termini di peggioramento delle sue condizioni o di perdita di possibilità di salvezza<sup>275</sup>. Da questo punto di vista, la dizione “aumento del rischio” si rivela fuorviante, posto che non si intende verificare l'*aumento del rischio* (*ex ante*), ma l'*effettività della lesione* (*ex post*), con la conseguenza che il criterio dell'aggravamento (o della “intensificazione” della lesione) appare preferibile rispetto a quello dell'aumento del rischio, in quanto valorizza la prospettiva del disvalore d'evento rispetto a quella del disvalore d'azione.

In ultima analisi, il criterio dell'aumento del rischio resta fondamentale per stabilire *ex ante* la rilevanza e la illiceità (tipicità) di una condotta, ma non ha alcun rilievo *ex post*, fintantoché rimanga ancorato al concetto di “rischio” in senso stretto. Più utile si rivela invece il concetto di *realizzazione del rischio* nell'evento, ma soltanto se inteso come traduzione del rischio in un *danno effettivo* al bene giuridico<sup>276</sup>.

La tendenza dei sostenitori dell'aumento del rischio a sottolineare la necessità di una verifica *ex post* tramite il criterio della sua realizzazione nell'evento, dettata dalla volontà di respingere le ripetute critiche mosse alla teoria (sbilanciamento a favore del disvalore di azione e conseguente svalutazione dell'evento, trasformazione dei reati di evento in reati di pericolo, violazione del principio *in dubio pro reo*, ecc.)<sup>277</sup>,

<sup>273</sup> V. soprattutto SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 100, e il suo *Intensivierungsprinzip*; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 143.

<sup>274</sup> KAHLO, *Das Problem*, cit., 143.

<sup>275</sup> V. *supra*, cap. II, par. 4.5.

<sup>276</sup> Si ricordi quanto osservato *supra*, cap. III, par. 2.2. e soprattutto 2.3., circa le diverse accezioni del concetto di “realizzazione del rischio” e la distinzione tra realizzazione del rischio “in astratto” (rilevante *ex ante* sul piano della congruenza con la scopo di protezione della norma) e “in concreto” *ex post* (indicativa della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito).

<sup>277</sup> Soprattutto, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 395 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 227 ss.; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitdelikt*, cit., 140 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, cit., 652; WOLTER, *Objektive*, cit., 336; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 69.

ha in realtà impedito l'approfondimento della fondamentale intuizione iniziale: l'importanza della *comparazione* tra il danno effettivo e quello ipotetico e l'idea della *Verschlechterung*.

La concezione dell'evento come aggravamento o peggioramento delle condizioni del bene giuridico implica un profilo valutativo ed evidenzia che come la definizione di causa (condotta) nemmeno quella di effetto (evento) può avvenire in modo neutro e strettamente naturalistico<sup>278</sup>. Così come la condotta penalmente significativa viene individuata nella condotta antidoverosa e illecita (perché potenzialmente pericolosa), l'evento rappresenta la conseguenza negativa di tale illiceità, ad essa legata da un nesso causale di tipo normativo.

L'affermazione che "si è verificato un evento" è il risultato di una valutazione comparativa basata sulla osservazione di una *differenza*<sup>279</sup>. Soltanto lo "svantaggio" (*Nachteil*) per il bene tutelato rappresenta un fatto penalmente significativo, che necessita di una spiegazione causale, ed esso soltanto dovrebbe imputarsi all'agente<sup>280</sup>. Dovendosi la teoria causale orientare a questo concetto di evento, la sua spacia-

<sup>278</sup> Già nell'ambito delle concezioni astratte dell'evento, inteso come *nachteilige Veränderung*, la *c.s.q.n.* non compariva come criterio causale, ma esclusivamente come strumento per l'accertamento di un peggioramento (*Nachteil*); v. TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, cit., 42 ss.; successivamente WOLFF, *Kausalität*, cit., 24. In realtà, la contrapposizione tra concezione astratta e concezione concreta dell'evento non è decisiva. Mentre la concezione astratta anticipava la valutazione normativa sul piano causale, attribuendo rilevanza solamente a quelle condizioni che avessero peggiorato la situazione del bene, la concezione concreta comporta una necessaria posticipazione di tale valutazione ad un momento successivo (piano della imputazione). Secondo Traeger, il *Nachteil*, accertato mediante la *c.s.q.n.*, costituiva un elemento dell'evento, mentre per gli autori successivi che adottano il medesimo criterio, ma in un contesto concretizzante, esso costituisce un requisito autonomo di imputazione. Questa differenza sistematica riflette chiaramente il diverso clima culturale in cui sono sorte le antiche teorie sulla causalità, connotate da uno spiccato tratto normativo-valorativo, e le teorie moderne, basate sul rinvio a leggi di copertura e orientate a garantire neutralità e avalutatività all'accertamento causale. Anche ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 19, riteneva preferibile adottare una *descrizione astratta dell'evento*, perché solo essa è in grado di cogliere il vero significato della formula della *c.s.q.n.*, imponendo un confronto tra il decorso reale e quello ipotetico e valutando l'eventuale *differenza*.

Per il concetto di *nachteilige Veränderung*, v. inoltre NIEWENHUIS, *Gefahr*, cit., 34; WOLTER, *op.ult.cit.*, 31, e specialmente PUPPE, *Die Beziehung*, cit., 599; EAD., *Die Erfolgsszurechnung*, cit., 17; HILGENDORF, *Zur Lehre*, cit., 527; DENCKER, *Kausalität*, cit., 109; anche KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung*, cit., 483; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 686. Adottano il concetto di *Verschlechterung* altresì SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 100 ss.; STRATENWERTH, *op.ult.cit.*, 234; KAHLO, *Das Problem*, cit., 339 ss.; HOYER, *Überbedingte Erfolge*, cit., 187; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 79; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 100. Nella dottrina italiana, cenni in DONINI, *La partecipazione*, cit., 211, nt. 92; FORTI, *Colpa*, cit., 671; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1706 (ove afferma che la funzione del c.d. "secondo nesso tra colpa ed evento" è quella di «evitare che l'affermazione di responsabilità dell'imputato si fondi soltanto sull'accertamento della *contrarietà al dovere* della condotta dell'imputato, in tutte le ipotesi in cui la condotta medesima – pur se antidoverosa, e dunque in sé "colposa" – non abbia effettivamente inciso in senso peggiorativo sulla situazione del bene giuridico tutelato, in particolare allorché la sorte del bene medesimo doveva considerarsi *comunque* "segnata" anche a prescindere dalla condotta antidoverosa dell'imputato»); BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 310 («La parola causalità significa propriamente influenza negativa sull'andamento delle cose»).

<sup>279</sup> DENCKER, *op.ult.cit.*, 101; SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 664.

<sup>280</sup> In questo senso, v. specialmente PUPPE, *Lob*, cit., 558.



le finalità è spiegare una modifica (in peggio) della realtà del bene protetto. L'evento non va dunque inteso in senso naturalistico (anche se esso deve riferirsi ad un sostrato reale riconoscibile), ma in senso normativo, dal momento che esso indica una "differenza" tra stati o condizioni e si trova, al tempo stesso, in una speciale relazione con la dimensione illecita della condotta.

Essendo l'evento (inteso come *Verschlechterung* o *Nachteil*) un *Relationsbegriff*, il suo accertamento implica necessariamente la considerazione dei decorsi causali ipotetici<sup>281</sup>.

L'errore principale della dottrina tradizionale consiste nell'operare il confronto tra l'evento verificatosi e lo *status quo ante*; sarebbe invece più corretto confrontare l'esito del decorso causale reale non con la situazione di partenza, bensì con l'*esito* del decorso causale ipotetico, cioè con la situazione in cui si troverebbe il bene tutelato se non vi fosse stata la condotta illecita dell'agente<sup>282</sup>. Per accertare le condizioni del bene giuridico non è infatti legittimo escludere dalla valutazione eventuali decorsi causali potenzialmente lesivi già presenti in origine e che – sulla base di un ragionevole apprezzamento dei concreti elementi di fatto emergenti dalle risultanze processuali – avrebbero potuto condurre all'evento<sup>283</sup>.

Il concetto di aggravamento o peggioramento delle condizioni del bene giuridico ha il vantaggio di spiegare chi debba rispondere dell'evento e in quale misura, soprattutto qualora siano in gioco beni suscettibili di quantificazione (come, per es., i beni patrimoniali o alcuni beni ambientali)<sup>284</sup> o nei casi di interazione tra più soggetti e nelle ipotesi di concorso di cause e di persone<sup>285</sup>. Il concetto di "peggioramento", essendo variabile, va poi differenziato in relazione alla singola fattispecie, dando luogo ad un problema di interpretazione delle norme di parte speciale. Esso può infatti riferirsi non soltanto a modificazioni esteriori di un bene giuridico o alla intensità della lesione o gravità del danno, ma anche ad anticipazioni temporali (soprattutto rispetto ai beni della vita e incolumità individuale), nonché all'aspetto personale della lesione (si pensi, ad esempio, alla libertà di autodeterminazione della vittima o all'autonomia di disposizione del bene da parte del suo titolare)<sup>286</sup>.

Dottrina e giurisprudenza, di fatto, già utilizzano implicitamente un parametro di imputazione fondato sull'idea di sostanziale peggioramento-aggravamento (special-

<sup>281</sup> Già ARTH. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 215 ss., e SAMSON, *op.ult.cit.*, 99 ss.; 152; DENCKER, *op.ult.cit.*, 104 ss.; KAHL, *op.ult.cit.*, 153; *contra*, nonostante l'adesione alla concezione di evento come *nachteilige Veränderung*, PUPPE, NK, Vor §§ 13 ff., 100 ss.

<sup>282</sup> Per questa essenziale precisazione, SANCINETTI, *op.ult.cit.*, 664. Analogamente, DENCKER, *op.ult.cit.*, 109.

<sup>283</sup> Al riguardo, v. quanto già precisato *supra*, cap. I, par. 3.3.

<sup>284</sup> Al riguardo, specialmente, PUPPE, *Die Erfolgszurechnung*, cit., 19 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 191.

<sup>285</sup> V. soprattutto gli orientamenti sviluppati in tema di *Risikokonkurrenz* e di *causalità addizionale e cumulativa*; JAKOBS, *Risikokonkurrenz*, cit., 53 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 230; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 679 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss.; ID., *Überbedingte Erfolge*, cit., 175 ss.

<sup>286</sup> SAMSON, *op.ult.cit.*, 100 s.; KAHL, *op.ult.cit.*, 152; DENCKER, *op.ult.cit.*, 109; PUPPE, NK, Vor §§ 13 ff., n. 79; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 75.

mente nell'ambito della responsabilità medica e delle esposizioni a sostanze tossiche come l'amianto), laddove considerano rilevante – a dispetto del dogma dell'evento concreto considerato nella sua specifica dimensione di luogo e di tempo, cioè *hic et nunc* – il comportamento alternativo lecito (nell'illecito commissivo colposo) o l'azione doverosa omessa (nel reato omissivo improprio) che avrebbe ritardato “in maniera significativa” il momento della morte o garantito la sopravvivenza “per una misura di tempo apprezzabile”<sup>287</sup>.

Posto che in un'ottica *naturalistica* l'evento non è evidentemente il medesimo se si verifica in una dimensione di tempo o di luogo differente, per quanto di poco (cioè differente in modo non apprezzabile o non significativo), la soluzione tradisce in realtà l'adesione ad un concetto di *evento astratto e normativo*, nella misura in cui viene attribuita rilevanza penale soltanto ad un evento che, in una prospettiva valutativa, rappresenta una significativa e apprezzabile modifica *in pejus* dello *status quo*<sup>288</sup>.

Vale la pena chiarire che l'impostazione prescelta non intende recuperare la contrapposizione tra evento in senso naturalistico ed evento in senso giuridico, ma semmai ridimensionarne la portata, in considerazione del fatto che le due concezioni rappresentano in realtà due aspetti di un medesimo fenomeno osservato di volta in volta in una prospettiva naturalistica o in una prospettiva giuridico-normativa. Se l'evento è l'effetto “naturale” dell'azione giuridicamente rilevante, esso nella sua dimensione rilevante per il diritto non può essere altro che l'effetto dannoso<sup>289</sup>.

Resta comunque il fatto che come possono essere penalmente irrilevanti *condotte* che indubbiamente hanno causato degli eventi lesivi, così possono esistere *eventi* penalmente irrilevanti che conseguono a condotte illecite e integrano l'evento tipico previsto da una fattispecie.

<sup>287</sup> In merito, v. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 53; VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 129. In giurisprudenza, v. Cass., 8.07.2011, n. 34238 («Correttamente è esclusa la responsabilità del medico per il decesso del paziente quando risulti, in occasione del giudizio controfattuale da effettuare in caso di addebito a titolo di responsabilità omissiva, che l'intervento del sanitario, che si assume omesso o ritardato, per la gravità della situazione del paziente, non avrebbe assicurato comunque alla vittima una ulteriore, significativa frazione di vita»); Cass., 2.10.2008, n. 40924 («In tema di omicidio imputabile a colpa medica, il rapporto causale va riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche alla natura e ai tempi dell'offesa, nel senso che il rapporto in questione deve essere riconosciuto anche quando risulti provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani ovvero quando risulti ricollegabile alla condotta del medico un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa»); v. inoltre, Cass., 20.01.2011, n. 13758; Cass., 22.12.2009, n. 10452; Cass., 11.04.2008, n. 22165; Cass., 10.07.2002, n. 30328, Franzese. Sulla questione, v. anche *supra*, cap. I, par. 2.6.

<sup>288</sup> Non occorre ribadire le perplessità suscitate dalla diffusa impostazione secondo cui il concetto astratto di evento rileverebbe esclusivamente sul piano della imputazione (causalità della colpa; causalità omissiva) e non invece su quello della causalità; v. *supra*, cap. I e II.

<sup>289</sup> DELITALA, *Il "fatto"*, cit., 170; SANTAMARIA, *Evento*, cit., 118 ss. Parla di evento in senso giuridico come di una «dimensione di lesività dell'azione tipica», ROMANO, *Commentario*, cit., 318. Cfr. il concetto di «evento significativo» proposto da PAGLIARO, *Principi*, cit., 348; favorevoli nei confronti di tale impostazione anche GIUNTA, *Illiceità*, cit., 302; MORSELLI, *Il problema*, cit., 880; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 13 ss.; in precedenza, già ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 91. V. infine, LICCI, *Teorie causali*, cit., 259, e il concetto di evento come «situazione finale disvolta dal legislatore».

Ma quando un evento può considerarsi irrilevante e atipico, quando un evento risulta inoffensivo?

Le riflessioni svolte ci inducono a ritenere che l'offensività trovi espressione nel nesso tra il rischio *ex ante* (non consentito, in forza di una prognosi circa la probabilità di verificazione di un evento lesivo) e la sua realizzazione *ex post* nell'evento, ovvero nel nesso di illiceità tra condotta ed evento.

L'agente dovrebbe poter invocare in proprio favore la circostanza che senza la sua condotta (per quanto illecita) l'evento si sarebbe verificato comunque e magari sarebbe stato persino più grave. Così come la realizzazione del *Restrisiko* viene di fatto tollerata e imputata al *Lebensrisiko* (tant'è che nessuno ne risponde), la realizzazione di un rischio identico o addirittura minore rispetto al rischio tollerato dall'ordinamento non dovrebbe fondare l'imputazione dell'evento – se non in un'ottica soggettivistica sbilanciata sul mero atteggiamento interiore.

Anzi, proprio in un diritto penale del fatto, basato sul disvalore d'evento e volto alla tutela oggettiva dei beni giuridici, la circostanza che la condotta dell'agente non possa ulteriormente peggiorare la situazione del bene giuridico già "compromesso" dovrebbe incidere sulla valutazione del disvalore d'evento e di conseguenza anche sul giudizio penale di responsabilità<sup>290</sup>.

Se la teoria dell'aumento del rischio viene intesa nel senso indicato, cioè come teoria della evitabilità concreta fondata sulla comparazione con i decorsi ipotetici e con le loro conseguenze lesive, diviene chiaro che il nesso di illiceità o antidoverosità non rappresenta un criterio normativo di imputazione necessario per limitare un concetto di causalità troppo ampio (in quanto collegato all'uso di una concezione iper-concretizzante dell'evento), ma esprime l'essenza della causalità penalmente significativa, data dal nesso tra una condotta illecita e una modificazione della realtà che non si esaurisce nell'astratta aggressione di un bene giuridico, ma si traduce nella sua concreta lesione<sup>291</sup>.

In quest'ottica, il criterio del nesso normativo di illiceità (dato dalla evitabilità dell'evento risultante da un giudizio controfattuale differenziale tra evento reale ed evento ipotetico) è in grado di dare un contenuto concreto e tangibile al principio di offensività, dal momento che dovrebbe considerarsi concretamente e sostanzialmente offensiva soltanto una lesione che comporti un peggioramento rispetto ad una condizione ipotetica alternativa in cui il bene si troverebbe senza la condotta illecita<sup>292</sup>.

<sup>290</sup> Posta la verificazione di uno stesso evento nel medesimo contesto spazio temporale in virtù di un decorso causale realmente operante e non meramente congetturale (v. *supra*, cap. I, par. 3.3.) e salva, come già sottolineata *supra*, par. 2.4., la configurabilità di una residuale responsabilità a titolo di tentativo nel delitto doloso.

<sup>291</sup> KAHLO, *Das Problem*, cit., 154.

<sup>292</sup> Cfr. l'*Intensivierungsprinzip* di SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, cit., 100 ss.; v. anche KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip*, cit., 46 ss.; JAKOBS, *Studien*, cit., 101 ss., STRATENWERTH, *Bemerkungen*, cit., 234; RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, n. 59; KÜPER, *Überlegungen*, cit., 276 ss.; LENCKNER, EISELE, *Schönke/Schröder*, Vorbem. §§ 13, n. 79. Le ipotesi di inevitabilità dell'evento, in quanto caratterizzate da condotte solo *astrattamente* idonee a ledere il bene giuridico, sono state ricondotte alla categoria dei "fatti inoffensivi conformi al tipo" o dei casi di c.d. "tipicità apparente" da SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 264; CASTALDO, *L'imputazione*, cit., 73.

### 3.3. Conclusioni

All'esito delle nostre riflessioni possiamo affermare che la causalità empirica (naturalistica o scientifica) è segnata da una prospettiva *ex ante*, che prende le mosse dalla condotta e identifica l'evento quale *Wirkung* (effetto) della condotta, assumendo il significato di "causazione" (*Verursachung*), e che, all'opposto, la causalità normativa è caratterizzata da una prospettiva *ex post*, che muove dall'evento quale opera (*Werk*) dell'agente alla ricerca della condotta rilevante (adeguata), assumendo il significato di "imputazione" (*Zurechnung*). In breve: la causalità scientifica come *prospettiva*, l'imputazione come *retrospettiva*, implicando la causalità *generalizzazione* e l'imputazione *concretizzazione*<sup>293</sup>.

Il meccanismo complessivo di imputazione dell'evento può essere scomposto in due fasi.

La causalità scientifica si identifica esclusivamente con la causalità generale *ex ante* (cioè con la idoneità della condotta a cagionare determinati eventi lesivi, con la sua adeguatezza, la sua pericolosità e offensività); la causalità individuale *ex post* richiede l'utilizzo della formula di imputazione della *c.s.q.n.*, che consente di attribuire l'evento concreto al soggetto sulla base della presenza di un nesso di causalità normativo (*Kausalität im Rechtssinne*).

Così, mentre la causalità generale indica la fase della generalizzazione causale, orientata a formulare un giudizio di adeguatezza e di idoneità, la causalità individuale rappresenta la fase dell'accertamento dello speciale nesso tra la illiceità della condotta e l'evento lesivo, condotto per mezzo della *c.s.q.n.* attraverso la verifica ipotetico-controfattuale della evitabilità dell'evento (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang* o nesso di illiceità o nesso di antidoverosità).

Nel reato consumato il giudizio di idoneità-adequatezza è sì un giudizio *ex ante*, ma *sui generis*, perché non può certo prescindere dall'evento concretamente verificatosi; esso infatti rappresenta più che un giudizio strettamente prognostico-ipotetico, un giudizio di *relazione*, finalizzato a verificare non soltanto l'esistenza di una legge causale che indichi una connessione regolare e generale tra condotta ed evento concreto<sup>294</sup>, ma anche la congruenza tra condotta ed evento (verifica che si orienta allo scopo di protezione della norma). Questa problematica, tradizionalmente collocata nell'ambito della colpa sotto la categoria del c.d. "primo nesso" tra colpa ed evento, presenta a nostro avviso notevoli affinità con quella della causalità generale (prospettiva *ex ante*), che costituisce un requisito di tutti i reati (anche di quelli dolosi) in quanto definisce le caratteristiche penalmente rilevanti della condotta sotto il profilo della causa-

<sup>293</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La descrizione*, cit., 169 s.; ID., *La nozione*, cit., 1227; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 666 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva (voce)*, cit., 658; ID., *Il garantismo*, cit., 920 s.; anche BLAIOTTA, *Causalità*, cit., 13 ss.

<sup>294</sup> Sotto questo profilo rilevano i criteri della creazione di un rischio penalmente rilevante e del superamento del rischio consentito.

lità in senso normativo (superamento del rischio consentito, adeguatezza, pericolosità, offensività in astratto). Se è vero che il criterio normativo della congruenza tra rischio ed evento assorbe completamente il criterio della prevedibilità oggettiva e della adeguatezza<sup>295</sup>, non è certo insensato concludere che esso corrisponda a ciò che viene definito comunemente “causalità generale”, ovvero al requisito della *causabilità*<sup>296</sup>.

La conferma che tale elemento è di carattere *astratto* rilevante *ex ante* e non è in grado di fornire alcun giudizio sul caso specifico è data altresì dal fatto che il suo accertamento – come del resto quello della causalità generale – si basa su generalizzazioni, cioè sulla conoscenza delle relazioni tra categorie di accadimenti *tipici* (condotte idonee a cagionare determinati tipi di eventi)<sup>297</sup>, ed è prioritario rispetto al giudizio relativo alla evitabilità dell’evento concreto.

La seconda fase della causalità individuale, governata dalla *c.s.q.n.* e dal giudizio ipotetico controfattuale, concerne quello che viene comunemente definito “secondo nesso” tra colpa ed evento, ovvero la evitabilità dell’evento mediante comportamento alternativo lecito; tale problematica va inquadrata nell’ambito della imputazione dell’evento e riguarda anch’essa tutti i reati (anche quelli dolosi).

La formula della *c.s.q.n.* e il ricorso al giudizio controfattuale ipotetico consentono di imputare un evento ad una condotta, esattamente come – sul piano tradizionalmente assegnato alla imputazione oggettiva – consentono di *spiegare* quale rischio si sia realizzato nell’evento. Obiettivo dell’indagine è il medesimo: l’illiceità della condotta (causalità generale *ex ante*) deve rispecchiarsi nella illiceità della causazione (causalità individuale *ex post*).

Al riguardo sarebbe più corretto parlare invece che di “nesso tra colpa ed evento”, di nesso di illiceità (o nesso di antidoverosità, nesso di rischio), sottolineando l’esigenza di affrancare la teoria della imputazione oggettiva dall’ambito dei soli reati colposi e di sostenerla come teoria generale della imputazione<sup>298</sup>.

<sup>295</sup> Perché, come spiega FORTI, *Colpa*, cit., 435, «una volta accertato che l’evento è stato realizzazione del rischio preso in considerazione dalla norma di diligenza, non sarebbe poi necessario porsi anche il quesito se l’evento medesimo e il decorso causale che ad esso ha condotto fossero “conformi all’esperienza”»; nello stesso senso, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 79; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit*, cit., 552. V. già *supra*, cap. III, 2.3.

<sup>296</sup> La *causabilità* (idoneità causale) va valutata *ex ante* e rappresenta un requisito della tipicità della condotta; la *causalità* si valuta *ex post* e consiste nella verifica della corrispondenza con la causabilità. Non vi può essere imputazione se *ex ante* l’evento non appariva causabile, cioè se – in altri termini – tra prospettiva *ex ante* ed *ex post* non vi è corrispondenza. Dovrebbe essere dunque la causabilità *ex ante* a segnare il *perimetro massimo* entro il quale dovrà valutarsi la causalità *ex post*, posto che ciò che è al di fuori di tale confine non potrà mai essere imputato, in quanto non può costituire oggetto di aspettative normative.

<sup>297</sup> Come aveva del resto già chiarito la teoria della causalità adeguata; v. *supra*, 3.1.2.

<sup>298</sup> L’equivoco nasce probabilmente dall’uso del termine tedesco “*Pflichtwidrigkeit*”, che in italiano viene tradotto con “colpa”, benché nella dottrina tedesca indichi di frequente l’illiceità in generale di un fatto (nel senso di contrarietà al diritto, di antidoverosità). Occorre tuttavia riconoscere che la stessa dottrina tedesca non è affatto chiara sul punto, essendovi autori che parlano di *Pflichtwidrigkeit* con esclusivo riferimento ai reati colposi e autori che estendono tale concetto a tutti i reati (in linea, del resto, con la dottrina più antica).

La bipartizione tra causalità generale e causalità individuale (tra prospettiva *ex ante* della sussunzione sotto leggi scientifiche e prospettiva *ex post* del procedimento per esclusione) può comprendersi anche attraverso la distinzione, avanzata in dottrina, tra imputazione oggettiva *generale* (relativa alla creazione di un rischio giuridicamente disapprovato) e imputazione oggettiva *speciale* (relativa alla realizzazione del rischio nell'evento)<sup>299</sup>.

Più volte abbiamo sottolineato che decisiva resta la prova della causalità individuale in termini di credibilità razionale, implicante l'accertamento *ex post* del nesso normativo tra evento e condotta illecita. Nella nostra ricostruzione il piano della causalità penalmente rilevante coincide dunque con la evitabilità mediante comportamento alternativo lecito. Pertanto, i criteri probabilistici di accertamento, pacificamente impiegati dall'orientamento dominante nell'accertamento della colpa (sul presupposto che non si tratti di un problema causale) possono fondare a nostro giudizio già l'imputazione causale dell'evento, ma a due condizioni: in primo luogo, che la verifica si accompagni alla prova per esclusione di fattori causali alternativi reali e non meramente congetturali; in secondo luogo, che l'aumento del rischio non si sostanzi nel riferimento al mero valore percentualistico espresso dalla legge di copertura, utile tutt'al più a formulare un giudizio *ex ante* di causalità generale, ma che sia inteso come evitabilità in concreto di un effettivo peggioramento delle condizioni del bene tutelato sulla base di un confronto *ex post* tra evento reale seguito alla condotta illecita ed evento ipotetico correlabile alla condotta osservante.

La compresenza di criteri riconducibili a differenti teorie causali (teoria condizionalistica, causalità adeguata, causalità umana e imputazione oggettiva) è dovuta alla sovrapposizione tra i due momenti *ex ante* ed *ex post*. Mentre i teorici della causalità adeguata e della causalità umana hanno precisato i requisiti necessari della condotta penalmente rilevante, la teoria condizionalistica e quella della imputazione oggettiva mirano a definire le condizioni per ricondurre un evento lesivo alla condotta di un soggetto. Non si tratta perciò di teorie causali che si pongono in alternativa tra loro, ma di teorie causali che spiegano rispettivamente un aspetto, un momento del giudizio di imputazione (*ex ante* o *ex post*) e che vanno dunque integrate tra loro. In questo quadro non trova evidentemente spazio una "causalità scientifica", dal momento che questa non costituisce una vera e propria teoria causale, bensì un mero *strumento* utilizzabile indifferentemente nell'ambito delle diverse fasi dell'accertamento.

<sup>299</sup> CANESTRARI, *L'illecito*, cit., 156. Nell'ambito della imputazione oggettiva generale (primo livello) occorre verificare se la condotta sia qualificata da un pericolo non consentito in vista della realizzazione di un evento tipico. Si tratta di individuare gli elementi che costituiscono tradizionalmente il versante oggettivo della colpa (rischio consentito, violazione oggettiva del dovere di diligenza, adeguatezza e prevedibilità oggettiva dell'evento e del decorso causale). Nell'ambito della imputazione oggettiva speciale (secondo livello) occorre invece verificare l'esistenza del particolare nesso tra condotta ed evento (nesso di illiceità o antidoverosità) mediante la verifica della evitabilità dell'evento in presenza del comportamento alternativo lecito.

## BIBLIOGRAFIA

- ACCINNI G.P., *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziari*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 928 ss.
- ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind.pen.*, 1977, 403 ss.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale: per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, 2. ed., Milano, 2009.
- AMARA G., *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass.pen.*, 2007, 2795 ss.
- ANDROULAKIS N.K., *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlin, 1963.
- ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1279 ss.
- ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934 (ristampa Torino, 1960).
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, 16. ed., Milano, 2003.
- AZZALI G., *Contributo alla teoria della causalità in diritto penale*, Milano, 1954.
- BARBIERI E., *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass.pen.*, 2010, 4329 ss.
- BARTOLI R., *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass.pen.*, 2006, 3219 ss.
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.
- BARTOLI R., *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2011, 597 ss.
- BARTOLI R., *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 134 ss.
- BASILE F., *La colpa in attività illecite. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

- BATTAGLINI G., *L'interruzione del nesso causale*, Milano, 1954.
- BAUMANN J., *Strafrecht*, AT, 8. ed., Bielefeld, 1977.
- BAUMANN J., WEBER U., MITSCH W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. ed., Bielefeld, 2003.
- BEHRENDT H.J., *Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht*, in *Jesbeck FS*, I, Berlin, 1985, 303 ss.
- BELVEDERE A., *Causalità giuridica?*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, 7 ss.
- BEULKE W., BACHMANN G., *Die Lederspray-Entscheidung*, in *Jus*, 1992, 737 ss.
- BIANCHI M., *Causalità e tipicità del concorso in delitto doloso*, in *Ind.pen.*, 2012, 53 ss.
- BINAVINCE E.S., *Die vier Momente der Fabrlässigkeitdelikte*, Bielefeld, 1969.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung. IV, Die Fabrlässigkeit*, Leipzig, 1919.
- BINDOKAT H., *Versari in re illicita und Erfolgzurechnung*, in *JZ*, 1977, 549 ss.
- BINDOKAT H., *Verursachung durch Fabrlässigkeit*, in *Jus*, 1985, 32 ss.
- BINNS M., *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, Baden Baden, 2001.
- BLAIOTTA R., *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004.
- BLAIOTTA R., *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass.pen.*, 2006, 797 ss.
- BLAIOTTA R., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass.pen.*, 2007, 365 ss.
- BLAIOTTA R., *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass.pen.*, 2009, 78 ss.
- BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
- BOCKELMANN P., VOLK K., *Strafrecht*, AT, 4. ed., München, 1987.
- BOHNERT J., *Das Bestimmtheitserfordernis im Fabrlässigkeitstatbestand*, in *ZStW*, 1982, 68 ss.
- BRAMMSEN J., *Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern*, in *Jura*, 1991, 533 ss.
- BRAMMSEN J., *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, in *GA*, 2002, 193 ss.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 3 ss.
- BRUNNER S., *Mc Laughlin's Case*, in *Jura*, 1989, 401 ss.
- BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass.pen.*, 2004, 2599 ss.
- BRUSCO C., *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, 1875 ss.
- BRUSCO C., *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012.
- BURGSTALLER M., *Das Fabrlässigkeitdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.
- BURGSTALLER M., *Erfolgzurechnung ohne Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten?*, in *Moos FS*, Wien, 1997, 55 ss.
- v. BURI M., *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 69 ss.



- CACCAMO V., *Il problema dell'accertamento del nesso causale nell'attività medico-chirurgica: la soluzione tedesca*, in Canestrari et al., *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 83 ss.
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.
- v. CAEMMERER E., *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962.
- CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.
- CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
- CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- CANESTRARI S., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio base "consentito"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.
- CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2011, 73 ss.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007.
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 1193 ss.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità*, 2. ed., Padova, 2005.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, 3. ed., Assago, 2012.
- CARBONE V., *La quantificazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2010, *Speciale - La quantificazione del danno patrimoniale*, 8 ss.
- CASSIA A., *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Roma, 1968.
- CASTALDO A., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 881 ss.
- CASTALDO A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- CASTALDO A., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 1096 ss.
- CASTRONUOVO D., *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass.pen.*, 2002, 3836 ss.
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011.
- CAVALIERE A., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1443 ss.
- CAVALLO V., *Il principio di causalità nel diritto penale*, Napoli, 1936.

- CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 289 ss.
- CENTONZE F., *Scienza spazzatura e scienza corrotta nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1232 ss.
- CENTONZE F., *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di cassazione*, in *Cass.pen.*, 2006, 2133 ss.
- CLASS W., *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Stock FS*, Würzburg, 1966, 115 ss.
- COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008.
- CORN E., *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.
- CORNACCHIA L., voce *Reato aberrante*, in *Dig.disc.pen.*, XI, Torino, 1996, 168 ss.
- CORNACCHIA L., *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind.pen.*, 2001, parte I, 645 ss., e parte II, 1063 ss.
- CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004.
- CRAMER P., STERNBERG-LIEBEN D., in *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuchkommentar*, 28. ed., München, 2011, § 15.
- CURATOLA P., *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale. Contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa*, Milano, 1955.
- D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 743 ss.
- D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass.pen.*, 2006, 2406 ss.
- D'ALESSANDRO F., *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass.pen.*, 2007, 4812 ss.
- DAHM G., *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, 1940, 133 ss.
- DALIA A.A., *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975.
- DE SANTIS G., *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell'evento alla luce di alcuni recenti arresti della IV Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.pen.*, 2011, 1104 ss.
- DE VERO G., *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1487 ss.
- DE VERO G., *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 887 ss.
- DEGENER W., „Die Lehre vom Schutzzweck der Norm“ und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Baden Baden, 2001.
- DELITALA G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DENCKER F., *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996.

- DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.
- DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 634 ss.
- DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.
- DI GIOVINE O., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *Ind.pen.*, 2004, 1115 ss.
- DI GIOVINE O., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, 2151 ss.
- DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 58 ss.
- DI SALVO E., *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass.pen.*, 2003, 3799 ss.
- DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*, in *Cass.pen.*, 2009, 2877 ss.
- DI SALVO E., *Violazione di regole cautelari, concretizzazione del rischio e causalità della colpa*, in *Giur.mer.*, 2012, 143 ss.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 175 ss.
- DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, parte I, 588 ss. e parte II, 1114 ss.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 32 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- DONINI M., *Il garantismo della "condicio sine qua non" e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 917 ss.
- DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc.dir., Annali III*, Milano, 2010, 635 ss.
- DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2013, 125 ss.
- DREHER M., *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, Aachen, 2003.
- DUTTGE G., in Joecks (a cura di), *Münchener Kommentar zum STGB (MüKo)*, München, 2003, § 15.
- DUTTGE G., *Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?*, in *Schroeder FS*, Heidelberg, 2006, 179 ss.

- ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.
- ENGISCH K., *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ENGISCH K., *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Weber FS*, Bonn, 1963, 247 ss.
- ENGISCH K., *Vom Weltbild des Juristen*, 2. ed., Heidelberg, 1965.
- ENGISCH K., *Tun und Unterlassen*, in *Gallas FS*, Berlin, New York, 1973, 163 ss.
- ERB V., *Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991.
- ERB V., *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, in *Jus*, 1994, 449 ss.
- EUSEBI L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2000, 1053 ss.
- EXNER F., *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in *Frank Festgabe*, I, Tübingen, 1930, 569 ss.
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 10. ed., Gießen, 1828
- FIANDACA G., *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1975, 1598 ss.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig.disc.pen.*, II, Torino, 1988, 119 ss.
- FIANDACA G., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig.disc.pen.*, VIII, Torino, 1994, 546 ss.
- FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind.pen.*, 2006, 945 ss.
- FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir.pen.cont.riv.trim.*, 2012/1, 158 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 6. ed., Bologna, 2009.
- FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
- FIORE C., FIORE S., *Diritto penale, Parte generale*, 3. ed., Torino, 2008.
- FLORIAN E., *Causalità e pericolosità*, Estratto da *La scuola positiva - Riv.dir.proc.pen.*, Milano, 1924, 3 ss.
- FORNARI L., *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno della imputazione colposa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 719 ss.
- FORTI G., *La descrizione dell' "evento prevedibile" nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 1559 ss.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FORTI G., *La "luce chiara della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 573 ss.
- FRANK R., LÖFFLER W., *Grundfragen der überholenden Kausalität*, in *JUS*, 1985, 689 ss.
- FRANZONI M., *Il danno patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, *Speciale - La quantificazione del danno patrimoniale*, 21 ss.

- FREUND G., in Joecks (a cura di), *Münchener Kommentar zum STGB (MüKo)*, München, 2003, vor §§ 13.
- FREUND G., *Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in Herzberg FS, Tübingen, 2008, 225 ss.
- FRISCH W., *Vorsatz und Risiko*, Köln et al., 1983.
- FRISCH W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- FRISCH W., *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges*, in Roxin FS, Berlin et al., 2001, 213 ss.
- FRISCH W., *Die Conditio-Formel, Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?*, in Gössel FS, Heidelberg, 2002, 51 ss.
- FRISCH W., *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnung*, in GA, 2003, 719 ss.
- FRISCH W., *Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in Maiwald FS, Berlin, 2010, 239 ss.
- FRISTER H., *Begehung und Unterlassung bei der Steuerung von Maschinen*, in Samson FS, Heidelberg et al., 2010, 19 ss.
- FRISTER H., *Strafrecht, AT*, 5. ed., München, 2011.
- GALLAS W., *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in ZStW, 1955, 1 ss.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953.
- GALLO M., voce *Colpa penale*, in *Enc.dir.*, VII, 1960, 623 ss.
- GALLO M., *Causalità e imputazione oggettiva: forse sono la stessa cosa*, in *Critica del diritto*, 2003, 205 ss.
- GALLO W., *Appunti di diritto penale, II, Il reato*, Torino, 2007.
- GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind.pen.*, 2000, 581 ss.
- GEBAUER M., *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Tübingen, 2007.
- GEILEN G., *Anm. zu BayObLG, Urt. 21.11.1972*, in JZ, 1973, 320 ss.
- GERI L., *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp.civ.prev.*, 1983, 187 ss.
- GIACONA I., *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, 363 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG E., *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, tesi dottorale, Hamburg, 1962.
- GIMBERNAT ORDEIG E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG E., *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1545 ss.
- GIULIANI-BALESTRINO U., *L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1985, 650 ss.

- GIULIANI-BALESTRINO U., *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988.
- GIULIANI-BALESTRINO U., *La cosiddetta interruzione del rapporto causale come fatto normativo*, in *Studi in onore di Dell'Andro*, Bari, 1994, 397 ss.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I, La fattispecie*, Padova, 1993.
- GIUNTA F., *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 86 ss.
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 241 ss.
- GIZZI L., *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass.pen.*, 2005, 4107 ss.
- GIZZI L., *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cass.pen.*, 2005, 1536 ss.
- GLASER J., *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858.
- GOMEZ RIVERO M., *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998.
- GOMEZ RIVERO M., *Zeitliche Dimension und objektive Zurechnung*, in *ZStW*, 2001, 283 ss.
- GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv.dir.comm.*, 1951, 409 ss.
- GÖSSEL K.H., *Norm und fahrlässiges Verhalten*, in *Bruns FS*, Köln et al., 1978, 43 ss.
- GOTZLER M., *Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, München, 1977.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1934, 16 ss.
- GRISPIGNI F., *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1935, 3 ss.
- GROPP W., *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, in *Schroeder FS*, Heidelberg, 2006, 197 ss.
- GROBERICHTER H., *Hypothetischer Geschebensverlauf und Schadensfeststellung*, München, 2001.
- GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.
- GUARINIELLO R., *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, in *Foro it.*, 2001, II, 279 ss.
- GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997.
- HAAS V., *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin, 2002.
- HANAU P., *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit: eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Göttingen, 1971.
- HARDWIG W., *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957.
- HARDWIG W., *Verursachung und Erfolgzurechnung*, in *JZ*, 1968, 289 ss.
- HART H.L.A., HONORÉ A.M., *Causation in the Law*, 2. ed., Oxford, 1985.

- HARTMANN E., *Das Kausalproblem im Strafrecht*, Breslau, 1900.
- HASSEMER W., *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 487 ss.
- HASSEMER W., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. ed., Heidelberg, 1996.
- HERZBERG R.D., *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, in *GA*, 1971, 1 ss.
- HERZBERG R.D., *Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *MDR*, 1971, 881 ss.
- HERZBERG R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972.
- HERZBERG R.D., *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986, 260 ss.
- HERZBERG R.D., *Vorsatz und erlaubtes Risiko*, in *JR*, 1986, 6 ss.
- HERZBERG R.D., *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und vorsätzlichen Straftat*, in *JZ*, 1987, 536 ss.
- HERZBERG R.D., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1988, 573 ss. e 635 ss.
- HILGENDORF E., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993.
- HILGENDORF E., *Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils*, in *NStZ*, 1994, 561 ss.
- HILGENDORF E., *Der "gesetzmäßige Zusammenhang" im Sinne der modernen Kausallehre*, in *Jura*, 1995, 514 ss.
- HILGENDORF E., *Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“*, in *GA*, 1995, 527 ss.
- HILGENDORF E., *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in *Lenckner FS*, München, 1998, 699 ss.
- HIRSCH H.J., *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS Lenckner*, München, 1998, 119 ss.
- HONIG R., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Frank Festgabe*, I, Tübingen, 1930, 174 ss.
- HOYER A., *Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo“*, in *ZStW*, 1993, 523 ss.
- HOYER A., *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 95 ss.
- HOYER A., in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, Anh. zu § 16, Neuwied, 7. ed., 2004.
- HOYER A., *Überbedingte Erfolge*, in *Jakobs FS*, Köln-Berlin-München, 2007, 175 ss.
- HÜBNER C., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.
- INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone*, Milano, 1986.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig.disc.pen.*, II, Torino, 1988, 437 ss.
- JÄGER C., *Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor*, in *Maiwald FS*, Berlin, 2010, 345 ss.
- JAKOBS G., *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Berlin-New York, 1972.
- JAKOBS G., *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, in *Welzel FS*, Berlin-New York, 1974, 307 ss.

- JAKOBS G., *Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufsbypothese im Strafrecht*, in Lackner FS, Berlin, 1987, 53 ss.
- JAKOBS G., *Strafrecht, AT*, 2. ed., Berlin-New York, 1991.
- JAKOBS G., *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in Miyazawa FS, Baden Baden, 1995, 419 ss.
- JESCHECK H.H., *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1965.
- JESCHECK H.H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. ed., Berlin, 1996.
- JOERDEN J.C., OGH JBl 1987, 191 - *Ein Fall alternative Kausalität?*, in JBl, 1988, 433 ss.
- JORDAN A.D., *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Fahrlässigkeit*, in GA, 1997, 349 ss.
- KAHLO M., *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, Berlin.
- KAHLO M., *Gegenwärtiger Stand der objektiven Zurechnungslehre*, in Küper FS, Heidelberg, 2007, 249 ss.
- KAHRS H.J., *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die Condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968.
- KAUFMANN ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.
- KAUFMANN ARMIN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, in JZ, 1971, 572 ss.
- KAUFMANN ARMIN, *„Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?*, in Jescheck FS, Berlin, 1985, 251 ss.
- KAUFMANN ARTHUR, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in Eberhard Schmidt FS, Göttingen, 1961, 200 ss.
- KAUFMANN ARTHUR, *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, in Jescheck FS, I, Berlin, 1985, 273 ss.
- KELSEN H., *Kausalität und Zurechnung*, in ARSP, 1960, 321 ss.
- KINDHÄUSER U., *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, in GA, 1982, 477 ss.
- KINDHÄUSER U., *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in ZStW, 1984, 21 ss.
- KINDHÄUSER U., *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989.
- KINDHÄUSER U., *Risikoerhöhung und Risikoverringerung*, in ZStW, 2008, 481 ss.
- KINDHÄUSER U., *Strafrecht, AT*, 3. ed., Baden-Baden, 2008.
- KLAUSER K.A., *Kausalität beim Betrug*, in NJW, 1959, 2245 ss.
- KNAUER C., *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001.
- KORIATH H., *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Berlin, 1988.
- KORIATH H., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994.
- KORIATH H., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden Baden, 2007.
- v. KRIES J., *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, in ZStW, 1889, 528 ss.



- KRÜPELMANN J., *Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht*, in Bockelmann FS, München, 1979, 447 ss.
- KRÜPELMANN J., *Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, in GA, 1984, 491 ss.
- KRÜPELMANN J., *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, in Jescheck FS, I, Berlin, 1985, 313 ss.
- KUHLEN L., *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989.
- KUHLEN L., *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, in NStZ, 1990, 566 ss.
- KUHLEN L., *Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*, in Müller-Dietz FS, München, 2001, 431 ss.
- KUHLEN L., *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, in Roxin FS, Berlin-New York, 2001, 331 ss.
- KÜPER W., *Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in Lackner FS, Berlin, 1987, 247 ss.
- LAMPE E.J., *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, in ZStW, 1959, 579 ss.
- LAMPE E.J., *Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, in ZStW, 1967, 477 ss.
- LAMPE E.J., *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, in Kaufmann GS, Köln, 1989, 189 ss.
- LAMPE E.J., *Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte*, in ZStW, 1989, 3 ss.
- LANGE O., *Zur Frage der „überholenden Kausalität“*, in JR, 1951, 73 ss.
- LARENZ K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.
- LARENZ K., *Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung*, in NJW, 1950, 487 ss.
- LASCIALFARI M., *Causalità „scientifica“ e causalità „giuridica“ tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*, in Corr.giur., 2000, 902 ss.
- LENCKNER T., EISELE J., in *Schönke/ Schröder Strafgesetzbuchkommentar*, 28. ed., München, 2011, Vorbem. §§ 13.
- LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.
- LING M.A., *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, Berlin, 1996.
- L'INNOCENTE G., *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1961, 1086 ss.
- MACKIE J.L., *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford, 1980.
- MAIWALD M., *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen, 1980.
- MAIWALD M., *Zur strafsystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in Miyazawa FS, Baden Baden, 1995, 465 ss.
- MAIWALD M., *Der „dolus generalis“*. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, in ZStW, 1996, 30 ss.

- MANNA A., *Danno alla salute e rischio professionale: le controverse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale per omissionem*, in *Ind.pen.*, 2004, 27 ss.
- MANNA A., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass.pen.*, 2009, 3633 ss.
- MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Ind.pen.*, 2010, 9 ss.
- MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig.disc.pen.*, II, 1988, 299 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 7. ed., Padova, 2011.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANTOVANI M., "Diritto penale del caso" e prospettive "de lege ferenda", in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2010, 1061 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trafigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 3 ss.
- MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 29 ss.
- MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 523 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4. ed., Milano, 2012.
- MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 493 ss.
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.
- MASSARO A., "Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa, in *Cass.pen.*, 2009, 4699 ss.
- MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011.
- MATTHEUDAKIS M., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass.pen.*, 2010, 1476 ss.
- MAURACH R., *Adäquanz der Verursachung oder der Fabrlässigkeit?*, in *GA*, 1960, 97 ss.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.
- MERKEL R., *Die Abgrenzung von Handlungs-und Unterlassungsdelikt. Altes, Neues, Ungelöstes*, in *Herzberg FS*, Tübingen, 2008, 193 ss.
- MEZGER E., *Anmerkung zu BGH, Urt. 25.9.1957*, in *JZ*, 1958, 280 ss.
- MEZGER E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. ed., Berlin-München, 1949.
- MEZGER E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 13. ed., Berlin-München, 1968.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

- MITSCH W., *Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht*, in *JZ*, 2005, 279 ss.
- MORSELLI E., *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 430 ss.
- MORSELLI E., *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind.pen.*, 1998, 879 ss.
- MORSELLI E., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind.pen.*, 2000, 11 ss.
- MÜLLER L.M., *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, 1912.
- MÜNZZBERG W., *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., 1966.
- NAMIAS O., *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, Frankfurt a.M., Berlin et al., 1993.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NEUDECKER G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a.M., 1995.
- NEUMANN-DUESBERG H., *Einzelprobleme der überholenden Kausalität*, in *JZ*, 1955, 263 ss.
- NIEDERLÄNDER H., *Hypothetische Schadensereignisse*, in *JZ*, 1959, 617 ss.
- NIESE W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951.
- NIEWENHUIS H., *Gefahr und Gefährverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, Gelsenkirchen, 1984.
- NOWAKOWSKI F., *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, in *JZ*, 1958, 335 ss.
- OEHLER D., *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, 71 ss.
- OEHLER D., *Die erlaubte Gefährsetzung und die Fahrlässigkeit*, in *Schmidt FS*, Göttingen, 1961, 232 ss.
- OTTO H., *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, in *Maurach FS*, Karlsruhe, 1972, 91 ss.
- OTTO H., *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, in *NJW*, 1980, 417 ss.
- OTTO H., *Kausalität und Zurechnung*, in *Wolff FS*, Berlin et al., 1998, 395 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, 10. ed., Milano, 2012.
- PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 779 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, 8. ed., Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass.pen.*, 2005, 1037 ss.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2007.
- PAGLIARO A., *Causalità e normativismo*, in *Volk FS*, München, 2009, 507 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, 3. ed., Torino, 2008.
- PALAZZO F., *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Cass.pen.*, 2010, 1229 ss.
- PALAZZO F., *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, 185 ss.

- PALIERO E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv.it.med.leg.*, 1992, 821 ss.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale, vol. I, Parte generale*, 4. ed., Torino, 1967.
- PAREDES CASTAÑON J.M., RODRIGUEZ MONTAÑES T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.
- PASCALI V., *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011.
- PECORARO ALBANI A., *Caso e causalità*, in *Arch.pen.*, 1960, 83 ss.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- PERÈZ BARBERÀ G., *Kausalität und Determiniertheit. Das Problem der ontologischen Voraussetzung bei Erfolgsdelikten in nicht kausal determinierten Bereichen*, in *ZStW*, 2002, 600 ss.
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- PIERGALLINI C., *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1996, 354 ss.
- PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 1473 ss.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.
- PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1684 ss.
- PIRAS P., *Le modalità dell'evento medico: la Cassazione aggiunge il quomodo all'hic et nunc*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.
- PISA P., *Incidenti stradali e dolo eventuale*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, *Gli speciali*, 13 ss.
- PIZZI C., *La nozione di rilevanza causale e la transitività dei controfattuali*, in Galavotti e Gambetta (a cura di), *Causalità e modelli probabilistici*, Bologna, 1983, 47 ss.
- PIZZI C., *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997.
- PIZZI C., *Pluralità di cause e "formula della condicio"*, in *Dir.pen.proc.*, 1997, 750 ss.
- PIZZI C., *Cause e cause omissive*, in *Cass.pen.*, 2009, 1306 ss.
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1988.
- PULITANÒ D., *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir.pen. proc.*, 2008, 647 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, 4. ed., Torino, 2011.
- PUPPE I., *Der Erfolg und seine kausale Erklärung*, in *ZStW*, 1980, 863 ss.
- PUPPE I., *Kausalität der Sorgfaltpflichtverletzung*, in *Jus*, 1982, 660 ss.
- PUPPE I., *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, in *ZStW*, 1983, 287 ss.
- PUPPE I., *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fabrlässigkeitdelikten*, in *ZStW*, 1987, 595 ss.
- PUPPE I., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 1991, 1 ss.

- PUPPE I., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
- PUPPE I., *Anmerkung zu BGH, Urt. 6.7.1990 - 2 SrR 549/89*, in *JR*, 1992, 28 ss.
- PUPPE I., *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, in *GA*, 1994, 297 ss.
- PUPPE I., *Naturgesetze vor Gericht*, in *JZ*, 1994, 1147 ss.
- PUPPE I., *Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm*, in *Bemmann FS*, Baden Baden, 1997, 227 ss.
- PUPPE I., *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielfällen aus der höchststrichterlichen Rechtsprechung*, Baden Baden, 2000.
- PUPPE I., *Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?*, in *Roxin FS*, Berlin-New York, 2001, 287 ss.
- PUPPE I., *Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung*, in *ZJS online*, 2008, 488 ss.
- PUPPE I., in Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 3. ed., Baden Baden, 2010, vor §§ 13.
- PUPPE I., *Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel*, in *GA*, 2010, 551 ss.
- RADBRUCH G., *Über den Schuldbegriff*, in *ZStW*, 1904, 333 ss.
- RADBRUCH G., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Frank FG*, I, Tübingen, 1930, 158 ss.
- RAFFAELE S., *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1077 ss.
- RAMPONI L., *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass.pen.*, 2008, 566 ss.
- RANFT O., *Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, in *NJW*, 1984, 1425 ss.
- RANIERI S., *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936.
- REALMONTE F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.
- REINHOLD J., *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Tübingen, 2009.
- RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.
- RÖCKRATH L., *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung: rechtliche und ökonomische Analyse*, München, 2004.
- RÖDIG J., *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg, 1969.
- RÖH L., *Die kausale Begründung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 1995.
- ROIATI A., *L'accertamento del rapporto di causalità e il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*, in *Cass.pen.*, 2006, 2158 ss.
- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale: tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3. ed., Milano, 2004.
- ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 891 ss.

- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, 4. ed., Milano, 2012.
- RONCO M., *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 247 ss.
- RONCO M., *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 819 ss.
- ROTHENFUßER C., *Kausalität und Nachteil*, München, 2003.
- ROXIN C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, 411 ss.
- ROXIN C., *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Honig FS*, Göttingen, 1970, 133 ss.
- ROXIN C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973.
- ROXIN C., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Gallas FS*, Berlin et al., 1973, 241 ss.
- ROXIN C., *Finalität und objektive Zurechnung*, in *Armin Kaufmann GS*, Köln et al., 1989, 237 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. ed., München, 2004.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003.
- ROXIN C., *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 243 ss.
- RUDOLPHI H.J., *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in *Jus*, 1969, 549 ss.
- RUDOLPHI H.J., in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, Neuwied, vor § 1, 6. ed., 1997.
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1769.
- RÜMELIN M., *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht*, in *AcP*, 1900, 171 ss.
- SALAMON J., *Vollendete und versuchte Beihilfe*, Göttingen, 1968.
- SALM K., *Das vollendete Verbrechen, 1. Teil, Über Fahrlässigkeit und Kausalität, 1. Halbband, Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdeliktes*, Berlin, 1963.
- SAMSON E., *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1972.
- SAMSON E., *Begehung und Unterlassung*, in *Welzel FS*, Berlin et al., 1974, 579 ss.
- SAMSON E., *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Peters FS*, Tübingen, 1974, 21 ss.
- SAMSON E., in Rudolphi, Horn, Samson (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, Neuwied, Anh. zu § 16, 5. ed., 1989.
- SAMSON E., *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, in *StV*, 1991, 182 ss.
- SAMSON E., *Erfolgszurechnung und Risiko - Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Lüderssen FS*, Baden Baden, 2002, 587 ss.

- SAMSON E., *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, in Rudolphi FS, München, 2004, 259 ss.
- SANCINETTI M.A., *¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?*, in *Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat*, II, Madrid, 2008, 1579 ss.
- SANCINETTI M.A., *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, in *ZStW*, 2008, 661 ss.
- SANCINETTI M.A., *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito*, in *Ind.pen.*, 2008, 377 ss. (*Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre*, in *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln et al., 2007, 583 ss.).
- SANCINETTI M.A., *La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal*, in *Revista de derecho penal y procesal penal*, 2010, 583 ss.
- SANTAMARIA C., voce *Evento*, (*diritto penale*), in *Enc.dir.*, XVI, Milano, 1967, 118 ss.
- SANTONI DE SIO F., *Il concetto di causa e i problemi del diritto*, in *CP*, 2009, 3221 ss.
- SCARANO L., *Il tentativo*, Milano, 1952.
- SCHAFFSTEIN F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in *Honig FS*, Göttingen, 1970, 169 ss.
- SCHATZ H., *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt und die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe*, in *NStZ*, 2003, 581 ss.
- SCHLEHOFER H., *Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des Hiv-Infizierten*, in *NJW*, 1989, 2017 ss.
- SCHLEHOFER H., *„Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?*, in *Puppe FS*, Berlin, 2010, 953 ss.
- SCHLÜCHTER E., *Grundfälle zur Lehre von der Kausalität*, in *Jus*, 1976, 312 ss., 378 ss., 518 ss. e 793 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, in *Schaffstein FS*, Göttingen, 1975, 129 ss.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht*, AT, 2. ed., Tübingen, 1975.
- SCHMIDT EB., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939.
- SCHNEIDER C., *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Berlin, 1997.
- SCHROEDER F.C., *Die so genannte Risikoverringerung*, in Hefendehl et al. (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, 2005, 151 ss.
- SCHULZ L., *Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung*, in *Lackner FS*, Berlin et al., 1987, 39 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, 435 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss. e 787 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolgs im Verbrechensaufbau*, in *Schaffstein FS*, Göttingen, 1975, 159 ss.

- SCHÜNEMANN B., *Anmerkung zu BGH 3.5.1984 - 4StR 266/84*, in *StrV*, 1985, 229 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 207 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in *Hirsch FS*, 1999, 366 ss.
- SEEBALD R., *Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens*, in *GA*, 1969, 193 ss.
- SEELMANN K., *Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, in *Jus*, 1987, 35 ss.
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto e inefficace*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1196 ss.
- SILVA SANCHEZ J.M., *Sobre la relevancia juridico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*, in *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, 677 ss.
- SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.
- SINISCALCO M., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc.dir.*, VI, Milano, 1960, 639 ss.
- SOFOS T.I., *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999.
- SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.
- SPEDEL G., *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948.
- SPEDEL G., *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, in *Schmidt FS*, Göttingen, 1961, 183 ss.
- SPEDEL G., *Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fabrlässigkeitdelikt*, in *Jus*, 1964, 14 ss.
- SPEDEL G., *Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund - Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre*, in *Engisch FS*, Frankfurt a.M., 1969, 509 ss.
- SPEDEL G., *Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, in *JZ*, 1973, 137 ss.
- STEGMÜLLER W., *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie, I, Erklärung, Begründung, Kausalität*, 2. ed., Berlin, 1983.
- STELLA F., *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975.
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, 1217 ss.
- STELLA F., *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 767 ss.
- STELLA F., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 1215 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., Milano, 2003.
- STELLA F., *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 379 ss.



- STELLA F., *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e Mackie*, in Stella (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 1 ss.
- STELLA F., *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 1062.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.
- STRATENWERTH G., *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, in *Gallas FS*, Berlin-New York, 1973, 227 ss.
- STRATENWERTH G., *Literaturbericht (Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Frankfurt a.M., 1972)*, in *ZStW*, 1975, 935 ss.
- STRATENWERTH G., *Strafrecht*, AT, 3. ed., Köln, 1981.
- STRUENSEE E., „Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand, in *JZ*, 1987, 541 ss.
- STRUENSEE E., *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, in *GA*, 1987, 97 ss.
- STRUENSEE E., *Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt*, in *Stree und Wessels FS*, Heidelberg, 1993, 133 ss.
- SUMMERER K., *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio sine qua non*, in *Ind.pen.*, 2011, 69 ss.
- TARNOWSKI H., *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlin, 1927.
- TOEPEL F., *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992.
- TOEPEL F., *Conditio-sine-qua-non und alternative Kausalität*, in *Jus*, 1994, 1009 ss.
- TRAEGER L., *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1904.
- TRIFFTERER O., *Die „objektive Voraussehbarkeit“ (des Erfolges und des Kausalverlaufs) - unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, in *Bockelmann FS*, München, 1979, 201 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI P., *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1964, 1431 ss.
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- ULSENHEIMER K., *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965.
- ULSENHEIMER K., *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *JZ*, 1969, 364 ss.
- ULSENHEIMER, *Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungsbehandlung*, in *Jus*, 1972, 252 ss.
- VALCAVI G., *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, 481 ss.
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv.dir.civ.*, 2001, 409 ss.

- VALLINI A., *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in Canestrari et al. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 145 ss.
- VALLINI A., "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2011, 341 ss.
- VANNINI O., *Ancora sul problema della causalità*, in *Annali di diritto e proc.pen.*, 1934, fasc. 19, 1321 ss.
- VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943.
- VENEZIANI P., *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo*, in *Ind.pen.*, 1998, 544 ss.
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1969 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, 1679 ss.
- VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 1358 ss.
- VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993.
- VOGEL J., in Laufhütte et al. (a cura di), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12. ed., Berlin, 2007, § 15.
- VOGEL J., *Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?*, in *GA*, 2006, 386 ss.
- VOGLER T., *Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat*, in *Heinitz FS*, Berlin, 1972, 295 ss.
- VOLK K., *Kausalität im Strafrecht*, in *NStZ*, 1990, 105 ss.
- WALDER H., *Die Kausalität im Strafrecht*, in *SchwZStR*, 1977, 113 ss.
- WEBER M., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 4. ed., Tübingen, 1973.
- WEBER U., *Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtsmäßigkeitalternativen*, in *Puppe FS*, Berlin, 2010, 1059 ss.
- WEIGEND T., in Laufhütte et al. (a cura di), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12. ed., Berlin, 2007, § 13.
- WEIßER B., *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, 1999.
- WELP J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.
- WELZEL H., *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, 703 ss.
- WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 7. ed., Berlin, 1960.

- WELZEL H., *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fabrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961.
- WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. ed., Berlin, 1969.
- WESSELS J., *Anmerkung zu BGH, Urt. 27.4.1966*, in *JZ*, 1967, 450 ss.
- WESSELS J., BEULKE W., *Strafrecht, AT*, 42. ed., Heidelberg, 2012.
- WINTER A., *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt a.M., 2000.
- WOHLERS W., *Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung*, in *Jus*, 1995, 1019 ss.
- WOHLERS W., in Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 3. ed., Baden Baden, 2010, § 13.
- WOLFF E.A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965.
- WOLTER J., *Adäquanz und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitsdelikt*, in *GA*, 1977, 257 ss.
- WOLTER J., *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, in *ZStW*, 1977, 649 ss.
- WOLTER J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.
- WÜRFEL J., *Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, Diss. Göttingen, 1971.
- ZIETHEN J., *Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2004.
- ZIRULIA S., *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011.
- ZIRULIA S., *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 1 ss.

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di ottobre 2013



# JURA

Temi e problemi  
del diritto

## STUDI

*discipline civilistiche*  
*discipline penalistiche - Criminalia*  
*discipline pubblicistiche*  
*filosofia del diritto*

### *discipline civilistiche*

- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009
- Fulvio Cortese, Filippo Sartori (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2011
- Giuseppe Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, 2013

### *discipline penalistiche - Criminalia*

- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010

- Cristina de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, 2010
- Giulio Paoli, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)* a cura di Mario Pisani, 2011
- Giulio De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012
- Kolis Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, 2013

### *discipline pubblicistiche*

- Giuliano Fonderico, *Autonomie locali e iniziativa economica privata. Studio sui monopoli e le privative comunali*, 2008
- Luigi Benvenuti, Marcello Clarich (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, 2010
- Emiliano Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, 2010
- Francesco Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, 2011
- Fabio Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, 2012
- Giuliano Fonderico, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, 2012
- Marco Croce, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2012
- Michele Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, 2013

### *filosofia del diritto*

- Mario Ricciardi, *Diritto e natura. H.L.A. Hart e la filosofia di Oxford*, 2008
- Silvia Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, 2008
- Gianmarco Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, 2008
- Anna Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, 2010

- Aldo Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, 2010
- Mario Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, 2010
- Silvia Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, 2010
- Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, 2011
- Vito Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, 2012
- Vito Velluzzi, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, 2012
- Lorenzo Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria*, 2012
- Francesco Ferraro, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, 2013

## TESTI

- Luca Pelliccioli, Vito Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, 2011
- Vito Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, 2013
- Francesca Poggi, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, 2013



---

Oggetto della trattazione è il rapporto tra causalità ed evitabilità alla luce del ruolo attribuito ai decorsi causali ipotetici: da un lato, la causazione di un evento lesivo (con le connesse problematiche relative alla presenza di cause alternative e alla descrizione dell'evento quale secondo termine del nesso di causalità) e, dall'altro, la valutazione controfattuale della rilevanza del comportamento alternativo lecito (quale paradigma della causalità ipotetica).

Il tema della evitabilità dell'evento, corredato delle problematiche della rilevanza dei decorsi causali ipotetici, del comportamento alternativo lecito e della causalità della colpa, è uno dei più complessi della teoria del reato e la vivacità dell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla causalità (specialmente in relazione ai reati commissivi colposi e ai reati omissivi impropri) dà mostra della centralità del tema e della esigenza di pervenire ad una chiara sistemazione delle categorie dogmatiche fondamentali (causalità, colpa, omissione, imputazione oggettiva).

La questione, benché sorta sul piano della causalità come risolto problematico dell'utilizzo della *condicio sine qua non*, è stata successivamente affrontata sul piano della imputazione oggettiva, come problematica specifica propria del reato colposo, in relazione ai canoni del comportamento alternativo lecito e del c.d. *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* (nesso normativo tra colpa ed evento). L'indagine prende le mosse dall'esame degli orientamenti tradizionali e attraverso l'analisi delle soluzioni più innovative ed originali sviluppate dalla dottrina e giurisprudenza contemporanee nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva dell'evento giunge ad affermare il rifiuto della dualità tra causalità e imputazione, sul presupposto che la ricerca sul nesso di causalità penalmente rilevante abbia ad oggetto il rapporto giuridico tra l'evento e un comportamento connotato da illiceità.