

Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato

SOMMARIO: 1. Ancoramento delle categorie dogmatiche alla realtà (anche psicologica) e politica criminale. – 2. Un cammino a ritroso che muove dall'evento: in particolare, l'identificarsi della condotta rilevante sul piano causale con la violazione di una regola di diligenza. – 3. L'*evitabilità* dell'evento quale profilo essenziale della nozione di *causalità*, attiva od omissiva, pertinente ai fini penali (in particolare, il legame fra reato omissivo improprio e reato colposo). – 4. Il presupposto *unitario* del dolo e della colpa costituito dall'esposizione di un bene giuridico a un determinato rischio (con uno sguardo sul rapporto fra rischio non consentito e anti-giuridicità, nonché sulle aporie emergenti circa la rilevanza del rischio nell'illecito colposo e nel delitto tentato). – 5. La funzione discriminante svolta dalla prospettiva che ha dato causa sotto il profilo psicologico alla condotta: i criteri di accertamento della volizione, in rapporto all'equivocità del (mero) rinvio a *massime di esperienza*, e l'iter motivazionale del comportamento umano. – 6. L'effetto *non voluto* della violazione di una regola di diligenza: colpa, dolo c.d. diretto, dolo eventuale (sul riferimento indispensabile, ammessa quest'ultima figura, alla *formula di Frank* e sulla non accettabilità delle tendenze intese a *normativizzare* la nozione di dolo). – 7. In merito a situazioni comunque incompatibili col dolo non intenzionale: i casi della condotta base *omissiva*, della riserva opposta per ragioni di *coscienza* verso la condotta dovuta, della produzione *fine a se stessa* di un rischio (p. es., mediante lancio di sassi da cavalcavia). – 8. Considerazioni conclusive: sul ruolo dell'offesa *antigiuridica*, anche in rapporto al nodo dell'errore, nonché sulla peculiare pertinenza delle problematiche considerate rispetto al diritto penale dell'economia.

1. Il tema esige – ove ci si voglia affrancare da approcci orientati, in pratica, a una larga disponibilità degli esiti processuali o, comunque, dalla suggestione dei punti di vista *à la page* – l'inquadramento, forse temerario, in una *visione d'insieme* seppur solo abbozzata, nel rispetto delle norme di parte generale, sui modi in cui si manifesta il raccordo fra dimensione oggettiva e soggettiva del fatto tipico. Con due premesse.

1.1. Va rimarcato, innanzitutto, che l'*ancoramento alla realtà* – anche alla realtà psicologica, non meno *effettiva*, nonostante le difficoltà probatorie, di quella fisica – costituisce fattore indispensabile affinché la dogmatica possa mantenere una legittima autonomia, e dunque una funzione garantista, rispetto alla politica criminale, autonomia che non implica contrapposizione, risultando essenziale, piuttosto, all'operatività di una *buona* politica criminale (1).

(1) Appare significativo come lo stesso Claus Roxin, nel suo ben noto percorso di inquadramento teleologico delle categorie penalistiche, pervenga a sottolineare l'esigenza di "un'apertura alla realtà della dogmatica" e a riconoscere, sul tema il cui studio ha segnato maggiormente tale percorso, che "la punibilità esige sempre una colpevolezza, [la quale] in quanto 'agire illecito nonostante la motivabilità normativa', è indipendente da tutti i bisogni di prevenzione", ma non è da sola sufficiente all'imputazione di una responsabilità penale (si veda C. ROXIN, *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, in part. pp. 179 e 188 s.; circa gli svolgimenti anteriori del pensiero di tale Autore in tema di rapporti fra colpevolezza e prevenzione si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione. [II] L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1315 ss.). Ciò significa che una valida politica criminale, in un sistema di risposta ai reati che non voglia essere di tipo *assoluto*, *deve* orientare il legislatore penale nella utilizzazione dei dati, di ordine oggettivo e soggettivo, riferibili all'accadimento storico qualificato come criminoso, ma *non deve* manipolare la ricostruzione di quei dati. Proprio la salvaguardia di quest'ultima esigenza costituisce componente essenziale del compito spettante alla dogmatica: una dogmatica non sterile, infatti, è chiamata a sedimentare, affinandoli, i criteri applicativi tipici – secondo i principi costituzionali – di una strategia politico-criminale conforme a standard elevati di civiltà, evitando nei limiti del possibile che l'ordinamento, in sede legislativa e nella prassi, ceda alle ricorrenti lusinghe delle politiche criminali di basso profilo: ma un simile obiettivo resterebbe lettera morta se la dogmatica non fosse in grado di assicurare innanzitutto che l'oggetto dell'intervento penalistico, il fatto costituente reato, sia recepito e valutato dal diritto secondo quanto *effettivamente* (sul piano della causalità, come su quello della rappresentazione o della volizione) risulti accaduto, e non secondo precomprensioni rispondenti a messaggi che i giudici o lo stesso legislatore, date talune circostanze, intendano lanciare, *costi quel che costi*, alla pubblica opinione. Ne deriva, fra l'altro, l'opportunità di riconsiderare la visione che tradizionalmente individua nell'apertura alla politica criminale il mezzo necessario per creare un collegamento fra categorie penalistiche e scienze fondamentali (cfr. da ultimo M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1998, 3, p. 37 ss.): posto che tale

Sussistono infatti ragioni intuibili e assai fondate, a quest'ultimo proposito, per ritenere che una psicologia penalistica – secondo la nota descrizione di Paul Bockelmann – *esoterica, laica (!?), orientata allo scopo* (2) risulti funzionale non già alle esigenze di una prevenzione *efficace*, bensì a quelle di una prevenzione *simbolica*.

Ciò considerato, non può non porsi a premessa di qualsiasi riflessione sul tema in esame la circostanza per cui l'orientamento a uno scopo – vale a dire, per quanto a noi preme, l'*intenzionalità* – è aspetto operante in qualsiasi condotta umana cosciente e volontaria.

Tutto questo è stato trascurato, come si sa, dall'opinione secondo cui potrebbe parlarsi del *volere*, nell'ottica delle scienze di base, con riguardo esclusivo alla condotta intesa come movimento corporeo (conformemente alla nozione di cui all'art. 42 c.p.), quasi che ogni movimento volontario – ogni *azione* – non abbia una prospettiva finalistica eccedente il medesimo la quale, psicologicamente, *gli dà causa* e, in tal senso, *lo spiega*.

La ricerca psicologica degli ultimi anni ha fatto giustizia, peraltro, di indirizzi sensibili alla mera dimensione cognitiva della mente umana, dedicando molteplici studi al ruolo fondamentale che assume l'instaurarsi in quest'ultima della decisione di perseguire un determinato obiettivo, vale a dire, secondo l'espressione anglosassone, di una *intention in action* che dà luogo a un progetto d'intervento sul mondo esterno, il quale verrà realizzato attraverso specifici atti strumentali (3).

Rispetto a qualsiasi condotta umana (fatte salve, come più oltre vedremo, considerazioni peculiari in tema di omissione) si tratta dunque di evidenziare prioritariamente, anche dal punto di vista del diritto penale, la prospettiva finalistica (l'*intenzione*) che in termini psichici le abbia dato causa, traendone conseguenze dogmatiche coerenti – per il caso in cui a tale condotta sia riconducibile il prodursi di un reato – circa la distinzione fra illeciti dolosi e colposi (4).

1.2. In secondo luogo pare utile ridimensionare alla sfera dell'analisi critica, invece di farne un caposaldo dogmatico, l'assunto dell'esistenza di nozioni *variegate* del dolo. E ciò nonostante la consapevolezza, evidenziata in molti studi recenti, delle peculiarità problematiche proprie dei tipi di reato doloso che si distanziano dal modello imperniato sulla fattispecie classica dell'omicidio.

Solo una valorizzazione di quanto contraddistingua unitariamente, rappresentandone il nucleo contenutistico irrinunciabile, ciascuna delle forme base, quella dolosa e quella colposa, dell'imputazione soggettiva può infatti essere in grado di assumere portata critica sia nei confronti degli orientamenti giurisprudenziali, sia nei confronti delle scelte legislative (5): non dimenticando, per l'appunto, che destinatario dell'elaborazione dottrinale è *anche* il legislatore.

Ove una simile chiarificazione non fosse perseguita si correrebbe il rischio del ritorno più o meno surrettizio a concezioni *metodologiche* disposte a recepire, una volta svuotate di contenuto le categorie teoriche portanti, qualsiasi ulteriore modello di imputazione della responsabilità penale che si ritenga deducibile da singoli testi normativi, se non addirittura a prendere atto delle prassi *quasi legislative* facenti capo, in proposito, all'attività della giurisprudenza.

Le riflessioni che seguiranno vorrebbero contribuire a delineare linee di demarcazione non aleatorie fra dolo e colpa, evidenziando ciò che risulta comune, nell'ambito della teoria del reato, a tali categorie e ciò che strutturalmente le contraddistingue.

collegamento costituisce un'esigenza *intrinseca* alla stessa elaborazione dogmatica, cui permette di non assumere il ruolo di un mero edificio concettualistico potenzialmente ancillare rispetto a *qualsiasi* politica criminale.

(2) Cfr. P. BOCKELMANN, *Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, in *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Göttingen 1968, p. 252 ss.

(3) Si consenta il rinvio, per i necessari riferimenti, a L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 13 ss.

(4) Il fatto che ogni azione, e dunque anche ogni azione penalmente rilevante, abbia uno scopo non implica, peraltro, che una certa azione sia penalmente rilevante in forza dello scopo cui risulti finalizzata: non è pertanto reperibile un fattore il quale caratterizzi unitariamente sul piano dell'orientamento finalistico le diverse tipologie di condotte costituenti reato.

(5) Altro, del resto, è una definizione nitida, controllabile sul piano politico-criminale, delle conseguenze che si vogliano riferite ai diversi *status* psicologici del soggetto autore di reato, altro è l'ammissione di una manipolabilità descrittiva degli *status* suddetti, che pregiudica la coerenza delle conseguenze summenzionate e ostacola, comunque, la lettura delle opzioni politico-criminali ad esse effettivamente soggiacenti.

2. Muoviamo nell'argomentazione, a ritroso, dall'evento, secondo l'iter metodologico che è chiamato a percorrere il giudice, e, su questa via, da ciò che l'imputazione per colpa e per dolo, nell'ambito del fatto tipico, *condividono*.

2.1. A questo proposito non è forse inutile rimarcare, innanzitutto, che colpa e dolo costituiscono elementi *autonomi* e (alternativamente) *necessari* affinché un reato sussista, quali componenti del fatto tipico e condizioni base del rimprovero di colpevolezza: essi, pertanto, non possono essere assorbiti in altri elementi del reato – in particolare, nella *suitas* della condotta – o *scomparire* in forza della disciplina di altri istituti, come per esempio è accaduto, fino al 1988, con la punibilità per dolo *senza (nemmeno) colpa*, e come continua ad accadere ammettendosi spazi nient'affatto marginali di punibilità per dolo *della colpa*, a seguito di quanto previsto dall'art. 5 c.p. (6).

Qualora colpa o dolo siano privi di contenuto proprio, perché il riconoscimento formale del loro sussistere nulla aggiunge a ciò che già assume rilievo, nell'ambito della fattispecie tipica o della colpevolezza, *ad altro titolo*, non può esservi reato (laddove sussista solo colpa non può esservi reato *doloso*), mancando requisiti attinenti, *ex art. 43 c.p.*, alla definizione di quest'ultimo tratteggiata nel titolo III, capo I, del codice penale (7); in simili ipotesi, del resto, l'intervento punitivo risulterebbe incompatibile con la Costituzione, data la riconducibilità ormai acquisita all'art. 27, 1° comma, del principio di colpevolezza (8).

Dal che si evince come un *actus humanus* possa rilevare penalmente solo quando la volontà o, in sua assenza (ferme le condizioni di cui all'art. 42²⁻⁴ c.p.), il mero atteggiamento negligente investano un oggetto che si ponga, in qualità di *evento*, al di là della condotta, risultando da essa distinguibile e costituendone in senso causale un esito offensivo (9) riferito – secondo le modalità di aggressione considerate significative dal legislatore (10) – a un determinato bene giuridico.

L'evento, in quest'ottica, si rivela aspetto essenziale *di qualsiasi reato*, individuando l'accadimento lesivo (o pericoloso) considerato rilevante dal diritto penale se prodotto da una condotta umana che abbia, come vedremo, determinate caratteristiche e se rispetto ad esso sussistano il dolo o, quando tale forma di imputazione sia prevista, la colpa.

2.2. Dato un evento concreto di interesse penalistico, pertanto, si tratta in primo luogo di stabilire se vi sia fra i suoi presupposti causali una condotta umana.

A tal fine, enunciata l'ipotesi che una certa condotta, di fatto verificatasi, ne faccia parte, potrà sostenersi, come ben si sa, che essa abbia effettivamente avuto significato causale ove risulti condizione necessaria dell'evento medesimo, vale a dire ove si manifesti applicabile nei suoi confronti la formula

(6) Si veda *infra*, 8.1.

(7) Conclusione, questa, che trova (paradossale) conferma nella *riserva di legge* – da intendersi, se si vuole attribuirle un significato logico alla luce dell'art. 1 c.p., come limitazione a ipotesi *esplicitamente previste* – cui il codice Rocco decise di subordinare, *ex art. 42³*, la stessa introduzione di casi “nei quali l'evento è posto *altrimenti* a carico dell'agente”.

(8) Che dovrebbe essere letto anche nel senso secondo cui non può essere considerato *personale* il *surplus* della responsabilità a titolo di dolo, ove dal punto di vista sostanziale sussista *solo* la colpa.

(9) Pur ove si escluda che possa opporsi una contro-opinione personale all'offensività che indiscutibilmente sia ravvisata dalla fattispecie di reato nelle conseguenze di una certa condotta, occorre ai fini della rilevanza penale, nel caso in cui una tale contro-opinione sussista, che venga rappresentato e voluto ciò che il soggetto agente *sa* essere considerato lesivo dalla legge oppure (ma si tratterebbe senza dubbio di colpa: cfr. *infra*, 8.1) che tale qualifica di offensività, non percepita nemmeno come portato di un'indicazione normativa, risulti *conoscibile*.

(10) Circa le ipotesi di pericolo *presunto* (impregiudicata la considerazione delle problematiche ulteriori) risulterà necessario come oggetto del dolo e riferimento di un'eventuale rimprovero colposo il sussistere, quantomeno, degli elementi che diano luogo al contesto situazionale, presupposto dal legislatore, cui (razionalmente) sia *ex ante* ricollegabile l'esistenza di un potenziale pericolo per il bene tutelato, sempre che l'insorgere stesso del pericolo non risulti già a priori *da escludersi*.

della *condicio sine qua non*, nella quale si esprime la nozione *logica* di causa (11): e ciò accade allorché possa essere reperita una regolarità di implicazione – una *legge scientifica* (12) – fra uno o più aspetti ripetibili della condotta presa in esame e gli aspetti dell'accadimento realizzatosi che consentono di inquadrarlo nel tipo di evento delineato dalla fattispecie incriminatrice (13).

Perché l'affermazione del nesso causale sia *certa*, com'è ovviamente dovuto in un ordinamento garantistico di matrice liberale, dovrebbero assumere rilievo, a tal fine, solo leggi universali, del tipo *dato A, allora sempre B*. Se la legge è davvero universale, infatti, l'accertato sussistere dell'antecedente *A* implica l'essersi verificato di un evento del tipo *B*, quantomeno ove il decorso causale non abbia subito cesure (a rigore, infatti, perfino nel caso in cui la legge individuata fosse di tipo universale non si potrebbe ancora affermare che l'evento *B* abbia avuto come condizione necessaria proprio la condotta *A* in rapporto alla quale tale legge si dimostra pertinente, sussistendo la possibilità che il medesimo evento *B* sia stato prodotto da una serie causale *diversa* da quella di cui simile condotta fa parte, vale a dire da una serie causale che comprenda, a sua volta, almeno un fattore ricollegabile attraverso una legge scientifica al tipo di evento verificatosi) (14).

Resta peraltro il rischio che le leggi dichiarate universali non lo siano in maniera rigorosa o che si faccia ambigualmente riferimento a leggi *pressoché* universali (del resto, le stesse leggi accertabili dall'uomo come universali non risultano suscettibili di un numero infinito di verifiche, tale che il loro carattere universale possa essere affermato in modo assoluto): vale a dire il rischio che non essendo davvero universale la legge pertinente nel rapporto fra *C* ed *E*, l'accadimento *E* di fatto verificatosi si sia prodotto in conseguenza di un fattore diverso da *C*.

Conseguentemente, si manifesta necessario esigere che l'iter della spiegazione prosegua applicando criteri capaci di azzerare (di ridurre a un'incidenza statistica contigua allo zero) la possibilità che l'evento derivi da una condotta, anch'essa potenzialmente causale, alternativa rispetto a quella presa in

(11) Evidenzia peraltro come “il tipo di necessità che si può attribuire alle leggi fisiche ... non è certamente una pura necessità *logica* (tant'è vero che per stabilire dette leggi è indispensabile ricorrere all'esperienza)” e propone una sintesi delle note ragioni, di cui in breve si dirà anche nel testo, per cui il ricorso al modello nomologico-deduttivo consente una ricerca delle cause di un evento che resta caratterizzata dalla *relatività* *E*. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393 ss.

(12) La quale ai fini dell'imputazione soggettiva dovrà risultare già nota all'epoca della condotta (ai fini del dolo e della colpa cosciente chi agisce dovrà rappresentarsi l'attitudine causale della condotta, mentre ai fini della colpa incosciente tale efficacia dovrà risultare conoscibile). Ove l'evento si sia prodotto, ma secondo modalità causali *diverse* da quelle oggetto di rappresentazione (*aberratio causae*), abbiamo una condotta che non ha operato nel senso in forza del quale il soggetto l'ha posta in essere, ma che ha dato luogo al rischio, concretizzatosi, di una diversa modalità realizzativa dell'evento: una situazione che si rivela incompatibile con la responsabilità dolosa per l'evento prodottosi come delineata nel sistema vigente (cfr. anche C. F. GROSSO, voce *Dolo [dir. pen.]*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989, p. 6, nonché G.A. DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998, p. 135 ss.). Vedremo, d'altra parte, che nel diritto penale rilevano soltanto condotte costituenti la violazione di una regola di diligenza, per cui costituirà *oggetto del dolo* l'inosservanza di una *ben precisa* norma cautelare, inosservanza suscettibile di produrre l'evento secondo *specifiche* modalità causali. Ove così non fosse, ne deriverebbe, per taluni profili, un'applicazione analogica *in malam partem* alla problematica in esame della disciplina, già in sé tutt'altro che razionale nell'ambito del sistema, relativa all'*aberratio ictus* e una disparità di trattamento, per gli aspetti che l'*aberratio causae* condivide con l'*aberratio delicti*, rispetto alla disciplina di quest'ultimo istituto. Ove si trascurassero simili considerazioni, inoltre, si aprirebbe la strada al pericolo di non tener conto – punendo addirittura per reato (consumato) doloso – dell'eventuale *inidoneità* della condotta (*ex art. 49 c.p.*) a operare nel senso *voluta* dal soggetto agente. Si veda anche *infra*, nota 68.

(13) Valga il rinvio, sull'intera problematica, a F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione e evento*, Milano 1975, p. 67 ss.

(14) Invero potrei avere una legge senza alcun dubbio *universale* solo se potessi conoscere, e dunque controllare, tutte le concause *necessarie* (v. *infra*, nel testo), così da poter affermare *in senso deduttivo*, essendo esse date, che sussistendo *C*, allora sempre *E*. Logicamente neppure in questo caso, peraltro, potrei escludere che il medesimo evento *E*, che si suppone descrivibile a simili condizioni in modo quanto mai approfondito, possa essere stato prodotto, in tutte le sue caratteristiche specifiche, da una sequenza deterministica alternativa, sebbene ciò risulti, in effetti, alquanto improbabile. Nella pratica, la distinzione è tra leggi, per così dire, *relativamente* universali, tali per cui, cioè, si constata empiricamente che in un certo contesto conoscitivo *pur limitato* il rapporto di implicazione fra *C* ed *E* non è mai smentito (meglio: che finora quest'ultimo non è mai stato smentito), e leggi *statistiche*, tali per cui, dato *C*, *E* risulta verificarsi in una percentuale sostanzialmente costante di casi (il che rimanda all'operatività di fattori non noti che condizionano la rilevanza o meno del fattore *C*).

considerazione, cioè di azzerare l'incidenza della problematica concernente la c.d. *pluralità delle cause*: criteri che consistono, com'è noto, nella descrizione più accurata possibile dell'evento, tale da restringere al massimo il ventaglio degli eventuali antecedenti causali di per sé compatibili, a loro volta sulla base di una legge scientifica, con l'evento medesimo, e nella verifica storica di quali degli antecedenti alternativi potenzialmente causali risultino in realtà essersi realizzati nella vicenda di cui si discute.

Di accertamento del nesso causale potrà parlarsi ove siano state prese in considerazione tutte le alternative causalmente plausibili (restando aperto il problema di alternative esistenti, ma *non note*) e queste, utilizzando i criteri suddetti, si riducano *a una soltanto*.

Applicando simili criteri, inoltre, si sarà in grado di aspirare, escludendo ipotizzabili spiegazioni causali alternative, a un livello – mai derogabile – *contiguo alla certezza* (a scanso di equivoci: il 99,9 per cento) della credibilità logica relativa alla spiegazione concernente il nesso di causalità anche nel caso in cui vengano utilizzate leggi di tipo *statistico* (15).

Da ultimo deve tenersi presente che qualsiasi antecedente del quale possa dirsi, secondo l'iter descritto, che costituisce una condizione *necessaria* dell'evento è parte, come già si osservava, di una serie causale – di una trama fittissima di *concause* – tale che solo la sua (improponibile) ricostruzione completa sarebbe in grado di descrivere la condizione *sufficiente* al verificarsi dell'evento.

Di queste concause la maggior parte sono costituite da elementi fisico-naturalistici che, per la loro stabilità, non appaiono in grado di differenziare l'incidenza causale, nelle diverse situazioni concrete, delle singole condotte riconducibili al tipo di quella identificata come condizione necessaria dell'evento di cui si discute e che, pertanto, non vengono presi in considerazione – facendosi implicito ricorso alla clausola *ceteris paribus* – dalla legge scientifica pertinente nel rapporto fra il medesimo e il tipo di condotta summenzionato: il problema, semmai, è dato ancora una volta dalla presenza, amplissima, di elementi non noti, la cui neutralità circa il ruolo svolto dall'una o dall'altra condotta umana può essere argomentata in base a dati esperienziali, ma non può essere sostenuta in modo assolutamente sicuro.

Quasi sempre, tuttavia, sono rinvenibili nell'ambito della serie causale rilevante *condotte* – cioè fattori *umani* – ulteriori, talora remote, rispetto a quella presa in esame, le quali risultano esse pure aver operato come condizioni necessarie dell'evento penalmente significativo. E proprio questa circostanza rende più evidente la necessità di rispondere alla domanda se davvero rilevi, ai fini penalistici, *qualsiasi* condotta che risulti (*ex post*) causale, o se debba individuarsi, in proposito, un *criterio di selezione*.

(15) Di per sé il fatto che C produca E *sempre* oppure *in una certa percentuale di casi* non incide logicamente, *una volta che davvero possano dirsi escluse spiegazioni alternative di E*, sulla attendibilità della conclusione che E sia stato cagionato da C. Tuttavia meno elevato è il livello dell'implicazione statistica espressa dalla legge pertinente nel rapporto fra C ed E, più estesi devono ritenersi i margini di incertezza relativi al meccanismo di produzione del fenomeno E (se essi non fossero così incerti, infatti, sarebbe congruo attendersi la formulazione di una legge *più circostanziata*, espressiva di una probabilità statistica maggiore). Ciò significa che restano nell'ombra interazioni sicuramente rilevanti fra C e altri fattori non noti: C rivela una scarsa efficienza causale rispetto a E, il che è compatibile sia con l'intervento di fattori impeditivi rispetto all'intrinseca efficienza di C, sia con l'eventualità (da non escludersi, di per sé, nemmeno in rapporto alle leggi *relativamente universali*) che siano *altri* i fattori determinanti (*efficienti*) rispetto al prodursi di E, fattori i quali possono operare insieme a C, ma anche in presenza di circostanze diverse da C. Quest'ultima constatazione, però, incide sul livello della probabilità che E sia stato prodotto da antecedenti non noti e in modo autonomo rispetto a C, laddove tale livello, come s'è detto, dovrebbe tendere a zero. Da ultimo, va precisato il significato dell'emergere di un distinguo fra condizioni (*ex post*) necessarie, *efficienti e non*: sussistendo, poniamo, la regolarità secondo cui all'assunzione di una certa sostanza X consegue sempre o in una data percentuale di casi l'effetto Y, ma nulla potendosi dire sul *principio attivo* P che agisca (non potendosi cioè spiegare *perché* si abbia l'effetto Y), si avrà che P – *c.s.q.n. efficiente*, nel nostro caso ignota – si differenzia da X perché potrebbe risultare causale anche in circostanze diverse da quelle che lo associano a X (ipotesi tanto più probabile ove la regolarità riconosciuta fra X e Y sia di tipo statistico, specie se caratterizzata da un rapporto di implicazione non particolarmente elevato), mentre X, ove pure si riveli *c.s.q.n.*, non potrebbe essere tale in assenza di P. Sul rapporto fra utilizzazione di leggi statistiche e livello di probabilità logica della spiegazione causale cfr. F. STELLA, *op. cit.*, in part. p. 311 ss.; M. 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.*, 1998, p. 47 ss.

2.3. La risposta non può che muovere nel secondo senso, posto che risulterebbe contraddittoria l'imputazione di conseguenze, più o meno indirette, di un certo tipo di condotta quando il *controllo del rischio* relativo al loro verificarsi *non fosse richiesto*, dal punto di vista giuridico, all'agente (16), 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 verificchino*.

Se tutte le conseguenze dell'agire dovessero essere (oggettivamente) *imputate*, l'unica via sicura di salvezza, come evidenziano certe correnti della filosofia orientale, sarebbe una sistematica inerzia operativa (17). Né varrebbe far leva, onde escludere il reato, sulla possibilità di sostenere – in un secondo tempo – la non prevedibilità o la non evitabilità (soggettiva) di una certa conseguenza, dato che l'individuo pensoso, come il *guru* indiano, quasi sempre sa bene che una sua condotta liberamente adottata *con le migliori intenzioni* potrebbe avere, secondo ricorrenze statistiche quantificabili, effetti indesiderati o che, in aggiunta agli effetti perseguiti, sicuramente ne avrà (si pensi solo all'ipotesi di uno sfruttamento della medesima, per fini illeciti, da parte di altri). Chi costruisce una strada – può essere una metafora di innumerevoli situazioni ulteriori, estensibili fino al citatissimo estremo costituito dalla procreazione del (futuro) omicida (18) – sa che potrebbe essere utilizzata da malfattori, e chi applica al malato una terapia necessaria sovente è ben consapevole del tasso di probabilità relativo alla comparsa di effetti collaterali controproducenti.

Si tratta di constatazioni le quali, ovviamente, nulla tolgono al fatto che da un punto di vista anteriore alla condotta determinati rischi debbano essere *azzerati*, mediante il ricorso a idonei presidi tecnici (l'utilizzazione di un aeromobile deve avvenire in condizioni tali che ogni rischio potenziale di incidente in volo sia sotto pieno controllo), seppure non possa essere esclusa la consapevolezza, alla luce dei dati statistici raccolti a posteriori, della probabilità che anche per il futuro qualche *evento avverso* si verifichi. Un dato, quest'ultimo, il quale rimanda alla scelta sociale e giuridica circa i margini di tollerabilità dei tassi di fallimento *ex post*, per qualsiasi ragione (errore umano compreso), relativi ai presidi adottati (19): con riguardo, per esempio, ai rischi derivanti dalla produzione di energia elettrica mediante centrali nucleari si è ritenuto, in Italia, che l'impossibilità di annullare in assoluto l'incidenza di quei tassi (un solo fallimento potrebbe avere conseguenze devastanti) precluda l'attivazione stessa di simili centrali (20).

Tanto più il problema emerge allorché non s'intenda rinunciare ai benefici, certi o probabili, derivanti da una determinata condotta, seppure il rischio di costi indesiderati appaia già *ab initio* come non del tutto controllabile (vi è in ogni caso un *continuum* rispetto alle situazioni poco sopra descritte, che diventa ancor più palese ove si tenga conto della variabile errore umano e della variabile riferita all'incidenza, più o meno prevedibile, sugli esiti della condotta di ulteriori condotte volontarie altrui).

Di certo le delicate ponderazioni imposte, in rapporto ai beni in gioco, da quanto s'è detto dovrebbero dar luogo a precetti percepibili da ciascun individuo nel momento della decisione relativa all'*agire*, e non essere il frutto, conoscibile solo *ex post*, del giudizio penalistico. Se il rapporto fra esseri umani e natura è segnato da una sola parziale dominabilità dei meccanismi eziologici, chi mediti di tenere una qualche condotta deve poter aver chiaro, in altre parole, il quadro dei *doveri* la cui ottemperanza si impone, onde salvaguardare beni fondamentali, in relazione al progetto comportamentale che va considerando o, meglio, in relazione alle ipotizzabili conseguenze penalmente significative del medesimo.

(16) Oppure quando la percezione stessa del rischio gli fosse *impossibile*.

(17) Almeno fintantoché non venga sanzionato il cagionare un evento mediante omissione: ma proprio il fatto che ciò sia previsto contribuisce a dimostrare che penalmente non rileva affatto (si veda *infra*, 2.4) la causalità riferibile *tout court* a una condotta, bensì solo la causalità riferibile alla violazione di un *dovere finalizzato a evitare il prodursi dell'evento verificatosi*, sia esso espresso come dovere di impedire o come dovere di attenersi a una regola cautelare (constateremo che queste due situazioni descrivono una medesima realtà sostanziale).

(18) Cfr. per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Bologna, 1995, p. 200.

(19) Si veda *infra*, 4.2.

(20) Il fatto stesso di una tale attivazione costituirebbe dunque nel nostro Paese, al di là delle modalità tecniche che la caratterizzano, violazione di una regola di diligenza (si veda *infra*, 2.4).

2.4. La condotta che, dunque, ha rilievo per il diritto penale – a ciò conduce, del resto, la riflessione sviluppata negli ultimi decenni dalla dottrina (21) – 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) (22), e specificamente di una regola finalizzata a evitare il prodursi di un evento, da intendersi nell’accezione in precedenza descritta, *del tipo di quello realizzatosi* (23).

Sussiste infatti la violazione di una simile regola sia quando non vengano rispettati i criteri di esercizio corretto, significativi onde evitare la lesione di un certo bene, concernenti un’attività lecita di base, sia quando si tenga un comportamento – per esempio, orientare il colpo di un’arma da fuoco verso il corpo di un individuo umano – l’astensione complessiva dal quale è necessaria, in radice (e pertanto *dovuta*), al medesimo scopo (24).

La circostanza, poi, che debba risultare trasgredita, ai fini del reato, non una qualsiasi regola cautelare, ma una regola specificamente orientata a evitare, nella situazione concreta, il realizzarsi del tipo di evento verificatosi significa che la condotta posta in essere dall’agente deve *sempre* aver prodotto, *ex ante*, un *aumento significativo del rischio* di effettiva realizzazione dell’evento successivamente intervenuto.

Da quanto detto consegue che le sole condotte *causali* suscettibili di rilievo penalistico sono quelle a un tempo implicanti, secondo le caratteristiche delineate, il mancato rispetto di una *regola di diligenza*: in altre parole, che 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* (25).

Ove, per esempio, risulti che Caio sia stato investito dall’automobile guidata da Tizio non assume interesse alcuno ai fini del reato di lesioni il fatto che Tizio, senza dubbio, abbia cagionato quell’evento

(21) Cfr. soprattutto, anche per la ricostruzione storico-dogmatica, G. MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell’evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

(22) Sull’uso delle terminologie *regola di diligenza* e *norma cautelare* si veda *infra*, nota 24. Nell’ottica delineata emerge in tutta la sua delicatezza, anche con riguardo al principio di legalità, il nodo concernente la definizione delle regole suddette e, pertanto, dei *doveri* di diligenza, posto che far leva sulla *prevedibilità* e sull’*evitabilità causale* dell’evento, seppur riferendosi al c.d. agente modello, non risulta affatto – come poco sopra si evidenziava – risolutivo (si veda con maggiore ampiezza *infra*, 4.2).

(23) Sono risolvibili su questa base sia le questioni attinenti al concorso di cause, sia, per quel che concerne la ricostruzione del dovere obiettivo di diligenza, le delicate problematiche attinenti al principio di *affidamento* (cfr. anche *infra*, nota 71), configurabili pure *in re illicita* (si pensi, circa l’imputazione per omicidio, all’ipotesi di chi onde sfuggire alla cattura abbia provvato in mare la mera caduta in acqua di un agente della forza pubblica rivelatosi non in grado di nuotare, dando per scontato che il medesimo, per le funzioni svolte, fosse comunque munito, contrariamente alla realtà, del giubbotto di salvataggio: cfr. anche *infra*, nota 99).

(24) Il fatto che a una determinata condotta sia *strettamente connesso* (quali ne siano le modalità di esecuzione) il realizzarsi dell’evento penalmente significativo nulla toglie alla configurabilità della medesima quale violazione di una regola di diligenza (tale configurabilità ne risulta semmai rafforzata: si pensi all’esempio stesso dell’apprendere il portafogli dalla borsetta aperta di una signora rispetto al delitto di furto, esempio addotto da A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 796, onde mettere in discussione la ragionevolezza del verificare in una simile ipotesi la violazione di regole cautelari); del resto, anche nelle ipotesi in cui il sussistere dell’illecito penale, data una certa condotta, appare più scontato (si pensi ai reati di *pura condotta*), tener per fermo che deve pur sempre trattarsi della violazione di una regola di diligenza aiuta, come si vedrà, a non attribuire rilievo automatico all’esistenza di quel tipo di condotta, e dunque a interrogarsi, per esempio, sulla sua antiguridicità e sulla sua offensività. Resta ovviamente del tutto legittimo distinguere, nell’ambito delle regole di diligenza, sottospecie ulteriori di regole, per esempio quelle – ordinariamente definite *cautelari* – che presuppongono una certa condotta (anche illecita) di base: purché ciò non distolga dal percepire l’unitarietà della categoria, vale a dire il fatto che tutte le regole di diligenza sono finalizzate a far sì che non si realizzi una certa offesa (in termini di danno o di messa in pericolo del bene protetto), 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 corrispondano a quelli descritti in una fattispecie incriminatrice. Per questi motivi le espressioni *regola di diligenza* e *regola cautelare* (o *precauzionale*) sono per lo più utilizzate, nel testo, come sinonimi.

(25) Ne deriva, a sua volta, che la seconda di tali nozioni *non attiene* (si veda più ampiamente *infra*, 3) al solo reato colposo.

naturalistico penalmente significativo con una propria condotta, bensì soltanto l'interrogativo se l'evento sia stato prodotto da una condotta di Tizio non conforme al rispetto di regole cautelari finalizzate a evitarlo (se le lesioni, poniamo, si configurino o meno come conseguenza *dell'eccessiva velocità* tenuta da Tizio: tanto è vero che nel caso in cui emerga l'irrelevanza del *surplus* di velocità, in quanto l'investimento si sarebbe prodotto anche ottemperando alla regola violata, *non c'è reato*).

Dati questi rilievi, cercheremo di evidenziarne, nel prosieguo, alcuni corollari, in conformità all'impianto delineato dal *libro I, titolo terzo*, del codice vigente.

3. Constatato che la condotta causalmente significativa deve rappresentare, *in qualsiasi illecito penale*, la violazione di una regola di diligenza, 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.

In questo senso, 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 (26).

3.1. Perché ciò emerga con chiarezza è indispensabile, peraltro, una distinzione, omettendo la quale diviene assai facile l'insorgere di equivoci.

3.1.1. Sussistono, innanzitutto, i casi (A) in cui la non osservanza della regola cautelare si identifica *tout court* con l'azione – intesa in senso proprio, quale condotta *commissiva* – naturalisticamente causale, vale a dire i casi in cui l'*agire antidoveroso* non costituisce modalità di una condotta complessiva più ampia e, dunque, *non s'innesta* su un comportamento lecito di base (27): il che avviene, in particolare, nella quasi totalità delle condotte commissive dolose (nel senso di *intenzionali*), poiché in esse l'obiettivo di cagionare l'evento fa sì, per lo più, che si scelga *direttamente* di agire violando doveri (elementari) di diligenza (nelle fattispecie non causalmente orientate, anzi, la legge stessa descrive le modalità che rendono illecito perseguire un certo risultato, circostanza la quale conferma l'inadeguatezza, affinché il dolo abbia rilievo penale, della *mera* volizione psicologica di un evento e, dunque, il ruolo essenziale che gioca anche nei reati dolosi la trasgressione dei doveri suddetti) (28).

In un simile contesto aver accertato la causalità dell'azione – di una condotta la quale *nella sua interezza* non sia conforme a una regola cautelare – *significa già* aver provato l'evitabilità dell'evento, posto che ipotizzare la presenza della condotta doverosa vorrebbe dire pensare *tout court* inesistente la condotta causale (che tale si configuri, ovviamente, sulla base di una corretta argomentazione in tema di pluralità delle cause). E ciò rende di fatto inutile interrogarsi sull'evitabilità dell'evento, ma non perché questo requisito non risulti necessario ai fini causali, bensì perché esso viene *assorbito* nella prova della causalità relativa al comportamento naturalistico complessivo dell'agente.

3.1.2. Ciò precisato, vanno presi in considerazione *tutti gli altri casi (B)* in cui sussiste un illecito penale, i quali si caratterizzano per il fatto che in essi la prova della causalità esige di operare, comunque, un giudizio ipotetico controfattuale riferito alla presenza di una condotta che si sarebbe

(26) Cfr., sul tema, i riferimenti di cui in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 435 ss. (in part. nota 182).

(27) O su un comportamento di base per sé illecito, ma non in rapporto alle esigenze di prevenzione dell'evento che si consideri (cfr. *infra*, 3.1.2.1). Cfr. circa i casi in oggetto le puntuali considerazioni svolte da M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 141 s.

(28) La scelta di violare una regola di diligenza caratterizza, ovviamente, *tutte* le condotte dolose: ma in quelle omissive (essenzialmente omissive *proprie*: cfr. *infra*, 3.1.2.2, in part. nota 37) la violazione si instaura su un accadimento di base da essa distinto il quale produce *in modo autonomo* l'insieme dei fattori che porterebbero alla lesione o alla messa in pericolo del bene protetto *se* non ci si attivasse adempiendo al comando (la regola di diligenza) espresso nel precetto penale.

dovuta tenere, ma *non c'è stata* (mentre per quel che concerne le situazioni del primo gruppo la prova suddetta si esaurisce nel giudizio controfattuale riferito all'assenza di un'azione *che c'è stata*) (29).

Anche in tutti questi casi l'accertamento causale che risulta *decisivo* per l'imputazione penalistica dell'esito di una certa condotta si identifica, a ben vedere, col giudizio circa l'evitabilità di tale esito ove un pertinente *dovere* fosse stato adempiuto: posto che, si noti bene, *solo* l'ambito di quanto è richiesto come *doveroso* definisce i contorni dell'agire penalmente significativo, entro i quali *non rientra* il tenere un comportamento per sé consentito (cioè non risultante *già come tale* in contrasto con obblighi precauzionali), né, tantomeno, l'evanescenza del mero *non fare*.

3.1.2.1. Muoviamo, per una verifica, dalle ipotesi commissive (*BI*). In esse la violazione della regola di diligenza si innesta su un'attività irrilevante in senso precauzionale rispetto al reato di cui ci si occupi, attività il più delle volte penalmente lecita, ma che potrebbe pur sempre risultare significativa ai fini di un altro reato: e infatti – per quanto l'eredità psicologica del *versari in re illicita* faccia apparire curioso parlare di osservanza delle regole cautelari rilevanti circa la prevenzione del reato B ove la condotta abbia trasgredito le regole rilevanti circa la prevenzione del reato A, dal quale B sia derivato – deve ammettersi che la sfera delle condotte antidoverose con riguardo alle esigenze preventive giuridicamente riconosciute di un certo reato non è sovrapponibile alla sfera delle condotte antidoverose con riguardo alle analoghe esigenze concernenti un altro reato, seppure il primo, in via eccezionale, possa aver costituito *c.s.q.n.* del secondo; non si tratta, dunque, di discutere se il reato R_1 , come talora viene affermato in senso critico, sia stato posto in essere *diligentemente*, onde evitare il prodursi (anche) di R_2 , bensì di discutere se nel realizzare, violando regole cautelari, il reato R_1 sia stata o meno oltrepassata la soglia di quanto venga ritenuto giuridicamente intollerabile in ordine al fine di evitare il prodursi del reato R_2 (30).

Ferme queste considerazioni, il caso (*BI/1*) per così dire ordinario (o meglio, quello che, invero indebitamente, viene non di rado proposto come *unico* modello della violazione di un dovere di diligenza) si ha quando una specifica condotta C di base è autorizzata a condizione che la si realizzi *in un certo modo*, vale a dire ponendo in essere una (sub)condotta cautelare C_1 volta a impedire il possibile prodursi dell'evento E, penalmente significativo. Orbene, se il dovere di diligenza viene trasgredito, cioè se si dà luogo a una (sub)condotta antidoverosa C_2 consistente nell'omissione di C_1 , e si verifica, in effetti, l'evento E, ma risulta che E si sarebbe prodotto anche nell'alternativa costituita dall'adozione di C_1 (31), deve riconoscersi che la (sub)condotta C_2 non è stata *c.s.q.n.* del prodursi di E. Per comune ammissione ciò implica, tuttavia, l'irrelevanza ai fini dell'imputazione penale del dipendere naturalistico di E dalla condotta di base C: il che 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.

Rientrano nello schema delineato, a ben vedere, anche ipotesi (*BI/1.2*) del tipo cui ci si richiamava al termine del paragrafo precedente, nelle quali la condotta antidoverosa C_2 consiste nel *fare* qualcosa in più di quanto consentito, cioè nell'omettere il rispetto di un limite C_1 (per esempio, del limite di velocità): se nemmeno il rispetto suddetto avrebbe impedito, C_2 non può dirsi causale.

Almeno in parte diverso è il caso (*BI/2*), invece, nel quale la condotta antidoverosa (attiva) C_2 sia in effetti risultata *c.s.q.n.* dell'evento penalmente significativo E, ma lo sarebbe stata anche la condotta prescritta C_1 . Il quadro, in altre parole, è quello di una condotta base C, essa pure, ovviamente, *c.s.q.n.* dell'evento E, che tuttavia non è in grado da sola (*senza C_2* o *senza C_1*) di determinarlo, laddove sia C_2 che C_1 , idonee a conseguire un risultato connesso o necessario all'attuazione di C, si rivelano altresì

(29) Cfr., in proposito, C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821 ss.

(30) Il fatto che una pertinente condotta antidoverosa abbia dato luogo a un'ingiuria, a una percossa o perfino a una lesione e risulti esserne derivata la morte della persona offesa non implica l'*automatico* superamento della soglia di diligenza che deve considerarsi rilevante dal punto di vista giuridico in ordine alla causazione del reato di omicidio.

(31) Ciò significherebbe che non erano *ex ante* riconoscibili obblighi comportamentali in grado di assicurare effettivamente il non prodursi dell'evento *anche* nella specifica situazione concreta.

idonee a costituire *c.s.q.n. efficiente* (32) di E: mentre si era fatto conto (*ex ante*) su una riconosciuta inidoneità di condotte del tipo C₁ a produrre eventi avversi del tipo verificatosi e proprio per questo le si erano considerate *doverose*, in rapporto al conseguimento del risultato connesso o necessario all'attuazione di una condotta base del tipo C (dunque, non in quanto *impeditiva* di eventuali conseguenze indesiderate riconducibili direttamente a C).

Viene per esempio in considerazione il notissimo caso, descritto nel 1926 (33), relativo all'impiego, per ottenere la narcosi durante un intervento chirurgico, di cocaina piuttosto che di novocaina, con riguardo all'ipotesi in cui l'esito infausto prodottosi come conseguenza del ricorso alla prima sostanza si sarebbe realizzato anche se si fosse agito *diligentemente*, utilizzando la seconda.

In situazioni consimili l'evento, sotto il profilo naturalistico, deriva senza dubbio *hic et nunc* dall'adozione di un comportamento *diverso* da quello doveroso. Risulta del pari chiarissimo, tuttavia, come quel determinato evento non derivi *dal fatto che sia stata violata una regola di diligenza* (come esige l'art. 43 c.p.), posto che il medesimo, anche nel caso del rispetto – *inutile* nel caso concreto – di quella regola, si sarebbe rivelato, per l'appunto, *hic et nunc* inevitabile (34).

La rilevanza penale di tali situazioni – sulle peculiarità dell'ipotesi dolosa dovremo peraltro ritornare (35) – non appare dunque sostenibile. Essa, infatti, darebbe peso decisivo, in un ordinamento fondato sulla causazione *evitabile* di eventi, al disvalore della condotta, cioè della mera violazione, non rivelatasi causale, di una regola di diligenza: laddove la medesima violazione non seguita, per una qualsiasi circostanza fortunata, dall'evento rimarrebbe indenne, come ben si sa (salvo che sia prevista quale reato autonomo), da qualsiasi conseguenza punitiva.

3.1.2.2. Passiamo ora ad analizzare le ipotesi in cui si discute di una condotta *omissiva* (B2). A differenza di quanto avviene per l'azione, l'accertamento del nesso eziologico fra un non fare e l'evento esige *sempre* il giudizio controfattuale riferito alla capacità della condotta doverosa di impedire quel medesimo evento (36). Anzi, per quel che concerne i reati omissivi *impropri* l'apporto causale del soggetto garante ordinariamente sta tutto, anche dal punto di vista naturalistico, nella violazione della regola di diligenza (che dev'essere accertata in base al giudizio suddetto), non venendo in gioco, di solito, alcuna condotta attiva base di quel soggetto la quale abbia operato, oggettivamente, come *c.s.q.n.* dell'evento (37): il giudice è sì tenuto ad accertare previamente che quest'ultimo sia stato comunque prodotto, in senso fisico, da un fattore (sia esso o meno una condotta umana) che rientri fra quelli rilevanti ai fini della posizione di garanzia, ma tale fattore, per l'appunto, non consiste – salvo il caso in cui la posizione di garanzia di un certo soggetto nasca proprio da una sua attività illecita – in una condotta del garante.

Ciò implica, peraltro, una deduzione fondamentale di carattere sistematico, la quale consiste nel riconoscere, nonostante le apparenze e le molte elaborazioni dogmatiche in senso contrario, che il reato

(32) Cfr. *supra*, nota 15.

(33) Cfr. A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 97 s.

(34) Cfr. altresì, per alcuni approfondimenti, *infra*, nota 51.

(35) Si veda *infra*, par. 4.1.2.

(36) Sotto il profilo naturalistico, d'altra parte, la causalità del non fare, semplicemente, *non esiste* (configurandosi come una vera e propria contraddizione in termini): la nozione di causalità omissiva manifesta, piuttosto, come nei casi in cui di essa si parla quel che conta è la causalità riferita all'inottemperanza di un dovere, cioè alla violazione di una regola di diligenza (si veda *infra*, 3.1.2.2, per quel che concerne il rapporto fra reati omissivi e reati colposi realizzati mediante azione); per una sintesi in merito alla problematica complessiva cfr. M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, trad. it. Milano 1999, p. 86 ss.

(37) Le cose stanno in modo diverso nel reato omissivo *proprio*: in esso il pericolo cui viene a essere esposto un determinato bene (p. es., l'interesse fiscale dello Stato), onde evitare la cui lesione è previsto un obbligo di agire costituente la regola di diligenza (p. es., presentare la dichiarazione dei redditi), deve far capo a una delle situazioni base, descritte in termini più o meno precisi dalla norma incriminatrice, con riguardo alle quali l'obbligo medesimo sussiste (p. es., un'attività professionale produttrice di reddito), situazioni che di regola coinvolgono, in effetti, un'attività lecita, e talvolta doverosa, svolta dallo stesso soggetto omissente (talora un'attività di controllo; il caso dell'omissione di soccorso si rivela dunque, anche da questo punto di vista, come peculiare).

omissivo e quello attivo *non costituiscono* forme separate di costruzione della fattispecie penale: a ben vedere, infatti, il primo si configura come peculiare modalità descrittiva della *medesima realtà* che sta alla base del secondo (38). Lo si può evincere con chiarezza confrontando il modello omissivo improprio con le fattispecie di azione *colpose*.

Il reato commissivo *per omissionem* consiste infatti nel cagionare un evento mediante il mancato adempimento di un obbligo dai contenuti (di regola) non predeterminati, ma pur sempre ricostruibili *ex ante*, da parte di un soggetto che si trova in una posizione particolare: questo, tuttavia, accade pure nel reato attivo colposo (supponendo presenti i requisiti soggettivi di cui ci occuperemo più oltre), e in particolare nel reato attivo a colpa *generica*.

Nell'omissione impropria, in altre parole, il comando è di intervenire, secondo modalità doverose non predeterminate in sede normativa, per impedire l'evento, non diversamente da quel che accade nel reato attivo colposo, ove il comando è di adottare le cautele necessarie – cioè di fare tutto ciò che, pur non essendo fissato in norme precauzionali *specifiche*, sia riconoscibile *ex ante* come doveroso – onde non consentire il verificarsi dell'evento. Al di là delle catalogazioni formali, *si tratta indubbiamente della stessa cosa*.

L'unica disomogeneità significativa (39) attiene alla circostanza che nel reato attivo colposo fonte dell'obbligo risulta, ordinariamente, lo svolgimento di un certo tipo di attività, in radice *lecita*, da parte dello stesso soggetto per il quale l'obbligo viene a configurarsi, mentre nell'omissione impropria fonte del medesimo è, di regola, la sussistenza di un particolare legame fra chi sia tenuto a impedire l'evento e il diverso soggetto che corra un pericolo o che ponga altri o se stesso in pericolo (40). Si tratta, peraltro, di una differenza che non incide sulla configurazione delle condotte penalmente significative (41), tanto è vero che non risulta affatto rigida.

Nei casi, ad esempio, in cui il dovere insorga per un certo soggetto dall'attività *illecita* che egli stesso abbia posto in essere, il prodursi dell'evento a seguito di inadempienza viene inquadrato talora come reato omissivo improprio (in conformità alla tripartizione tradizionale delle fonti di una posizione di garanzia), talora come illecito attivo colposo (si pensi a molte ipotesi in cui un reato non voluto si produce a seguito di una condotta antidoverosa connessa alla realizzazione intenzionale di un altro reato) (42). Del pari deve constatarsi come nell'ambito di attività complesse o di *équipe* la mancata

(38) Sulla essenzialità della componente omissiva nel reato colposo si veda ad esempio, anche per i riferimenti bibliografici, M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 139 ss.

(39) Le elaborazioni impegnate nel tracciare confini (v. per tutti, e per gli ulteriori riferimenti bibliografici, F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza nella responsabilità colposa [I - La fattispecie]*, Padova 1993, pp. 94 ss., e I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, p. 118 ss.) finiscono in effetti per attestare, attraverso il loro stesso sforzo analitico, la unitarietà sostanziale della materia: unitarietà la quale non impedisce, ovviamente, di operare suddivisioni descrittive dei diversi contesti situazionali in essa sussumibili (che non s'identificano con la *divisio* classica fra reato commissivo colposo e omissivo improprio), purché ciò non conduca a perdere di vista le strutture portanti unitarie e ad avallare, di conseguenza, ingiustificabili differenze di trattamento.

(40) Significativamente V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 988 s., pur mantenendo ferma "l'opportunità di distinguere obbligo di garanzia e dovere di diligenza" (fatta salva, peraltro, "l'innegabile esistenza di punti di contatto e di reciproche interferenze"), rimprovera da un lato alla Cassazione di aver qualificato omissiva, piuttosto che commissiva colposa, la condotta dei costruttori degli impianti nella ben nota vicenda concernente la sciagura di Stava (sent. 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, II, c. 35 s.), addebitando dall'altro alla Corte di non aver delimitato l'ambito dell'obbligo secondo la regola ordinariamente riferita proprio alla responsabilità colposa *omissiva*, secondo cui "il contenuto della diligenza non può superare il livello di obbligo posto dalla norma che fonda la posizione di garanzia": tale regola, dunque, si sarebbe dovuta applicare, secondo l'Autore, anche ove la condotta fosse stata qualificata commissiva, il che però evidenzia l'imporsi di un'uniformità della disciplina riferibile ai casi di omissione impropria e reato commissivo colposo, rivelatrice, a sua volta, di come queste ultime figure siano fra loro, in effetti, assimilabili (la Corte non avrebbe proceduto a una specifica valutazione del dovere di diligenza, e dunque del rischio intollerabile [si veda *infra*, 4], limitandosi ad asserire il risiedere della colpa ascritta agli imputati, *tout court*, "nella violazione della regola fondamentale di prudenza, cioè quella dell'azzeramento del rischio").

(41) Essa potrebbe semmai giustificare un atteggiamento *più indulgente* nei confronti dei reati omissivi impropri: proprio al contrario di quello che per esempio è avvenuto, come si dirà nel testo, con alcune ricostruzioni del dolo in ambito omissivo palesemente derogatorie rispetto alle regole generali.

(42) Cfr. sulla problematica I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 345 ss.

attivazione da parte di un certo soggetto della condotta doverosa intesa a evitare effetti indesiderati di una condotta altrui (si pensi al collaboratore del chirurgo che debba iniettare, poniamo, un farmaco cardioprotettore durante un intervento) venga reputata rilevante, allorché l'evento si realizzi, ai fini di un reato attivo e non di un reato omissivo improprio (43).

Quanto s'è detto circa la sostanziale unitarietà di struttura delle fattispecie penali, al di là della caratterizzazione omissiva o attiva, trova ulteriore conferma in rapporto ai casi di omissione *propria*. In essi si ha la violazione di una regola cautelare *specificata*, direttamente indicata dal legislatore e consistente in un *fare*, violazione che deve dar luogo, nelle forme di cui già si diceva, all'evento in senso giuridico: il che risulta del tutto analogo a quanto avviene nei reati attivi di pura condotta, salvo il fatto che in questi ultimi la regola cautelare *specificata*, della quale nella norma incriminatrice viene descritta la trasgressione, consiste in un *non fare*.

3.2. Da tutto questo derivano due ulteriori, importanti conseguenze, che attengono all'*improponibilità di criteri differenziati*, da un lato, per l'accertamento dell'effettiva incidenza causale della violazione (necessaria in qualsiasi illecito rilevante ai fini penali) di una regola di diligenza, e, dall'altro, per la ricostruzione dei requisiti indispensabili al sussistere del dolo nei reati commissivi e in quelli omissivi.

3.2.1. Con riguardo al primo punto è ovvio, innanzitutto, che quando la condotta naturalistica tenuta da un determinato soggetto *coincide* con la violazione di una regola di diligenza (cfr. *supra*, caso A) il livello di probabilità logica della efficacia causale, rispetto all'evento verificatosi, di tale violazione si identifica col livello di probabilità logica della efficacia causale relativa alla condotta. E nessuno discute che quel livello debba attestarsi, in sede di accertamento, su valori *contigui* al 100%.

Ciò premesso, vengono presi in considerazione da autorevole dottrina (44) i casi in cui la violazione della regola di diligenza *non si instauri* su una condotta base, per sé lecita, del trasgressore risultata causale, dal punto di vista naturalistico, nei confronti dell'evento: si tratterebbe *a)* delle ("vere") ipotesi omissive improprie (B2), *b)* di ipotesi che andrebbero qualificate commissive colpose pur concretizzandosi nel non aver attivato condizioni *negative* dell'evento (ma, al di là della acribia analitica, il distinguo fra *non attivare condotte negative* e *non impedire*, dal punto di vista logico, sfugge) (45), nonché *c)* di ipotesi nelle quali vengano attivamente interrotti decorsi causali di salvataggio.

Pure in questi casi si riconosce che il livello di probabilità logica dell'efficacia causale relativa alla violazione del dovere debba rivelarsi contiguo al 100%: esaminiamoli, peraltro, più da vicino.

Mancando la citata condotta base, nelle prime due situazioni l'apporto causale dell'agente sta tutto, anche sotto il profilo naturalistico, nel *non aver fatto qualcosa*, cioè nell'aver dato luogo a quello status

(43) Queste precisazioni dovrebbero risultare utili onde evitare che facili passaggi dalla qualificazione di una determinata realtà come reato commissivo colposo alla qualificazione della medesima come reato omissivo improprio (colposo) possano essere operati al solo fine di giustificare, seguendo la seconda soluzione, un accertamento semplificato del nesso causale: cfr. in proposito M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 66 s., con riguardo a una vicenda concernente la morte di operai esposti per lungo tempo a sostanza gravemente tossica, vicenda per l'appunto descritta in sede processuale come reato omissivo per *omessa osservanza di cautele* da parte dell'imprenditore (ciò che peraltro appare importante, circa quest'ultima ipotesi, è distinguere a seconda che all'epoca dei fatti utilizzare quella determinata sostanza tossica fosse da considerarsi *tout court* illecito, essendo già nota l'inidoneità di eventuali cautele, e allora potrebbe prospettarsi una situazione *colposa* riconducibile al caso A del testo, oppure fosse da considerarsi lecito, salva l'adozione di cautele, e allora la questione si identificherebbe con lo stabilire – vuoi che si parli di condotta attiva od omissiva – se sia stata o meno causale l'omissione delle stesse). Si veda anche *infra*, 3.2.1, ultima parte.

(44) Cfr. M. DONINI, *op. ult. cit.*, in part. p. 53 ss.

(45) L'idea secondo cui il medico che sbaglia cure, con danno del malato, porrebbe in essere "condizioni positive dell'evento lesivo" attivando, per negligenza, "condizioni impeditive inutili" (le terapie errate) – e ciò in quanto egli non violerebbe "un comando penale, bensì solo un divieto: il divieto di cagionare (o contribuire a cagionare, se si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza..." (così M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 55) – pare veramente una complicazione dogmatica eccessiva e artificiosa, che finisce solo per confermare la sovrapposibilità sostanziale fra condotte commissive colpose e omissive improprie.

causale – che è di tipo logico, e come tale rispondente alla formula della *c.s.q.n.*, ma non di tipo *efficiente (ex nihilo nihil fit)* – suscettibile di essere accertato solo in rapporto alla attitudine impeditiva di una condotta (dovuta) che non c'è stata (46). Il giudizio causale coincide, in ogni senso, col giudizio sulla evitabilità e la conclusione, contro talune derive giurisprudenziali, è, coerentemente, quella secondo cui l'accertamento deve raggiungere un livello di credibilità razionale confinante con la certezza.

Nella terza situazione il soggetto che si assume interrompa attivamente un decorso di salvataggio tiene, per l'appunto, una condotta *commissiva* (47): ma poiché la causalità di tale condotta rispetto all'evento penalmente significativo è dimostrabile solo se, appurato (è ovvio) il nesso causale fra la medesima e l'interruzione di un'altra condotta o di certi suoi effetti, già si sappia che quest'ultima impediva il *realizzarsi altrimenti* dell'evento, sarà necessario verificare se sia sostenibile che eliminando mentalmente la condotta (ritenuta) di salvataggio (*che c'è stata*) venga meno, tenuto conto al meglio dei fattori concausali, la salvaguardia del bene tutelato – verifica quest'ultima attinente a un profilo di causalità *attiva* (48) da accertarsi secondo i criteri noti, che devono essi pure dar luogo a un livello di credibilità razionale della spiegazione confinante con la certezza.

La medesima dottrina poco sopra richiamata, tuttavia, giunge a conclusioni diverse con riguardo ai casi nei quali il mancato rispetto di un dovere *si instauri* su una condotta base lecita (o solo *ad altri fini* illecita) del medesimo soggetto, la quale, senza dubbio, sia stata *c.s.q.n.* dell'evento. L'accertamento con attendibilità prossima al 100% di quest'ultimo profilo causale renderebbe sufficiente un livello probabilistico anche molto più basso nel giudizio relativo alla evitabilità, supposto adempiuto il dovere di diligenza, dell'evento stesso: basterebbe provare che l'aver disatteso tale dovere abbia, più o meno significativamente, *aumentato il rischio* di un effettivo determinarsi dell'evento a seguito della suddetta condotta base (viene per lo più indicata una soglia minima del 30%), il che consentirebbe di imputare dal punto di vista penalistico la produzione di risultati antiggiuridici in presenza della violazione di regole cautelari specificamente orientate a scongiurarli anche quando non fosse *certa* (nei termini più volte precisati) l'incidenza causale di quest'ultima (49).

Orbene, una simile impostazione appare non sostenibile sia dal punto di vista logico, sia dal punto di vista politico-criminale.

Dal punto di vista logico in quanto, come più volte s'è detto, ciò che rileva ai fini penalistici è l'aver violato con il proprio agire *regole di diligenza*, per cui la causalità penalmente significativa, da accertarsi con un livello di credibilità razionale prossimo alla certezza, non può che essere quella concernente *gli aspetti antidoverosi* di un certo iter comportamentale: a meno 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 (in proposito si tenga conto del fatto che se non viene impedito *a priori* di tenere una certa condotta essa deve ritenersi, quantomeno, socialmente adeguata, risultando anzi, assai spesso, socialmente utile o addirittura *doverosa*) (50).

(46) Cfr. *supra*, nota 36.

(47) Nulla impedisce, tuttavia, di immaginare scenari in cui l'interruzione del decorso suddetto avvenga in forma omissiva: si pensi all'impedita prosecuzione di una terapia per mancata fornitura, supponiamo preordinata, dei farmaci necessari.

(48) Ciò in quanto non si tratta di domandarsi (in quella che sarebbe un'ottica di causalità *omissiva*) se attivando la condotta di salvataggio l'evento lesivo sarebbe venuto meno: il giudice, infatti, non muove dalla constatata verifica dell'evento *in assenza* della (supposta) condotta di salvataggio, bensì dalla constatazione che, presente quest'ultima (*fino a quando quest'ultima è stata presente*), l'evento non si è verificato.

(49) Cfr. M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 75 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici; ID., voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, vol. XIV, Torino 1999, p. 64 s. dell'estratto (n. 27). Sull'intera problematica relativa al *comportamento alternativo lecito* si veda altresì, ampiamente, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, p. 659 ss.

(50) Attribuire un significato dirimente alla sussistenza, data la violazione della regola cautelare, di una causalità comunque riconducibile alla condotta lecita di base sembra porsi in contraddizione, del resto, con lo sforzo compiuto da parte dello stesso indirizzo dottrinale cui s'è fatto riferimento onde selezionare, fra le condotte naturalisticamente causali, quelle rilevanti ai fini dell'imputazione di un reato.

In ogni caso, perché mai, poniamo, il medico che compia un passaggio sbagliato nell'ambito di una procedura terapeutica complessa dovrebbe rispondere dell'eventuale esito infausto di quest'ultima per il mero fatto che l'errore abbia *aumentato* la probabilità valutabile *ex ante* di tale esito (anche soltanto del 30%), laddove giustamente si riconosce che nel sistema in vigore il medico che non ottemperi, addirittura, all'obbligo della presa in carico di un malato risponde dell'eventuale evento lesivo solo ove sussista una probabilità contigua al 100% di non verificazione del medesimo in presenza di un obbligo correttamente adempiuto? (51).

In sintesi: esigere livelli diversi di prova circa l'effettiva incidenza causale della condotta antidoverosa necessaria per la sussistenza di un reato introduce una disparità di valutazione slegata da qualsiasi ancoramento razionalmente sostenibile a presupposti fattuali.

Una simile diversificazione risulta del resto incoerente, nonostante ciò che a prima vista potrebbe apparire, anche dal punto di vista politico-criminale.

Se l'intento vuol essere quello di non lasciare esenti da conseguenze violazioni, talora macroscopiche, dei doveri di diligenza, specie allorquando essi siano posti a tutela di beni fondamentali, allora deve prendersi atto della circostanza che un sistema penale imperniato, specie per quel che concerne il reato colposo, sulla *causazione di eventi* (qui intesi in senso naturalistico) mette in conto strutturalmente che condotte rischiose anche gravi possano essere realizzate con una minima probabilità di risposta sanzionatoria, ricollegandosi quest'ultima, per l'appunto, all'eventualità – il più delle volte, tutto sommato, improbabile – che esse producano effettivamente gli eventi suddetti (52).

Una situazione, quest'ultima, la quale determina una sorta di *cifra oscura* istituzionalizzata (in quanto non derivante da difficoltà accertative, ma da un meccanismo riconducibile alla teoria del reato), con riflessi evidenti sul piano della prevenzione generale; una situazione, inoltre, tale per cui, realizzata una condotta antidoverosa, il fatto che a quest'ultima possa conseguire o meno la pena prevista per il prodursi, ad essa dovuto, dell'evento penalmente significativo dipende, lo si deve riconoscere, soltanto dal caso.

Stando così le cose, perseguire risultati preventivi scegliendo di punire, *talora*, anche quando risulti soltanto probabile, o possibile, che la condotta antidoverosa abbia provocato l'evento rilevante ai fini penali significa, oltre che violare il principio di uguaglianza, cedere a un'utilizzazione *simbolica* della pena, che ostacola l'adozione di risposte efficaci all'esigenza di un controllo *serio* della produzione di rischi socialmente non tollerabili (53).

Quel che dovrebbe imporsi, piuttosto, è il superamento dei modelli sanzionatori tradizionali, caratterizzati dal ruolo cardine della detenzione (proponibile con minori resistenze, per l'appunto,

(51) Cfr., per esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2^a ed., Milano 1995: da un lato non viene accolta la tesi secondo la quale nel caso di *omesse* prestazioni diagnostiche o terapeutiche il medico dovrebbe rispondere già quando l'intervento "presentasse «buone» o addirittura «poche» probabilità di salvarlo", né quella secondo la quale "basterebbe che l'intervento avesse «serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata»" (*sub art. 40, n. 42, p. 351, con riferimenti giurisprudenziali*); con riguardo all'ipotesi in cui il medico non abbia ommesso di intervenire, ma dalla sua condotta (di per sé *a rischio*) risulti essere derivato l'evento, si accetta, invece, la sufficienza, circa l'imputazione penale, della constatata violazione di una norma di comportamento, anche se fosse dimostrabile *soltanto* che essa abbia *aumentato il rischio* relativo al prodursi dell'esito infausto (*sub art. 41, n. 41, p. 380 s.*). "Diversamente opinando – secondo l'illustre Autore – si perverrebbe a conclusioni difficilmente accettabili: non potrebbe imputarsi per esempio la morte del paziente al chirurgo che pure l'abbia cagionata con un gravissimo errore, se soltanto non si fosse in grado di escludere che il paziente potesse morire anche con un'operazione perfetta" (*ibidem*): l'esempio, tuttavia, prova troppo perché dà per scontato (ove la congiunzione *con* sia da intendersi in senso causale) proprio ciò che nelle situazioni delle quali discutiamo risulta ordinariamente *incerto*, vale a dire la circostanza che *effettivamente* l'evento sia stato prodotto dalla violazione della regola cautelare. Del resto, nei casi in cui davvero fosse *certa* l'efficacia causale di un errore, sarebbe assai rara l'eventualità che al *medesimo evento* si potesse pervenire anche in assenza dell'errore, eventualità la quale si realizza, per esempio, nel caso già esaminato *B1/2*, ove proprio il fare ciò che sarebbe stato giusto (dare novocaina invece di cocaina) avrebbe pur sempre prodotto il risultato non voluto; rimarrebbe tuttavia discutibile, nelle ipotesi in cui non potesse escludersi il *probabile* verificarsi in uno stretto lasso temporale, assente l'errore, di un evento *dello stesso tipo*, la conformità del punire alla logica codicistica incentrata sulla evitabilità sostanziale della compromissione di beni protetti.

(52) Si veda anche *infra*, 4.3.1.

(53) Cfr. in proposito i rilievi assai incisivi di F. STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 388 ss.; si veda anche *infra*, 4.3.3 e 8.2.

facendo leva sul prodursi dell'evento lesivo): modelli i quali hanno fornito copertura alla *scarsa disponibilità*, che sovente accomuna uomo della strada e potentati economici, verso lo strutturarsi mediante adeguati strumenti anche prepenalistici – col supporto di sanzioni che *non richiedono* il ricorso al carcere – del controllo summenzionato.

Una realtà, questa, idonea fra molte altre a far emergere come l'aver incentrato la politica criminale sulla minaccia di pene (ordinariamente) detentive giustificate in quanto retribuzione del danno materialmente patito da un bene protetto abbia compromesso, in larga misura, l'adozione di strategie preventive *razionali* (54).

3.2.2. Per quanto concerne la seconda conseguenza deducibile dal fatto che la violazione, rivelatasi causale rispetto all'evento, di una (pertinente) regola precauzionale costituisce requisito *necessario* di qualsiasi reato, deve osservarsi come il sussistere di un medesimo atteggiamento psicologico verso simile realtà *unitaria*, cioè verso la violazione summenzionata, non possa dar luogo a forme *diverse* di imputazione soggettiva in rapporto all'una o all'altra modalità di descrizione dogmatica dell'illecito.

In particolare, se ai fini del reato commissivo la decisione di correre un determinato rischio, nella piena consapevolezza dei dati situazionali che qualificano antidoverosa una simile scelta, dà luogo senza alcun dubbio – ove l'evento penalmente significativo si verifichi e manchino i requisiti *ulteriori* necessari per l'imputazione del dolo – a mera colpa cosciente, la medesima decisione non è affatto suscettibile di essere reputata *da sola sufficiente* a integrare il dolo nell'ambito omissivo, con riguardo soprattutto (ma non solo) al reato omissivo improprio (55).

Il titolare di una posizione di garanzia che, consapevole del suo ruolo e del rischio, decida (56) di non attivarsi onde impedire, poniamo, a un minorente di utilizzare un macchinario (per lui) pericoloso non si trova in una posizione differente, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, rispetto a chi decida di non rispettare doveri cautelari della cui esistenza sia del tutto cosciente, sapendo di esporre a un rischio non consentito determinati soggetti, per la tutela dei quali tale dovere risulti previsto: in entrambi i casi, sempre che sussista oltre al comportamento antidoveroso quanto integri la componente soggettiva dell'imputazione colposa, è riscontrabile *soltanto* la colpa cosciente.

Come ribadiremo con maggiore ampiezza più oltre, la volontà della condotta (di tenere, cioè, una condotta *antidoverosa*) non può *mai* essere surrettiziamente trasformata – dando rilievo, per giunta, a catalogazioni dogmatiche prive di qualsiasi substrato sostanziale effettivo – in violazione dell'evento.

A ben vedere, del resto, e in conformità a quanto si è andati sin qui argomentando, ogni regola di diligenza istituisce posizioni di garanzia, come pure l'individuazione di una posizione di garanzia istituisce, a sua volta, regole di diligenza: sono angoli visuali diversi attinenti alla *medesima realtà* costituita dall'introduzione, in un dato contesto, di doveri comportamentali significativi per il diritto penale, che mirano alla salvaguardia di beni facenti capo agli individui sui quali possa incidere l'agire di un determinato soggetto.

Non a caso, inoltre, nei reati omissivi impropri caratterizzati da una violazione *cosciente* dell'obbligo di impedire viene quasi *sempre* in gioco un livello *modesto* del rischio valutabile *ex ante* di un effettivo realizzarsi dell'evento che rilevi ai fini penali: come avviene ordinariamente anche nel reato commissivo colposo, allorquando, per l'appunto, si tratti di colpa con previsione.

Una peculiarità, quella or ora segnalata, del tutto comprensibile, posto che di regola chi agisce con dolo opta, in quanto *vuole* il realizzarsi dell'evento, per l'adozione di una condotta che ottimizzi le *chances* di conseguire il risultato (o, quantomeno, che operi il miglior bilanciamento fra tali *chances* e il desiderio di non essere scoperto), e ben difficilmente, dunque, decide di sfruttare ai suoi fini la violazione a basso rischio di regole cautelari che abbiano rilievo in suoi rapporti contingenti con la vittima potenziale. Mentre chi *non vuole* l'evento accetta per lo più di correre in modo consapevole il

(54) Si consenta il rinvio, sul punto, a L. EUSEBI, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in ID., *Crisi della pena e politica criminale*, di prossima pubblicazione.

(55) Cfr. L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., p. 202 ss.

(56) Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 43, n. 15, p. 409.

rischio del suo verificarsi, con le relative conseguenze penali (per sé, *colpa cosciente*) (57), solo ove il livello di tale rischio appaia *ex ante* contenuto (rilievo, beninteso, di carattere puramente statistico, il quale non implica affatto che l'entità *oggettiva* del rischio incida sull'atteggiamento psicologico dell'agente verso l'evento).

Ne trae conferma ulteriore la constatazione del fatto che il reato omissivo improprio, anche nel caso in cui sussista una violazione *cosciente* dell'obbligo di cui all'art. 40² c.p., si configura, per così dire, come strutturalmente colposo (58).

4. Individuare il mancato rispetto di una regola precauzionale come caratteristica unitaria delle condotte rilevanti ai fini penali (59) vuol dire riconoscere che qualsiasi reato si radica sull'esposizione illecita di un bene giuridico a un determinato rischio: ne deriva che ricostruire le regole precauzionali pertinenti, allorquando esse non risultino già formalizzate (mediante *leggi, regolamenti, ordini, discipline*) rispetto a una data situazione, implica interrogarsi, con riguardo all'epoca e al contesto della condotta, sui livelli di tollerabilità – o sulla non tollerabilità *a priori* – dei rischi a quest'ultima connessi, cioè sulle modalità *dovute* di controllo o di azzeramento dei medesimi.

Per quel che concerne l'iter argomentativo del giudice, sarà pertanto da valutarsi, in un momento logicamente anteriore all'accertamento della colpa o del dolo, se sia stata consentita l'operatività di un rischio *che non avrebbe dovuto sussistere*, vale a dire se sia stato trasgredito, in tal senso, un obbligo di diligenza.

Si tratterà di chiedersi, in altre parole, se il rischio valutabile *ex ante* di produzione dell'evento a seguito di una condotta umana abbia o meno superato la soglia che rende tale rischio *non consentito* e, dunque, significativo per il configurarsi di un illecito penale, soglia che al fine suddetto dovrà sempre risultare compatibile, come vedremo, con un'imputazione *colposa*.

In proposito va evidenziato come il giudizio sulla accettabilità o non accettabilità del rischio sia da condursi alla luce di tutti i profili concernenti il caso concreto che incidano sulla ponderazione degli interessi in gioco, ponderazione la quale andrà pur sempre effettuata utilizzando criteri orientativi desumibili, finché possibile, dal sistema giuridico.

Lo stesso rischio che è in grado di fungere da presupposto, date certe circostanze, per un'imputazione colposa o, eventualmente, dolosa può dunque risultare *consentito* in un contesto diverso: si pensi all'invio in zona di guerra di un giornalista piuttosto che del solito zio benestante e disinformato che intenda compiere un mero viaggio di piacere oppure, più realisticamente, alla utilizzazione di una terapia ad alta incidenza di eventi infausti, sussistendo o meno uno stato patologico, non altrimenti affrontabile, che ponga in pericolo la vita di un paziente.

4.1. Queste ultime considerazioni assumono particolare importanza ai fini della risposta alle critiche sollevate contro l'individuabilità di caratteristiche *unitarie* del rischio *penalmente intollerabile* riferito a ciascuna condotta pericolosa che si realizzi in un dato contesto (60), caratteristiche la cui definizione (indicativa del confine fra le condotte conformi o non conformi a diligenza) *antecede* la verifica circa l'esistenza della colpa o del dolo.

4.1.1. Tali considerazioni, infatti, aiutano a fare chiarezza su uno dei percorsi argomentativi utilizzati più di frequente onde affermare che potrebbero sussistere rischi *rilevanti* ai fini del dolo, i

(57) Sul problema del dolo eventuale v. *infra*, 6.2.2.

(58) Si considerino, in proposito, anche i rilievi di S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 66; cfr., inoltre, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *ZStW*, 1999, p. 328.

(59) Cfr., oltre a G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 26 ss., G. FORTI, *op. cit.*, p. 388., S. PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 242, M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 167 ss. e 451.

(60) Ferma in proposito la possibilità, beninteso, che non risulti tollerabile *alcun rischio* e che ciò implichi non l'adozione di cautele, ma il dovere di *astensione* da una certa condotta.

quali, tuttavia, non sarebbero idonei a consentire un rimprovero per colpa: dal che si dovrebbe evincere la non unitarietà delle soglie di rischio indispensabili per l'attribuzione delle diverse forme di responsabilità personale, e in particolare la non necessaria coincidenza della soglia che può permettere l'intervento del diritto penale con quella utile ai fini della modalità di imputazione soggettiva *meno grave*.

“La volontà di offesa – si afferma – fondata su una consapevolezza effettiva di una situazione concretamente pericolosa, può costituire una realizzazione dolosa anche laddove siano rispettate le cautele astrattamente dovute per il tipo di attività considerata”; e, d'altra parte, secondo il medesimo orientamento, “il rischio normalmente adeguato perde la propria normale efficacia esclusiva della responsabilità non appena il soggetto venga in qualunque modo a conoscenza della presenza di circostanze che elevino la concreta pericolosità al di sopra del tollerato o che comunque non siano state considerate nella predisposizione astratta delle misure cautelari da osservare nell'esecuzione dell'attività” (61).

Per esempio, il meccanico che, al fine di far morire, non rilevasse un guasto del quale si rendesse consapevole durante la manutenzione di un autoveicolo, pur non essendo riferibile tale guasto agli apparati che era tenuto a verificare secondo il programma di controllo della casa costruttrice, risponderebbe a titolo di dolo ove l'evento di verificasse, laddove il prodursi di quest'ultimo non gli sarebbe addebitabile per colpa, avendo egli eseguito quanto doveva; il pugile professionista che essendo a conoscenza della particolare debolezza di un organo dell'avversario – debolezza non riscontrata per negligenza in sede di visita medica – lo colpisse in quell'organo col fine di uccidere risponderebbe di omicidio doloso, anche se l'evento non potrebbe essergli imputato per colpa ove l'avesse cagionato colpendo secondo le regole sportive e in assenza della summenzionata consapevolezza (62).

Ora, a parte la scarsa plausibilità di simili situazioni, nelle quali un soggetto già intenzionato a produrre un evento si trova a poter sfruttare conoscenze che non era tenuto ad acquisire, deve constatarsi come l'accertamento dell'esistenza di un rischio percepibile *ex ante* (ci si occupa, ovviamente, *solo* di tali rischi) che risulti *intollerabile* e, pertanto, significativo quantomeno ai fini della colpa va riferita, pure nei casi di cui si discute, alle molteplici circostanze della vicenda concreta, *compresa la consapevolezza del pericolo* connesso alla condotta attiva od omissiva (63): per cui, una volta acquisito che in presenza di tale consapevolezza un certo rischio non avrebbe potuto essere corso lecitamente, a fianco (e *prima*) della responsabilità per dolo si rende configurabile, nell'ipotesi in cui l'evento si produca, la responsabilità a titolo di colpa *con previsione*.

Circa i contesti esemplificativi prospettati è da escludersi a priori, in questo senso, la sola rilevanza della colpa *incosciente* (fuoriuscendo il rischio dall'ambito di indagine e di controllo richiesto al soggetto interessato); se si ritiene che in essi risulti addebitabile il dolo, resta dunque addebitabile anche la colpa, sebbene nella forma *cosciente*.

Quel che conta è se la conoscenza particolare crei effettivamente, in determinate circostanze, obblighi di diligenza (oppure posizioni di garanzia) *particolari* (64), ma allorquando ciò si debba

(61) Così V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, p. 253 s. Si veda anche *ibi*, p. 217: “nessuno è riuscito a dimostrare che il livello di rischio adeguato ad una condotta non diretta alla produzione dell'offesa sia accettabile anche per quelle attività che sono realizzate programmaticamente per compiere un danno o porre in pericolo il bene tutelato”.

(62) Cfr. per tali esempi V. MILITELLO, *op. ult. cit.*, pp. 236 s. e 240. In senso analogo, ora, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, pp. 105 ss. e 184 ss. (che utilizza, in particolare, l'esempio del clinico “venuto occasionalmente a conoscenza di una rara allergia manifestata da un frequentatore del suo stesso circolo sportivo nei confronti di determinati preparati anestetici” e trovato, in epoca successiva, nella condizione di essere chiamato a intervenire chirurgicamente proprio su tale individuo).

(63) Cfr. in proposito M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 408 ss. (“la soglia del rischio lecito non è mai costruita a prescindere dalle conoscenze eventualmente superiori dell'agente”, quale “aspetto pre-cedente, pregiudiziale rispetto al dolo e alla colpa”).

(64) Anche V. MILITELLO, *op. ult. cit.*, p. 254, evidenzia che “occorre individuare il livello di rischio [rilevante] adeguato alla situazione concreta”, ma non ricomprende in quest'ultima il dato costituito da una già sussistente nozione della pericolosità di una certa condotta (cfr. anche *ibi*, p. 236).

riconoscere la violazione dell'obbligo non può di certo risultare compatibile, in forza della mera consapevolezza del rischio, *soltanto col dolo* (che anzi costituirà la *rara* eccezione).

Appare del resto chiaro come nei casi delineati un rischio *oggettivamente* intollerabile esista, seppur il suo operare non possa essere addebitato a chi abbia agito senza avvedersene perché non era tenuto a farsi carico del suo possibile manifestarsi: tanto è vero che, se noto, quel rischio rileva sia ai fini della colpa che (almeno in casi di scuola) del dolo, come del pari rilevarebbe con riguardo alle condotte di altri soggetti, i quali *dovessero riconoscerlo*.

Ben diversamente verrebbero a configurarsi le cose ove si ammettesse l'esistenza di rischi *per loro stessa natura* rilevanti *solo* ai fini del dolo. Ciò significherebbe, infatti, aprire all'imputazione della responsabilità penale nella sua forma più grave sulla base di un'irrealistica duplicazione (ai fini del dolo e ai fini della colpa) di quanto sia da valutarsi socialmente doveroso, col pericolo che, dunque, si punisca per dolo – facendo leva sul mero elemento *stricto sensu* psicologico e sulla labilità accertativa che troppo spesso lo caratterizza – anche quando non risultino infranti doveri di diligenza incontrovertibilmente riconosciuti (65).

Un pericolo, quest'ultimo, del quale possono apprezzarsi le possibili derive, tutt'altro che teoriche, nel momento in cui si tenga conto delle tentazioni ricorrenti di *normativizzazione* del dolo (66) attraverso il conferimento di un ruolo cardine alla forma eventuale, descritta come puro e semplice agire (od omettere) nella consapevolezza di un *tipo determinato* di rischio: svalutati sul piano sostanziale sia il ruolo costitutivo della volontà riferita all'evento, sia la funzione di limite, e in tal senso di garanzia, svolta dall'inosservanza di un dovere cautelare, la responsabilità dolosa finirebbe per ridursi, nell'ottica delineata, alla *presunzione* di un più o meno evanescente atteggiamento interiore anti-giuridico.

Deve dunque mantenersi per fermo che *non c'è dolo, né colpa, senza violazione di una regola cautelare (unitariamente definita)*.

4.1.2. Simile conclusione non viene smentita neppure facendo leva – onde sostenere la prospettabilità di rischi punibili se attivati (o tollerati) con dolo, ma non per colpa – sul caso classico, già considerato dal punto di vista causale (*B1/2*), del decesso conseguente alla utilizzazione per finalità mediche di cocaina anziché di novocaina, decesso che tuttavia anche il prescritto ricorso alla seconda sostanza avrebbe prodotto (67).

La peculiarità di tale vicenda, come già sappiamo, sta nel fatto che dal punto di vista naturalistico l'evento è dipeso senza dubbio dalla condotta concretamente posta in essere, ma non dalla violazione della regola che imponeva l'uso di novocaina. Nondimeno, i più ritengono che se la responsabilità per colpa, date le premesse di cui sopra, andrebbe esclusa, non così si potrebbe concludere nell'eventualità in cui il sanitario abbia agito *intenzionalmente*.

A ben vedere, peraltro, anche una simile conclusione resta compatibile con la regola secondo cui non esistono condotte antidoverose rilevanti ai fini del dolo, ma non a quelli della colpa. E infatti se nell'ipotesi colposa *incosciente* la norma cautelare violata, senza che la violazione sia risultata causale, è quella che esige il ricorso a novocaina (quel che si rimprovera è *di non aver dato novocaina*), nell'ipotesi dolosa si è violata la diversa regola *di non dare cocaina* (o se si vuole, di non dare al malato una qualsiasi sostanza *riconosciuta come pericolosa*).

Il distinguo emerge con chiarezza ove si considerino le due diverse ipotesi di colpa *con previsione* riferibili al contesto in oggetto: altro è aver consapevolmente rinunciato alla novocaina, poniamo perché costosa, e aver corso (consapevolmente) il rischio connesso all'uso di un qualsiasi altro narcotico; altro è aver scelto di usare proprio cocaina, e di correre il rischio ad essa ricollegabile, in quanto, poniamo, si intendesse privilegiare una certa casa farmaceutica.

(65) Dunque, precisa S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 90, rispetto all'oggetto specifico della sua trattazione, "il margine di liceità del rischio delineato dalle regole cautelari non può differire per il dolo ... rispetto a quanto accade per la colpa (con rappresentazione)"

(66) Si veda *infra*, 6.2.2.2.

(67) Cfr. F. GIUNTA, *op. cit.*, pp. 363 e 414 s., nonché A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 133.

Orbene, se si ritiene penalmente significativa la condotta dolosa, pur risultando che l'evento si sarebbe prodotto anche in conseguenza del corretto impiego di novocaina, a tale situazione va affiancata, venendo in gioco un'identica modalità trasgressiva degli obblighi cautelari, *la seconda* (ed essa soltanto) delle ipotesi di colpa cosciente or ora considerate.

D'altra parte, se fosse pensabile il caso in cui si volesse provocare la morte del malato *per causa della privazione di novocaina*, e non per l'efficacia causale di un altro narcotico, come la cocaina, utilizzato in sua vece e il quale, in effetti, abbia provocato la morte, la punibilità per dolo andrebbe esclusa, data l'inidoneità causale caratterizzante la violazione della regola cautelare volontariamente posta in essere: il che, fra l'altro, costituisce una significativa conferma dell'esigenza sistematica secondo la quale non può esserci reato doloso ove il soggetto agente non abbia voluto violare la regola di diligenza (quanto al nostro esempio, *non dare cocaina*) il cui mancato rispetto ha prodotto l'evento, e ciò seppure egli mirasse a cagionare altrimenti (quanto al nostro esempio, *privando di novocaina*) il medesimo (68).

Nel caso in discussione, pertanto, non viene affatto superato il principio secondo cui possono rilevare ai fini del dolo solo violazioni di regole cautelari che consentano anche l'imputazione per colpa (semmai resta aperto il quesito se le segnalate difformità relative alla violazione degli obblighi di diligenza siano davvero sufficienti a giustificare, in taluni dei contesti considerati rispetto agli altri, il sussistere del reato).

4.1.3. Deve segnalarsi, piuttosto, che la prospettiva perseguita dalle tesi orientate ad ammettere il dolo pure in assenza di rischi pertinenti con riguardo alla colpa potrebbe subire, addirittura, un'inversione: esistono infatti validi motivi per dubitare che rischi statisticamente lievi, sebbene non consentiti, risultino idonei a suffragare l'imputazione di un reato doloso.

Preso atto della scarsa probabilità oggettiva che il soggetto intenzionato a cagionare l'evento previsto da una fattispecie penale scelga di farlo mediante una condotta *poco rischiosa*, la prova del fatto che ciò, nondimeno, sia avvenuto verrebbe ad essere fondata, in concreto, soltanto sull'indagine psicologica, della quale già rimarcavamo i profili di intrinseca problematicità sia strutturale che riferita alla prassi giudiziaria (profili tanto più acuti allorquando si tratti di sostenere l'esistenza, *in malam partem*, di quadri psicologici del tutto inconsueti).

Ma l'adeguatezza di un tale assetto probatorio, mancando presupposti per così dire esteriori che supportino l'affermazione di uno specifico finalismo della condotta, non è accettata rispetto ad altri istituti penalistici: per ragioni analoghe a quelle poco sopra considerate la dottrina pressoché unanime richiede, non a caso, un substrato *obiettivo* del giudizio sull'univocità degli atti nel delitto tentato e, d'altra parte, non si può trascurare come di recente sia stata rimarcata la necessità di dedurre da componenti soggettivamente orientate delle fattispecie, ad esempio dalla previsione del dolo specifico, fondamentali indicazioni interpretative concernenti la stessa dimensione materiale del reato (69).

Dunque, *si può discutere* circa l'adeguatezza ai fini del dolo, che a nostro avviso potrebbe essere esclusa, di violazioni *a basso rischio* delle regole di diligenza: il che assume particolare rilievo ove si considerino le recenti tendenze dilatative, soprattutto in rapporto alla forma eventuale, della responsabilità dolosa, le quali ne minano l'ancoramento psicologico fondato sulla nozione di volontà assegnandole inaccettabili contorni ascrittivi.

La menzione del dolo eventuale fa emergere tuttavia, nel contempo, un pericolo: quello che, parlando di rischi non (ancora) sufficienti perché vi sia un reato doloso, se ne traggano illazioni tali da avallare la configurabilità, *a contrariis*, di livelli del rischio i quali *implichino* l'imputazione a titolo di dolo ove sussista soltanto la volontarietà *della condotta* (70). Ne risulterebbero rafforzati, evidentemente, proprio gli indirizzi cui s'è appena fatto cenno, con specifico riguardo all'intento demolitivo dei contenuti psicologici inerenti alla tipologia più grave della responsabilità personale.

(68) Sulla problematica dell'*aberratio causae* si veda *supra*, nota 12.

(69) Cfr. per quest'ultimo aspetto L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1996, p. 471 ss.

(70) Si veda anche *infra*, 6.2.2.2.

Dev'essere tenuto rigorosamente per fermo, di conseguenza, che il rilievo attribuibile all'entità del rischio va compreso in un senso orientato a scopi *limitativi* dell'intervento penalistico e non può essere utilizzato come appiglio per estromettere in modo più o meno esplicito, nell'illecito doloso, l'indagine sulla *volontà* riferita all'evento.

4.2. Possiamo concludere, alla luce di quanto fin qui s'è detto, che qualsiasi reato esige una condotta cosciente e volontaria la quale, violando una regola di diligenza e, dunque, realizzando un tipo di rischio non consentito in un certo quadro situazionale, rischio come tale rilevante sia ai fini della colpa che del dolo, cagioni un evento dannoso o pericoloso penalmente significativo.

Si impone un cenno, peraltro, sul rapporto fra violazione della regola di diligenza e antigiuridicità.

Come più sopra si evidenziava, il carattere non consentito del rischio connesso a una certa condotta e, conseguentemente, la qualifica di quest'ultima come trasgressiva di un obbligo cautelare, dipendono dalla considerazione dell'intero contesto in cui la condotta si inserisce.

In particolare, non basta a definire negligente, cioè antidoverosa, una data azione o una data omissione il mero, duplice requisito consistente nella *prevedibilità* e nella *evitabilità* – qui intesa, lo preciseremo meglio tra poco, in senso eziologico (come *evitabilità non agendo o non omettendo*) – dell'evento da parte del soggetto che abbia tenuto il comportamento causale, posto che in presenza di una condotta la quale comporti un rischio *consentito* possono ben sussistere i requisiti di cui sopra, senza che la stessa violi alcun obbligo di diligenza (71) (anzi, talora addirittura sussiste, come già osservavamo, un *dovere* di rischiare, cioè di *non evitare* che un certo evento sfavorevole possa realizzarsi, in forza dei benefici che il correre quel rischio produca o sia in grado di produrre).

Non si tratta, in simili situazioni, di condotte per sé negligenti, ma *scriminate*, bensì di condotte che, in quanto *lecite*, non possono essere definite negligenti. È impossibile parlare, infatti, della violazione di una regola di diligenza ove consti che la condotta di cui si discute sia lecita e, d'altra parte, la liceità della condotta implica che siano state rispettate tutte le regole di diligenza pertinenti *nel caso concreto*, senza che *altre* regole pertinenti siano configurabili (72).

Ne deriva che il giudizio sull'*antigiuridicità* della condotta che abbia cagionato un evento penalmente significativo costituisce un passaggio necessario del giudizio inerente alla violazione, da parte della medesima condotta, di una regola di diligenza (73).

La prevedibilità e l'evitabilità in senso causale dell'evento, riferite all'adozione della condotta che risulti averlo cagionato, rappresentano senza dubbio un *indizio* di possibile negligenza (in quanto non ci si sia astenuti *tout court* da tale condotta o non siano state poste in essere sub-condotte cautelari): ma non è per nulla da escludersi che, nonostante la prevedibilità e l'oggettiva evitabilità dell'evento, quella condotta potesse o dovesse essere tenuta, oppure fosse da considerarsi lecita risultando affiancata da sub-condotte idonee a limitare in misura reputata giuridicamente accettabile l'entità del rischio.

Una condotta (cosciente e volontaria) rappresenta, dunque, la violazione di una regola di diligenza quando permette l'operare di un *rischio antigiuridico* – cioè quando l'evento lesivo che ne potrebbe derivare risulta *ex ante* prevedibile ed evitabile (attraverso l'astensione dalla condotta) e il rischio in tal modo emergente non è tollerato dal diritto.

(71) Cfr. sul punto A. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1101 s. Sul ruolo che ulteriormente assume quanto alla definizione del dovere oggettivo di diligenza il principio di *affidamento* cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 146 ss. e 444.

(72) In questo senso può affermarsi con M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 43, n. 80, p. 429, che "un comportamento è consentito perché (e purché) concretamente diligente".

(73) Significativamente, viene evidenziato "che solo l'antigiuridicità (l'interazione dell'intero ordinamento con quello penale), in vari casi, consente di identificare lo stesso fatto penalmente tipico e di concretizzare compiutamente il precetto in rapporto alla situazione storica": così M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 25 dell'estratto, anche per il richiamo al problema complessivo dei rapporti fra diritto penale e altri rami dell'ordinamento, tanto più delicato "in quanto il legislatore penale abdica spesso a definire i tratti salienti della tipicità" (*ibidem*). Circa l'incertezza della distinzione fra tipicità e antigiuridicità in rapporto al problema del rischio consentito si veda, da ultimo, A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistemática teleologica*, Napoli 2000, p. 434 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. In proposito cfr. altresì S. PROSDOCIMI, *op. ult. cit.*, p. 85 ss.

Il limite del lecito, a tal proposito, risulta nitidamente determinato nel caso (a) in cui sussistano, circa l'adozione di una condotta riconosciuta rischiosa, regole cautelari *scritte* (ovvero nel caso in cui simile condotta risulti – sempre o in presenza di date circostanze – *tout court* vietata o consentita).

Ben più difficile appare il giudizio quando (b) in relazione alla condotta produttrice di un evento lesivo *non sussistano* regole cautelari scritte, posto che in tal caso, ove emergano – secondo parametri valutativi noti – la prevedibilità e l'evitabilità in senso causale dell'evento, ci si dovrà chiedere, in assenza di precisazioni normativizzate, se il rischio *dovesse* o meno essere evitato (già s'è detto, anzi, che talora un rischio *dev'essere corso*).

Si tratta di un interrogativo finora non adeguatamente analizzato (74) e per lo più assorbito nell'ambito del giudizio, ordinariamente preso in esame con riguardo alla colpa *generica*, sulla *evitabilità* dell'evento dal punto di vista dello standard socialmente esigibile: giudizio che si distingue da quello sulla *evitabilità* quale profilo cardine ai fini dell'indagine causale, cui sin qui ci siamo riferiti (l'esito infausto di un intervento chirurgico necessario seppur ad alto rischio e correttamente eseguito sarebbe stato, ovviamente, *hic et nunc* evitabile – sul piano eziologico – astenendosi dall'agire, ma non potrebbe definirsi, per altro verso, evitabile alla luce dell'assolvimento di tutti i doveri incombenti sul sanitario agente).

Se l'interrogativo summenzionato può trovare, in effetti, un valido criterio di soluzione nell'ottica del *bilanciamento* fra rischio e potenziale beneficio allorquando entrambi investano uno stesso individuo e nessun altro (ciò, tuttavia, non sempre senza problemi, specie ove siano in gioco beni di tipo diverso), assai meno facile risulta definire un quadro sintetico di riferimento per il giudizio nel caso in cui a fronte di (veri o supposti) benefici diffusi connessi a (sicuri) interessi privati, sussistano rischi essi pure diffusi, più o meno gravi, oppure rischi concentrati su soggetti specifici i quali, tuttavia, risultino diversi dai beneficiari principali della condotta.

Sono per esempio individuabili, in assenza di una scelta normativa espressa, condizioni che nei contesti descritti possano far ritenere lecito l'agire anche risultando *impossibile* rendere *contigua allo zero* l'entità del rischio valutato *ex ante* di arrecare offesa a un bene fondamentale? E, di contro, in quali casi un certo rischio dovrebbe essere considerato *così grave* da non permettere di tollerare la pur minima eventualità teorica di un fallimento dei presidi che dovrebbero assicurarne il controllo? Quale, peraltro, il *livello* delle cautele *dovute*, ove non esistano cautele *prescritte*? *Sempre e comunque* il livello *massimo* tecnicamente assicurabile (il quale in molti casi, però, potrebbe anche non bastare, determinandosi un obbligo di astensione in radice dall'agire)?

Appare significativo notare, poi, come le cautele normativamente definite tendano sì a creare standard comportamentali certi, cioè a produrre una riduzione di fatto – rendendole antiggiuridiche – delle condotte rischiose (o *troppo* rischiose), ma finiscano non di rado, nel contempo, per sancire compromessi quantomeno discutibili circa i livelli di esposizione a rischio di certi beni (si pensi, quale caso significativo, ai quindicimila decessi annui che secondo stime ufficiali sarebbero direttamente da ricondursi, in Italia, al livello di inquinamento *tollerato* derivante dalla combustione dei carburanti in uso nell'ambito del traffico veicolare): laddove la valutazione delle responsabilità colpose compiuta *in assenza di regole scritte* utilizza criteri di tollerabilità del rischio ordinariamente assai rigorosi (*più rigorosi* di quelli fatti propri dalle regole scritte), secondo un'ottica la quale, però, finisce per esporsi al pericolo già evidenziato di una gestione conforme a logiche *esemplari* dell'imputazione *di un evento* per colpa (75).

La liceità di una condotta in sé rischiosa (anche di una condotta ad altissimo rischio, in quanto mirante, poniamo, a realizzare l'evento lesivo) può inoltre derivare (c) dall'esistenza di dati situazionali riconducibili a un fattore cui si riconosca efficacia scriminante generale, cioè riferibile in linea di

(74) Sulla problematica complessiva si veda F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 383 ss.; cfr. anche A. CASTALDO, *op. ult. cit.*, p. 1097 ss. Può essere interessante considerare come il tema sia al centro della classica riflessione teologico-morale sul c.d. duplice effetto (cfr. per esempio, sinteticamente, AA.VV., *Piccolo lessico di teologia*, a cura di A. Canobbio, Brescia, 1989, p. 126 s.).

(75) Tanto più in quanto al rigore suddetto finisca per associarsi la sostituzione *de facto* della prova relativa al nesso di causalità fra condotta rischiosa ed evento lesivo con il concetto di idoneità della condotta o di aumento (*ex ante*) del rischio: cfr. F. STELLA, *op. ult. cit.*, pp. 388 e 390 (v. *amplius supra*, 3.2.1).

principio a *qualsiasi* condotta (una delle cause di giustificazione classiche), oppure, ancora, (d) dall'esistenza di dati situazionali riconducibili a un fattore cui si riconosca efficacia scriminante in rapporto a contesti comportamentali specifici.

Ora, può comprendersi come nei casi (c) e (d) sia facile parlare della (obiettiva) violazione di una regola di diligenza e della contemporanea operatività di una scriminante, quando più propriamente si dovrebbe parlare di quella che *avrebbe costituito* la violazione di una simile regola *se* non fossero stati presenti certi dati situazionali.

Senza dubbio, infatti, in nessuno dei quattro casi richiamati – nemmeno nei casi (c) e (d) – viene ad esistere, in concreto, un comportamento *antidoveroso*, né, dunque, la trasgressione, *rebus sic stantibus*, di alcun dovere di diligenza.

Il fatto è che le norme incriminatrici – sia quelle incentrate sulla produzione di eventi naturalistici, sia le stesse norme di pura condotta che sanzionino direttamente l'inosservanza di cautele – non sono in grado di circoscrivere in maniera esaustiva la gamma delle situazioni nel cui ambito un determinato precetto penale ha rilievo e quindi di definire, *a fortiori*, tutti i casi in cui una condotta del tipo di quella presa in considerazione da una certa fattispecie di reato sia consentita (tanto più quando si tratti di fattispecie causalmente orientate).

Alcune clausole generali utilizzabili per risolvere il problema sono indicate dallo stesso codice penale attraverso gli articoli che prevedono cause di giustificazione *esplicite*; altre clausole sono riferite a fattispecie particolari (76) e possono essere desunte da diversi settori dell'ordinamento giuridico; ulteriori criteri devono essere ricostruiti per via interpretativa, nell'ottica cui abbiamo fatto cenno in rapporto al giudizio sulla violazione delle regole di diligenza *non scritte*.

Ma lo snodo argomentativo inteso a verificare se la condotta conforme al modello delineato da una norma incriminatrice sia effettivamente *antidoverosa* è comunque ineludibile: non si può concludere nel senso della violazione di una regola di diligenza senza essere passati per il giudizio sull'*antigiuridicità* dell'agire o dell'omettere.

4.2.1. Si obietterà che in conseguenza di quanto s'è detto l'antigiuridicità stessa verrebbe a configurarsi, nella teoria del reato, come momento *interno* alla ricostruzione del fatto tipico, posto che quest'ultimo può dirsi tale, ovviamente, solo in rapporto alla non osservanza di determinate regole comportamentali. L'antigiuridicità, in altre parole, perderebbe il rango di elemento a se stante dell'illecito penale, attribuitole come ben si sa dalla concezione tripartita.

A ben vedere, tuttavia, la ricostruzione che abbiamo proposto nulla toglie al ruolo autonomo del giudizio sull'antigiuridicità, ed anzi lo valorizza, così che l'apporto della teoria tripartita non viene affatto disperso.

Quel che infatti tale ricostruzione in primo luogo consente – esattamente all'opposto di quanto accade nell'ottica dei c.d. elementi negativi del fatto, tipica della teoria bipartita – è la percezione della circostanza per la quale *tutte le volte* in cui un evento penalmente significativo risulta (*ex ante*) *prevedibile* e, dal punto di vista causale, *evitabile* il bene giuridico tutelato patisce una (almeno) potenziale aggressione, che l'ordinamento non può far sparire – *anche quando la permette* – nel limbo del giuridicamente inesistente (77).

In questo senso, evidenziare il ruolo *unitario* cardine della violazione di una regola di diligenza, vale a dire il ruolo dell'*antigiuridicità* di una certa condotta, ai fini del sussistere di un reato significa focalizzare l'interesse politico-criminale sui criteri che conducono a ritenere consentiti determinati rischi e sulla necessità di agire in senso preventivo sia perché le situazioni in presenza delle quali l'offesa di un determinato bene venga considerata lecita si verifichino, in concreto, il più raramente possibile, sia perché il prevedibile sfociare nell'evento lesivo degli stessi rischi consentiti venga al massimo contenuto

(76) Cfr., per esempio, l'art. 596², nn. 1 e 2, c.p.

(77) Cfr. soprattutto, a questo proposito, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, in part. p. 1195 ss.; si veda anche ID., *Cause di giustificazione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano 1991, p. 95 ss.

(tollerare i rischi di una circolazione stradale pur regolamentata non deve esonerare dalla cura della segnaletica, dall'adeguamento delle norme di sicurezza attiva e passiva, e così via) (78).

4.3. Da ultimo, l'interesse manifestatosi negli ultimi anni per l'inquadramento della nozione di rischio nella teoria del reato facilita l'emergere di alcune aporie tutt'altro che marginali concernenti il rilievo attribuito dal codice vigente all'attivazione (o al mancato controllo) colpevole, per l'appunto, di un determinato rischio: aporie meno facilmente percepibili ove il baricentro dell'interesse dogmatico venga riferito in modo esclusivo al concetto di evento.

4.3.1. Il profilo principale di questa problematica, peraltro, è già stato illustrato (79). Esso attiene alla constatazione del fatto per cui chi risponde di un reato colposo è l'insieme – quasi sempre del tutto minoritario, specie se si tratti di colpa con previsione, fra coloro che hanno esposto illecitamente al medesimo rischio un determinato bene – dei soggetti *sfortunati* i quali hanno visto sfociare il mancato rispetto di una norma cautelare nell'effettiva realizzazione dell'evento che tale norma mirava a scongiurare.

Ne deriva che diversità rilevanti circa le conseguenze giuridiche dipendono *dal caso*. In pratica, la prevenzione penale dei rischi colposi viene imperniata sul timore di sanzioni (a loro volta di applicazione incerta per l'incidenza della *cifra oscura*) connesse all'eventualità, non ulteriormente controllabile da parte del soggetto agente, che dal rischio attivato o tollerato possa scaturire l'evento non voluto: disciplina la quale risponde, lo si deve ammettere, a una logica non distinguibile da quella del *versari in re illicita*, posto che la colpevolezza del soggetto citato si esaurisce nella produzione antidoverosa (o nel mancato controllo) del rischio.

D'altra parte, sarebbe contraddittorio sostenere che il legislatore, semplicemente, abbia inteso *escludere la pena* pur sempre riferita al sussistere di un rischio *colposo*, quando da quest'ultimo non sia scaturito l'evento, non potendosi spiegare, in tal caso, per quali ragioni venga sovente sanzionata *in modo autonomo*, sul piano amministrativo o anche penale, la mera tenuta cosciente e volontaria della condotta pericolosa.

Il problema si pone anche rispetto ai reati dolosi, ma emerge con minore evidenza perché, rispetto ai medesimi e limitatamente ai delitti, è sanzionata a titolo di tentativo anche la semplice produzione dell'entità di rischio che dia luogo ad atti *idonei*, ove gli stessi risultino diretti in modo non equivoco a cagionare l'evento.

Ciò significa che nell'ambito dei delitti dolosi viene punita la stessa attivazione (o il mancato controllo) di certi livelli del rischio, mentre ai fini del reato colposo il rischio è punito soltanto *se* si verifica l'evento: in pratica, la sussistenza dell'intento di produrre un determinato evento delittuoso rende eccezionalmente punibile nel nostro sistema giuridico – con pena riferita al risultato preso di mira (80) – *la mera violazione*, idonea allo scopo perseguito, *di una regola cautelare*, cioè la violazione di una tale regola non seguita dal risultato cui viene attribuito rilievo nell'ambito di una fattispecie incriminatrice (81).

Ora, il legame tra rischio ed evento risulta senza dubbio più forte, di norma, nel dolo che nella colpa, poiché in presenza di intenzionalità non solo sussiste la scelta di esporre a rischio un certo bene, ma tale scelta, come pure quella del tipo specifico di rischio cui si dia corso, è operata in quanto *funzionale* al prodursi dell'evento medesimo (ordinariamente ne deriverà, fra l'altro, il venire in gioco di un rischio

(78) Si consideri come la stessa distinzione tra fatto e scriminanti sia stata ricondotta alla funzione politico-criminale “di rendere visibili i conflitti di interessi e di esercitare un controllo critico, orientato a prospettive di valore e di scopo, sulle condizioni per la giustificazione dell'aggressione ad un bene già individuata come meritevole e bisognosa di pena” (così A. CAVALIERE, *op. cit.*, p. 443).

(79) Cfr. *supra*, 3.2.1.

(80) Altro sono, pertanto, i casi in cui il legislatore sanziona in modo autonomo con reati di pura condotta la violazione cosciente e volontaria (e ordinariamente *colposa* rispetto all'evento che si vuole evitare) di specifiche norme cautelari.

(81) Si veda peraltro *infra*, 4.3.2.

elevato, fermo restando che l'alta probabilità di verificazione dell'evento può aversi anche nella colpa, soprattutto *incosciente*).

Simili considerazioni, tuttavia, si limitano a dar conto del diverso rilievo attribuito a livelli *identici* di rischio nel reato colposo e in quello doloso circa i profili sanzionatori (nella colpa si rimprovera di aver rischiato, nel dolo di aver perseguito mediante il rischio un certo obiettivo): non spiegano, invece, l'alea sulla quale si fondano, *a parità di rischio*, sia l'imputazione stessa del reato colposo sia, per il dolo, il *surplus* di pena applicabile, rispetto al tentativo, nel caso in cui l'evento preveduto e voluto si realizzi.

4.3.2. Appare opportuno fare chiarezza, poi, su un profilo ulteriore di ipotizzabile contraddittorietà sistematica relativa alla materia in esame.

Esso attiene alla circostanza per cui se l'aver indebitamente attivato o tollerato un rischio è *seguito* dal verificarsi di un evento penalmente significativo del tipo che la regola violata mirava a evitare, ma non vi è la prova che la violazione stessa (colposa o dolosa) sia stata *condicio sine qua non* del prodursi di tale evento, mancano, come abbiamo visto, i presupposti per la punibilità del trasgressore; laddove, invece, un'identica condotta (dolosa) *non seguita* dal realizzarsi dell'evento pertinente sembrerebbe poter determinare, a prima vista, il configurarsi di un tentativo punibile.

Valga l'esempio che segue. A, medico, sottopone B, malato, a un test da sforzo più faticoso del dovuto, poniamo, per procurarne la morte; B muore, ma si riscontra che sarebbe morto anche a seguito del test (secondo una valutazione *ex ante*) appropriato: manca, in un simile contesto, l'efficacia causale della condotta antiggiuridica di A, il quale nel sistema in vigore, pertanto, non sarà punibile (82).

Ipotizziamo, ora, che A sia stato fermato prima di portare a termine, nelle medesime condizioni, la sua condotta: in tal caso potrebbe ritenersi configurabile il tentativo, sulla base dei requisiti richiesti dall'art. 56 c.p. A ben vedere, tuttavia, il fatto che il rapporto fra condotta antiggiuridica ed evento (non verificatosi) sia individuato *ex art. 56 c.p.* negli *atti idonei diretti in modo non equivoco* nulla toglie alla necessità, derivante da ragioni sistematiche il cui rispetto evita incongruenze altrimenti non evitabili, che *anche con riguardo al delitto tentato* ci si debba interrogare su cosa sarebbe accaduto in presenza del comportamento alternativo lecito: quesito il quale porta a concludere per la *non configurabilità del tentativo*, ove 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).

Al medesimo risultato può probabilmente pervenirsi, in effetti, anche sulla base della c.d. concezione *realistica* del tentativo punibile (83) (cioè tenendo conto di tutti i dati situazionali oggettivamente esistenti al momento della condotta antiggiuridica, tali per cui quest'ultima, nel nostro caso, 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), concezione la quale pure da quest'ultimo punto di vista evidenzia la sua razionalità teorica complessiva (84): peraltro il risultato suddetto ha fondamenti

(82) Pensare che tale condotta, non essendo risultata significativa rispetto al prodursi dell'evento, possa da sola rilevare ai fini di un delitto tentato si scontrerebbe, d'altra parte, sia con la formulazione molto precisa dell'art. 56 c.p. (*se ... l'evento non si verifica*), sia, pur sempre, col fatto che si punirebbe nonostante la sicura irrilevanza a priori della trasgressione (circostanza la quale peraltro escluderebbe, come subito vedremo nel testo, il sussistere stesso degli atti *idonei*, conformemente alla c.d. concezione *realistica* del tentativo punibile).

(83) Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1224; conf. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano 1994, p. 302 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 432; G. FIANDACA, in A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 3^a ed., Padova 1999, *sub art. 56, IV, 4*, p. 225; I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino 2000, pp. 264 ss. e 342 s.

(84) Nell'ottica menzionata l'estensione dell'intervento penale oltre l'ambito dell'effettiva causazione di eventi, mediante il rilievo attribuito all'idoneità e all'univocità degli atti, viene circoscritta ai casi in cui l'inidoneità in concreto della condotta (in tutti i casi di tentativo la condotta si rivela *ex post* inidonea) faccia capo a fattori non ancora operanti al momento della condotta medesima; un'ottica limitativa che si affianca a quella intesa, comunque, ad esigere livelli particolari del rischio – cioè della probabilità *ex ante* – che attraverso gli atti posti in essere si pervenga effettivamente al prodursi dell'evento (cfr. su quest'ultimo punto I. GIACONA, *op. cit.*, p. 63 ss., nonché ID., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1333 ss.).

autonomi da quelli che ineriscono all'interpretazione del concetto di idoneità e le due prospettive d'indagine, quindi, non sono da sovrapporsi.

4.3.3. Tutto ciò considerato, la conseguenza che se ne deve trarre non va di certo ricercata nel solco di un'utilizzazione dei modelli sanzionatori classici del diritto penale – tradizionalmente pensati quali reazioni *retributive* verso il prodursi di eventi – riconvertita a fini di contrasto (anticipato) dell'operatività di rischi non tollerabili; e neppure va orientata alla promozione di surrettizie riletture giurisprudenziali degli istituti vigenti imperniate sul ruolo del rischio, che si configurerebbero come indebite iniziative politico-criminali, conformi a supposte esigenze, inevitabilmente discriminatorie, di (rapsodica) esemplarità.

Piuttosto si tratta di reimpostare in sede di riforma legislativa, come già si accennava (85), l'intera problematica del controllo dei rischi idonei a produrre la lesione di beni fondamentali, attraverso strategie – penalistiche e pre-penalistiche – di intervento preventivo (86) comunque non più imperniate sul ruolo cardine finora attribuito alla minaccia edittale del ricorso al carcere.

È chiaro, d'altra parte, che se l'ottica retrospettiva della retribuzione incentra il suo interesse sull'evento lesivo già realizzatosi, un orientamento verso finalità preventive il quale non sia solo di facciata – anche il diritto penale classico proclama, da molto tempo, di retribuire per fare prevenzione – non può non assegnare particolare rilievo al concetto di rischio, e con ciò alla pericolosità delle condotte (nel cui ambito, beninteso, sono da includersi – oltre ai casi nei quali assuma rilievo giuridico il *non fare* – le azioni *intese in senso fisico-naturalistico*, e non i meri atteggiamenti interiori) (87).

Per prevenire gli eventi lesivi, infatti, bisogna operare affinché non siano tenute le condotte *rischiose* suscettibili di produrli, superando la logica che si attende simile effetto, nonostante la cifra oscura, dalla *esemplarità* delle condanne che sporadicamente facciano seguito alla verifica degli stessi.

5. Finora abbiamo evidenziato gli elementi *comuni* al reato doloso e al reato colposo, prendendo in considerazione il sussistere di una condotta cosciente e volontaria la quale, violando una regola di diligenza, abbia cagionato un evento del tipo di quelli che tale regola mirava ad evitare: anche se a più riprese abbiamo dovuto prendere in esame i modi in cui gli elementi suddetti si rapportano all'esistenza di un contesto di dolo o di colpa.

Solo una volta che simili elementi risultino accertati viene in gioco il nodo problematico attinente alla divaricazione fra le diverse forme della tipicità soggettiva (88), divaricazione che investe in primo luogo l'antitesi fra condotte *intenzionalmente* o *non intenzionalmente* orientate al prodursi dell'evento.

(85) Si veda *supra*, 3.2.1.

(86) Cfr. in proposito K. LÜDERSSEN, *Übernahme der Aufgaben des Strafrechts durch andere Rechtsgebiete – ein Blick auf das konkurrenzfähige (andere) öffentliche Recht und Zivilrecht sowie die dazugehörigen Verfahrensgänge* (1993), in ID., *Abschaffen des Strafsens*, Frankfurt a. M., 1995, p. 419 s. Si veda anche *infra*, 8.2.

(87) Significative su quest'ultimo punto, nell'ambito di una diversa visione del sistema penale e dei suoi fini, le precisazioni di E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1096 s.

(88) Non riterremmo peraltro che il riconoscimento del ruolo svolto dal dolo e dalla colpa sul piano della tipicità (soggettiva) debba condurre a negarne la contemporanea rilevanza (*doppia posizione*) sul piano della colpevolezza, come invece ritiene, da ultimo, G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 829 ss. (pur condividendo i rilievi ivi nitidamente opposti all'assunto della compatibilità di un *illecito doloso* con una *colpevolezza colposa*, assunto che lo stesso Autore definisce, invero, uno *stravagante corollario* della tesi che sostiene la doppia posizione). Il fatto è, ci pare, che la rilevanza di dolo e colpa *anche* sul piano della colpevolezza non risponde a una mera opzione dogmatica, ma riflette una ben precisa realtà sostanziale: se dolo e colpa, da un lato, sono caratteristiche coesistenziali alle condotte dominabili dall'uomo che producano eventi offensivi di beni giuridici, costituendone forme di manifestazione non scindibili, se non concettualmente, dal profilo materiale, essi costituiscono, dall'altro lato, condizioni necessarie perché un giudizio di colpevolezza *possa esistere*. Un accadimento naturalisticamente prodotto dall'uomo non è *di per sé* rimproverabile e lo diviene soltanto *se sussistono* dolo o colpa, come bene si evince dalla stessa motivazione della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale. Dolo e colpa, quindi, assumono un significato del tutto peculiare fra gli elementi del fatto tipico: seppur la loro esistenza non ci dica molto circa l'entità della colpevolezza, essi non sono mero *oggetto* del giudizio di colpevolezza ma sue (pre)condizioni, posto che mancando l'uno o l'altro di tali requisiti non è possibile

5.1. Posto, infatti, che le condotte umane in quanto movimenti corporei – le omissioni esigono alcuni rilievi specifici (89) – non vengono attuate *per se stesse*, bensì quali strumenti per il perseguimento di scopi implicantemente modifiche del mondo esterno, e che, dunque, ogni condotta umana è caratterizzata da una prospettiva finalistica la quale, dal punto di vista psicologico, *le dà causa*, si tratta di stabilire, innanzitutto, se la prospettiva che abbia determinato una certa condotta sia stata o meno quella di produrre l'evento penalmente significativo cui tale condotta, violando una norma di diligenza, a sua volta abbia dato causa.

Ma come svolgere una simile verifica, nella quale si sostanzia l'accertamento del dolo *intenzionale*, figura che differisce, in questo senso, rispetto all'insieme di *tutte* le altre forme dell'imputazione di un reato? (si noti che quell'insieme, in un sistema non più disponibile verso la logica del *versari in re illicita* e ancorato nel contempo alla bipartizione classica delle forme di responsabilità *personale*, dovrebbe identificarsi con la *colpa*, se la prassi non avesse introdotto il riferimento alle figure del dolo c.d. diretto e del dolo eventuale) (90).

Viene in proposito a configurarsi una problematica causale, di ordine psichico, ulteriore a quella che ha per oggetto il nesso eziologico fra condotta ed evento: una problematica nel cui ambito, altrimenti da quanto accade in rapporto al nesso or ora richiamato, la condotta C è il conseguente e l'antecedente – costituito dalla prospettiva P che dal punto di vista psicologico ha cagionato C – rappresenta l'elemento da definire (laddove nel rapporto causale previsto dall'art. 40 c.p. la condotta C che si ipotizza aver cagionato l'evento E è un dato noto in tutte le sue caratteristiche concrete).

Orbene, data una condotta C sono ordinariamente ipotizzabili varie prospettive mentali P che potrebbero averle dato causa, cioè prospettive tali per cui in rapporto a ciascuna di esse esista una *massima di esperienza* che individui una regolarità del ricorrere di P (di una prospettiva del tipo P) rispetto al verificarsi di C (di una condotta del tipo C), fornendo in tal modo copertura all'affermazione secondo la quale C presupporrebbe l'incidenza causale di P.

Ed è proprio la facilità con cui sono reperibili massime le quali ricolleghino un certo tipo di condotta all'una o all'altra prospettiva finalistica che rende assai pericoloso limitare la descrizione del capitolo concernente l'accertamento del dolo, come spesso accade, alla generica indicazione della necessità di fondare la prova sulle massime suddette: non si è lontani dal vero, infatti, affermando che una massima utile all'ipotesi accusatoria, in tema di dolo, *la si trova sempre*.

Il problema è che le massime di esperienza, le quali individuano regolarità intercorrenti non già tra fattori fisico-naturalistici, ma tra circostanze fattuali e decisioni umane, costituiscono una tipologia di leggi assai particolare, non solo perché sono sempre di carattere statistico (e lo sono tanto più in quanto prendono in considerazione, inevitabilmente, un novero di circostanze molto limitato rispetto a quelle compresenti in sede decisionale, con il permanere di forti riserve sull'effettiva non incidenza, secondo la logica inerente alle *assunzioni tacite*, di tutti gli antecedenti trascurati), ma anche perché sono *compatibili* con regolarità di segno esattamente opposto: è vero, per esempio, che molti fra coloro che subiscono un'offesa attuano ritorsioni, ma è altrettanto vero che altri, in presenza delle medesime circostanze, non agiscono così.

Quel che va rimarcato, pertanto, è l'assoluta necessità di applicare all'accertamento del dolo un modello argomentativo idoneo a minimizzare gli effetti negativi circa l'attendibilità della spiegazione

alcun rimprovero (non a caso, invece, può prospettarsi dal punto di vista logico, anche se non rileva ai fini penali, una rimproverabilità della mera intenzione o del mero *habitus* negligente, cioè *disgiunta* dal fatto tipico oggettivo). L'accoglimento di un'autentica concezione *normativa* della colpevolezza, che verrebbe segnalato proprio dall'abbandono della *doppia posizione* di dolo e colpa, necessita del resto di non identificarsi con la negazione di contenuti autonomi della colpevolezza medesima in quanto categoria dogmatica rispetto a supposte esigenze politico-criminali (si ponga mente, ancora, alla lunga elaborazione di Claus Roxin sul rapporto fra colpevolezza e prevenzione: cfr. *supra*, nota 1), pericolo il quale troverebbe probabilmente maggiore spazio ove l'accertamento del dolo e della colpa fosse in radice ritenuto estraneo alla categoria suddetta. Infine si deve considerare, come vedremo nel testo, che l'accertamento stesso della colpa, per non risolversi in un'ascrizione della mera discrepanza oggettiva di una condotta da un certo standard comportamentale, richiede un profilo d'indagine soggettivamente orientato del tutto assimilabile a un giudizio di colpevolezza.

(89) Si veda *infra*, 7.1.

(90) Ulteriori riferimenti in L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 107 ss.

connessi al problema or ora evidenziato, problema il quale si inquadra a tutti gli effetti in quello già ben noto relativo alla *pluralità delle cause* (91): le diverse prospettive finalistiche a prima vista compatibili con una certa condotta ne individuano, infatti, cause psicologiche fra loro *alternative*.

Dei due criteri che possono essere utilizzati in modo incrociato per rispondere all'incertezza derivante dalla frequente prospettabilità di più condotte (meglio, di più serie causali alternative) in grado, almeno a prima vista, di assumere rilievo nell'indagine sul nesso di causalità relativo all'evento – selezione, fra gli antecedenti plausibili, di quelli che risultino essersi storicamente verificati e migliore descrizione possibile del conseguente onde ridurre (fino a uno) il ventaglio di tali antecedenti – può farsi tuttavia ricorso, nella prova del dolo, soltanto al secondo: ciò in quanto l'antecedente si configura in essa non come dato storico del quale sia da verificarsi la concreta pertinenza causale, bensì come *oggetto dell'indagine* (di un'indagine finalizzata a individuarne le caratteristiche).

Si tratterà, dunque, di descrivere al meglio il contesto situazionale in cui una condotta è stata posta in essere, onde verificare se le prospettive psicologiche ad essa ricollegabili mediante il riferimento a massime di esperienza si riducano, in tal modo, *a una sola*. Se ciò accade, se cioè con altissima credibilità razionale *soltanto una prospettiva* rimane plausibile, in quanto le altre si rivelano senza eccezione *del tutto* incompatibili con il contesto summenzionato, potrà dirsi individuata l'intenzione che ha sorretto una certa condotta.

Solo se tale prospettiva, infine, risulterà proprio quella (P_E) di produrre l'evento E che la condotta C materialmente ha cagionato potrà dirsi sussistere il dolo (intenzionale).

C'è quindi intenzionalità dolosa se la prospettiva P che psicologicamente ha dato causa alla condotta C, causale rispetto all'evento E, è P_E (se il colpo di pistola che ha ucciso è stato psicologicamente cagionato dalla prospettiva di uccidere colui che è deceduto). Se la prospettiva rilevante è una qualsiasi altra (P_n), non c'è intenzionalità nei confronti di E (si pensi, nell'esempio proposto, alla prospettiva di provare un'arma, di colpire un bersaglio durante una gara, di festeggiare il capodanno, e così via).

5.2. A questo proposito può essere utile un breve approfondimento sul ruolo cardine assunto dalla prospettiva psicologica che sta a monte di qualsiasi condotta – vale a dire dal concetto di *intenzione* – nell'iter motivazionale umano e, di conseguenza, in rapporto alla teoria del reato.

Già osservavamo come sia sempre una prospettiva psicologica (se si vuole, il perseguimento di uno scopo) a determinare l'adozione di una certa condotta, la quale risulta finalizzata a produrre l'evento costituente oggetto, per l'appunto, della prospettiva che le dà causa.

Ove tale evento, poi, rilevi penalmente e la condotta – cosa ordinaria quando il fatto offensivo sia voluto – violi una regola di diligenza intesa a prevenire esiti del tipo cui il medesimo appartenga si avrà *dolo intenzionale*, con riguardo a un illecito (sussistendone i requisiti ulteriori) consumato o tentato.

Spesso accade, tuttavia, che rilevi penalmente un evento cagionato dalla condotta, ma *diverso* da quello costituente oggetto della prospettiva la quale le abbia dato causa: e in tal caso – sempre che la condotta violi una regola di diligenza intesa a prevenire esiti del tipo cui simile evento appartenga – potrà aversi l'imputazione di un reato *non intenzionale* (ordinariamente colposo).

Nel secondo dei contesti descritti, in particolare, l'evento lesivo non preso di mira assume *ex post*, rispetto alla strategia prescelta per conseguire un fine lecito (meglio: irrilevante circa il reato di cui si discute), le caratteristiche di un *costo*, il rischio della cui produzione non doveva essere messo in gioco – ciò che, invece, è avvenuto, data la violazione, consapevole o meno, di una norma di diligenza.

Dunque, ogni condotta cosciente e volontaria è sorretta da una prospettiva psicologica e risulta intenzionale rispetto a un certo evento, che di tale prospettiva rappresenta l'oggetto.

Peraltro, ciascun insieme formato da *prospettiva, condotta ed evento* costituisce, a sua volta, una *condotta* composita che dipende da una prospettiva *antecedente* ed è finalizzata a un evento, oggetto di quest'ultima, *ulteriore* (spesso, anzi, una data prospettiva psicologica dà luogo a *più condotte*, in se stesse opportunamente articolate, che devono concorrere per il suo realizzarsi): l'insieme costituito, poniamo, dalla prospettiva (P_x), instauratasi nella mente del classico nipote crudele, di uccidere la vecchia zia mediante una condotta (C_x) di veneficio idonea a realizzare l'evento morte (X), rappresenta

(91) Cfr. *supra*, 2.2.

una condotta *composita* (C_A) di omicidio la cui causa psichica potrebbe essere stata la prospettiva (P_A) di acquisire l'eredità della zia, evento, quest'ultimo (A), che tale condotta (con eventuali condotte complementari) è in grado di produrre.

La realizzazione del contenuto di una certa prospettiva si manifesta, in quest'ottica, come condotta funzionale al realizzarsi di una prospettiva pregressa, secondo una catena formata da molteplici anelli: proseguendo nell'esempio, la prospettiva (P_A) di ereditare potrebbe dipendere, a sua volta, da quella (P_B) di possedere più danaro, suscettibile di essere per l'appunto soddisfatta attraverso la condotta (C_B) rappresentata dall'acquisizione dell'eredità, condotta la quale ricomprende l'insieme $P_A \rightarrow C_A \rightarrow A$ e risulta in grado di produrre l'evento (B) costituito dalla maggior disponibilità di danaro.

Se si continua nella ricostruzione a ritroso, emerge come a un certo punto l'evento in cui si sostanzia l'oggetto della prospettiva psicologica che dà causa alla condotta (*alla condotta che in tale fase rilevi*) non consista più – probabilmente per *qualsiasi* sequenza comportamentale – in una modifica del mondo esterno, ma in uno stato soggettivo: a monte della prospettiva di avere più danaro potrebbe esservi, saltando qualche passaggio, quella (P_N) di appagare, mediante la condotta dell'acquisire danaro ($C_N = P_B \rightarrow C_B \rightarrow B$), un proprio senso d'insicurezza, esito che costituirebbe l'evento N, *del tutto interiore*. Andando oltre – e considerato che un particolare tema di riflessione è da individuarsi nelle prospettive remote (addirittura) inconsce – si finisce per raggiungere la soglia del non ulteriormente indagabile.

Tutto ciò significa altresì che ciascuna condotta, secondo un procedimento opposto a quello sin qui percorso, può essere ridescritta più analiticamente, a meno che non si tratti di un puro movimento corporeo, attraverso la sequenza (o *più* sequenze) di una (*sub*)prospettiva subordinata alla prospettiva che dà causa alla condotta presa in esame, di una (*sub*)condotta e di un *evento*, il quale consisterà nella realizzazione materiale della condotta di partenza ovvero di un suo presupposto o di una sua parte: spesso, infatti, il compimento di una condotta *complessa* esige il concorrere di molte sequenze del tipo che abbiamo descritto e, dunque, dei diversi (*sub*)eventi cui ciascuna di esse dà luogo.

La condotta di partenza individuerà, in quest'ottica, l'oggetto della (*sub*)prospettiva che dà causa a una o più (*sub*)condotte.

Così la condotta sopra considerata C_x (propinare veleno) può essere scissa, per esempio, nella prospettiva (P_a) di far ingerire la sostanza tossica, nella (*sub*)condotta (C_a) costituita dal versare il veleno in una bevanda della zia e nell'evento (a) derivatone, consistente nell'assunzione del medesimo da parte della vittima. Mentre la condotta C_a può essere scissa, a sua volta, nella prospettiva (P_b) di versare, per l'appunto, il veleno in una bevanda e, poniamo, nelle (*sub*)condotte (C_{1b} e C_{2b}) concorrenti, cagionate dalla suddetta prospettiva, di sottrarre il veleno da un laboratorio e di metterlo nella tazzina dalla quale la zia sia solita sorbire il caffè.

Tutti i passaggi sin qui considerati – e quindi le prospettive psicologiche che danno causa alla catena delle condotte, individuando per ciascuna di esse l'intenzione pertinente – possono essere ricostruiti a ritroso secondo il modello descritto con riguardo all'accertamento della volontà nel reato doloso.

Si tratta di un processo *induttivo*, teso a risolvere problematiche di *pluralità delle cause*. Esso, pertanto, non affronta la domanda sul *quomodo* un'intenzione venga a fissarsi, nella mente di un individuo, come prospettiva *effettivamente perseguita* (e non di mero carattere speculativo), orientandosi piuttosto a dimostrare incompatibili con un'accurata descrizione del contesto situazionale le altre prospettive cui, in astratto (secondo regolarità statistiche note), potrebbe ricondursi dal punto di vista eziologico una determinata condotta.

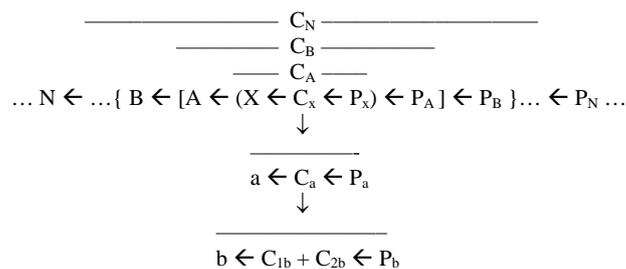
Ne deriva che un simile iter probatorio il quale procede *per esclusione* (divenendo sempre più incerto via via che le prospettive s'identificano con stati interiori) nulla è in grado di affermare circa i presupposti del formarsi, nell'individuo, di una data *intention in action*, cioè circa la *decisione* sottesa all'operatività di qualsivoglia prospettiva mentale (e, pertanto, sulla *scelta* di una strada piuttosto che di un'altra per soddisfare una prospettiva antecedente: salvo chiarire che quest'ultima, di norma, non nasce in maniera autonoma dalla previsione delle sue possibili modalità realizzative, le quali, in effetti, sono annoverabili fra i fattori la cui ponderazione viene in gioco ai fini del suo stesso instaurarsi).

Proprio la fase in cui si confrontano nella mente umana, in rapporto a circostanze specifiche, diverse prospettive perseguibili e diverse ragioni per agire o per non agire in un dato senso – la fase, cioè, della *decisione*, che sfocia nel “*fiat*” costitutivo di una *intention in action* – individua del resto il nodo che rende *così difficile* formulare massime dotate di elevata predittività statistica relative all'incidenza di determinati fattori sulle eventuali scelte criminose di un certo soggetto: e ciò sia per il concorrere di

innumerevoli variabili interagenti con quella di cui si discute, per gran parte diverse in ciascun individuo, sia perché non s'è affatto dimostrato che la mente umana operi *solo* come un enorme sistema computazionale e non costituisca essa stessa *fonte* di criteri valutativi.

Resta da precisare che se la prospettiva psicologicamente causale di una data condotta ne individua l'intenzione, riferita a un dato obiettivo, le prospettive anteriori rispetto alle quali simile prospettiva risulta funzionale costituiscono di tale condotta *moventi* (92), cui viene dato rilievo penalistico nell'ambito della commisurazione giudiziaria (in senso stretto e, talora, in senso lato), come pure sul piano del dolo *specifico* (93) (inoltre, l'irreperibilità di *qualsiasi* prospettiva anteriore – di qualsiasi *movente* – in grado di sorreggere in modo plausibile la prospettiva ipotizzata, ai fini del dolo, psicologicamente causale di una data condotta inficia, a ben vedere, il livello *prossimo alla certezza* che deve caratterizzare *anche* quest'ultimo nesso di causalità) (94).

Di quanto s'è detto può essere proposta una schematizzazione grafica:



(92) Può essere interessante seguire sul punto il pensiero di un *classico* come G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, 2^a ed., Torino 1900, p. 412 s.: da un lato egli qualifica i *moventi* "causa cosciente di un atto volontario", dall'altro, introdotto il ruolo della decisione (che definisce *intenzione* o *risoluzione*), precisa: "i motivi sono la causa; la intenzione, o la volontà di commettere il delitto, è l'effetto che da essi è determinato, ed è l'anello intermedio tra i motivi e l'azione". Cfr. inoltre, con riguardo al dolo di *proposito*, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, vol. I, 10^a ed., Firenze 1907, p. 110: "la *risoluzione* non deve confondersi col *desiderio* e con la passione (per esempio l'odio) che fu *causa* della *risoluzione*" (corsivi dell'Autore). Si veda anche MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa. La dottrina della colpevolezza*, Palermo 1939, p. 197: "il motivo inerisce al processo di motivazione, è la sorgente, è la causa determinante, mentre l'intenzione è la volontà diretta ad uno scopo, è il risultato ultimo al quale l'agente vuole arrivare con il delitto". In epoca meno remota la problematica viene approfondita da A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino 1955: "mentre nel dolo si considera la volontà orientata verso un avvenimento determinato, descritto dalla norma e con essa legato, nel movente si vede lo scopo ultimo della condotta, o l'impulso che la determina, impossibili da precisarsi a priori" (p. 35); "il soddisfacimento di un desiderio richiede sempre una serie di atti, ciascuno dei quali è preceduto, accompagnato e seguito da fenomeni psichici che riproducono, su scala minore, il processo psichico principale" (p. 54 s.; non risulterebbe peraltro utile, secondo l'Autore, superare determinati limiti nello "sminuzzamento della condotta", in quanto il medesimo potrebbe procedere, di per sé, quasi all'infinito: *ibi*, p. 38; cfr. altresì, in una prospettiva analoga, E. GORRA, *L'attribuzione di responsabilità*, Milano 1983, p. 128). Data la continuità che li lega alla nozione di prospettiva *che dà causa alla condotta*, i moventi saranno in ogni caso da ricostruirsi, come precisato nel testo, secondo lo stesso schema necessario per accertare il dolo intenzionale: ove non si percorresse questa via, anche l'indagine sui moventi finirebbe per rispondere a schemi presuntivi, del che è riprova un'ulteriore osservazione di A. MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p. 294 s., riferita all'art. 62 n. 1 c.p.: "Non infrequentemente la giurisprudenza afferma che l'azione appare talmente malvagia da escludere l'esistenza di motivi morali o sociali. Ciò posto, si deve ammettere che il valore dell'azione determini quello dei motivi. Il che, peraltro, sembra assurdo, perché in tutti i casi in cui l'azione costituisce reato, i motivi per i quali viene compiuta sarebbero malvagi o antisociali".

(93) Cfr., anche per esempi relativi alla rilevanza nel sistema penale di motivi slegati da qualsiasi descrizione di elementi *esterni* o *finalistici*, L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 526ss., il quale peraltro – contro la tesi di una mera rilevanza *soggettiva* di tali motivi – opportunamente puntualizza: «Benché pure il movente od impulso psichico, che si fondi su un'erronea valutazione delle circostanze interne od esterne del proprio agire, o sulla loro erronea qualificazione da parte dell'agente, possa rilevare quale dato psichico di interesse per le scienze criminologiche o psicoanalitiche, l'ordinamento deve attenersi sempre e soltanto all'oggettivo significato espresso dal *criterio* di valutazione indicato dalla norma, per giudicarne il significato penale. Per cui se l'agente, ad es., si motiva 'politicamente' o 'per lucro', ecc., fraintendendo le circostanze della realtà esterna od, anche, interna, su cui basa tale sua convinzione o dinamica psichica, il giudice non potrà certo, per questo, deviare da ciò che *oggettivamente* può essere definito come 'politico' o 'di lucro' » (*ivi*, p. 530). Sul confine non sempre chiaro fra rilevanza di moventi e dolo specifico cfr., oltre a L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 520 ss., e A. MALINVERNI, *Scopo e movente*, cit., in part. p. 149, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p. 77, nota 46.

(94) L'ipotesi di un dolo senza movente metterebbe del resto in discussione il sussistere dell'imputabilità (si veda anche *infra*, 7.3).

6. Quando la condotta antidoverosa non è intenzionale rispetto all'evento penalmente significativo che essa, nondimeno, abbia cagionato e quest'ultimo rientra nel tipo di eventi che la regola trasgredita mira a scongiurare *manca* la volizione relativa al risultato della condotta e di per sé – ai sensi dell'art. 43 c.p. – non c'è dolo, ma colpa.

Conformemente alla formula letterale del codice, pertanto, la definizione del reato colposo si desume, per difetto, da quella del reato doloso, così che davvero *non c'è dolo senza colpa*.

6.1. Si tratta semmai di precisare che ai fini dell'imputazione colposa andrà inoltre accertato, sul piano della colpevolezza, se l'adeguamento allo standard di diligenza rilevante in rapporto a una determinata condotta – standard comunque da definirsi con riguardo all'intera gamma dei dati situazionali – risulti *esigibile* nei confronti dell'agente concreto, cioè se il mancato adeguamento possa non essergli rimproverato.

Nel caso in cui un infermiere, per esempio, abbia fatto fronte secondo le competenze tipiche della sua professione, poniamo in un rifugio di montagna, a un'urgenza medica, ma non abbia attuato tutto ciò che un medico, e tanto più uno specialista della patologia manifestatasi, avrebbe potuto fare nelle medesime circostanze non c'è violazione alcuna di una regola di diligenza; in tale ipotesi, infatti, lo standard comportamentale che può essere richiesto al suddetto individuo (mancando le condizioni per garantire lo standard umanamente ottimale, in altri contesti senza dubbio dovuto) risulta *oggettivizzabile* a priori e ove tale standard sia stato assolto non può parlarsi di una condotta antidoverosa, né dunque necessita, per escludere il reato, ricorrere alla categoria dell'inesigibilità.

Nel caso in cui, invece, un chirurgo sia stato richiamato in sala operatoria al termine di un intervento di lunga durata e di grande complessità per un nuovo intervento che egli solo sia in grado *hic et nunc* di effettuare non potrà certo farsi riferimento a standard comportamentali *oggettivizzabili* propri – come dire – del chirurgo (incolpevolmente) stanco, ma dovrà pur sempre tenersi conto, con riguardo, poniamo, a una disattenzione nella quale quel medico sia incorso, dello stato di prostrazione soggettiva che non gli è addebitabile e che rende inesigibile il livello di lucidità e di reazione agli stimoli ordinariamente dovuto.

Del resto il giudizio sull'esigibilità di una condotta non concerne soltanto i comportamenti colposi, bensì anche – seppur conduca a escludere la colpevolezza in un ambito più ristretto di casi – gli stessi fatti tipici *dolosi*.

6.2. Precisato ciò che in radice, secondo l'impianto del nostro codice, contraddistingue l'imputazione per colpa, il problema, come ben si sa, è dato dal fatto che giurisprudenza e dottrina si orientano da tempo, nonostante l'assenza di ancoramenti normativi, a individuare un ambito di condotte antidoverose ma *non intenzionali* (rispetto all'evento penalmente significativo che ne sia derivato) suscettibili pur sempre di determinare una responsabilità *dolosa*.

Ora, non è questa la sede per considerare le origini storiche di un simile atteggiamento, né per sottoporre a un'analisi critica complessiva le motivazioni, da inquadrarsi in un'ottica evidente di politica criminale *giudiziaria*, che hanno portato a enfatizzare, negli ultimi anni, l'indirizzo in questione, e nemmeno per discutere dell'eventuale introduzione di una *terza via* fra imputazione dolosa e colposa o di altre ipotesi *de iure condendo*.

Quel che invece si vorrebbe sinteticamente precisare è il quadro dei confini cui le due forme classiche di estensione, rispetto a quella intenzionale, del dolo devono *comunque* rimanere assoggettate (impregiudicato il giudizio sulla loro intrinseca legittimità e preso atto, tuttavia, della prassi), ove non s'intenda abiurare a esigenze minimali di razionalità, di coerenza sistematica e di certezza.

6.2.1. Le questioni sono di certo meno delicate con riguardo alla prima delle forme suddette: il dolo c.d. *diretto* (che invero sarebbe più congruo definire *indiretto*) (95).

In tale forma di imputazione risulta infatti chiaro il fattore che la contraddistingue, *specificandola*, rispetto alla generalità delle condotte antiggiuridiche causali ma non intenzionali, fattore il quale consiste nel fatto per cui lo scopo della condotta viene perseguito *a costo* del prodursi *dell'evento* rilevante dal punto di vista penale, dato che la derivazione di quest'ultimo dalla condotta si configura in termini di sostanziale certezza (in termini di probabilità *contigua alla certezza*).

Il reato non è voluto, ma si agisce mettendo in conto (dando *per scontato*) il suo verificarsi, posto che risulta in correlazione necessaria rispetto alla condotta prescelta come idonea (senza che per questo esito accessorio s'intenda rinunciarvi) a conseguire un certo obiettivo. Si accetta, in quanto praticamente certo, il *realizzarsi stesso* del reato.

Proprio quest'ultimo stato psicologico, pur rimanendo ben distinto dalla volontà, rappresenta il *quid pluris* del dolo c.d. *diretto* rispetto alla generale situazione cognitiva dei soggetti che prevedono come possibile il realizzarsi, a seguito di una loro condotta antidoverosa, dell'evento non voluto, situazione che si sostanzia nella consapevolezza del (mero) rischio.

Trattandosi peraltro, nel dolo c.d. *diretto*, di uno stato psicologico *solo normativamente* equiparato alla volizione, non varrà affermare (96) che per tale categoria penalistica – essendo ritenuta rilevante ai fini del dolo intenzionale anche un'attitudine eziologica della condotta *inferiore* a quella prefigurata dal soggetto agente – basti il convincimento *sogettivo* della certezza relativa al prodursi dell'evento: piuttosto, tale certezza dovrà sussistere *ex ante* pure *oggettivamente* (la volizione, tipica del dolo intenzionale, *non può* essere, dal punto di vista logico, putativa, mentre senza dubbio lo possono essere gli elementi cognitivi, come, per esempio, la previsione in termini di certezza del prodursi di un evento: ma, nel sistema del nostro codice, l'autonoma rilevanza del putativo *non è ammessa*).

La questione, tuttavia, si ridimensiona – pur non divenendo priva di significato – ove risulti ammessa la figura del dolo eventuale, posto che nell'ipotesi della certezza solo soggettiva di produzione dell'evento non voluto tale figura, per quanto ricostruita in termini *non estensivi* (97), normalmente risulterebbe integrata.

6.2.2. Assai diversamente stanno le cose proprio con riguardo al dolo *eventuale*. Tale figura vorrebbe reperire un elemento di distinzione (idoneo a giustificare riflessi macroscopici sotto il profilo sanzionatorio) nel *continuum* dei soggetti che agiscono, violando una regola di diligenza, con la consapevolezza di dar luogo a un (mero) rischio penalmente significativo.

I modelli proposti, nonostante la messe della letteratura in materia (che attesta meglio di qualsiasi commento la precarietà del substrato sostanziale sul quale ci si muove e l'*assenza* di un fondamento normativo della categoria in esame) (98), convergono essenzialmente in due varianti.

La prima, di matrice *oggettiva*, fa leva sulle caratteristiche del rischio, dando rilievo o a un certo livello della probabilità che l'evento lesivo si produca oppure, anche se difficilmente lo si ammette, a prese di posizione giudiziarie riguardanti il grado di adeguatezza sociale dell'obiettivo, sia esso lecito o illecito, in funzione del quale il rischio viene corso (99).

(95) Opportunamente A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Milano, 2000, p. 274, parla di dolo intenzionale o diretto, di dolo indiretto (per indicare quello che invece viene comunemente indicato come dolo *diretto*) e di dolo eventuale: nel testo qualifichiamo la seconda figura come *dolo c.d. diretto*, in ossequio alla terminologia più usata.

(96) In tal senso S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 194.

(97) Cfr. *infra*, 6.2.2.

(98) Si consideri, in proposito, la nota 100.

(99) “Ricondurre al dolo eventuale un fatto che si svolge in una situazione illecita e alla colpa cosciente quanto consegue da un rischio consentito è la strada seguita dalla giurisprudenza”, “strada vicina al paradigma del *versari in re illicita*”: così A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli 1999, p. 195, nota 388; si veda, inoltre, S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 122 ss. (nella medesima prospettiva diviene facile trascurare, onde imputare il dolo, lo stesso aver fatto affidamento, da parte di chi comunque agisca *in re illicita*, su condotte proprie o altrui idonee a diminuire, o addirittura ad azzerare, un certo rischio; cfr. anche *supra*, nota 23).

Sono criteri del tutto incompatibili, come appare evidente, con l'autonomia *qualitativa* del dolo rispetto alla colpa, posto che essi prescindono da qualsiasi differenziazione fondata sull'atteggiamento *psicologico* riferibile all'evento (100): ai fini del dolo eventuale quel che secondo l'indirizzo in esame si richiede resta pur sempre – soltanto – la *scelta* di correre illegittimamente un rischio, come nella colpa con previsione.

Non venendo in gioco alcuna realtà psichica ulteriore a quella cognitiva, resta esclusa a priori, su questa via, la possibilità di individuare nella forma meno intensa del dolo una componente quantomeno *assimilabile* al profilo della volizione, cioè al fattore che contraddistingue – non solo secondo la lettera del codice, ma anche in senso sostanziale – il sussistere del dolo rispetto all'ascrizione della colpa.

Proprio per queste ragioni la seconda variante in tema di definizione del dolo eventuale ha cercato di far salva l'esigenza di ricondurre il confine fra le due forme tipiche della responsabilità personale alla sfera *soggettiva*, distinguendo, com'è noto, fra i casi in cui sussista o meno un elemento di *consenso* dell'agente al verificarsi dell'evento non voluto.

La consistenza di un criterio distintivo, peraltro, non è assicurata, nell'ambito del diritto, dalla creatività con cui dottrina e giurisprudenza sappiano coniare nuovi concetti, dipendendo, piuttosto, dalla sua capacità di riflettere substrati fattuali davvero eterogenei, come pure dalla sua razionalità: condizioni che il rimando al consenso *non è in grado*, da solo, di assolvere.

Per reperire il *quid pluris* che dovrebbe contraddistinguere, nell'ottica del consenso, il dolo eventuale rispetto alla consapevolezza di attivare o di non contrastare, *contra legem*, il rischio del prodursi di un evento non voluto – cioè rispetto a quanto identifica la colpa cosciente – si sono utilizzati, secondo diverse modalità, quelli che restano pur sempre riferimenti a impalpabili (ed equivoci) modi di porsi nella sostanza emozionali rispetto alla *eventualità* – nota – che dalla condotta antigiusuridica volontariamente intrapresa possa scaturire l'evento lesivo.

Si è fatto leva, in pratica, sulla circostanza per cui, ferma la consapevolezza del rischio antigiusuridico connesso alla condotta, siano prese interiormente le distanze da possibili sviluppi non voluti attraverso un atteggiamento orientato a valorizzare quei fattori del contesto concreto che rendono possibile o probabile *anche il non verificarsi* dell'evento lesivo. Col risultato, se veramente ci si attendesse alle teorizzazioni proposte, di privilegiare l'ottimismo più o meno irresponsabile e di pregiudicare chi agisca sulla base di valutazioni obiettive (cioè con un tasso di *maggiore circospezione*, utile pure *in re illicita*).

In realtà, delle due l'una: o *nonostante tutto* vi è nel soggetto agente la coscienza del sussistere di un rischio, con il che risultano integrati – soltanto – i presupposti della colpa con previsione, non potendo assumere rilievo alcuno, onde differenziare fra dolo e colpa, la fiducia riposta da tale soggetto nel non prodursi dell'evento lesivo; o *tutto sommato* (cosa più rara) il suddetto individuo ritiene davvero che il rischio, pur segnalato da regole comportamentali delle quali sia consapevole, *in radice non sussista*, e allora, in presenza degli altri requisiti necessari, si avrà colpa incosciente.

Nulla muta rispetto a queste conclusioni il ricorso alla formula identificativa del dolo eventuale – nella giurisprudenza quasi una clausola di stile – imperniata sull'*accettazione del rischio*, formula che esaspera, semmai, i problemi evidenziati, in quanto di per sé costituisce una vera e propria descrizione sintetica *della colpa cosciente* (101): chi infatti sa di violare una regola di diligenza, così da attivare o non contrastare un determinato rischio, ne accetta, per l'appunto, l'operatività quale accessorio della propria condotta (102).

(100) Le caratteristiche del rischio potrebbero in effetti giocare un ruolo *solo* a fini (davvero) delimitativi, di ordine oggettivo, rispetto alla rilevanza dell'elemento *soggettivo* doloso (si veda *supra*, 4.1.3, e *infra*, 6.2.2.2).

(101) Evidenza come "l'accettazione del rischio di realizzare la fattispecie" risulti "elemento proprio anche della colpa con previsione, ed anzi, in se stessa, posizione squisitamente colposa", S. PROSDOCIMI, *op. ult. cit.*, p. 227.

(102) Alla luce di una panoramica sui criteri distintivi proposti in dottrina e giurisprudenza, giunge alla icastica conclusione secondo cui "ai confini tra dolo e colpa vi è in realtà la colpa cosciente", "ma, a ben vedere, una colpa cosciente la cui natura coincide con quella del dolo eventuale", G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 276; in questo senso, precisa l'Autore con nitidezza del tutto condivisibile, "il superamento del dolo eventuale rappresenta la soluzione che meglio si adegua al nostro ordinamento in quanto esso [il dolo eventuale] attrae nella sua orbita condotte che in realtà andrebbero ascritte al campo della colpa". Ritenendo tale soluzione, peraltro, "non esente da

Rifacendosi a una definizione suscettibile di coprire, in linea di principio, l'intero ambito della colpa cosciente, simile formula, dunque, finisce addirittura per consentire una discrezionalità pratica pressoché illimitata di imputazione del dolo eventuale laddove sussistano, *comunque*, i requisiti della colpa cosciente; realtà, questa, la quale fa sì che sotto l'egida di un orientamento imperniato sul consenso tornino a risultare determinanti, in modo più o meno surrettizio, i parametri di ordine *oggettivo* poco sopra richiamati.

Del pari, restano inidonei a descrivere limitazioni significative nel ricorso al dolo eventuale, per un'indeterminatezza che non li affranca dal rimando a meri stati interiori ricostruibili molto liberamente, i criteri rappresentati dall'accettazione *dell'evento* quale conseguenza della condotta o dalla *decisione* contro il bene giuridico tutelato.

Si tratta, peraltro, di criteri i quali, orientando al ruolo che gioca nel soggetto agente la prospettiva di un *reale verificarsi* dell'evento (103), si rivelano aperti a quella che costituisce l'*unica* modalità descrittiva del dolo eventuale suscettibile di differenziarlo sul piano *logico e psicologico*, ove tale figura *di fatto* venga utilizzata, dalla colpa cosciente.

Il dolo eventuale risulta configurabile, su questa via (ferme le riserve sull'accettabilità di principio dell'istituto), quando il soggetto è disposto a tener ferma la sua condotta *a costo* del realizzarsi dell'evento, il che accade *solo* se si può asserire, ai sensi della ben nota (prima) *formula di Frank*, che quel soggetto avrebbe perseverato nell'agire anche di fronte alla prospettiva di una realizzazione *certa* dell'evento non voluto (104).

Viene con ciò in considerazione uno stato psicologico *reale*: quello di chi, *ex ante*, non soltanto è disposto a correre un rischio, dando luogo a un azzardo, ma ha messo in conto che per l'obiettivo cui mira la sua condotta il prezzo costituito dal realizzarsi dell'evento lesivo *possa essere pagato* (ha già deciso che per realizzare tale obiettivo *valga la pena* pagare anche quel prezzo), tanto che non desisterebbe dalla condotta neppure ove il prodursi di un simile evento fosse sicuro.

Che in tal modo emerga un distinguo effettivo è del resto suffragato dall'esperienza di ciascun individuo, la quale separa in modo molto netto i casi in cui si produce o non si contrasta un rischio, ma ci si guarderebbe bene dal comportarsi in quel modo se si sapesse di ledere, dai casi in cui si tiene un comportamento rischioso, affermando – rispetto al possibile esito lesivo pur non voluto – *avvenga pure*.

Che poi si possa accettare di rischiare senza accettare il possibile effetto del rischio è attestato in modo lampante da come, infinite volte, ci atteggiavamo verso noi stessi: è frequentissimo che per le più diverse ragioni ci si esponga a rischi, laddove ciò non avverrebbe se fosse sicuro il verificarsi della conseguenza lesiva, che non si è disposti a pagare: l'alpinista (consapevolmente) rischia, ma non mette in conto di precipitare; del pari l'agente di reato si fa carico del rischio di essere punito, ma confida nella *cifra oscura* e in tal senso, il più delle volte, non delinquerebbe – si rammenti Beccaria – di fronte alla *certezza* dell'intervento giudiziario.

S'è detto che la formula di Frank utilizza un giudizio ipotetico: ciò è indiscutibile, ma, come accade rispetto a molti altri fattori del cui sussistere non può darsi una mera constatazione *de visu* (si pensi alla causalità e allo stesso dolo *intenzionale*), esso serve per accertare, con attendibilità che dev'essere contigua alla certezza, una condizione psichica, come già osservavamo, *effettiva* (105).

D'altra parte, sarebbe fuori luogo domandarsi se la fantasia del penalista non possa reperire una demarcazione psicologica fra dolo (eventuale) e colpa (cosciente) di più immediata constatabilità: va considerato, infatti, che quello accertabile attraverso la formula di Frank è l'*unico* stato il quale dal punto di vista psicologico *realmente* si diversifica rispetto al mero agire nella consapevolezza di un rischio; e si deve tener per fermo che la dogmatica tradirebbe il suo ruolo garantistico se creasse

rischi", l'Autore chiama in causa il legislatore per una definizione di *colpa* qualificata o per l'introduzione, secondo noti modelli anglosassoni, di un *tertium genus* dell'imputazione soggettiva.

(103) Si veda soprattutto S. PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, cit., p. 244; ID., *Dolus eventualis*, cit., p. 32 s.

(104) Si veda A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 279 s., e si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 175 ss.; cfr. anche D. PULITANÒ, in A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve*, cit., *sub* art. 43, IV, 7, p. 166.

(105) Nello stesso senso A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 280, nota 21.

distinzioni aventi la consistenza effimera delle categorie verbali, slegate dal riferimento ineludibile alle analisi delle scienze di base.

L'assunto secondo cui la formula di Frank non descrive confini sufficientemente netti risulta, a sua volta, del tutto falso: tale formula, semmai, è in grado di escludere senza incertezze l'imputazione del dolo in molteplici situazioni le quali, altrimenti, restano in balia della più assoluta discrezionalità (106); e proprio per questo, cioè per la sua maggiore coerenza dogmatica che ne fa un argine alla *disponibilità* delle decisioni nei casi concreti, viene talora, purtroppo, osteggiata.

Non si deve trascurare, infine, come nell'ottica sin qui descritta emerge una *continuità logica* fra dolo eventuale e dolo c.d. diretto: entrambe le figure si caratterizzano per il fatto che l'agente il quale non ha come obiettivo la realizzazione di un dato evento lesivo si muove nella piena disponibilità, in vista dei fini che persegue con la sua condotta, a pagare il prezzo consistente nel suddetto esito non voluto: disponibilità segnalata nel dolo c.d. diretto dalla *certezza* avvertita *ex ante* del prodursi di tale esito e da accertarsi, invece, attraverso la formula di Frank, preso atto dell'intero contesto in cui la condotta è inquadrabile, nel dolo eventuale.

Tutto ciò evidenzia come alcune delle formule tradizionalmente utilizzate per descrivere dal punto di vista soggettivo il dolo eventuale (impennate su espressioni quali *consentire*, *decidere contro il bene tutelato*, e così via) o la colpa cosciente (si pensi al classico *confidare*) delineano attributi sì riferibili alle figure in gioco, ma in modo non univoco, in quanto assolutamente generici e dunque del tutto incapaci di assumere un ruolo delimitativo reale se non *concretizzati* attraverso la formula di Frank.

6.2.2.1. Lo si evince anche dalla più recente trattazione sistematica italiana sul confine fra dolo e colpa, proposta da Canestrari (107).

Nella formula sintetica con cui l'Autore prospetta una definizione *de iure condendo* del dolo eventuale egli si limita a richiedere, quanto al profilo soggettivo, che l'agente *accetti* la verifica del *fatto tipico* concretamente rappresentata quale esito possibile della condotta (108).

Ma proprio il non portare simile assunto alla sua conseguenza logica, per la quale si accetta il *fatto* – e non il mero *rischio* – solo quando si sarebbe disposti ad agire pure a costo di una realizzazione *certa* del fatto medesimo, fa sì che l'interpretazione dei termini suindicati, che andrebbe correttamente reperita nel solco della formula di Frank, resti aperta a sbocchi ben diversi e alquanto indefiniti, come dimostrano gli stessi passaggi argomentativi rivolti a esplicitare, nell'opera in esame, il significato della *definitio* ipotizzata.

In questo senso, l'Autore identifica l'elemento che caratterizzerebbe, dal punto di vista soggettivo, il dolo eventuale in una “decisione (personale) contro la possibile violazione del bene giuridico” (109) e

(106) Alla obiezione secondo cui la formula di Frank condurrebbe a escludere il dolo anche nei casi in cui l'evento illecito del cui verificarsi si corra consapevolmente il rischio risulti incompatibile coi fini perseguiti dall'agente (cfr. S. PROSDOCIMI, *op. ult. cit.*, p. 16, anche per ulteriori riferimenti), avevamo replicato (L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 185 s.), da un lato, osservando come non vi siano ragioni che impongano a priori di ricondurre simili casi al dolo (così da operare un sindacato sulla apprezzabilità dei motivi che rendano taluno indisponibile ad agire di fronte alla certezza di produrre l'evento, in un contesto per sé *non aperto* al verificarsi del risultato illecito), dall'altro considerando che, ove si ritenesse indispensabile dare rilievo all'obiezione, potrebbe considerarsi il dolo non escluso quando si possa affermare che se l'agente, paradossalmente, avesse potuto realizzare i suoi scopi cagionando l'illecito lo avrebbe fatto (ipotesi cit. da D. PULITANÒ, *op. e loc. ult. cit.*). La soluzione, tuttavia, può essere più lineare, conformemente a una rigorosa applicazione della formula di Frank: è configurabile il dolo eventuale ove il soggetto avrebbe continuato ad agire anche di fronte alla certezza che, conseguito il fine per sé incompatibile con l'evento non voluto, quest'ultimo si sarebbe (successivamente) realizzato a seguito della sua condotta (per esempio, di fronte alla certezza che l'individuo torturato al fine di ottenere informazioni sarebbe comunque morto per le sevizie subite, dopo aver ceduto ad esse: si veda A. PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*; sarà invece da escludersi, quindi, il dolo eventuale nel caso, prospettato a inizio secolo, di colui che scommetta al tiro a segno di colpire un oggetto in mano a una ragazza, rappresentandosi di poterla ferire e contando, in tal caso, di poter scappare).

(107) Il riferimento è alla monografia già citata *Dolo eventuale e colpa cosciente*.

(108) S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 320 ss.

(109) S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 295 s. (anche per ulteriore bibliografia).

ne fa dipendere la prova da specifici indicatori, ravvisati, per esempio, nel difetto di un “comportamento attuato per evitare il risultato lesivo” o di una “particolare vicinanza emotiva fra reo e vittima” (110).

Dal che discenderebbe il sussistere della colpa con previsione laddove il soggetto agente non adegui la sua condotta allo standard richiesto, ma si prefiguri, nondimeno, l’operatività di elementi interruttivi della catena eziologica suscettibile di produrre l’evento non voluto, manifestando di condividere pur sempre, in tal modo, la funzione preventiva svolta dall’obbligo cautelare violato (111).

Onde consentire una valida demarcazione soggettiva del dolo eventuale, peraltro, gli indicatori e, in genere, i parametri richiamati andrebbero ricondotti a una visione *unitaria* della realtà psicologica che intendono esprimere, visione la quale, a sua volta, esige di essere delineata in termini ben più pregnanti, circa i contenuti, rispetto al decidere *contro* il bene protetto (per quanto inteso, come si evince, nel senso del non aderire *in alcun modo* all’istanza preventiva).

Gli indici che l’Autore menziona, del resto, rappresentano *soltanto alcuni* fra i fattori potenzialmente rilevanti, dal punto di vista probatorio, per attestare l’esistenza o la non esistenza del *quid pluris* che nel dolo eventuale dovrebbe contraddistinguere, al di là della mera dimensione rappresentativa (e dei puri stati emotivi), l’atteggiamento psicologico verso l’evento non voluto.

Con la conseguenza che fondare l’accertamento, in pratica, su singoli indicatori (del cui catalogo manca qualsiasi ricostruzione complessiva), piuttosto che su un criterio univoco – quale la formula di Frank – espressivo di una definizione *non generica* del quadro psicologico rilevante, finisce per consentire l’automatica imputazione del dolo eventuale in base al fattore cui contingentemente (sulla scorta, per lo più, delle considerazioni politico-criminali operate dal giudice) venga attribuito rilievo, secondo un’ottica nella sostanza presuntiva.

Il fatto che un individuo, ad esempio, disattenda un obbligo cautelare senza porre in essere strategie di prevenzione – per quanto eccentriche – *alternative* non può da solo voler dire che egli sia in dolo eventuale; e, di contro, affermare che la colpa cosciente esige il far affidamento, da parte di chi trasgredisca una regola di diligenza, sull’efficacia di uno dei molteplici fattori per cui l’evento lesivo, riguardato *ex ante*, potrebbe anche *non verificarsi* assume uno spessore di accertabilità *non arbitraria* proprio e soltanto alla luce della formula di Frank.

6.2.2.2. Il problema or ora considerato attiene, più complessivamente, all’esigenza di escludere che un’imputazione dolosa possa fondarsi su presupposti psicologici concernenti il fatto tipico, e in particolare l’evento, i quali in realtà si riducano alla dimensione rappresentativa, con un’abrogazione surrettizia del riferimento cardine alla volontà.

È palese, infatti, che i requisiti *minimi* necessari per imputare il dolo finiscono per descrivere gli elementi *essenziali* dell’istituto: ed è altrettanto palese che ove le figure meno intense del medesimo (di creazione extranormativa) siano costruite senza alcun riferimento credibile al ruolo del volere – cioè *non più* come deroghe circoscritte rispetto al rilievo ordinario, nel dolo, della volontà in senso psicologico (l’*intenzione*), tali da descrivere pur sempre uno stato psichico reale ben distinto dal mero aspetto cognitivo e, pertanto, da poter essere *assimilate*, in qualche modo, al volere – il dolo si trasforma (salvo l’aspetto da ultimo richiamato che condivide con la colpa cosciente) in una categoria puramente normativa (112), il cui confine con la colpa viene a dipendere *soltanto* dalla discrezionalità tipica delle valutazioni normative (113).

(110) S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 297 s. e 306.

(111) S. CANESTRARI, *op. cit.*, p. 299.

(112) Si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.

(113) “Rinunciare alla volontà è resa senza condizioni al concetto di rischio, e a quei propositi di oggettivizzazione ad oltranza del diritto penale che abbandonano la determinazione dello stato soggettivo alle sole caratteristiche del pericolo realizzato”: così A. BONDI, *op. cit.*, p. 189; rivendicato fortemente, circa la problematica relativa alla forma eventuale (p. 192 ss.), il ruolo della volontà in qualsiasi manifestazione del dolo (“tutto sommato, specie di dolo senza *volontà* disorientano”; “l’eventualità di dolo in fondo è un nonsenso: il dolo come qualunque elemento della fattispecie c’è o non c’è”), l’Autore non si addentra, peraltro, in una ricostruzione specifica dei requisiti da esigersi ove, per l’appunto, venga fatta valere la categoria del dolo eventuale.

Il che implica, anche quando simili valutazioni fossero compiute dal legislatore e non affidate alla fluttuazione degli umori giudiziari, una *perdita secca* rispetto alla capacità della dogmatica di radicarsi su realtà sostanziali – dunque non descrivibili *ad libitum* – e di immettere in tal modo nella teoria del reato una considerazione non riduttiva rispetto al vero dei fatti materiali e degli atteggiamenti psicologici (113a).

Assimilare normativamente, in questo senso, situazioni del tutto differenti nella loro sostanzialità psicologica, lasciando con ciò aperti, per giunta, ampi spazi di pura valutazione politico-criminale *giudiziaria*, comporta un impoverimento della dogmatica penale che ne compromette, come si accennava all’inizio di questo lavoro, la funzione fondamentale di garanzia.

Un simile processo, d’altra parte, si presta all’affermarsi, nella giurisprudenza, di iter motivazionali ampiamente fondati su *presunzioni*.

Venuto meno il ruolo discriminante della volizione riferita all’evento, infatti, il profilo psicologico dell’elemento soggettivo del reato verrebbe ad imperniarsi in via esclusiva, tanto per il dolo che per la colpa, sulla *rappresentazione*, salva la successiva entrata in gioco dei distinguo – terreno favorevole per il dogmatismo ipertrofico – fra rappresentazioni *dolose* e *colpose*: ma stabilire se un uomo abbia *pensato* qualcosa è ben più incerto che stabilire se egli abbia *voluto* un dato accadimento, perché il pensare non si estrinseca in condotte e può essere ricostruito solo attraverso generalizzazioni fondate su quanto ordinariamente in un dato contesto ci si rappresenta: così che l’aspetto presuntivo può essere sì ridimensionato, evitando una considerazione pregiudizialmente parziale dei dati situazionali, ma non escluso.

Soppresso il salto qualitativo richiesto dalla prova della volontà, pertanto, l’accertamento del dolo rischia di realizzarsi lungo un pericoloso piano inclinato, costituito da una catena di presunzioni che l’indeterminatezza dei criteri ordinariamente proposti per segnare il confine fra dolo eventuale e colpa cosciente non è certo in grado di interrompere. Questo un modello non puramente teorico che indica come, ravvisata la colpa (incosciente), possa scivolarsi, nell’ottica delineata, fino all’ascrizione del dolo sulla base, sostanzialmente, di meri artifici retorici (114): risulta che A abbia violato una regola di diligenza → gli appartenenti al settore in cui A s’è mosso sanno di dover rispettare quella regola → A, persona normodotata, non può non aver percepito il rischio connesso alla violazione → A, dunque, si è rappresentato la possibilità di cagionare l’evento lesivo → in rapporto ai suoi obiettivi, può dirsi che A ha accettato il rischio di produrre l’evento (*scil.*, che A s’è mosso con disprezzo del bene esposto a pericolo, che non poteva far conto su fattori alternativi credibili per la salvaguardia di quel bene e, dunque, che non ha superato la sua rappresentazione, *etc.*).

In un simile quadro finisce per diventare equivoco, come già si osservava (115), lo stesso sforzo *per sé del tutto condivisibile* inteso a definire soglie minime concernenti l’entità del rischio rilevante ai fini del dolo: se, infatti, il confine fra dolo e colpa non è più tracciato sul piano soggettivo, tali soglie non costituiscono più un *ulteriore* criterio limitativo della responsabilità dolosa, valido pur in presenza dell’*altro* requisito necessario costituito dalla volizione dell’evento, bensì, in tutto e per tutto, l’*unico* criterio di distinzione, a questo punto puramente oggettivo, fra dolo e colpa.

(113a) In bozze di stampa constatiamo come si muova, purtroppo, su una tale via l’art. 30 Prog. prel. 12 settembre 2000 di riforma del codice penale, il cui testo (“*risponde a titolo di dolo chi, con una condotta volontaria attiva od omissiva, realizza un fatto costitutivo di reato: a) se agisce con la intenzione di realizzare il fatto, b) se agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come certa, ovvero come altamente probabile, accettandone il rischio*”) ratifica lo svincolamento della responsabilità dolosa dalla volizione del fatto tipico, sovrapponendo stati soggettivi del tutto eterogenei: un esito, tanto più rispetto ai reati puniti col carcere, *molto grave*. In base alla norma proposta, la prova del dolo finirebbe per riferirsi *solo* al livello della probabilità di verificazione del fatto, rendendosi fra l’altro disponibile, specie quando manchino riferimenti statistici affidabili, a giudizi in pratica discrezionali (la suggestione derivante dall’essersi il fatto storicamente realizzato risulterebbe assai forte). Ferma la non accettabilità dell’indirizzo complessivo, la norma avrebbe potuto quantomeno richiedere (cfr. *supra*, 6.2.2), piuttosto che l’accettazione del rischio (formula riconosciuta retorica dagli stessi commissari in sede di relazione), l’accettazione *dell’evento*. Il carattere pragmatico-normativizzante dell’articolo trova conferma nella mancata considerazione delle peculiarità concernenti la condotta omissiva (cfr. *infra*, 7.1) in rapporto al ‘dolo’ non intenzionale.

(114) Cfr. anche L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1060 ss.

(115) Cfr. *amplius supra*, 4.1.3.

E se tale criterio viene a sua volta descritto in termini normativi – si pensi ancora al contributo recente di Canestrari, che propone di distinguere fra le violazioni che potrebbero o meno essere prese in considerazione anche da una persona “coscienziosa ed avveduta” (116) – la disponibilità da parte dell’organo giudicante della scelta concernente l’addebito del dolo o della colpa diventa pressoché totale.

Il rischio, in sintesi, è quello di approdare a un concetto di dolo nella sostanza presunto (*in re ipsa*), secondo parametri amplissimamente affidati, circa la definizione dei loro contenuti concreti, alla discrezionalità giudiziaria.

Che questo senso di illimitata disponibilità del giudizio sui criteri di imputazione soggettiva rilevanti ai fini penali costituisca ormai un problema generale è d’altra parte attestato anche da quelle pronunce che eludono *a priori* l’esigenza di provare ai fini del dolo la volizione dell’evento (o, quantomeno, il sussistere di uno stato psicologico ad essa assimilabile), orientandosi a inquadrare *tout court* i casi in cui il verificarsi del fatto tipico possa dirsi (altamente) probabile nel dolo c.d. diretto (117).

Una soluzione la quale stravolge il sistema, artatamente trascurando che nel dolo c.d. diretto la dimensione rappresentativa è ritenuta sufficiente *proprio perché* si configura in termini di *certezza* sostanziale rispetto al prodursi dell’esito lesivo e *solo come tale* implica automaticamente la disponibilità psicologica (*quid pluris* nei confronti del mero rappresentarsi l’evento) a pagare il prezzo costituito dalla lesione del bene tutelato: se poi si pensa all’indeterminatezza e alle possibilità di manipolazione del concetto di *elevata probabilità* (118), emerge come simile strategia descriva la strada *più radicale* per estromettere il volere dalla teoria del dolo – e, ciò che più conta, dalla *prassi giudiziaria* inerente alla forma più grave dell’imputazione soggettiva.

7. Sono da ultimo opportune tre precisazioni:

7.1. È ben noto che, in un’ottica dilatativa dell’intervento penalistico, il ricorso secondo criteri ampiamente discrezionali alle categorie del dolo eventuale e del dolo c.d. diretto si è sovente associato in sede giudiziaria alla utilizzazione di un’altra categoria a tassatività molto problematica quale l’omissione impropria.

Orbene, in proposito si deve convenire con autorevole dottrina (119) che la compatibilità del dolo eventuale (ma anche di quello c.d. diretto) con la condotta omissiva ordinariamente, in effetti, è addirittura da escludersi.

Ciò in quanto tale tipo di condotta, sostanziandosi in un’inerzia, non si configura – al contrario di quella attiva – come *già di per sé* orientata a uno scopo.

L’eccezione può eventualmente riguardare il caso *raro*, già richiamato, nel quale l’individuo che per avventura sia tenuto a *impedire* coltivi l’obiettivo cui l’obbligo si oppone e scelga di sfruttare per il suo

(116) S. CANESTRARI, *op. cit.*, pp. 304 ss. e 321.

(117) Cfr. per esempio, a questo proposito, D. PULITANÒ, *op. cit.*, sub art. 43, IV, 12, p. 167, in specifico riferimento alla *elusione*, perseguita nella prospettiva in esame, dell’incompatibilità fra dolo eventuale e tentativo.

(118) È facile, del resto, che la realizzazione *ex post* del rischio conduca a sopravvalutare il giudizio, o a forzare le asserzioni (specie quando ciò sia funzionale a determinati esiti processuali) sulla probabilità *ex ante* di realizzazione dell’evento; si consideri, per esempio, un passo della motivazione di Trib. Verona 31 marzo 1995 (p. 46 s. datt.), relativa al caso tristissimo della morte di una giovane donna a seguito del lancio di pietre da cavalcavia: “anche un ragazzo di dieci anni sarebbe in grado di comprendere che la proiezione di un macigno di quasi quindici chilogrammi da un’altezza di sette metri contro una vettura in corsa veloce sull’autostrada cagioni, con elevatissima probabilità o addirittura con certezza, la morte delle persone a bordo dell’autoveicolo preso di mira: sia che l’oggetto lanciato colpisca il bersaglio, sia che comunque interferisca con esso” (la conclusione che ravvisa il dolo diretto è subito dichiarata valida, significativamente, “anche per i casi contestati a titolo di tentativo”). Circa i lanci di pietre su veicoli in corsa si veda peraltro *infra*, 7.3.

(119) A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 366 s.; in senso adesivo rispetto a tale dottrina cfr. L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., p. 206 ss. (esemplificazioni in entrambi i testi); si veda anche G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino 1988, p. 469.

fine l'inosservanza del dovere (può costituire *fine* dell'omissione l'obiettivo di produrre quanto il corrispondente obbligo di agire intenda evitare).

Al di fuori di questo caso, che concerne l'*intenzionalità*, l'omettere manca normalmente di qualsiasi scopo perseguito in modo autonomo (di qualsiasi scopo per il cui conseguimento si programmi il *non agire*): l'inerzia avrà certo delle motivazioni, ma esse, di regola, sono correlate agli oneri, *lato sensu* intesi, che deriverebbero dall'adempimento del dovere (tali motivazioni non avrebbero ragion d'essere ove quel dovere non esistesse: cadono col cadere del dovere); l'omissione, in questo senso, non è orientata a uno scopo o, se così si può dire, ha solo lo scopo di *non adempiere*, cioè di non sopportare le conseguenze (rischi, fatica, inimicizie, *etc.*) dell'adempimento (ovvero di non farsi carico del problema sul tappeto, seppur la legge lo esiga).

Rispetto a queste caratteristiche dell'omettere *non può* di conseguenza venire in gioco il fattore, assimilato in senso normativo alla volontà, che contraddistingue unitariamente dolo c.d. diretto e dolo c.d. eventuale, vale a dire l'essere disposti a pagare il prezzo costituito dalla realizzazione dell'evento, pur di conseguire *un proprio fine*.

Perché non sia così bisognerebbe (forse) poter ipotizzare situazioni nelle quali l'omettere sia davvero psicologicamente determinato, addirittura, dalla prospettiva di conseguire un fine *che nulla abbia a che fare con l'evitare gli oneri dell'adempimento* e che sia conseguibile, dato il ruolo del soggetto interessato, proprio non adempiendo: con uno sforzo di fantasia, potremmo pensare al soggetto garante il quale (disposto a pagare il prezzo di cui sopra) non usi uno strumento salvavita messo a sua disposizione, in quanto lo voglia rivendere traendone profitto.

Fatti salvi, eventualmente, simili casi limite, lo stesso *non agire* di chi si astiene sapendo che a seguito dell'inerzia si produrrà l'evento lesivo (o di chi si astiene anche di fronte alla certezza di tale esito) assume un significato psicologico *ben diverso* da quello che si avrebbe in presenza delle medesime condizioni ove si trattasse di una condotta attiva: significato non assimilabile neppure in senso normativo, come già s'è detto, a quello costituito dalla volizione dell'evento (120), mancando qualsiasi *presa di iniziativa* del soggetto interessato a costo della quale si realizzi la conseguenza non voluta (121).

Il pompiere che per paura non adempia (escluso lo stato di necessità) l'obbligo difficoltoso di salvare un individuo durante un incendio e, del pari, il marito codardo che non scenda nel fiume (escluso sempre lo stato di necessità) per salvare la moglie in esso scivolata, ma che *mai* avrebbe posto in essere condotte idonee a provocare il benché minimo rischio per l'incolumità della moglie e meno che mai l'avrebbe uccisa, non possono essere trattati *come se* avessero voluto gli esiti lesivi (non si può dire che sarebbero stati disposti a pagare il prezzo costituito dal sacrificio del bene protetto per un loro fine) (122).

Potrà aversi responsabilità a titolo di colpa cosciente, ma non di dolo (eventuale o c.d. diretto); il che, fra l'altro, conferma l'assunto già in precedenza espresso secondo cui il reato omissivo improprio è strutturalmente colposo.

Pure chi ammetta, in linea di principio, il dolo *non* intenzionale, dovrà dunque di regola provare, per punire a titolo di reato omissivo improprio doloso, che la prospettiva psicologica determinante il non

(120) Cfr., ancora, A. PAGLIARO, *op. e loc. ult. cit.*

(121) Cfr. L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 208.

(122) L'opinione contraria di M. ROMANO, *op. cit.*, sub art. 43, 22, p. 411, viene significativamente motivata nel senso secondo cui l'ordinamento esigerebbe che la rappresentazione della concreta possibilità di realizzazione dell'evento "muova" il soggetto garante "ad intervenire sotto la sua *massima* responsabilità": si tratta, in effetti, di una motivazione tipicamente politico-criminale, e non riferita, come invece richiede l'accertamento del dolo, alla *realtà* psicologica. Non potrebbe d'altra parte valere come obiezione (così invece L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1385 s., che peraltro dichiara di condividere il fine, colto nella tesi criticata, di "arginare" la responsabilità per omissione), ma semmai come implicita conferma della correttezza di quanto sosteniamo, la considerazione secondo cui in materia di elemento soggettivo, e segnatamente nell'ambito del concorso di reati, il codice Rocco intese contemplare, addirittura, casi di responsabilità oggettiva: un *a fortiori* tanto più inaccettabile data l'inesistente base normativa del dolo eventuale.

agire sia stata proprio quella di far sì che potesse realizzarsi il risultato allo scopo del cui impedimento l'obbligo era posto (123).

Medesime conclusioni, che si sostanziano nella compatibilità col solo dolo intenzionale, sono da trarsi per analoghi motivi, come anche più oltre si dirà trattando del dubbio sull'*offesa*, rispetto alle fattispecie omissive *proprie*.

7.2. Un ulteriore limite (124) alla configurabilità del dolo eventuale e di quello c.d. diretto dev'essere riconosciuto quando l'unica ragione perché non venga rispettata una regola di diligenza sia reperibile in una riserva di coscienza, seppur *antigiuridica*, verso il comportamento necessario a fini *cautelari* (125).

In questo caso il non agire conformemente a quanto richiesto per la tutela di un certo bene dipende *soltanto* dalla persuasione soggettiva dell'intrinseca inaccettabilità che caratterizzerebbe il ricorso, pur doveroso, a un determinato strumento di tutela: ancora una volta *non viene in gioco*, dunque, la disponibilità a mettere in conto il verificarsi di un'offesa al fine di conseguire un obiettivo preventivamente definito e in funzione del quale sia stato progettato il non agire (non esiste, in realtà, *alcun obiettivo* dell'inadempienza, esaurendosi la sua motivazione nelle ragioni che rendono comunque inaccettabile agli occhi del trasgressore una certa condotta).

Anche quando sa che col suo comportamento non potrà essere evitato l'evento lesivo, nell'ipotesi in esame il trasgressore si astiene, in altre parole, da qualsiasi calcolo strumentale che coinvolga il sacrificio del bene protetto: se ci fosse *un altro modo, per quanto oneroso*, di assicurarne la salvaguardia egli lo utilizzerebbe.

Ciò considerato, è ovvio che il diritto penale dovrà pur sempre tener fermo (126) l'impegno inteso a garantire l'adempimento dei doveri di diligenza anche rispetto a prese di posizione soggettive del tipo di cui si discute: ma tale compito potrà essere assolto, circa le conseguenze giuridiche riferite al prodursi dell'evento lesivo, solo attraverso la minaccia di un'imputazione per colpa cosciente (si tratta della violazione consapevole di un dovere).

Ipotizzare il dolo – secondo le formule comunemente utilizzate in relazione al dolo c.d. diretto e al dolo eventuale – rappresenterebbe, invece, una palese forzatura della realtà psicologica: lungi, infatti, dal potersi parlare di uno stato normativamente assimilabile alla volizione, nel contesto in parola emerge senza dubbio che il soggetto *non vuole* – in tutti le accezioni plausibili – l'evento lesivo.

Semmai, quel che suscita perplessità sono le indecisioni e le resistenze non di rado constatabili nel momento in cui si tratta di apprestare *ex ante* tempestivi interventi giudiziari finalizzati a tutelare gli individui, soprattutto minorenni, i quali restano esposti agli esiti di condotte omissive antigiuridiche attuate *per convinzione*, e dunque a far sì che quanto dovuto sia *altrimenti* posto in essere.

Un'esigenza, questa, fondamentale anche nel caso simile in cui sussista l'indisponibilità del garante a utilizzare un mezzo riconosciuto indispensabile per la salvaguardia del bene in gioco, in quanto erroneamente – e spesso irrazionalmente – consideri quel mezzo inadeguato, o *meno adeguato* di altro strumento nel quale ripone una fiducia immotivata: si pensi al rifiuto di terapie accreditate che abbiano significative probabilità di successo, in favore di strategie non assistite da alcuna validazione scientifica – con i possibili esiti sui quali due tristissime vicende assurte a casi nazionali, riguardanti la città di chi

(123) Nei casi del tipo sopra descritto, conclude A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 368, "l'evento non impedito non costituisce la realizzazione del volere dell'agente": con la conseguenza che "l'equiparazione fra 'cagionare' e 'non impedire', dunque, non vale nel campo del dolo indiretto [v. *supra*, nota 95] e del dolo eventuale".

(124) Ove manchi una condotta base attiva, l'ipotesi è inquadrabile pure nel contesto di cui al precedente punto 7.1: cfr. A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, p. 367 s.

(125) Sempre che, sussistendo una condotta base attiva, non possa addirittura rinunciarsi alla medesima.

(126) Purché, è ovvio, ne sussistano tutte le condizioni: v. *infra*, nel testo, in riferimento a prospettabili obiezioni *legittime* di coscienza.

scrive, dovrebbero indurre alquanto a riflettere (127) (in quest'ultimo contesto, tuttavia, l'imputazione a titolo di dolo dell'eventuale conseguenza lesiva dovrebbe essere esclusa sia sulla base dei criteri di accertamento che abbiamo descritto con riguardo alle forme non intenzionali del dolo, sia sulla base della disciplina concernente l'errore di fatto).

Supplire all'inerzia nel tutelare quando ciò sia ancora possibile il bene vita, enfatizzando attraverso l'imputazione del dolo la risposta alla lesione *dopo* che essa si è ormai realizzata (nell'ottica di un ordinamento più abituato a retribuire che, in concreto, a fare prevenzione), non si configurerebbe, invero, strategia fra le più razionali.

Si deve altresì considerare, peraltro, come il tema cui s'è fatto cenno potrebbe avere evoluzioni estremamente delicate.

Finora, infatti, s'è parlato di casi in cui il carattere doveroso di una certa condotta risulta fondato su presupposti ampiamente condivisi, fatti propri dal sistema giuridico: casi, in particolare, rispetto ai quali è da escludersi un inadempimento *ammesso* dal diritto, come *obiezione di coscienza* costituzionalmente motivabile o ad altro titolo.

Ma nel futuro l'indisponibilità a utilizzare mezzi pur in grado di impedire determinati eventi potrebbe riguardare situazioni ben diverse. Si consideri l'ipotesi in cui il ricorso – che dovesse essere consentito o semplicemente *non vietato* – a un certo mezzo implicasse la lesione oggettiva di un dato bene, come avverrebbe, poniamo, se al soggetto garante fossero resi disponibili in uno specifico contesto terapeutico *solo* prodotti farmacologici realizzati attraverso processi implicanti la distruzione ed eventualmente la previa clonazione di embrioni umani.

Se ne deduce l'esigenza di una specifica attenzione, al di là dell'obbligo generale di impedire, per i profili che rendono o meno doverose le *specifiche modalità* effettivamente idonee a conseguire un certo risultato.

7.3. Da ultimo si deve considerare come rappresenti davvero un ulteriore caso a sé stante quello in cui la condotta rischiosa non costituisca il mezzo – secondo quanto corrisponde, *nel bene o nel male*, alla *normalità* dell'agire umano – per ottenere un qualsivoglia effetto (una modifica del mondo esterno) autonomo dalla medesima, bensì sia voluta per se stessa, in forza del rischio ad essa connesso.

Chi lancia sassi da un cavalcavia non ha un interesse, neppure strumentale, ai danneggiamenti o alle lesioni che provoca, né persegue *altri fini*, per il cui conseguimento (a costo di danneggiare o ledere) tenga la condotta rischiosa.

Piuttosto, egli si gratifica del rischio indotto, del fatto di *aver osato*, del contesto situazionale (comprese le reazioni altrui) che si ricollega al rischio e che non assumerebbe per lui significato alcuno ove, per assurdo, non dipendesse dalla condotta rischiosa: tanto è vero che per la cessazione di quest'ultima non è decisivo l'essersi o meno realizzata qualcuna delle sue conseguenze possibili.

Perfino quando il gioco perverso consista nel *colpire* i veicoli in corsa, la condotta non appare psicologicamente cagionata dall'intento di danneggiare o ledere (l'agente – si noti – non manifesta interesse a conseguire i danneggiamenti o le lesioni *in modo diverso*), né da altri obiettivi distinguibili rispetto alla produzione del rischio.

Tutto ciò non può non avere riflessi ai fini penali

Per quel che concerne innanzitutto la problematica del dolo si impongono due importanti constatazioni.

Da un lato sarà oltremodo improbabile che nelle situazioni in oggetto produttive di un evento lesivo possano sussistere i requisiti del dolo c.d. diretto o di quello eventuale. Quanto al primo lo esclude *ab imis* il numero circoscritto degli eventi lesivi in rapporto al numero delle condotte pericolose segnalate. Quanto al secondo, deve riconoscersi come un'applicazione non preconcepita della formula di Frank – fermo fra l'altro il rilievo per cui nel nostro ambito problematico l'attenzione dei soggetti agenti si impernia sul rischio e non sulla ponderazione delle conseguenze – ben difficilmente potrebbe condurre ad affermare che si sarebbe agito pur nella certezza di produrre l'evento lesivo (se ciò fosse, dovrebbe

(127) Sulla prima di esse cfr. un ampio resoconto, con vari interventi (*Il bambino malato e la libertà di scelta terapeutica*, a cura di F. SERENI), nella rivista *Prospettive in pediatria*, 1999, 29, p. 213 ss.; sulla seconda il laconico comunicato dell'*exitus* in *Giornale di Brescia*, 3 agosto 2000.

quantomeno emergere, per esempio, una prefigurazione dei modi con cui affrontare l'eventualità di un effettivo prodursi dell'offesa).

Dall'altro lato, anche ove la condizione richiesta dalla formula di Frank si reputasse per avventura assoluta, resterebbe il fatto che le condotte in esame si differenziano in modo netto, per le ragioni sopra esposte, dall'ottica tipica del dolo *non intenzionale*, la quale richiede che mediante la condotta pericolosa venga perseguito uno *specifico risultato* (che nel nostro caso manca), *in vista della cui realizzazione* vi è la piena disponibilità a pagare il costo espresso dal prodursi dell'evento non voluto: con la conseguenza che tali condotte, in quanto del tutto peculiari, *non possono ricomprendersi* fra quelle cui sono ritenuti applicabili il dolo c.d. diretto e quello eventuale.

Al di là di quanto attiene a una corretta delimitazione della responsabilità dolosa, deve altresì rilevarsi, tuttavia, come le situazioni sopra considerate presuppongano comunque un quadro di formazione anomala del volere, circostanza la quale esclude che il soggetto agente di cui discutiamo si trovi – quantomeno rispetto a un determinato settore del suo interagire con gli altri individui – in quella “situazione di *normalità*” che contraddistingue, nel suo nucleo contenutistico, la categoria dell'imputabilità penale (128).

Si tenga conto, inoltre, del fatto per cui se l'*assenza* di un movente, cioè di una prospettiva *a monte* della prospettiva che abbia cagionato in senso psicologico una condotta, depone per l'incapacità d'intendere e di volere (129), tanto più quest'ultima conclusione dovrebbe risultare valida rispetto a condotte che non siano rette *da alcuna prospettiva finalistica* propriamente intesa.

Concludere, con riguardo al problema in gioco, per l'*esclusione dell'imputabilità* altro non farebbe che confermare, d'altra parte, la percezione del non addetto ai lavori secondo cui vicende del tipo descritto (respinta beninteso qualsiasi minimizzazione della loro gravità) non sono suscettibili di reperire una risposta adeguata – salvo accedere a una semplificazione troppo facilmente liberatoria per l'intero contesto sociale – secondo le logiche tipiche dell'applicazione in senso tradizionale di una pena.

8. Quanto sin qui s'è detto non esaurisce di certo la problematica del confine fra fattispecie dolose e colpose, il cui ulteriore approfondimento imporrebbe di addentrarsi nei modelli di costruzione delle singole fattispecie, con specifica attenzione per l'insieme oltremodo complesso delle norme in ampia parte a tutela anticipata che caratterizza la legislazione degli ultimi anni nell'ambito penale commerciale.

8.1. Basti richiamare, a tal proposito, alcuni nodi di fondo (130) intorno ai quali una simile indagine dovrebbe svilupparsi (131).

In primo luogo, l'esigenza mirante a valorizzare l'*offesa* al bene tutelato (secondo la modalità di danno o di pericolo assegnata dal legislatore) come oggetto imprescindibile del dolo, in modo da garantire la validità generale della definizione di cui all'art. 43 c.p. (132): l'imputazione dolosa richiederà pertanto la consapevolezza del fatto per cui il conseguimento (nei reati di *evento*) del risultato significativo ai fini penali costituente oggetto della prospettiva psicologica causale rispetto all'adozione della condotta, o il perseguimento stesso attraverso quest'ultima (nei reati di *pura condotta mediante*

(128) Si veda M. ROMANO, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, 2^a ed., Milano, 1996, sub art. 85, 1, p. 13.

(129) Oltre ad inficiare l'accertamento dell'intenzionalità: v. *supra*, 5.2.

(130) Per i riflessi della problematica relativa alla divergenza fra il decorso causale oggetto di rappresentazione e quello realizzatosi (*aberratio causae*) si veda *supra*, nota 12, nonché 4.1.2.

(131) Cfr. in particolare, su questi profili, M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei delitti a condotta neutra*, Milano 1993, *passim*, nonché ID., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, pp. 27 ss. e 34 ss.

(132) Cfr. S. PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, cit., p. 239 (che peraltro mantiene scissi – v. *infra*, nel testo – i profili attinenti l'offesa e la conoscenza della norma penale).

azione) di qualsivoglia risultato oggetto di una prospettiva analoga, o il mero non fare in rapporto al contesto concreto (nei reati di *pura condotta mediante omissione*) implicano l'offesa rilevante ai sensi della norma incriminatrice.

Posto, infatti, che l'offesa di un bene (salvo rarissime eccezioni) non viene perseguita come una sorta di fine a se stante (l'autore di un furto non è di regola motivato dallo scopo di impoverire la vittima, né quello di una frode fiscale dallo scopo di danneggiare il fisco), bensì in quanto si intenda realizzare un fatto offensivo concreto, essa potrà dirsi *voluta* ove il soggetto agente abbia consapevolezza dell'essere l'offesa medesima effettivamente *coessenziale* al fatto di reato, vale a dire del suo costituirne un attributo necessario (e non un esito che si sostanzia, come avviene nel dolo c.d. diretto, in un accadimento autonomo, distinguibile dall'obiettivo perseguito): il sapere di tale connessione si configura, dunque, quale criterio probatorio della volontà offensiva (133).

Ove poi il soggetto abbia agito nel dubbio circa la concreta offensività dell'evento naturalistico perseguito o, quando il medesimo non rilevi, della sua stessa condotta (vuoi perché davvero l'evento o la condotta si sarebbero potuti rivelare inoffensivi, vuoi per una valutazione erronea), sussisterà di regola la colpa cosciente e, comunque, si riproporranno le considerazioni limitative in precedenza esposte rispetto alla configurabilità del dolo eventuale. Per le medesime ragioni più sopra illustrate quest'ultima forma di imputazione soggettiva dovrebbe in ogni caso essere ritenuta *non compatibile*, anche quando la rappresentazione in termini di incertezza riguardi l'*offesa*, con i reati *omissivi*, siano essi impropri o propri.

Ciò che sin qui s'è sostenuto risulta soprattutto necessario onde evitare, nei reati senza evento naturalistico, l'appiattirsi della *volizione riferita all'evento* – quale *unico fattore* tipico del dolo – sul requisito generale costituito dalla volontà della condotta, valido *ex art. 42 c.p.* sia ai fini della responsabilità dolosa, sia ai fini di quella colposa: dunque onde evitare che il modello del delitto doloso copra, e punisca come intenzionali, (mere) condotte nella realtà solo colpose o addirittura tali da venire in rilievo nei termini di una vera e propria responsabilità oggettiva.

In secondo luogo dev'essere parallelamente rimarcata la circostanza per cui ai fini del diritto penale contano soltanto offese di beni – in termini di danno o messa in pericolo – reputate *antigiuridiche* dall'ordinamento (conta, come più sopra illustravamo, la produzione di rischi *illeciti*), dal che deriva come il dolo, avendo per oggetto la fattispecie tipica, non possa per sé non implicare oltre alla volontà di comportarsi in modo (naturalisticamente) offensivo, anche la volontà di trasgredire la legge.

Non si tratta solo di constatare, pertanto, che nell'ambito dei reati formali o di pura creazione legislativa l'offesa naturalistica *non può essere voluta* (nel senso poco sopra descritto) senza consapevolezza dell'antigiuridicità penale. Si tratta, piuttosto, di considerare altresì che se *davvero* il soggetto agente ha errato sulla norma penale (o non si è mosso, rispetto al dubbio sulla sussistenza del divieto, nella disponibilità a trasgredire la legge) *non è in dolo*, non avendo inteso arrecare alcuna offesa *antigiuridica*.

Si potrà eventualmente (*pragmaticamente*) discutere degli obblighi accertativi che siano da esigersi in merito alla coscienza dell'illiceità e, per converso, all'errore di diritto, muovendo dal dato per cui secondo l'interpretazione corrente della disciplina in vigore si va *ben oltre* la logica stessa di un'inversione dell'onere probatorio.

Che senso ha, d'altra parte, punire *per dolo* persino quando sussista la prova indiscussa che un errore, pur *evitabile*, sul divieto vi sia effettivamente stato? E, del pari, che senso può assumere, in un contesto nel quale il principio costituzionale di colpevolezza non intenda soccombere rispetto a una visione *arcaica* delle istanze di prevenzione generale, punire a titolo di colpa o di dolo a seconda che l'*identico* stato psicologico di errore dipenda da una negligenza concernente l'approccio al fatto materiale o all'assetto normativo, laddove è discutibile che in quest'ultimo caso la stessa entità del rimprovero sia *sempre* da ritenersi maggiore?

Soprattutto, si tratta di superare l'idea che la necessità del dolo affinché possa risponderci di reato *doloso*, al di là delle dispute fra *Schuld-* e *Vorsatztheorie*, risulti in pratica *derogabile*. Prospettiva,

(133) Si consenta il rinvio, per ulteriori cenni su questo tema, a L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1074 s.

quest'ultima, nel solco della quale va sottolineato (pure all'interno del sistema normativo vigente) che il requisito del dolo quale elemento portante del fatto tipico rappresenta, in rapporto ai delitti, *condicio sine qua non* per la sussistenza stessa del reato: un requisito la cui necessità sancita senza riserve dall'art. 43 c.p. viene *prima* di qualsiasi ulteriore considerazione.

Ne deriva altresì, infine, che non è immaginabile un superamento soddisfacente delle incriminazioni fondate dal codice Rocco sulla logica del *versari in re illicita* limitandosi a introdurre un fattore *colposo* che suffraghi pur sempre l'imputazione, rispetto all'evento non voluto, di una responsabilità *dolosa*.

8.2. Ferma l'esigenza che molti profili siano ben altrimenti indagati, il tentativo sin qui svolto di ricostruire – in un'ottica tendente alla *semplificazione* e alla *ricostruzione unitaria* della teoria del reato desumibile dal codice vigente – alcuni tratti contenutistici sostanziali riguardanti l'imputazione dolosa e quella colposa può valere come un contributo affinché l'analisi della casistica normativa in materia penale, sempre più variegata quanto alla descrizione dei parametri riconducibili all'elemento soggettivo, non rinunci a una visione sistematica dei problemi in gioco.

Si spiega, su questa via, il senso stesso dell'aver proposto, in una raccolta di studi riferiti alle *specifiche* fattispecie dolose previste dal diritto penale dell'economia, un approccio di (mera) teoria generale.

Proprio nel settore or ora citato, infatti, è andata manifestandosi con particolare evidenza la propensione a giustificare per ragioni politico-criminali – incrementare l'effettività dell'intervento penale, colpire centri d'imputazione *realistici* delle scelte davvero decisive circa l'adozione dei comportamenti illeciti, *etc.* – una lettura estensiva, specie in rapporto alla volontà, del concetto di dolo; e proprio con riguardo a un simile settore, dunque, emerge in modo tanto più significativo la necessità di ribadire quei principi che mai potrebbero essere derogati da considerazioni riferibili a contesti particolari.

Tutto questo rimanda a un'opzione di fondo, la quale assume grande rilievo per il futuro.

Essa muove, per un verso, dalla consapevolezza del fatto che il diritto penale tradizionale, con l'apparato delle regole che ne contraddistinguono l'applicazione in rapporto alla modalità sanzionatoria base (e in Italia ancora pressoché egemone) rappresentata dalla pena detentiva, non è in grado di far fronte alle esigenze di tutela – ormai ampiamente sganciate, per esempio, dal riferimento classico al modello del delitto doloso di evento – che caratterizzano soprattutto in ambito economico i sistemi giuridici moderni (134).

Dall'altro lato, essa presuppone altresì l'ancoramento all'assioma, irrinunciabile per una normativa penale che si percepisca anche come *magna charta* delle libertà individuali, secondo cui quando è in gioco l'applicabilità di una sanzione detentiva non si può deflettere in alcun modo dal rispetto dei principi che, acquisiti in sede dogmatica sovente con non poche difficoltà, sono posti a garanzia del soggetto incriminato.

Ebbene, si riscontra da alcuni anni la tentazione di piegare il diritto penale tradizionale – immutate le sue modalità sanzionatorie – alle nuove istanze di tutela, tollerando (e giustificando) una progressiva erosione delle garanzie non solo processuali ma anche *sostanziali*: erosione della quale le vicissitudini concernenti l'approccio pratico e teorico al problema del confine fra dolo e colpa costituiscono senza dubbio uno fra gli esempi più significativi.

Ma esiste, per l'appunto, un'opzione alternativa: si tratta di prendere ampiamente le distanze – sulla scorta delle nuove necessità di salvaguardia, soprattutto anticipata, dei beni fondamentali – dal modello sanzionatorio tradizionale che ha il suo perno nella minaccia della detenzione.

Ciò in quanto solo nei casi in cui sia escluso in radice il ricorso a una pena principale *detentiva* potrebbe reputarsi accettabile valutare l'utilizzabilità alla luce del sole (dunque, per volere della legge e senza surrettizie manipolazioni dei concetti dogmatici fondamentali) di regole per determinati aspetti *meno rigide* concernenti l'integrazione del reato, che rendano *più efficiente*, in continuità con altri

(134) Cfr. K. LÜDERSSEN, *Zurück zum guten, alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?*, in ID., *Abschaffen des Strafans?*, cit., p. 381 ss.

mezzi, l'intervento preventivo penale (135): così da potersi promuovere, in particolare, un controllo finalmente serio (*meno lacunoso*) delle condotte pericolose (136).

Su questa via potrebbe essere facilitato l'*auspicabile abbandono* del ricorso a concetti valvola, come quello di dolo eventuale, aventi di fatto lo scopo di mantenere *aperti* nella prassi giudiziaria i confini e (in parte) il rango dell'intervento punitivo.

Rimanere vincolati, invece, alla logica del diritto penale classico – il quale interviene sporadicamente, a danno arrecato, con un'inflizione di sofferenza che cerca avallo nel (necessario) rispetto di determinate garanzie dogmatiche e procedurali (ma pur sempre mettendo in conto molte presunzioni e molte punizioni d'innocenti) – significherebbe, a un tempo, non affrancarsi dalla esemplarità retributiva e non contribuire a una prevenzione efficace.

Né si pensi che in tal modo verrebbero soddisfatte, comunque, le esigenze *essenziali* di tutela dei beni giuridici primari. È vero che il diritto penale non ha mai mancato di occuparsi, per esempio, delle (non molte) centinaia di omicidi dolosi commessi ogni giorno nel mondo (a parte il quesito sul grado d'incidenza che ciò abbia circa il contenimento complessivo dei medesimi). Ma non si deve trascurare che ogni giorno nel mondo vi sono molte *decine di migliaia* di decessi *evitabili*, per guerre, meccanismi di sfruttamento economico, negligenze e quant'altro possa essere ricondotto a ingiustizie sostanziali. Una realtà la cui estensione può essere ridotta solo garantendo, *a monte*, reti assai fitte di condotte giuridicamente *virtuose* (sul piano economico, amministrativo, fiscale, precauzionale, *etc.*), obiettivo il quale coincide con quello per l'appunto perseguibile attraverso norme penali *non caratterizzate* dal ricorso alla pena detentiva (finalmente aperte, fra l'altro, alla incriminabilità delle persone giuridiche): il grosso della prevenzione penale non si fa coi tradizionali delitti dolosi di evento.

Luciano Eusebi
Professore straordinario di Diritto penale
nella Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza

(135) Nondimeno, il legislatore sembra non sapersi staccare dagli schemi consueti: si pensi, per esempio, ai nuovi delitti in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (d. lg. 10 marzo 2000, n. 74), laddove la strategia preventiva, in un settore che più di ogni altro si presta a interventi economico-patrimoniali nei confronti dei soggetti (soprattutto persone giuridiche) i quali traggono vantaggio effettivo dall'illecito, resta incentrata su una minaccia edittale spinta a livelli che non consentono di escludere a priori, da parte della persona fisica agente, l'eseguibilità effettiva della pena detentiva e, parallelamente, su una *tipicità labile*, che fa leva sul dolo specifico nonché, in vari casi, sulla clausola generale rappresentata dall'idoneità delle condotte a offendere l'interesse funzionale rilevante (cioè l'interesse del fisco all'accertamento delle imposte).

(136) Cfr. *supra*, 3.2.1 e 4.3.3. Puntualizza significativamente F. STELLA, *Scienza e norma*, cit., p. 391: "ciò che [dovrebbe caratterizzare] il nuovo modello di repressione, differenziandolo nettamente dal vecchio, è appunto la diversità dell'oggetto della tutela: non più i beni 'finali' dei singoli, ma l'interesse collettivo a che vengano osservate le prescrizioni, e non vengano ostacolati i controlli demandati agli enti di vigilanza".