

This is the peer reviewed version of the following article:

Sviamento del decorso causale e imputazione del reato. Riflessioni sul rapporto tra rischio e dolo / Orlandi, Riccardo. - In: LA LEGISLAZIONE PENALE. - ISSN 2421-552X. - 4/2024(2024), pp. 1-38.

Terms of use:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

25/12/2024 10:51

(Article begins on next page)

SVIAMENTO DEL DECORSO CAUSALE E IMPUTAZIONE DEL REATO. RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA RISCHIO E DOLO.

di Riccardo Orlandi
(*Dottore di ricerca in Diritto penale,
Università di Modena e Reggio Emilia*)

Sommario: 1. Introduzione al problema. La multiformità delle ipotesi di deviazione del decorso causale – 2. La teoria del «dolo colpito a mezza via dall'errore» nella giurisprudenza di legittimità: le sentenze Auriemma e Iovino – 2.1. Gli orientamenti successivi del diritto pretorio tra problemi di prova e resistenze general-preventive. La sentenza Cieslinski e il dolo alternativo – 3. Breve *excursus*. La perdurante tensione tra colpevolezza e prevenzione generale: compromesso onorevole o resa dei conti? – 4. Unità e pluralità di atti, unità e pluralità di azioni – 5. *L'aberratio causae* in senso stretto: fattore aberrante, oggetto del dolo ed entità della discrasia tra previsto e realizzato – 5.1. Aberrazione causale e responsabilità colposa – 6. Nesso di rischio tra condotta e risultato e sviamenti del decorso causale – 6.1. (*Segue*) La fisionomia del rischio nel reato doloso e le sue peculiarità rispetto alla colpa. La presenza e la valutazione del dolo già a livello del fatto oggettivo – 7. Prospettive percorribili *de iure condito* per i casi di *aberratio causae* – 8. Verso un criterio discretivo per i casi di dolo colpito a mezza via: accertamento del dolo e cessazione del rischio. Considerazioni conclusive.

1. La questione dell'*aberratio causae* si colloca nella più ampia problematica della divergenza tra voluto e realizzato, nella quale l'agente si rappresenta e vuole realizzare un fatto (uno o più elementi di quel fatto) in maniera diversa da come effettivamente si è manifestato nella realtà esterna. Affinché questa estrinsecazione materiale possa assumere rilievo, è necessario che almeno uno degli elementi della divergenza corrisponda ad uno schema tipico di reato. È, dunque, innanzitutto un problema di tipicità del fatto e di rilevanza o meno delle concrete modalità causative ed esecutive¹.

¹ M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*³, I, Torino 2020, 541-542; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova 2013, 391-392; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, Torino 2021, 281-282; M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, I, rist., Torino 2006, 16 ss.; L. Cornacchia, voce *Reato aberrante*, in *DigDPen*, XI, 1996, 168 ss.; G.A. De Francesco, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998, 11 ss.; M. Masucci, "Fatto" e "valore"

Si tratta allora di stabilire il peso che può assumere la singola causa nella determinazione dell'evento lesivo, quando, in un concorso di cause, fattori indipendenti – in questo caso naturali o che dipendono dalla stessa azione dell'agente – si inseriscono progressivamente nella catena causale, comportando una variazione dell'entità del rischio attivato dalla condotta iniziale².

Il fattore deviante che interviene nella dinamica eziologica può assumere una diversa fisionomia a seconda che si tratti di aspetto sovradeterminante di anticipazione causale o susseguente nel caso di uno sviluppo eziologico per addizione, dove il risultato viene raggiunto per l'intervento di una causa successiva che incide sul concreto *modus causandi*³.

L'analisi è circoscritta all'ambito doloso, ad una condotta iniziale dolosa e riguarda aspetti di interferenza naturali o fortuiti, che non dipendono dall'intervento di un terzo o dalle condizioni o dal contributo della vittima, ma si dipanano dallo stesso agire dell'autore.

La figura dell'*aberratio causae* (o *intineris causarum*) ricorre, com'è noto, nel caso in cui l'intervento di un fattore eziologico anomalo impedisca la realizzazione esatta del fatto di reato che il soggetto agente si era rappresentato, producendo però un risultato equivalente: l'evento tipico si verifica per mezzo di una concatenazione causale imprevista, che non corrisponde a quella che l'autore si era rappresentato e che aveva voluto, tuttavia il risultato che si realizza è pur sempre, dal punto di vista naturalistico, identico a quello cui l'agente mirava, differendo solamente per le concrete modalità di realizzazione⁴.

nella definizione del dolo, Torino 2004, 121 ss. e 160 ss.

² G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 378 ss. e spec. 380, nt. 65-66; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 395; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 473; parla espressamente di "sconnessione" di rischi tra primo e secondo evento E. Mezzetti, *Divagazioni penalistiche sul c.d. "dolo colpito a mezza via dall'errore"*, in *CP* 2009, 5008 ss.; v. anche C. Pongiluppi, *Dolo generale e preterintenzione; la realizzazione del rischio come criterio risolutivo nelle indicazioni della Cassazione*, in *CP* 2004, 38 ss. e 48 ss.

³ In argomento, cfr. L. Cornacchia, *Concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte II)*, in *IP* 2001, 1063 ss. e 1067 ss.; Id., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino 2004, 330 ss. e 427 ss.; poi S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Bologna 2017, 374 ss.; O. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RIDPP* 2002, 669 ss. e 682 ss.; A. Vallini, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino 2011, 341 ss.

⁴ Soprattutto, per una particolare posizione, qui ripresa anche se con accenti diversi, v. G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Padova 1966, 426 ss., il quale propone sull'argomento una posizione originale poi ripresa e sviluppata da L. Durigato, *Aberratio causae: un tema marginale?*, in *IP* 1993, 31 ss. Per quanto riguarda la

Ma la divergenza tra il decorso eziologico che l'agente si era prefigurato e quello sviato che effettivamente si realizza può essere dovuta anche all'errata convinzione che la prima frazione di condotta posta in essere dall'autore sia stata sufficiente a produrre l'evento, quando in realtà il risultato si realizza soltanto in un momento successivo, attraverso una seconda parte di condotta diretta però ad un altro scopo e cioè all'occultamento dell'azione precedente. La giurisprudenza di legittimità – a partire da alcune pronunce alla fine degli anni '80 – e attualmente una parte della dottrina sono solite catalogare quest'ultimo caso con la formula del «dolo colpito a mezza via dall'errore»⁵.

Sono questi ultimi, peraltro, i casi che solitamente la dottrina tedesca, riprendendo il diritto comune, riconduce alla figura del *dolus generalis*⁶.

letteratura più datata, accenni al problema, con posizioni eterogenee, si possono rinvenire in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 1947, 215; A. Pecoraro-Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 472 ss.; M. Gallo, voce *Aberratio delicti, causae*, in *ED*, I, 1958, 65 ss.; M. Siniscalco, voce *Causalità (rapporto di)*, in *ED*, II, 1960, 646 ss.; G. Leone, *Il reato aberrante*, Napoli 1964, 215 ss.; M. Romano, *Contributo all'analisi dell'«aberratio ictus»*, Milano 1970, 4 ss.; A. Regina, *Il reato aberrante*, Milano 1970, 183 ss.

⁵ L'espressione è stata molto probabilmente coniata da R.A. Frosali, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma 1933, 371; poi ripresa anche nel manuale, nel paragrafo dedicato ai «Cambiamenti nel dolo, durante il processo esecutivo del reato»: Id., *Sistema penale italiano, I, Diritto penale sostanziale*, Torino 1958, 478. Si parla di dolo «infinito a mezza via dall'errore» anche in G. Battaglini, *Diritto penale. Parte generale*³, Padova 1949, 234; O. Vannini, *Il delitto di omicidio*, Milano 1935, 29.

⁶ Se la canonistica, con la teoria del *versari*, aveva ampliato i confini della responsabilità penale e non le forme del dolo, nella penalistica medievale secolare si giunge, in uno stretto legame tra aspetti sostanziali e processuali, per soddisfare con maggior forza esigenze di giustizia, ad individuare altre forme più attenuate di intenzionalità. La preoccupazione dei giuristi medioevali di individuare le modalità dell'accertamento del dolo portò inevitabilmente anche ad un ampliamento del suo concetto: il dolo pieno – si potrebbe dire di “primo grado” – era un dolo pienamente provato; v'erano poi altre forme di dolo che venivano ritenute di minore intensità perché non si era riusciti a dimostrare la piena colpevolezza. Dal principio espresso dal brocardo *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*, in virtù del quale il soggetto era assoggettato a pena soltanto nel caso in cui avesse tenuto una condotta di base illecita o avesse in qualche modo contribuito alla sua realizzazione, si svilupparono altri percorsi concettuali e il primo di questi è proprio il *dolus generalis*. Secondo il canonista Giovanni d'Andrea, qualora un soggetto fosse stato impossibilitato a conoscere un aspetto, anche determinante, della situazione nella quale opera o all'interno della quale si inserisce la sua condotta, avrebbe risposto ugualmente del delitto siccome il contesto era di per sé illecito, ma per un motivo non esattamente coincidente con quello effettivo ma ad esso affine o dalle caratteristiche più ampie. Si assiste, dunque, ad una progressiva oggettivizzazione del concetto di dolo che vedrà il suo culmine nella nota *doctrina* di Bartolo da Sassoferrato, seguendo la strada già tracciata dal suo maestro Cino da Pistoia: l'autore che pone in essere una condotta violenta deve essere conscio delle eventuali conseguenze più gravi che la sua azione oggettivamente può essere idonea a produrre; vi sono, pertanto, atti di violenza che naturalmente possono sfociare in eventi ulteriori che per il loro legame con la condotta pregressa non possono non essere state oggetto di rappresentazione da parte del soggetto che si è deciso ad agire in tal senso. Se, infatti, da un'azione criminosa deriva una conseguenza “naturale”, perché prevedibile, si dovrà ugualmente ravvisare anche per l'evento aggravatore l'esistenza del dolo. Per una ricostruzione storica del concetto, rimane fondamentale l'opera di G.P. Demuro, *Il dolo, I, Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, 49 ss. e 142 ss.; Id., *Prolegomeni storici allo studio del dolo*, in *RIDPP* 2006, 1410 ss.; v. anche l'ampia disamina di G. Cerquetti, *Il dolo*, Torino 2010, 363 ss. e spec. 425 ss. Nella letteratura tedesca,

Centrale si rivela, dunque, che cosa si possa comprendere all'interno della nozione di «fatto», che peraltro nel lessico impiegato dal codice viene frequentemente confuso con quello di «evento»⁷. Anche da questi presupposti – ma non soltanto – derivano posizioni, maggioritarie nella dottrina, che sostengono una radicale irrilevanza di qualsiasi aberrazione nello sviluppo del decorso eziologico nei reati a forma libera, giacché la condotta è stata in ogni caso “causale” rispetto all’evento che si è realmente verificato, anche se questo nesso è stato inficiato da una alterazione nelle sue modalità esecutive⁸.

La sovrapposizione di piani si fa qui più evidente, perché nelle presunzioni del dolo la principale misura è costituita dalla rappresentabilità, che è criterio proprio dell'imputazione oggettiva, che si sposta così nell'imputazione soggettiva, con lo scopo di stabilire, con una certa automaticità, la congruenza tra ciò che si è voluto e ciò che invece si è realizzato⁹.

Questo legame si complica ulteriormente nei casi di “dolo colpito a mezza via”: sussiste, all'evidenza, un riflesso di carattere soggettivo nella struttura obiettiva del fatto e viceversa, cosicché un'eventuale difformità tra la sua rappresentazione e il suo reale sviluppo non può essere agevolmente liquidata¹⁰.

Dal versante opposto, non si può omettere di osservare come proprio in questi

elaborazioni compiute di questa particolare forma di dolo si possono rinvenire in H. von Weber, *Über die verschiedenen Arten des Dolus*, in *NArchivCrim* 1825, 7, 551 ss.; A. Geyer, *Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang*, in *GA* 1865, 239 ss.; K.J.A. Mittermaier, *Il dolo appellato generale*, in AA.VV., *Scritti germanici di diritto criminale*, III, a cura di F.A. Mori, Livorno 1846-1847, 1 ss.; sempre in prospettiva storica cfr. K. Yamanaka, *Ein Beitrag zum Problem des sog. „dolus generalis“ – Kritische Erörterung der bisherigen Theorien*, in *KansaiUnRLawPol* 1982, 3, 1 ss.; M.A. Sancinetti, „Dolus generalis“ und „strafrechtliches Glück“, in B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin - New York 2001, 349 ss.

⁷ Questione classica. Sul concetto di evento in senso giuridico, a partire da G. Delitala, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 164, cfr. M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *StUrb* 1951-1952, 175 ss.; D. Santamaria, voce *Evento*, in *ED*, XVI, 1967, 120; N. Mazzacupa, voce *Evento*, in *DigDPen*, IV, 1990, 445.

⁸ Negano rilevanza all'errore sul decorso causale nei reati a forma libera, tra gli altri, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2020, 417; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 395; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, agg. da V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, 447; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁰, Milano 2021, 393; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 296-297, questione trattata peraltro nell'ambito delle diverse forme del dolo; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 504; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 472-473 e 490; AA.VV., *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino 2024, 281.

⁹ M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 460 ss. e 476 ss.

¹⁰ L. Durigato, *Aberratio causae: un tema marginale?*, cit., 46 ss. e 53 ss.; G. Esposito, *Dalla divergenza dell'oggetto materiale nel concorso di persone anomalo all'aberratio causae: riflessioni in materia di dolo*, in *IP* 2001, 1188 ss. e 1195 ss.; R. Bartoli, *Il dolo c.d. generale tra “disvalore soggettivo” e tipicità oggettiva*, in *DPP* 2004, 341-342 e 348.

ultimi casi entrino in gioco aspetti di maggiore concretezza che attengono in definitiva alle difficoltà di accertamento del dolo e più in generale alle dinamiche probatorio-processuali nella prova di stati psicologici.

2. Fino alla seconda metà degli anni Ottanta, la giurisprudenza della Corte di cassazione aveva fornito alla *quaestio iuris* del titolo con cui imputare all'agente l'evento realizzato soltanto con una condotta successiva ed ulteriore, sul falso convincimento di averlo già cagionato con l'azione precedente espressamente diretta a tale scopo – tentativo di uccidere un uomo, la cui morte, considerata erroneamente già avvenuta, si verifica inconsapevolmente soltanto con l'occultamento del presunto cadavere –, una risposta piuttosto intransigente, con l'obiettivo di rispondere soprattutto ad istanze general-preventive e di giustizia sostanziale, attribuendo al colpevole una responsabilità per dolo, anche con riferimento agli atti successivi che avevano realizzato il risultato perseguito, pur nella consapevolezza di una "lieve" modificazione dell'atteggiamento psicologico¹¹.

Si tratta di un indirizzo assai risalente, che registra frequenti condivisioni soprattutto negli anni Sessanta con le sentenze Mottola, Cossu e Meloni, condizionato all'evidenza dai paradigmi estensivi ereditati dalla *doctrina Bartoli*, dalla teoria del dolo generale e dalle altre teoriche che tendevano a svilire in chiave presuntiva l'effettiva prova del dolo in sede processuale¹².

Questo primo orientamento giurisprudenziale si basava, in sostanza, su una *concezione unitaria* dello sviluppo dell'*iter criminis*, tale da arrivare a comprendere anche quegli atti non coperti dal dolo, ma tenuti insieme da un legame di natura meramente materiale, da un nesso eziologico che si caratterizzava per il raggiungimento del risultato che aveva dato origine all'azione tipica, sebbene questo evento si fosse concretizzato attraverso un'attività esecutiva successiva che poggiava su un fallace convincimento¹³.

Il collegamento, di natura eclettica, individuava innanzitutto un primo legame di

¹¹ Patalano, voce *Omicidio*, in *ED*, XXIX, 1979, 944 ss.; Id., *I delitti contro la vita*, Padova 1984, 59; F. Palazzo, *Dolo ed azione tipica: l'incidenza dell'elemento soggettivo sulla struttura unitaria o plurima della condotta*, in *SI*, 1995, 35-36; più di recente E. Mezzetti, *Divagazioni penalistiche sul c.d. "dolo colpito a mezza via dall'errore"*, cit., 5002.

¹² Cass. 20.4.1945 Mottola, in *RP* 1945, 203; Cass. 23.5.1961 Cossu, in *CP* 1961, 827; Cass. 27.11.1961 Meloni, *ivi* 1962, 432. Per una critica a questo primo orientamento della giurisprudenza, v. A. Madeo, *Il dolo nella concezione "caleidoscopica" della giurisprudenza*, in *RIDPP*, 2010, 837 ss. e spec. 872 ss.

¹³ L.M. Masera, *Delitti contro la vita*, in F. Viganò, C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio, Trattato teorico-pratico di diritto penale*², Torino 2015, 19 ss.

tipo oggettivo che teneva insieme l'intero sviluppo dell'attività esecutiva, comprensiva dei primi atti diretti ad uccidere e dei secondi diretti al solo occultamento, estendendo poi l'*animus necandi* ad ogni frazione dell'azione delittuosa, procedendo così dal piano causale per giustificare la costante presenza di un dolo susseguente¹⁴.

L'evento finale, anche se in maniera indiretta e viziata, era stato conseguenza di quella iniziale coscienza e volontà di uccidere che – attraverso una ricostruzione in chiave presuntiva del dolo alla stregua di una estensione analogica e dell'*id quod plerumque accidit* –, al netto dell'errore di percezione, non erano comunque venute meno e, alla prova dei fatti, avevano trovato effettiva concretizzazione. La prova dell'elemento soggettivo era quindi immanente all'oggettiva univocità della condotta materiale tenuta dal colpevole, escludendo *a priori* qualsiasi spazio di operatività dell'art. 47 Cp¹⁵.

La svolta da parte del diritto pretorio arrivò nel 1988 con la sentenza Auriemma, con la quale, con una inversione degna di nota, la Suprema Corte abbandonò una costruzione unitaria dell'azione finalizzata all'eliminazione della vittima, per valorizzare invece il carattere plurale degli atti, considerati separatamente, e una conseguente pluralità di processi di natura psicologica in relazione a due fattispecie di reato in concorso materiale tra loro: tentato omicidio in relazione alla prima condotta, realmente sorretta dal dolo nella sua doppia componente rappresentativa e volitiva, e omicidio colposo per la seconda condotta, perché dovuta a negligenza per una errata rappresentazione della realtà fattuale¹⁶.

Il caso riguardava l'uccisione da parte della madre del figlio appena nato. Dopo il

¹⁴ E. Mezzetti, *Divagazioni penalistiche sul c.d. "dolo colpito a mezza via dall'errore"*, cit., 5008; F. Piqué, *Il "dolo colpito a mezza via dall'errore": un terreno ancora scivoloso per l'interprete, dove si scontrano esigenze di giustizia sostanziale e necessità di rigorosa applicazione dei presidi garantistici vigenti nel nostro ordinamento*, in *CP* 2017, 1086 ss.

¹⁵ S. Seminara, *I delitti contro la persona*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*², Torino 2022, 42-43. Sul fatto che il dolo debba abbracciare anche l'ultimo atto della condotta posta in essere dal soggetto agente, v. per tutti M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *ED*, XIII, 1964, 750 ss e spec. 757: «[N]elle fattispecie causalmente orientate atto tipico vuol dire nulla più che atto essenziale: e, quindi, atto rispetto al quale deve essere reperito l'elemento psicologico dell'illecito. Nelle forme dolose tale atto non può essere che l'ultimo». Nel senso di ritenere che il dolo debba essere concomitante all'azione, che deve sussistere al momento della realizzazione della condotta tipica e che nel caso di fattispecie casualmente orientate il dolo sia da riferire all'ultimo atto M. Romano, sub *art. 43 Cp*, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano 2004, 13/14, 438-439; *contra*, soprattutto nella letteratura tedesca, H.J. Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, Bonn 1960, 271-272, nt. 13, che intende il dolo come risoluzione di commettere il fatto.

¹⁶ Cass. 2.5.1988 n. 10535, in *CP* 1990, 1724 ss. In questa direzione si era già pronunciata Ass. Bari 5.5.1970 Loporcaro, in *RIDPP* 1971, 1008 ss., con nota di Regina.

ricovero in ospedale, la donna aveva dichiarato al personale sanitario di aver partorito all'interno della propria abitazione un feto morto. Veniva così rinvenuto nella casa della partoriente, sotto il lavello della cucina, un sacchetto di plastica all'interno del quale, avvolto in uno spezzone di coperta, si trovava un neonato; dichiarava quindi alla polizia giudiziaria che nel pomeriggio del giorno in cui venne ricoverata aveva avvertito forti stimoli e si era recata in bagno, dove aveva espulso un feto che era caduto con la testa verso il basso dentro la tazza del *water*, azionando successivamente lo scarico per due volte con l'obiettivo di sbarazzarsi del corpo. Non riuscendo nell'intento, aveva estratto il corpo dalla strozzatura della tazza e lo aveva inserito in un sacchetto per nascondere. Il medico legale stabiliva che la morte del bambino era sopraggiunta non per l'impatto con la tazza del bagno, ma per asfissia da confinamento.

L'imputata veniva condannata per omicidio volontario ed assolta per insufficienza di prove dal reato di occultamento di cadavere. Le statuizioni dei giudici di prime cure venivano parzialmente riformate in sede d'appello, ma la condanna per omicidio doloso veniva confermata¹⁷. In ultima istanza, la Corte di cassazione riteneva fondati i motivi di doglianza proposti dalla ricorrente che vertevano, in essenza, sull'erronea applicazione degli artt. 40 e 41 Cp, siccome la morte non era derivata dalla prima azione dello scarico, bensì da quella successiva dell'introduzione del feto nel sacchetto, e dell'art. 47, co. 1°, Cp, nella misura in cui i giudici di merito avevano omesso di esaminare elementi decisivi in ordine alla sussistenza del dolo e in particolare con riguardo alla condotta successiva con efficacia letale.

La Suprema Corte criticò il principio seguito dai giudici di merito: l'agente, nella seconda parte dell'episodio criminoso effettivamente causativo della morte del neonato, era mossa da una declinazione dell'atteggiamento psicologico diversa dall'*animus necandi*, perché già convinta dell'avvenuta verifica dell'evento, perseguendo quindi ben altro scopo che era evidentemente quello di occultare le tracce del delitto che aveva poco prima compiuto. Era dunque da escludersi che nel contegno psicologico che sorresse la seconda azione, che agì come fattore eziologico determinante, potessero ravvisarsi le caratteristiche essenziali del dolo omicidiario, venendo meno i due elementi stabiliti dall'art. 43 Cp della previsione e della volizione dell'evento come conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole. L'erroneo convincimento di avere già realizzato il risultato non può che risolversi in errore sul

¹⁷ Ass. Cagliari 18.6.1987 Auriemma, in *RGSarda* 1989, 483 ss., con nota di Manca.

fatto ex art. 47 Cp e già questo è sufficiente per escludere il dolo¹⁸.

La teorica del *dolus generalis* è oggi ormai un argomento di storia del diritto penale anche nel contesto dogmatico e giurisprudenziale tedesco¹⁹. Gli indirizzi emersi nella giurisprudenza della Suprema corte federale hanno condotto, in linea con gli orientamenti maggioritari patrocinati dalla dottrina, ad un abbandono della concezione in discorso²⁰. La svolta si ebbe con il c.d. caso del pozzo nero *Jauchegrubenfall* del 1960, diventato poi un *leading case*, anche per la sua paradigmaticità²¹. Alla dismissione della teorica del dolo generale da parte della dottrina e della giurisprudenza tedesca non è corrisposta un'autentica inversione di tendenza, dal momento che la questione si è semplicemente spostata sul piano meramente oggettivo, cioè sulla rilevanza o meno dello sviamento del decorso eziologico, ravvisando nella quasi totalità dei casi una discordanza inessenziale tra il voluto e il realizzato²².

¹⁸ Con osservazioni adesive: M.B. Magro, *Un caso limite per una riflessione sul dolo*. Nota a Cass. Pen., Sez. I, 2 aprile 1988, n. 10535, in *CP* 1991, 411 ss.

¹⁹ È ormai la posizione prevalente, salvo qualche voce isolata, anche nella manualistica: C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*⁵, München 2020, § 12, Rn. 174/192, 633 ss.; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*³, Lehrbuch, Bielefeld 2021, § 11, Rn. 73/79, 234 ss.; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*³¹, Heidelberg 2021, § 7, IV, Rn. 383/392, 127 ss. e 128-129; R. Rengier, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*¹⁰, München 2018, 129 ss.; W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin - Heidelberg 2020, § 4, 131/137, 168-169, con un chiaro rifiuto della teorica in parola, continuando però a trattare questi casi sempre sotto l'etichetta del "dolo generale".

²⁰ Per una rassegna della giurisprudenza sulla parabola del dolo generale e sulle deviazioni (rilevanti) del decorso causale, v. W. Joecks, § 16 *Irrtum über Tatumstände*, in W. Joecks, K. Mießbach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, §§ 1-51 *StGB*, München 2003, 2. Absch., Rdn. 49/58, 664 ss.; J. Vogel, § 16 *Irrtum über Tatumstände*, in H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Leipziger Kommentar StGB*¹², 1. Band, §§ 1-31, Berlin 2007, Rdn. 55/73, 1142 ss. e 1144; M. Heger, § 15, in K. Lackner, K. Kühl, M. Heger (Hrsg.), *StGB - Strafgesetzbuch*, Kommentar, München 2023, Rn. 10/11c, 142 ss.

²¹ BGH, 5 StR 77/60, Urteil vom 26.4.1960, *NJW* 1960, 1261. La vicenda, in sintesi, vide coinvolte due donne, che dopo un acceso diverbio, arrivarono ad una colluttazione: una delle due donne cinse il collo all'altra per strangolarla e, una volta immobilizzata, le aprì forzatamente la bocca e la costrinse ad ingurgitare alcuni pugni di sabbia per non farla gridare. La donna perdeva quindi i sensi, cadendo a terra. Credendola già morta per soffocamento, l'aggressore gettò il corpo in un pozzo molto profondo con l'intenzione di occultarlo. Una volta che gli inquirenti riuscirono a recuperare il cadavere, la perizia medico-legale accertò che la morte non fu dovuta a soffocamento, ma all'impatto con la base del pozzo. Per un confronto diacronico tra gli orientamenti della giurisprudenza e le posizioni dottrinali, v. S. Rohnfelder, *Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz. Unter besonderer Berücksichtigung des misslungenen Rücktritts*, Baden-Baden 2012, 159 ss.

²² Attualmente la giurisprudenza d'oltralpe è solita considerare quasi sempre irrilevante la modifica del decorso causale, giungendo così ad adottare la soluzione del reato unitario: *ex multis*, BGH 4 StR 227/09, Urteil vom 12.11.2009 (LG Siegen), *NStZ* 2010, 214; BGH 1 StR 676/10, Beschluss vom 15.2.2011 (LG München II), *StV* 2011, 541; BGH 4 StR 608/11, Urteil vom 23.2.2012 (LG Bielefeld), *NStZ* 2012, 443; BGH 3 StR 259/15, Urteil vom 20.8.2015 (LG Düsseldorf), *HHRS* 2015, 1019; BGH 3 StR 158/17, Urteil vom 19.10.2017 (LG Oldenburg), *HHRS* 2018, 5.

Tornando al diritto pretorio italiano, l'indirizzo emerso con la sentenza Auriemma venne formalmente confermato, ma in parte eluso nella sostanza, una decina di anni dopo con la sentenza Iovino del 2003²³.

La vicenda arrivata all'attenzione dei giudici di legittimità riguardava il rapimento di un uomo da parte di tre compari, perché ritenuto colpevole di aver rivolto attenzioni alla fidanzata di uno di loro. Per vendicarsi dell'affronto, i tre lo sottoponevano ad un feroce pestaggio. Indecisi poi sul da farsi – se proseguire nelle azioni violente o desistere – dopo una accesa discussione, decidevano di insistere nelle sevizie sul rapito, già malridotto e molto probabilmente in stato d'incoscienza. A questo punto, avendolo creduto morto, trasportavano il suo corpo all'esterno del capanno e lo davano alle fiamme per sbarazzarsene. L'uomo, in realtà ancora in vita, moriva carbonizzato.

Nel caso di specie, la Suprema Corte statui, annullando con rinvio la sentenza impugnata che aveva condannato gli imputati per omicidio volontario, che il fatto nel suo complesso poteva essere imputato a titolo di dolo soltanto quando anche l'ultimo atto, che si rivela poi causale rispetto alla realizzazione dell'evento, fosse stato effettivamente voluto dall'agente proprio nel senso di raggiungere quel risultato.

Il ragionamento sviluppato dalla Cassazione nel caso Iovino, sostanzialmente aderente a quello precedente del 1988, presentava però un importante *caveat*, sul quale il collegio giudicante sentì la necessità di soffermarsi e che in buona parte attenuava quello che i giudici di legittimità avevano affermato in questo indirizzo sì tecnicamente corretto, ma forse eccessivamente perentorio nei suoi esiti. Questo avvertimento, per nulla marginale nell'economia del ragionamento, si soffermava sull'aspetto che il fatto si sarebbe comunque potuto ritenere doloso, qualora l'originaria intenzione omicida, almeno nella forma del dolo eventuale, fosse stata in grado di coprire tutta la progressione criminosa²⁴.

2.1. Le conseguenze teoriche in tema di dolo – la seconda parte della condotta criminosa si innesta sull'errore rilevante della già avvenuta verifica dell'evento – sono state decisamente confutate o comunque messe in serio dubbio dalla sentenza

²³ Cass. 18.3.2003 n. 16976, in *FI* 2003, II, 7/8, 393 ss.

²⁴ V. l'analisi di O. Zampano, *Dolo generale*. Nota a Cass. Pen., Sez. I, 18 marzo 2003, n. 16976, in *SI*, 2003, 1118. Non è da escludersi l'ipotesi che il mancato consolidarsi, nelle diverse scansioni della realizzazione del reato, di uno stato soggettivo ben definito oppure, ad esempio, nel caso di un dolo d'impeto o attenuato, indirizzato generalmente a ledere, possa anche condurre a configurare un omicidio preterintenzionale. Sul possibile legame tra dolo eventuale e preterintenzione, v. M. Caterini, *Il reato eccessivo. La preterintenzione dal versarsi in re illicita al dolo eventuale*, Napoli 2008, 247 ss., 350 ss. e 379 ss.

Cieslinski del novembre 2006, pronunciata a Sezioni unite²⁵. Quelle che nelle precedenti sentenze Auriemma e Iovino erano state trattate come eccezioni o logiche esplicitazioni, tra varie possibilità, nello svolgersi dello sviluppo causale e del relativo atteggiamento psicologico, assumono nella sentenza in parola assoluta centralità.

La vicenda aveva ad oggetto una lite scoppiata tra alcune persone straniere che alloggiavano in condizioni precarie all'interno di un fabbricato. Uno di questi era spesso in dissidio con gli altri del gruppo e teneva nei loro confronti atteggiamenti prevaricatori. Nel corso di un litigio, quest'ultimo venne ripetutamente colpito dagli altri con oggetti contundenti al viso, al cranio e agli arti superiori, provocandogli lesioni che già di per sé avrebbero potuto cagionare l'evento-morte. Gli aggressori avvolgevano quindi il corpo, ritenuto già cadavere, in un involucri di *cellophane*. La perizia medico-legale stabiliva che la morte non era sopraggiunta a causa dei colpi inferti, ma in un momento successivo per asfissia.

La costruzione teorica inizialmente proposta dalla Cassazione, e poi smentita radicalmente anni dopo con la sentenza in parola, venne già messa in discussione da una parte, seppur minoritaria, della dottrina. La tesi delle due azioni e dei due reati, se apparentemente risultava alquanto suggestiva nella sua chiara linearità, peccava tuttavia di un formalismo eccessivo: appare assai artificioso distinguere in modo così netto una serie di atti che vengono posti in essere dall'agente senza soluzione di continuità, in un aggroviglio che alla fine conduce ad ogni modo all'evento letale; diventa quindi veramente difficile leggere con nitidezza in questa sequenza criminosa due azioni separate, una indirizzata a cagionare la morte e l'altra, completamente separata, indirizzata al solo occultamento del cadavere²⁶.

Con la sentenza a Sezioni unite Cieslinski, anche i giudici di legittimità invertivano il loro orientamento, sostenendo che: «[S]e l'agente compie un atto pure apparentemente diretto all'occultamento di cadavere, ma idoneo a cagionare per sé la morte della vittima se ancora in vita, si prefigura comunque la morte quale premessa necessaria del risultato ulteriore. In tal caso non può essere dato rilievo al suo

²⁵ Cass. S.U. 28.11.2006, Cieslinski, in *CEDCass*, m. 234835.

²⁶ Così P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I, *Delitti contro la persona e contro il patrimonio*⁴, Padova 2006, 45-46. Nello stesso senso, v. anche F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*⁷, I, agg. a cura di A. Rossi, Milano 2022, 17-18; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *I delitti contro la persona*⁵, Bologna 2020, 9-10; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*⁷, a cura di R. Guerrini, Torino 2021, 373-374. Nella giurisprudenza di legittimità, la questione è stata sovente risolta nel senso della sussistenza del dolo omicidiario sulla base di indici fattuali come la vicinanza del soggetto agente al corpo della vittima, dopo che questa aveva perso conoscenza: v., *inter alia*, Cass. 7.12.2006 n. 631, in *CP* 2008, 2422.

sostenuto errore, per ritenere l'evento mortale contro la sua intenzione (art. 43 CP), attribuendolo a colpa ai sensi dell'art. 47 CP. Perciò in punto di censura di motivazione, non è riconoscibile come criterio d'inferenza la direzione apparente dell'ultimo atto all'occultamento di cadavere, ma la sua funzione concreta nel contesto complessivo del comportamento, da cui è scaturito l'evento mortale».

Orbene, l'argomentazione addotta dalla Cassazione, nel suo più alto consesso, che ha ovviamente impresso una direzione seguita a tutt'oggi dalla giurisprudenza di legittimità, deve essere seriamente presa in considerazione, soprattutto in punto di errore rilevante sul fatto, siccome le concrete modalità di sviluppo dell'*iter criminis* o le circostanze del fatto concreto possono seriamente compromettere la categorica affermazione di un dolo colpito a mezza via e quindi di un errore sul fatto escludente il dolo.

Questa acquisizione veniva doppiamente raggiunta, in un primo momento, creando un rapporto di tipo causale tra il primo e il secondo segmento della condotta, quest'ultimo ritenuto comunque idoneo a provocare la morte, anche se indirizzato al solo occultamento del presunto cadavere²⁷. Questa, in sostanza, era la premessa, alla quale si andava immediatamente ad aggiungere il risvolto psicologico incentrato sullo stato di dubbio: il soggetto agente può prefigurarsi la morte della vittima, quando non ancora avvenuta, come premessa indispensabile dell'ulteriore obiettivo criminoso perseguito (l'occultamento) che avviene per il tramite di condotte allo stesso tempo di per sé idonee a causare l'esito letale²⁸.

L'elemento del dubbio o piuttosto quello dell'indifferenza o financo quello di una semplice sbadataggine e disavvedutezza nella realizzazione del piano delittuoso sono in grado di attribuire al dolo omicidiario, soprattutto se si tratta di un dolo intenzionale, un tale grado di resistenza alla rilevanza dell'errore, da riconoscere a questo stato di incertezza (o meglio di sostanziale indifferenza) la capacità di far

²⁷ V., sul punto, le osservazioni di F. Palazzo, *Dolo ed azione tipica: l'incidenza dell'elemento soggettivo sulla struttura unitaria o plurima della condotta*, cit., 36-37.

²⁸ Sulla condizione del soggetto che versa in stato di dubbio, rispetto a quella di errore o ignoranza, e sulla conseguente impossibilità di escluderne la responsabilità, quando la legge non richiede espressamente una conoscenza piena e certa dell'esistenza di un elemento del fatto, v. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 397; M. Romano, sub art. 5 Cp, *Commentario*, I, cit., 21/25, 109 ss., a meno che non si tratti, con specifico riferimento ai reati omissivi, di un dubbio bivalente e cioè ricada contestualmente sulla liceità della condotta e sul dovere di astensione; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 392; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 377; C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁴, Milano 2023, 416; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 500; nel diritto pretorio Cass. 6.5.2014 n. 37837, in *CEDCass*, m. 260257; Cass. 9.11.2011 n. 5975, *ivi*, m. 25697.

sopravvivere quell'atteggiamento doloso che, con ferma volontà e rappresentazione, ha senz'altro mosso il primo segmento della condotta e che poi, nella forma del dolo alternativo (diretto od eventuale) ne ha animato il secondo segmento²⁹.

Questo stato psicologico in cui versa l'agente impedirebbe, almeno nella maggior parte dei casi, di creare una cesura tra la prima e la seconda parte della condotta, poiché cancellerebbe qualsiasi aspetto che possa condurre ad un errore determinate, ma porterebbe ad una coesistenza di due diverse volontà, anche sulla base del fatto che le reali intenzioni dell'autore non sono affatto mutate, ed è, anzi, proprio la condotta di occultamento a confermare l'*animus necandi*.

Potrebbe trattarsi di un dolo diretto, nella forma del dolo alternativo, se l'agente, trovandosi in uno stato di incertezza, ponesse in essere la seconda parte della condotta sempre con la deliberata intenzione di uccidere la vittima nel caso in cui ciò non sia già avvenuto³⁰.

3. La possibilità di attribuire rilevanza in certe circostanze a sviamenti del decorso causale pone bene in evidenza l'eterno scontro tra prevenzione generale e colpevolezza. Il tema dell'*aberratio causae* e poi del dolo colpito a mezza via sembrano essere intrappolati tra contrapposte esigenze, da un lato, quelle garantiste e di attribuzione della responsabilità per fatto proprio colpevole e, dall'altro, da istanze di difesa sociale e di "giustizia sostanziale" che prevalgono a tutt'oggi nella prassi

²⁹ Seguono l'orientamento affermato nella sentenza Cieslinski, ad esempio, Ass. app. Milano 21.10.2003, in *CP* 2005, 374 ss., con nota di Cerqua; nella giurisprudenza di legittimità successiva Cass. 13.3.2013 n. 24217, *ivi* 2014, 2127 ss., con nota di Sciuba. Fortemente critico sulla funzione del dolo alternativo, da intendere soprattutto non come una forma particolare di dolo, ma come strumento presuntivo è E. Mezzetti, *Dolo alternativo. Rigorismi giurisprudenziali in tema di accertamento dell'elemento psicologico del reato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1155 ss.; anche M. Venturoli, *Il dolo alternativo tra incertezze dottrinali e semplificazioni giurisprudenziali*, in *DPP* 2009, 617 ss. Sennonché, nella prassi, le applicazioni giurisprudenziali del dolo alternativo trovano il loro terreno d'elezione soprattutto nei casi di progressione criminosa: così, ad esempio, Cass. 13.4.2018 n. 43250, in *DeJure*, caso nel quale la Cassazione ha ritenuto corretta la contestazione del tentato omicidio pluriaggravato, con dolo diretto alternativo, per un soggetto che, dopo essersi introdotto in una abitazione di campagna per compiere un furto, aveva colpito il proprietario al capo e alla spalla, provocandone così la caduta e il grave ferimento, con frattura della clavicola e trauma cranico commotivo.

³⁰ Si tratta attualmente dell'orientamento costante adottato dalla I Sezione penale della Cassazione: Cass. 7.3.2023 n. 26020, in *CEDCass*, m. 284931; Cass. 29.4.2022 n. 34021, *ivi*, m. 283574; Cass. 10.6.2021 n. 38907, in *DeJure*, escludendo immotivate asserzioni basate sul mero assioma del "non poteva non sapere" per il contatto diretto dell'agente con il corpo della vittima nel bagagliaio, prima di appiccare il fuoco all'automobile e in base ad una valutazione complessiva del quadro probatorio; Cass. 11.12.2019 n. 12300, in *DeJure*; Cass. 10.12.2018 n. 22807, *ivi*, escludendo rilevanza alla tesi del dolo colpito a mezza via, per la dinamica dei fatti e in assenza di una apprezzabile cesura spazio-temporale tra i due segmenti di condotta, ritenendo quindi persistente l'*animus necandi* nelle forme del dolo alternativo; Cass. 17.11.2015 n. 15774, in *D&G* 2016, 19, 33, con nota di Capitani.

giudiziaria.

Ragioni politico-criminali, di fronte a fatti oggettivamente gravi, spingono allora per impedire ad ogni modo che il soggetto agente, affermando che si era rappresentato uno sviluppo del legame causale diverso da quello che poi si è realizzato, possa beneficiare di un trattamento sanzionatorio (molto) più mite. Dopo le prime pronunce che si erano impegnate a ricostruire attentamente l'atteggiamento psicologico dell'agente, molto probabilmente esigenze general-preventive e di difesa sociale hanno preso il sopravvento, imponendo a tutt'oggi una linea maggiormente rigorosa della giurisprudenza di legittimità, proiettata così al disconoscimento di qualsiasi fattore aberrante e quindi di errore. Ciò, anche a fronte del fatto che precludere *a priori* la possibilità che una qualche forma di errore possa rilevare nello sviluppo deformato del decorso causale e quindi nei casi di *aberratio causae* in senso stretto, arriverebbe proprio a compromettere la divisione tra delitto tentato e delitto colposo nei casi di dolo colpito a mezza via, statisticamente più frequenti.

La contrapposizione, però, non è l'unica scelta possibile. Si può percorrere anche un'altra strada, come prospettato da importanti studiosi d'oltralpe, che è quella della convivenza tra prevenzione generale e colpevolezza. È questo, in sostanza, il contenuto conferito allo *Schuldprinzip*, dove colpevolezza e prevenzione generale convivono ed anzi quest'ultima viene proprio legittimata sotto l'ombrello della colpevolezza o, in una versione più estrema, essa si fonda proprio sulla prevenzione, in una logica utilitaristico-funzionalista³¹.

L'argine che può opporre il principio di colpevolezza alle esigenze di prevenzione

³¹ La letteratura tedesca sul tema è veramente molto ampia. Per un quadro d'insieme, v. B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica federale tedesca*, trad. it. a cura di V. Militello, in *RIDPP* 1990, 11 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *RIDPP* 1987, 836 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 17 ss., 39 ss. e 47 ss. con ragguagli. Si tratta dell'impostazione seguita soprattutto da G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, 6-8, 32; Id., *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, in *ZStW*, Bd. 101, 1989, 516 ss.; Id., *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993, 7 ss.; Id., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *ZStW*, Bd. 107, 1995, 843 ss. e 863 ss.; v. anche F. Streng, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, in *ZStW*, Bd. 92, 1980, 655 ss.; Id., *Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand*, in *ZStW*, Bd. 101, 1989, 283 ss. e spec. 286 ss.; sul travagliato rapporto tra elemento soggettivo e prevenzione generale, v. M. Donini, *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 *RTrimDPenEc* 1999, 1 ss.; Id., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano 1993, 28 ss., 51 ss. e 76 ss.; G. Marinucci, *Finalismo, responsabilità oggettiva, oggetto e struttura del dolo*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 193; in senso adesivo rispetto ai postulati della *Schuldtheorie* D. Pulitanò, voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *ED*, agg., I, 1997, 614 ss.; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino 2003, 223 ss. e 335 ss.

generale è piuttosto fragile e deve essere costantemente rinforzato, altrimenti è destinato a cedere³². Questo argine, per quanto poi possa rivelarsi debole, agisce su due fronti diversi ma tra loro complementari: il primo, ovviamente, sul piano dell'imputazione soggettiva, richiedendo la sussistenza di un coefficiente soggettivo minimo, almeno la colpa, per poter muovere un rimprovero al soggetto agente, *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*³³; il secondo, sul piano della commisurazione della pena, nel senso che la misura della pena da infliggere deve corrispondere alla colpevolezza per il fatto commesso³⁴.

A differenza della sanzione civile, del risarcimento del danno, nella pena non c'è nulla di matematico, non ci sono schemi logici basati su un'epistemologia condivisa. L'inasprimento del trattamento sanzionatorio per determinati reati risponde sempre a motivi di prevenzione generale ed altera *ab origine* la valutazione della colpevolezza nel caso concreto.

L'allarme sociale è nient'altro che prevenzione general- e special- preventiva e d'altronde l'abitudine di utilizzare il singolo imputato per ragioni general-preventive il diritto penale non l'ha mai persa e forse non può nemmeno permettersi davvero di farlo.

4. Che si tratti della vera chiave di volta di tutta la questione o soltanto di un corollario più teorico, una presa di posizione preliminare sul criterio adottato per individuare una pluralità o unità di azioni ha inevitabili ricadute anche sul metro con cui si può eventualmente sezionare il percorso compiuto dalla condotta criminosa e l'atteggiamento psicologico per ogni sua fase.

³² Di recente, per un bilancio sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione generale e per una analisi della dialettica tra principio di tipicità ed istanze general-preventive, che ha portato ad una applicazione della teoria della colpevolezza ex art. 27, co. 1°, Cost. molto edulcorata, v. M. Donini, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in RIDPP 2018, 1577 ss.

³³ Il principio del *nullum crimen sine culpa* impone anche una complessiva rilettura della struttura del fatto tipico, che non si va semplicemente ad aggiungere ad un fatto già proprio perché garantito da un rapporto di tipo causale che collega la condotta al suo risultato attraverso un nesso eziologico regolare: M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 291 ss., 371 ss. e 492 ss.; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 511 ss.; per un approccio decisamente normativistico e anche per ulteriori sviluppi L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 17 ss. e 34 ss.; C.E. Paliero, *La personalità dell'illecito tra "individuale" e "collettivo"*, in AA.VV., *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G.A. De Francesco, A. Gargani, Milano 2016, 101 ss. e spec. 104-105, su quelle che sono le regole del *personales Unrecht* che costituiscono il sublimato del principio di colpevolezza.

³⁴ V., sul punto, F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 75 ss. e 144 ss.

Scrutando la complessa morfologia delle posizioni emerse in dottrina sul problema del *dolus generalis* e più in generale dell'errore sul decorso causale (*Irrtum über den Kausalverlauf*) – di cui il primo è una particolare declinazione –, una parte, pur non prevalente, della dottrina d'oltralpe converge sul fatto di considerare la cesura tra primo e secondo atto come spartiacque per la sussistenza del dolo e di conseguenza non può essere concettualmente ammessa la sussistenza di uno stato psicologico corrispondente al dolo se l'autore supponeva di aver realizzato l'evento già con il primo atto³⁵.

Secondo Reinhart Maurach, si tratterebbe di imputare un dolo che in realtà non è più esistente durante il secondo atto dall'esito effettivamente omicidiario, giacché la decisione effettiva di realizzazione dell'evento e quindi la condotta realmente indirizzata ad uccidere è stata posta in essere quando il dolo iniziale non era più presente³⁶. Contiguo all'orientamento prevalente nella dottrina italiana del dolo colpito a mezza via è quello di Manfred Maiwald, che sostiene la tesi di un concorso tra due reati e cioè tra un tentativo di omicidio e un omicidio colposo (*Trennungstheorie*). Egli respinge l'idea della realizzazione dell'evento-morte come conseguenza della capacità potenziale dei primi atti pericolosi, sorretti dal dolo omicidiario³⁷.

Al contrario, deve essere annoverato certamente tra gli ultimi illustri patrocinatori della teoria del dolo generale Hans Welzel, il quale ravvisava in questi casi uno sviluppo unitario dell'azione criminosa sempre sostenuto dal dolo iniziale, che non sarebbe comunque venuto meno con la seconda parte della condotta finalizzata ad

³⁵ In questo senso, chiaramente M. Maiwald, *Der „Dolus generalis“*. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, in *ZStW*, Bd. 78, 1966, 30 ss.; L. Backmann, *Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum*, in *JuS* 1972, 196 ss.; J. Wolter, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW*, Bd. 89, 1977, 649 ss.; M. Hettinger, *Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines „Irrtums über den Kausalverlauf“?*, in M. Seebode (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlin - Boston 1992, 237 ss.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, 620 ss., criticando gli approcci che giungono a ritenere il reato unitario sulla base della finale concretizzazione del pericolo creato con la prima condotta effettivamente diretta ad uccidere.

³⁶ R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Teilband 1, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*⁶, Lehrbuch, Heidelberg 1983, §23, III, 315-316.

³⁷ M. Maiwald, *Der „Dolus generalis“*. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, cit., 30 ss.; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Berlin - Heidelberg - New York 2001, § 5, Rdn. 71/74, 154-155. In senso sostanzialmente analogo si esprime anche R.D. Herzberg, *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, in *ZStW*, Bd. 85, 1973, 867 ss., trattando però il problema dal punto di vista della dominabilità del fatto (*Tatmacht*) e della “copertura soggettiva” del processo causale da parte dell'agente.

occultare il fatto compiuto³⁸. Welzel impiegava un concetto di “azione totale” basato sul piano criminoso del soggetto agente: se l'intenzione dell'autore era quella di uccidere e questo obiettivo veniva raggiunto, nessun rilievo poteva assumere il fatto che quel risultato fosse stato ottenuto nella parte iniziale della condotta (cioè immediatamente) o in quella finale. La questione veniva, quindi, sviluppata su un doppio binario: affinché si potesse configurare un concorso di reati e non un unico reato doloso era necessario che il secondo atto (la successiva frazione della condotta) non fosse stato pianificato o previsto o anche soltanto ipotizzato in anticipo dall'autore; bisognava, inoltre, accertare, nell'ambito di un complessivo giudizio di adeguatezza, l'insussistenza di un legame tra il primo e il secondo atto³⁹.

L'argomentazione si sviluppa principalmente partendo dai criteri che dovrebbero sovrintendere la distinzione tra unicità e pluralità di azioni e quindi la distinzione tra concorso formale e concorso materiale di reati. Si tratta ovviamente di un tema di vastissime proporzioni che riguarda soprattutto il problema del concorso di reati e che in questa sede può essere soltanto lambito per le finalità che interessano la presente analisi, rimandando del resto alla copiosa letteratura, anche molto recente, sul tema.

L'individuazione di validi criteri per distinguere tra pluralità o unità di azioni, questione preliminare alla distinzione tra unità o pluralità di reati, è questione assai complessa. Scrisse Max Ernst Mayer che l'arte di contare i delitti è cosa assai difficile e non si ha ancora ben chiaro cosa si debba esattamente contare⁴⁰. Senza entrare troppo nel dettaglio della questione, che rischierebbe di condurre davvero molto lontano, il ricorso a criteri di stampo normativo, da affiancare, se del caso, a quelli più naturalistici e pre-giuridici possono svolgere una funzione dirimente.

La presenza o meno di una pluralità di atti sul piano fenomenico-naturalistico è certamente un aspetto da solo insufficiente per stabilire se si è di fronte ad una unicità o pluralità di azioni. È necessario affiancare a questo criterio pre-giuridico altri criteri di stampo normativo-sociale, guardando anche alla struttura delle norme incriminatrici⁴¹. Vi sono reati che per essere realizzati esigono una pluralità di atti; altri

³⁸ H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*⁹, Berlin 1965, § 13, 67 ss., analogamente si esprimono anche H. Preisendanz, *Strafgesetzbuch. Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, ausgewählten Nebengesetzen sowie einem Anhang über Jugendstrafrecht*³⁰, Berlin 1978; § 16, 5b, 95-96; H.J. Rudolphi, §16 *Irrtum über Tatumstände*, in H.J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.L. Günther (Hrsg.), *SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, *Allgemeiner Teil*⁷, München 2004, Rn. 31/35a, 72.3 ss. e spec. 72.6.; G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*⁶, München 2011, 98 ss.

³⁹ H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., § 13, 68.

⁴⁰ M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, Heidelberg 1915, D. I, 1, 156.

⁴¹ Così A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 677-678, richiamando tra l'altro l'ipotesi di *dolus*

reati, invece, possono essere realizzati anche attraverso una pluralità di atti senza per questo integrare più reati⁴²: caratteristica questa che, tra gli altri, è solitamente tipica dei c.d. delitti di sangue.

Già i criteri della contestualità spazio-temporale – atti posti in essere contestualmente, uno dopo l'altro, senza un'apprezzabile soluzione di continuità – e dell'identità-unicità della persona offesa costituiscono indici importanti per propendere nella direzione dell'unicità del reato. Al criterio della contestualità, si è aggiunto da tempo, riscuotendo largo consenso, anche quello dell'unicità del fine: più azioni possono essere unite dal punto di vista giuridico se vi è una unicità di scopo⁴³.

Riprendendo una felice intuizione proposta di recente in dottrina⁴⁴, dalle potenzialità assai interessanti, il criterio per individuare una cesura rilevante tra due azioni e quindi per spezzare l'unicità dell'azione, può essere ricercato in quell'atteggiamento psicologico riconducibile ad una sorta di abbandono dell'intento criminoso originario, che si espliciti sul piano materiale in una condotta "contraria" a quella precedentemente intrapresa, riconducibile in sostanza all'istituto della desistenza volontaria ex art. 56, co. 3, Cp⁴⁵.

5. Lasciando da parte per un momento i casi di dolo colpito a mezza via, dopo queste prime acquisizioni intermedie e provvisorie, e passando ora ai casi di *aberratio causae*, se è vero che non si può pretendere che il dolo dell'autore arrivi ad abbracciare ogni singola interazione e aspetto della trama causale e del suo effettivo dipanarsi – rappresentazione del decorso eziologico che inevitabilmente registrerà sempre un certo livello di approssimazione e singolo aspetto causale che potrebbe *ex ante* addirittura essere sconosciuto allo stesso agente –, al contempo però il fuoco della rappresentazione non può non abbracciare anche elementi più dinamici che vadano al di là della semplice previsione dell'evento⁴⁶.

subsequens; anche F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 507-508, che parla di "concezione normativa a base ontologica"; T. Padovani, *Diritto penale*³, Milano 2023, 496-497.

⁴² In argomento, cfr. A. Aimi, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reato*², Torino 2020, 269 ss., 315 ss., 356 ss. e 399 ss.; sul reato a "consumazione prolungata", v. D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino 2000, 49 ss. e 93 ss.

⁴³ G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 702-703.

⁴⁴ L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino 2022, 305 ss. e spec. 321 ss.

⁴⁵ L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, cit., 325-326. Nella dottrina tedesca, cfr. S. Rohnfelder, *Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz*, cit., 168 ss.

⁴⁶ *Contra*, v. la posizione espressa da W. Frisch, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes – zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln - Berlin - Bonn - München 1983, 57 ss., 255 ss., 300 ss. e 340 ss., secondo cui

L'interpretazione che si ferma al dato testuale dell'art. 43 Cp e intende l'evento in senso naturalistico pecca o per eccesso o per difetto (si pensi ad esempio ai c.d. casi di colpa impropria: scriminate putativa colposa, eccesso colposo, errore sul fatto dovuto a colpa).

A questo riguardo, fornisce un ausilio non secondario la teoria dell'«evento significativo», nata con l'intento di superare la polarizzazione tra evento naturalistico ed evento in senso giuridico che aveva cristallizzato per molto tempo il dibattito sull'oggetto del dolo. L'«evento significativo» (e quindi del dolo come volontà dell'evento significativo), diverso sul piano concettuale ma non molto dissimile quanto ad esiti pratici rispetto all'evento giuridico, è l'offesa a un interesse tipico, letta in termini valutativi e in relazione alla condotta descritta nella fattispecie penale. Il dolo è dunque la volontà del significato umano e sociale che il fatto possiede in rapporto alla tutela che l'ordinamento gli ha accordato⁴⁷.

Il ruolo che il rischio può avere nell'oggetto del dolo è aspetto da sempre piuttosto discusso e controverso⁴⁸. Innanzitutto, una valorizzazione del rischio come oggetto del dolo non comporta uno sbilanciamento radicale verso il disvalore d'azione a completo discapito di quello d'evento⁴⁹, giacché è comunque necessario che la condotta tipica sia idonea a cagionare il fatto di reato, cioè possieda (almeno) il requisito dell'idoneità ex art. 56 Cp e quindi sia pericolosa. La creazione con dolo di un rischio può assestarsi ancora ad un livello di irrilevanza se non viene accompagnata almeno da un tentativo punibile.

La prognosi sul (del) rischio e più in generale le teorie cognitive, spesso banalizzate, hanno avuto invece il merito di porre in evidenza il legame che intercorre tra autore e

l'evento e il nesso causale non farebbero parte dell'oggetto del dolo, perché non sarebbero in grado di differenziare il fatto nel suo contegno psicologico colposo o doloso, ma sarebbero aspetti "oggettivi" che il giudice può accertare soltanto *ex post*; H. Frister, *Vorsatzdogmatik in Deutschland*, in *ZIS* 2019, 381 ss. V. sempre, su questo aspetto, le condivisibili osservazioni critiche di U. Ziegert, *Vorsatz, Schuld und Vowerschulden*, Berlin 1989, 114 ss.

⁴⁷ A. Pagliaro, *Dolo ed errore: problemi in giurisprudenza*, in *CP* 2000, 2493 ss. L'oggetto del dolo è costituito da un bagaglio ben più ampio di elementi fattuali, sociali e di valore e non si può ridurre soltanto alla condotta rischiosa, sebbene questa rivesta comunque un ruolo importante. In senso contrario, nel ritenere l'oggetto del dolo sostanzialmente assorbito dalla condotta pericolosa, v. M. Masucci, *"Fatto" e "valore" nella definizione del dolo*, cit., 108 ss.

⁴⁸ Cfr. C. Prittwitz, *Risikovorsatz und Vorsatzgefahr. Zum Verständnis und zur strafrechtlichen Relevanz des Verdrängens*, in H.-U. Paeffgen, M. Böse, U. Kindhäuser, S. Stübinger, T. Verrel, R. Zaczyk (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011, 819 ss.

⁴⁹ M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 482.

fatto, tra soggetto e oggetto. Proprio su questo piano, pur respingendo gli orientamenti di estrema normativizzazione del dolo, è importante sottolineare la necessità di una reale verifica in ordine al grado di consapevolezza in capo al soggetto agente dei fattori di rischio in concreto presenti in quella data situazione e al significato sociale che la sua condotta ha o potrebbe avere⁵⁰.

Un importante riflesso di queste acquisizioni – utile anche per le questioni inerenti allo sviamento del decorso causale – lo si registra anche su un versante più oggettivo e cioè quando è la stessa fattispecie a richiedere particolari modalità di realizzazione del fatto tipico e quindi a richiedere la realizzazione di una specifica situazione pericolosa.

Orbene, di fronte ai reati a forma vincolata, dove è la stessa norma incriminatrice a richiedere un determinato decorso causale e non è sufficiente una qualsiasi rappresentazione del fatto, l'errore sulle modalità con cui il nesso eziologico si è realmente sviluppato può condurre ad un errore rilevante. Ma, a fronte di un apparente assunto pacifico, bisogna osservare come si debba trattare di una divergenza sul nesso eziologico che deve sempre possedere i caratteri dell'essenzialità⁵¹.

In diversi reati a forma vincolata, descritti cioè per “note interne”, si parla soprattutto del mezzo da impiegare necessariamente, ma non anche delle modalità con cui si deve realizzare in concreto l'evento o gli eventi contemplati dalla fattispecie.

Le considerazioni fin qui svolte dovrebbero permettere di inquadrare un eventuale errore sulla trama eziologica nei reati causalmente orientati da una prospettiva diversa, che quantomeno vada ad incrinare il postulato dell'assoluta fungibilità di tutti gli

⁵⁰ Per i finalisti l'illiceità della condotta è definita da ciò che l'agente si rappresenta e quindi nel caso in cui l'autore ignori in tutto o in parte il rischio ci si troverebbe davanti ad un errore sul fatto. A tale riguardo, E. Struensee, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ* 1987, 53 ss. e 63, afferma che, in fin dei conti, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento altro non sarebbe che una teoria dimostrativa dell'errore rilevante sul fatto, sostanzialmente una *Irrtumslehre*.

⁵¹ Sul metro per valutare una divergenza “essenziale” o “inessenziale” dello sviluppo causale, v. H. Mayer, *Das Problem des sogenannten dolus generalis*, in *JZ* 1956, 109 ss. Sono diversi i criteri emersi in dottrina per individuare l'essenzialità della deviazione causale, tra cui quello che si basa sulla “comune esperienza di vita” e quello della “decisione in senso normativo”. Per una condivisione del criterio della *Lebenserfahrung*, richiedendo altresì che la deviazione casuale conduca ad una diversa valutazione del fatto P. Cramer, D. Sternberg-Lieben, § 15 *Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, in A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁶, München 2001, 2. Abschn., Rdn. 55/56, 58, 271 ss. e 274-275, con la precisazione, tra l'altro, che nell'oggetto del dolo non ricadrebbe il nesso causale ma soltanto le circostanze di fatto che lo vanno a comporre. In senso critico, nel sostenere l'indeterminatezza del criterio che consentirebbe di concludere quasi sempre per l'irrelevanza della deviazione, lasciando così ampi spazi di azione al dolo generale J. Hruschka, *Die Herbeiführung eines Erfolgs durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellung*, in *JuS* 1982, 320 ss. Sulle difficoltà di un simile accertamento e sulle incertezze ancora presenti in dottrina, v. S. Canestrari, F. Curi, D. Fondaroli, V. Manes, M. Mantovani, A. Nisco, S. Tordini Cagli, *Diritto penale. Percorsi di parte speciale*, Torino 2023, 19.

schemi possibili di causazione per quest'ultimo tipo di reati⁵².

L'eventualità che l'agente, se si fosse rappresentato il fattore deviante, si sarebbe trattenuto dal dare corso all'azione delittuosa è aspetto che deve essere allora tenuto in seria considerazione, perché il fattore che altera lo sviluppo dell'azione potrebbe essere capace di rendere così eccezionale ed eccentrico l'esito a cui giunge la condotta da esulare dalla rappresentazione iniziale dell'autore e di generare una inibizione o ripugnanza verso il risultato effettivo, dovuta, ad esempio, ad una modalità dell'impiego del mezzo del tutto sproporzionata rispetto all'intenzione iniziale⁵³.

Con "essenziale" non si intendono le cause *ad excludendum*, cioè quelle cause che «sono state da sole sufficienti a determinare l'evento»: è ovvio che se si tratta di una causa sorpassante, interrutiva del rapporto causale, non avrebbe alcun senso investigare i profili soggettivi, venendo già meno la dimensione oggettiva⁵⁴.

Bisogna quindi fornire una definizione alternativa del carattere eccezionale: invece che intenderlo come manifestazione del tutto straordinaria, si può intendere il fattore eccezionale in un significato maggiormente relazionale e cioè come eccezione ad uno sviluppo causale regolare tra accadimenti che risultino coperti dall'efficacia di una legge scientifica; una trama causale, dunque, che si riveli eccentrica poiché esula dal modello nomologico nel quale viene sussunta per l'intervento di un fattore ulteriore. Eccezionalità che non vuol dire straordinarietà del fattore, che non esclude il nesso eziologico, ma che altera la normale nomologia sulla quale si fonda la trama causale.

Il tema è delicato e si colloca su un pendio scosceso. Risulta più agevole calare la questione nell'ambito dell'illecito colposo, dove la casistica non manca affatto: errori o ritardi diagnostici, complicazioni operatorie, infortuni sul lavoro, crollo di costruzioni in zone a rischio sismico, ecc. Con riguardo, invece, al versante doloso, subentrano altri aspetti di tipo sociale-valorativo e, a tal fine, possono venire in soccorso i contenuti che vanno a caratterizzare generalmente le circostanze del reato.

⁵² In generale, sull'importanza che può assumere la corretta o l'erronea rappresentazione (per l'effetto di fattori impeditivi) da parte dell'agente della direzione eziologica della propria condotta verso l'evento tipico, v. G.A. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP* 1988, 113 ss. e spec. 146. Sulla volontà dell'evento come requisito del dolo, G. Cerquetti, *Il dolo*, cit., 198 ss.

⁵³ G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 427-428; poi anche L. Durigato, *Aberratio causae: un tema marginale?*, cit., 35 ss. e 39. La volizione presuppone una consapevolezza piena delle conseguenze dell'agire, in grado di fornire la possibilità allo stesso agente di dominare la propria condotta e di orientarla verso la realizzazione dell'evento: B. Schünemann, *Vom philogischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in T. Weigend, G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin 1999, 363 ss. e 371.

⁵⁴ L. Cornacchia, voce *Reato aberrante*, cit., 171.

Si pensi, ad esempio, al caso di un soggetto che decida *pietatis causa* di uccidere l'anziano genitore, malato terminale, con un'iniezione, ritenendo erroneamente la dose del farmaco sufficiente per provocare una morte pressoché istantanea e quindi indolore, ma il decesso si verifica soltanto dopo ore di agonia e di acute sofferenze. Il particolare "motivo" che ha spinto il soggetto ad agire avrebbe senza dubbio inibito la sua condotta omicidiaria, se si fosse correttamente rappresentato le conseguenze scaturenti dal dosaggio (inesatto) del farmaco⁵⁵.

Pur essendo il principale banco di prova per i casi di sviamento del decorso causale, come qui intesi, la casistica non è circoscritta soltanto all'omicidio. Oltre all'omicidio volontario, si può aggiungere il caso dell'omicidio preterintenzionale aberrante, curiosa figura di reato, che ha conosciuto di recente, a seguito di alcuni fatti di cronaca, una riscoperta giurisprudenziale, con applicazioni piuttosto disinvolte⁵⁶.

Si pensi ancora al rapporto causale richiesto dalla fattispecie di atti persecutori (art. 612-bis Cp) che deve collegare le reiterate condotte con almeno uno dei tre eventi alternativi (perdurante e grave stato di ansia o di paura, fondato timore per l'incolumità propria o altrui, alterazione delle abitudini di vita) previsti dal delitto in parola. Un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che per l'integrazione del reato di *stalking* sia sufficiente un comportamento che abbia avuto un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima, anche se le condotte erano dirette ad un destinatario diverso dalla persona offesa o ad una pluralità di soggetti o addirittura erano mosse da un fine lecito, come ad esempio la volontà di vedere i propri figli⁵⁷.

5.1. Anche sulla "residuale" ipotesi della sopravvivenza di un rimprovero a titolo di colpa, la proiezione di uno sviamento eziologico può giocare un ruolo importante, tale

⁵⁵ Per una isolata pronuncia della Suprema Corte sull'*aberratio causae*, cioè sul difetto di causalità per l'intervento di un fattore deviante, che abbia reso possibile il prodursi di un'offesa che al momento della condotta non era prevedibile come verosimile conseguenza: Cass. 6.3.1984 Buccino, in *CP* 1986, 283. Sulla rilevanza dei motivi a delinquere e sul rapporto tra dolo e movente, v. P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 40 ss., 91 ss., 204 ss. e 210 ss.; intende il dolo come qualcosa in più del semplice sentimento interiore, in una più ampia prospettiva tesa a valorizzare gli aspetti soggettivi, E. Morselli, *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *RIDPP* 1991, 87 ss. Nella letteratura tedesca, cfr. D. Krauss, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, in W. Frisch, W. Schmid (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln - Berlin - Bonn - München 1978, 11 ss.; S. Trechsel, *Das unbewußte Motiv im Strafrecht. Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik*, in *ZStW*, Bd. 93, 1981, 397 ss.

⁵⁶ Cass. 12.12.2022 n. 7213, in *D&G* 2023; Cass. 11.12.2018 n. 13192, in *CP* 2020, 215 ss., con nota di B. Rossi.

⁵⁷ Cass. 16.10.2023 n. 43384, in *CEDCass*, m. 285271; Cass. 9.12.2019 n. 4728, in *SI* 2020, 1264; Cass. 17.2.2017 n. 18646, in *FeD* 2017, 810; Cass. 10.5.2011 n. 16864, in *CEDCass*, m. 250158; Cass. 1.12.2010, n. 8832, *ivi*, m. 250202.

da condurre all'esclusione della colpa stessa. Per non avvalorare la logica del *versari* persino sul versante colposo, non qualunque nesso causale che collega azione ed evento lesivo può essere considerato sufficiente per l'imputazione del reato. È comunque richiesto un esame delle conoscenze e delle capacità individuali dell'agente per poter capire se avrebbe potuto realmente evitare quella condotta poi sfociata nell'evento; l'attenzione si deve quindi focalizzare sul raggio d'azione impeditivo della regola cautelare.

Il contenuto della regola cautelare, trattandosi di una regola di esperienza, a prescindere che sia generica o contenuta in corpi normativi, si atteggia in generale come una regola modale di condotta: impone, in sostanza, specifiche modalità comportamentali per evitare una determinata categoria o insieme di eventi lesivi.

Quelle indicazioni comportamentali, al fine di evitare la verificazione di eventi indesiderati, si fonda pur sempre su di un rapporto tra mezzo e fine, che indica appunto come il soggetto si deve comportare per evitare la lesione prevedibile ed evitabile dell'interesse tutelato. Le note modali della cautela definiscono allora la doppia caratteristica d'idoneità della condotta dal lato della causalità materiale nel cagionare l'evento e da quello della causalità della colpa e quindi dell'idoneità della cautela ad evitare o ridurre la concretizzazione del rischio illecito.

La verifica della causalità della colpa, in particolare, potrebbe dimostrare che l'azione anche se negligente o specificamente pericolosa non si possa inserire all'interno di una relazione colposa con l'evento lesivo, perché l'effetto aberrante, nello sviare in modo eccentrico il decorso causale, ha prodotto un evento anormale o abnorme, tale da collocare quell'evento in concreto realizzatosi al di fuori del raggio d'azione delle cautele che si assumono violate⁵⁸. Se proprio il mancato rispetto della regola di condotta a scopo preventivo acquista deciso rilievo, siccome la violazione di quell'obbligo deve essere "colposamente" causale proprio rispetto all'evento, la deviazione del decorso causale potrebbe impedire quella congruenza necessaria tra cautela ed evento; potrebbe impedire, in sintesi, la concretizzazione del rischio nell'evento perché eccedente lo scopo di protezione della regola cautelare⁵⁹.

Nessuna superfetazione teorica: è lo stesso art. 43 Cp che richiede che l'evento si verifichi «a causa» di quella inosservanza dovuta o a colpa generica o a colpa specifica.

⁵⁸ Si sta parlando ovviamente di una colpa in contesto illecito. In argomento, v. di recente, anche per un sunto del dibattito dottrinale e degli orientamenti giurisprudenziali, F. Basile, voce *Colpa in attività illecita*, in *ED*, I, *Tematici, Reato colposo*, diretto da M. Donini, 2021, 133 ss. e 143 ss.

⁵⁹ L. Durigato, *Aberratio causae: un tema marginale?*, cit. 54 ss.

Ebbene, anche se si accerta che l'autore ha agito effettivamente in maniera antidoverosa, non è detto che sia stato anche in grado di dominare con efficacia gli elementi che hanno poi condotto alla causazione dell'evento; potrebbero, perciò, individuarsi circostanze anomale in grado di far venir meno la colpevolezza colposa o almeno di scemarla grandemente⁶⁰.

Si prendano come esempio alcuni reati in materia ambientale che possono essere realizzati attraverso condotte seriali, per accumulo, anche da soggetti diversi.

Ora, una mera conoscibilità, se è pur vero che ha la capacità di instaurare un flebile legame tra psiche dell'autore ed elementi del reato, non è ancora certamente dolo ma nemmeno colpa (neanche in contesto illecito); se questa iniziale rappresentabilità viene ulteriormente inficiata da un errore-vizio-inabilità, perché si tratta in fin dei conti di un errore sull'idoneità dell'azione, e quindi potrebbe essere sempre risolto sul piano dell'art. 47 Cp, presumere che residui comunque una responsabilità a titolo di colpa non farebbe altro che riproporre la logica del *versari* sul fronte rimasto "scoperto"⁶¹.

6. La dimostrazione del rapporto di causalità tra azione ed evento, oggetto di prova nel processo, paga, almeno in parte, un relativismo epistemologico a seconda che si adotti una teoria dimostrativa piuttosto che un'altra. E questo aspetto ha delle evidenti ripercussioni sul problema dell'errore che cade sulla trama causale. La dottrina tedesca, che si è cimentata con particolare acume nell'analisi del problema dello sviamento del decorso causale e del dolo generale, ha in prevalenza collocato la questione nell'ambito dell'imputazione oggettiva, impiegando contemporaneamente criteri misti oggettivo-soggettivi.

L'affermazione del rapporto eziologico necessita anche di una valutazione di tipo

⁶⁰ G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 28 ss. e 321 ss.

⁶¹ La dottrina che ha esaminato in passato la questione (Durigato, Esposito) è giunta all'approdo finale di collocare un eventuale errore sul rapporto di causalità nell'alveo dell'errore-inabilità di cui è espressione l'*aberratio delicti* di cui all'art. 83 Cp, facendo riferimento alla circonlocuzione «o per un'altra causa». La tesi, tuttavia, non convince e appare fuorviante. Nel momento in cui si può parlare di un errore davvero rilevante, nei termini e con i limiti a cui si è già fatto cenno e che si dirà meglio nel prosieguo, questo dovrà certamente investire il momento rappresentativo e volitivo: si tratterà quindi di un errore sul fatto ex art. 47 Cp perché l'agente si era rappresentato e voleva un fatto diverso da come si è effettivamente realizzato, senza provocare tra l'altro un mutamento del titolo di reato. Prima di percorrere la via "intermedia" della c.d. colpa impropria, è indispensabile verificare preliminarmente qual è stato l'effettivo raggio di copertura della volontà in relazione al fatto tipico. Ritene sostanzialmente coincidente l'errore-motivo con l'errore-inabilità e quindi considera la disposizione dell'art. 83 Cp già compresa in quella dell'art. 47 Cp M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., 124 ss.

politico-criminale che, pur rimanendo distinta e senza fagocitare l'accertamento causale empirico-scientifico, si affianchi a quest'ultimo attraverso l'impiego di correttivi di carattere normativo, così da temperare e correggere le risultanze di un cieco legame causale-condizionalistico, i cui limiti sono notissimi⁶².

Per i reati di evento, nel definire il rapporto tra l'azione e il verificarsi del risultato, non si può in ogni caso prescindere da quei connotati tipici della condotta dolosa o colposa, che non attengono di certo alla causalità, ma che permettono ugualmente, a seconda che l'agente agisca con dolo o con colpa, di stabilire quale deve (*rectius*, doveva) essere il comportamento da lui oggettivamente esigibile, permettendo così di ricostruire *a posteriori* la natura del divieto o dell'obbligo: sono questi aspetti di carattere oggettivo (almeno in senso lato) e non soggettivo⁶³. La valutazione della tipicità del fatto si completa tanto con una considerazione *ex post* dei rischi rilevanti, dove assume un ruolo centrale il disvalore d'evento, ma richiede *ex ante* una valutazione della condotta tipica soggettivamente caratterizzata, in cui è possibile ricavare il disvalore d'azione e in cui è espresso lo scopo della norma, cioè la sua funzione di indirizzo⁶⁴.

⁶² C. Longobardo, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dogmatici e di politica criminale*, Napoli 2011, 264 ss.; G. Caruso, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino 2013, 107 ss.; con la finalità soprattutto di individuare parametri normativi di imputazione per circoscrivere le condotte e gli eventi rilevanti per il giudizio di tipicità S. Moccia, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 71. Sulla causalità addizionale o doppia, che può essere ricompresa nella causalità ipotetica, cfr. C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 11, Rn. 13/19b, 455 ss. e poi Rn. 58/64, 485 ss.; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 6 II, Rn. 231/238, 75 ss., che identificano le ipotesi di causalità addizionale o doppia con quelle di causalità alternativa; si parla generalmente di causalità cumulativa, invece, quando sono presenti due o più cause da sole non sufficienti a cagionare l'evento: F. Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin 1996, 62; H. Koriath, *Kausalität, Bedingungsstheorie und psychische Kausalität*, Berlin 1988, 118 ss.; Id., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden 2007, 27 ss. In presenza di un decorso causale anomalo, attraverso l'art. 41, co. 2, Cp, altre teorie, senza surrogare l'approccio causale-condizionalistico, possono trovare accoglimento: V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 247-248; A.R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989, 9 ss. e 14 ss.; per una ricostruzione complessiva del dibattito A. Vallini, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte, cit., 341 ss.

⁶³ M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in RIDPP 1989, parte I, 599-600. Per una prospettiva *ex ante* del rischio nell'illecito doloso e non come risultato della condotta pericolosa W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, cit., 118 ss. e spec. 207 ss.; sul pericolo, invece, come evento della fattispecie F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano 1994, 95 ss.

⁶⁴ Sull'importanza del punto di vista *ex ante*, v. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 159 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 49 ss.; in ambito tedesco, v. B. Burkhardt, *Tatbestandsmäßigen Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, in J. Wolter, G. Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, 99 ss. Per una dettagliata ricostruzione storica, v. C. Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*,

Il dolo non crea semplicemente un risultato, ma deve sostenere la produzione di un determinato evento, innescando un processo in divenire che è contenuto in modo implicito od esplicito nello stesso fatto tipico: ciononostante, si tratta pur sempre di una valutazione oggettiva perché prescinde completamente da valutazioni di tipo personalistico sulla conoscenza specifica che l'agente poteva avere di questi elementi⁶⁵.

Ed è proprio la tipicità soggettiva – il dolo e la colpa valutati già a livello del fatto tipico, ma in termini ancora impersonali – ad attribuire, in una prospettiva prognostico-postuma, rilevanza alla caratterizzazione che subisce il rischio e (poi) il pericolo sulla base della rispettiva connotazione psicologica che li regge. Affinché non si risolva tutto in un giudizio apodittico, la valutazione del pericolo è sì oggettiva nel senso che si fonda sulle circostanze effettivamente esistenti e reali, ma il soggettivo (in questo caso il dolo) è proprio il criterio che consente di selezionare le circostanze da includere in questo giudizio e cioè quelle conosciute o conoscibili dall'agente⁶⁶.

Il piano oggettivo di imputazione del risultato, nell'ambito del quale la dottrina tedesca maggioritaria ancora oggi risolve le questioni generalmente riconducibili al dolo generale e agli sviamenti del decorso causale, necessita di un particolare approfondimento per scandagliare la reale portata di questa opzione, che sembra fungere da paravento per liquidare problemi che invece investono il versante soggettivo dell'illecito⁶⁷.

Seguendo allora la teoria dell'imputazione oggettiva, le deviazioni causali sarebbero trascurabili, e quindi il risultato dovrebbe essere comunque imputato all'agente, se l'azione che ha aumentato il pericolo del successivo corso causale in modo giuridicamente rilevante e il risultato che ne è derivato sono una realizzazione adeguata del pericolo creato⁶⁸.

Berlin 2004, 154 ss. e 180 ss.

⁶⁵ J. Hruschka, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin - New York 1976), Neudruck, Berlin - Boston 2011, 13 ss.

⁶⁶ W. Frisch, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *GA* 2003, 735 ss.; H. Koriath, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden 2007, 147; C. Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, cit., 277 ss. Sempre sui rapporti tra oggettivo e soggettivo, v. da ultimo il saggio di K. Summerer, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino 2024, 151 ss. e 235 ss.

⁶⁷ La letteratura sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento è davvero vastissima. Nella dottrina italiana la teoria è seguita, seppur con approcci almeno in parte eterogenei, da numerosi autori. Per una bibliografia dettagliata si rinvia a M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *ED, Annali III*, 2010, 635 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 6 ss., nt. 11; una chiara esposizione della teoria è in M. Romano, sub *art. 41 Cp, Commentario*, I, cit., 20/29, 403 ss.

⁶⁸ Considerazioni generali avulse dall'ordinamento positivo italiano. Così, ad esempio, ricomprendendo decisamente i casi di dolo generale nell'ambito dell'imputazione oggettiva e quindi contestando la teoria dei due atti separati H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin 1996, V, d), 314-315; con una

Tuttavia, nell'estendere i postulati della *objektive Zurechnung* al reato doloso, il nesso di offensività che lega condotta ed evento si traduce specificamente nell'aspetto della dominabilità (*Beherrschbarkeit*) del fatto e della sua perseguibilità oggettiva (*objektive Bezweckbarkeit*) e quindi può essere vietato soltanto ciò che è oggettivamente controllabile e perseguibile, con la conseguenza che l'imputazione deve essere esclusa quando l'evento è dovuto al caso, anche se voluto dal soggetto agente.

L'adozione dei criteri dell'imputazione oggettiva dell'evento non implica peraltro un oggettivismo di fondo e al contempo non può nemmeno essere impiegata come un'etichetta per coprire opzioni di stampo soggettivistico. La teoria dell'imputazione oggettiva e i suoi criteri sono trasversali tanto alla dimensione oggettiva quanto a quella soggettiva, che li legge congiuntamente nel fatto come aspetti compenetranti della tipicità, che conformano la condotta in un determinato senso⁶⁹.

Il criterio generale – di cui è espressione la teoria dell'imputazione oggettiva – è che

posizione più articolata J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 11, Rn. 73/79, 234 ss., dove si giunge alla conclusione che la stragrande maggioranza dei casi di dolo generale si risolvono in una lettura errata, ma comunque prevedibile, del decorso causale, che non fuoriesce quindi dal perimetro del rischio illecito attivato con la prima condotta, negando così qualsiasi efficacia al §16 *StGB*; J. Wessels, W. Beulke, H. Satzger, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 7, IV, Rn. 383/392, 127 ss. e 128-129, in cui si sostiene l'insufficienza sia dell'antica teorica del *dolus generalis* sia la semplice divisione in due atti della condotta criminosa: l'aspetto dirimente non riguarderebbe la permanenza o meno del dolo omicidiario, ma piuttosto la possibilità di imputare oggettivamente il risultato all'autore sulla base della sfera di attinenza del rischio creato dalla condotta e della sua adeguatezza causale al raggiungimento dell'obiettivo originario; nello stesso senso anche P. Cramer, D. Sternberg-Lieben, § 15 *Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*, in A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., 2. Absch., Rdn. 55/56, 58, 271 ss. e 274-275; cfr. ancora J. Wolter, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung*, cit., 649 ss.; D. Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin 1985, 302 ss.

⁶⁹ Il rischio deve essere valutato da una prospettiva duplice. Deve essere valutato *ex ante*, nel momento in cui l'agente ha dato inizio alla sua azione, quindi compiendo una valutazione prognostico-postuma sulla probabilità che quella condotta sia in grado di aumentare in maniera rilevante il rischio. L'imputazione oggettiva però assume anche un parametro di valutazione – che è una valutazione politico-criminale – successivo, quindi *ex post*, che deve rispecchiare tutto ciò che è esistente al momento del fatto, nel senso che l'imputazione oggettiva richiede un iniziale momento veramente oggettivo in grado di assorbire i richiami ad aspetti individualizzanti tipici di una prospettiva *ex ante*, pur tenendo, a questo riguardo, separate le fattispecie delittuose colpose e dolose, per il diverso atteggiarsi del rischio e quindi del pericolo. Su questi aspetti, cfr. M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 159 ss.; da ultimo, sempre Id., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., 1577 ss. In generale, per un bilancio sui rapporti tra prospettiva *ex ante* e imputazione oggettiva, cfr. S. Mir Puig, *Die „ex ante“ Betrachtung im Strafrecht*, in T. Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin 1985, I, 339 ss., da ultimo P. Schladitz, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, Tübingen 2021, 145 ss. Sottolinea la necessità di valutare la presenza di un rischio sulla base di ciò che il soggetto agente è in grado di conoscere e prevedere: L. Greco, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum „Problem“ des Sonderwissens*, in *ZStW*, Bd. 117, 2005, 519 ss.

la condotta, dopo aver superato un rischio non più lecito, realizzi nell'evento proprio quello specifico rischio non permesso e non un rischio diverso: è questo il nesso di rischio che deve sussistere tra la condotta e il risultato⁷⁰.

6.1. La possibilità e l'opportunità di estendere i criteri adottati dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento anche ai reati dolosi è da sempre terreno di grande scontro e discussione tra sostenitori e detrattori dell'elaborazione teorica in argomento. Si sostiene, infatti, che la teoria dell'imputazione oggettiva sia pensata per i reati colposi e in particolare per i reati colposi di evento e che non avrebbe senso estenderla anche a quelli dolosi⁷¹.

È in particolare l'aspetto volitivo a rappresentare il principale ostacolo ai criteri dell'imputazione oggettiva, perché l'agente, seppur entro limiti piuttosto ampi, cioè fino a quando è in grado di dominare e controllare il corso delle sue azioni, sarebbe sempre in grado di "rincarare la dose" per raggiungere il suo fine e per questo sarebbe ossimorico accostare soglie di rischio ad una condotta volontaria, che si "vuole" realizzare⁷².

Tali obiezioni, tuttavia, non convincono e molte di queste sono a ben vedere destituite di fondamento⁷³.

⁷⁰ La formula del "nesso di rischio" riassume in sé l'essenza della funzione della teoria dell'imputazione oggettiva ed è l'aspetto che si è maggiormente affermato anche nella giurisprudenza italiana: M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 635 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 2-3 e *passim*; v. poi C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 422 ss.; K. Summerer, voce *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in *ED, Reato colposo*, cit., 489 ss. e 497 ss.; A. Perin, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *ED, Reato colposo*, cit., 283 ss.; nella manualistica S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 366 ss.

⁷¹ Gli stessi criteri del rischio consentito, dell'aumento (e della diminuzione) del rischio, dell'accertare un nesso di rischio tra condotta ed evento avrebbero chiaramente impresso il marchio del delitto colposo e anche dal punto di vista terminologico tutto ruoterebbe attorno alla struttura della colpa e al suo accertamento in sede giudiziale: in questo senso, v. Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in T. Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 251 ss.; G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 25 ss.

⁷² La critica, poi, sia allarga al piano positivo. Si obietta ancora che nei casi in cui la condotta dolosa non si riveli in grado di realizzare l'evento verrebbero in soccorso alcune classiche disposizioni già presenti nel codice che non necessiterebbero di correttivi interpretativi o sovracostruzioni dogmatiche, come la norma sul reato impossibile o sulle concause sopravvenute da sole sufficienti ex art. 41, co. 2, Cp. E non avrebbe ugualmente senso accertare *a posteriori* un nesso di rischio tra condotta ed evento perché se il risultato non si verifica verranno sempre in rilievo o l'art. 49, co. 2 o l'art. 56 Cp; se poi l'evento che si verifica è diverso da quello voluto dall'agente, il problema si risolve in una questione vertente sull'assenza del dolo, nei casi soprattutto di errore sul fatto (art. 47, co. 1, Cp) o di *aberratio delicti* (art. 83 Cp): *amplius* M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 127-128, 132 ss. e 136 ss.

⁷³ Esiste una vastissima gamma di reati la cui condotta, in un numero – anche nella prassi – molto elevato di casi,

E quando si parla di rischio, nell'ambito dei reati dolosi, non si parla di un rischio uguale, come si è già accennato, a quello colposo⁷⁴. Il dolo e quindi il rischio doloso segna il fatto fin dal suo sorgere in modo particolare ed assume in questo modo caratteristiche peculiari rispetto al rischio colposo⁷⁵. La compenetrazione del dolo già nel momento di valutazione dello stesso rischio fa assumere a quest'ultimo connotati che lo differenziano da quello colposo e neanche sul piano strettamente oggettivo di imputazione può sussistere una base di rischi comune tanto alla colpa quanto al dolo⁷⁶.

Il fatto nasce già doloso o colposo; la famosa affermazione del «non c'è dolo senza colpa» si rivela doppiamente sbagliata perché conduce alla ricerca dapprima della colpa nel dolo e poi del dolo nella colpa⁷⁷. La valutazione del rischio non dimostra il dolo, ma la dimostrazione del dolo rende il rischio giuridicamente rilevante e ne consente un apprezzamento utile per quelli che sono gli scopi propri del diritto penale⁷⁸.

si colloca sulla soglia, sul confine tra rischio permesso e non permesso: è il caso, ad esempio, di molti reati contro il patrimonio, di reati contro la p.a. e di reati societari. V., da ultimo, A. Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht. Eine Darstellung der Begriffe und Methoden unter besonderer Berücksichtigung von Risikoklassen*, Baden-Baden 2023, 41 ss., 74 ss. e 92 ss.

⁷⁴ L'impostazione teorica fino a qui seguita considera, invece, l'esistenza di un denominatore strutturale di pericolosità della condotta comune sia al dolo che alla colpa e quindi presuppone una selezione preliminare dei rischi, una misura minima di percezione dei rischi individuabile *ex ante* identica per la natura dolosa o colposa della condotta: M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 312; Id., *Teoria del reato*, cit., 266 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 211-212. Ad ogni modo, in un secondo livello di valutazione, è chiaro che di fronte ad una condotta commissiva dolosa non ci si chiede se il comportamento alternativo lecito avrebbe cagionato ugualmente oppure no l'evento: v. sempre M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 128 e 131.

⁷⁵ In questo senso A. Pagliaro, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 803; V. Militello, *Rischio e responsabilità*, cit., 252 ss. Il discorso interseca sia la dimensione oggettiva che quella soggettiva, con una complicazione dovuta al contesto positivo italiano, dove, da un lato, vi sono alcune disposizioni del codice che vanno in direzione contraria, ma, dall'altro, norme che sembrano allinearsi a questa impostazione, soprattutto nella parte speciale (es.: apologia di reato, istigazione a delinquere); il discorso si fa più semplice nel contesto tedesco, dove viene punito il tentativo inidoneo e il tentativo di partecipazione.

⁷⁶ Questo però non vuole dire che così procedendo si arrivi a sovrapporre elementi oggettivi e soggettivi a tal punto da prospettare soltanto due conseguenze: o si presume alla fine il dolo e quindi tutto l'oggettivo lo si ricostruisce "a cascata" oppure, al contrario, ci si proietta verso un *iper-soggettivismo*; ci può essere questo pericolo, che è emerso nella dogmatica tedesca da parte degli esponenti della c.d. *Bonner Schule*, allievi di Welzel (soprattutto E. Struensee, *Der Subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ* 1987, 21 ss. e Armin Kaufmann, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in T. Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 251 ss.), ma l'impostazione sistematica che si intende patrocinare muove, per una sua parte consistente, da un impianto dogmatico ben diverso. Ed invero, la diversità tra rischio colposo e doloso la si può cogliere già in una dimensione oggettiva della tipicità, partendo da una costruzione separata delle fattispecie.

⁷⁷ Così G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 3 ss.

⁷⁸ Cfr., sul punto, l'articolata posizione di D. Oehler, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin 1959, 72 e 74, tuttavia, *contra*, l'Autore ritiene, nell'ambito di una impostazione decisamente oggettivistica, che la rilevanza oggettiva-finale sia la stessa e per gli atti intenzionali e per quelli colposi. La serie causale rilevante di un atto negligente non può mai estendersi oltre quella della corrispondente azione dolosa.

Questo aspetto può essere colto in relazione a quelle attività che possiedono un intrinseco e connaturato livello di rischiosità o pericolosità, ma comunque lecite, autorizzate. Si pensi soprattutto all'ambito della circolazione stradale, della navigazione aerea e marittima, delle attività sportive e, seppur in misura minore, dell'attività d'impresa.

L'essenza della tipicità, il suo nucleo fondante e dirimente, e quindi per questo oggettivo, non può caratterizzare nella stessa misura sia l'illecito colposo che quello doloso, perché già sul piano della rappresentazione non può esistere una misura minima uguale di rilevanza dei rischi. Non si può, del pari, circoscrivere la differenza tra struttura dolosa e colposa soltanto alla presenza o all'assenza dell'elemento volitivo⁷⁹. Soltanto il superamento del rischio non permesso delinea una fisionomia che caratterizza anche il modo di rappresentarsi la situazione pericolosa, la pericolosità della condotta⁸⁰. Nella condotta dolosa, il soggetto agente struttura fin dal

⁷⁹ Proprio partendo dalla consapevolezza di una differenza *ab origine* della condotta colposa da quella dolosa, meritano attenzione i tentativi – alcuni dei quali si traducono in costruzioni teoriche assai complesse e raffinate – da parte della dottrina tedesca di ricercare un coefficiente normativo del dolo, sulla possibilità di distinguere tra “rischi colposi” e “rischi dolosi”, cfr. W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, cit., 57 ss., 208 ss., 255 ss., 341 e 482 ss.; Id., *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung-am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in K. Geppert, D. Dehnicke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin - New York 1990, 544 ss.; R.D. Herzberg, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuSch* 1986, 249 ss. e 255 ss.; Id., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ* 1988, 635 ss.; I. Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Bd. 103, 1991, 1 ss., 14 ss. e 40 ss.; Id., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg 1992, 32 ss. e 73 ss.

⁸⁰ Qui si sta discutendo di un rischio che è già finalizzato all'offesa e non di un rischio ubiquitario, dormiente, indirettamente lesivo che può essere sicuramente compatibile ancora con la colpa e con la colpa con previsione dell'evento e quindi anche con il rischio che quell'evento precede e indizia: M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *DPenCont*, 2014, 89; d'altra parte, essendo il dolo e la colpa contegni psicologici interni alla mente del soggetto e quindi, di fronte all'impossibilità di una percezione diretta dello stato soggettivo, si impone all'interprete la necessità di ricostruire il dolo attraverso elementi esterni, in grado di “tradurre” la decisione personale nell'elemento volitivo. Il “rischio doloso”, se così lo si vuole chiamare, non è la *ratio essendi* del dolo ma è un indicatore cumulativo del dolo, che ha una funzione soprattutto euristico-argomentativa all'interno, peraltro, di un catalogo più ampio ed aperto di indici che tengano conto dei dati della realtà in relazione alla struttura della fattispecie che viene in rilievo nel caso concreto. Anche nella sentenza *ThyssenKrupp* (Cass. S.U., 24.4.2014, Espenhahn), quando si parla di una volontà indiretta o per analogia, si va comunque alla ricerca di indizi concreti per stabilire quella consapevole presa di posizione nel senso dell'adesione all'evento lesivo che rappresenta il fulcro della rimproverabilità di quel particolare atteggiamento interiore che è il dolo eventuale. *Contra*, nel senso di ritenere le astrazioni normativizzanti sulle quali si fonda il dolo soltanto degli *escamotages* o delle finzioni per raggiungere la prova sulla volontarietà del fatto, v. A. Pecoraro-Albani, *Il dolo*, cit., 490 ss. e 500 ss. Per una decisa valorizzazione dell'elemento volitivo, v. soprattutto L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, 63 ss. e *passim*; M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *RIDPP* 2014, 1967 ss., sempre in senso volontaristico, con particolare riferimento al confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, v. di recente G. Salcuni, *Il “silenzio” del rischio, la “loquacità” del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa 2018, 150 ss. e 167 ss.; Id., *Il dolo eventuale fra determinatezza e colpevolezza*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.3.2018, 6 ss.; R. Palavera, *Sul dolo. Promuovere*,

principio la causalità verso una precisa direzione ed è proprio questa organizzazione finalistica della causalità a qualificare la condotta come dolosa; il pericolo che essa genera è contraddistinto dalla decisione di ledere l'interesse protetto dall'ordinamento, dalla piena consapevolezza della creazione (e quindi dell'accettazione) di un rischio illecito che spesso diventa immediatamente "pericolo"⁸¹.

La dogmatica del reato colposo insegna che esiste una pluralità di agenti-modello, che calata nel caso concreto, deve permettere di definire la quantità e il perimetro del dovere esigibile: questa "misura" di rappresentabilità ritagliata sull'*homo eiusdem condicionis et professionis* definisce il dovere che ha il soggetto agente di rappresentarsi la pericolosità della condotta⁸². Questa rappresentabilità o riconoscibilità, invece, cambia per quanto riguarda la tipicità oggettiva del delitto doloso dove, nel giudizio affidato ad un osservatore esterno ed esperto che si servirà di tutte le conoscenze empiriche a disposizione, si prenderanno in considerazione le circostanze reali riconoscibili e quelle ulteriori effettivamente possedute dall'agente e si opererà sulla base di parametri scientifici e sociali riassumibili in sostanza in una valutazione complessiva di adeguatezza⁸³.

Per tentare di abbozzare una soluzione alle intricate vicende dell'errore sul rapporto di causalità nel suo insieme si dovrebbe partire da quella che è l'origine del comportamento, la causa psichica che muove ed indirizza la condotta dell'agente⁸⁴.

discernere, recuperare volizioni nel sistema penale, Pisa 2020, 309 ss.

⁸¹ La norma precauzionale trova la sua ragion d'essere nell'illecito colposo, rappresentando un profilo essenziale per definirne la tipicità, proprio perché in questa forma di illecito ciò che evidentemente manca è proprio una direzione in senso finalistico degli atti. Sulla violazione di regole precauzionali anche nella struttura dell'illecito doloso, v. S. Prosdoci, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 85 ss. e 98 ss.

⁸² S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 100.

⁸³ La questione dello sfruttamento doloso delle conoscenze superiori è decisiva. Vi può, infatti, essere una situazione ritenuta dalla totalità (meno uno o meno alcuni) dei consociati assolutamente inoffensiva, perché si ritiene che rientri nei limiti del rischio consentito, mentre, al contrario, una persona è in possesso di conoscenze specifiche e particolari che sfrutta per raggiungere uno scopo criminoso, rendendo in realtà quella situazione pericolosa; ma il pericolo può essere percepito soltanto dal soggetto agente che queste conoscenze le possiede. Se vi è una conoscenza del rischio allora l'agente potrà essere in dolo, ma se questa conoscenza facesse difetto potrebbe mancare anche la colpa. V., in argomento, il dibattito emerso nel corso dei lavori della Commissione Caselli del 2015 per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare: AA.VV., *Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, Ministero della Giustizia, 14 ottobre 2015, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2.11.2015.

⁸⁴ Per una soluzione di stampo soggettivo in tema di *aberratio ictus*, v. M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 448. Sulla correlazione tra "intenzione" e "previsione e volizione dell'evento", v. R. Palavera, *Sul dolo*.

Vi sono condotte che portano i segni inconfondibili del dolo, perché il rischio non permesso, che è stato attivato, è intimamente contraddistinto e indirizzato dalla scelta compiuta dall'autore contro il bene giuridico e, dal punto di vista giuridico-sociale, le note che il dolo è capace di assegnare al rischio si traducono in un dato strutturale in grado di illuminare il fatto di reato e mostrare così il suo disvalore, la natura e l'entità dell'offesa; perché la dimensione soggettiva della tipicità non può non incidere sulla stessa esecuzione materiale.

Nei casi di aberrazione casuale e nello specifico del dolo colpito a mezza via si è già al di là del piano strettamente oggettivo di imputazione, dal momento che lo sviluppo del decorso eziologico reale, rispetto a quello rappresentato e voluto, ha creato una sorta di alterazione consequenziale tra oggettivo e soggettivo.

7. Quando in dottrina si afferma che questo tipo di *aberrationes* non sono in generale rilevanti a meno che non fuoriescano dall'ambito del rischio attivato con la condotta iniziale e quindi ci si arresta ad una analisi che riguarda soltanto l'oggettivo, in realtà, forse involontariamente, si arriva alla fine sempre a presumere il dolo.

Il fattore che altera il decorso potrebbe rendere la realizzazione del reato persino meno conveniente o addirittura meno "economica" in una valutazione costi-benefici. Si tratta di aspetti tutt'altro che marginali che ben potrebbero avere un'incidenza sul dolo e, proprio per dare piena attuazione al principio di colpevolezza ed evitare presunzioni processual-probatorie, andrebbero concretamente accertati.

Sul piano pratico, oltre al dettato dell'art. 133 Cp, le ricadute di un errore sulle modalità del rapporto causale possono avere la capacità di configurare una circostanza attenuante o aggravante o di rappresentare il presupposto per il riconoscimento delle attenuanti generiche. Nell'ambito poi del concorso di persone, gli aspetti di aberrazione causale e in generale di divergenza tra voluto e realizzato il legislatore del codice li ha tenuti ben presenti⁸⁵.

Già allo stadio del tentativo, peraltro, l'idoneità degli atti, che investe la considerazione della capacità potenziale che l'impiego del mezzo (o dei mezzi) hanno di poter realizzare il reato che l'agente si è prefigurato, deve essere oggetto di rappresentazione e vi possono essere casi, statisticamente non infrequenti, nei quali un determinato impiego del mezzo costituisce il motivo, la *causa causandi* per il quale

Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale, cit., 252 ss.

⁸⁵ L. Durigato, *Aberratio causae: un tema marginale?*, cit., 49 ss.

l'agente è disposto ad agire.

Il punto è che già sul piano oggettivo, anche nei reati a forma libera, non sono rilevanti tutte le causazioni possibili ed immaginabili. In questo tipo di reati, per imputare oggettivamente e soggettivamente, per far sì che il fatto sia imputabile ad un autore – perché lo ha realizzato colpevolmente – anche se la fattispecie ha una struttura causalmente orientata, l'eziologia che lega azione ed evento assume sempre caratteristiche specifiche. Diversamente ragionando, si rimarrebbe ancora intrappolati nelle dinamiche troppo meccanicistiche della *condicio*, che viene poi ricoperta dal dolo⁸⁶.

Ammissa allora la rilevanza anche soggettiva che un errore sul nesso causale può assumere, si tratta ora di stabilire il metro per valutare, in definitiva, qual è la divergenza che può essere considerata rilevante e quindi provocare un errore sul fatto escludente il dolo. Le possibili divergenze eziologiche, infatti, possono essere le più disparate, alcune peraltro nemmeno percepibili, in grado di incidere soltanto marginalmente sul risultato.

Può venire in soccorso, per abbozzare una traiettoria percorribile, riprendere lo stesso giudizio prognostico-postumo già impiegato nella valutazione dell'idoneità degli atti nel tentativo ed assorbito, in larga parte, dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento per valutare il possibile atteggiarsi *ex ante* del rischio: ci si dovrebbe, dunque, domandare se il soggetto agente, riportandosi al momento in cui ha dato origine alla sua condotta, se si fosse rappresentato correttamente lo sviluppo causale che effettivamente, per effetto dell'aberrazione, si è verificato, si sarebbe trattenuto o meno dall'agire.

È chiaro che generalmente le eventuali aberrazioni causali risulteranno irrilevanti a fronte di una tendenziale indifferenza dell'autore a cagionare un evento più grave di quello preventivato. Ma, in altri casi, determinati indici – che sono gli stessi sui quali solitamente si basa la prova del dolo –, come le circostanze esteriori del fatto, le peculiarità estrinseche della condotta criminosa con valore sintomatico, ecc., possono assumere valore pregnante per dimostrare un atteggiamento di refrattarietà dell'autore nei confronti dell'effettivo dispiegarsi della trama causale.

D'altra parte, nel processo qualcosa si prova se è controverso⁸⁷: a nessun avvocato

⁸⁶ Il ricorso ad un rimedio soltanto oggettivo, di fronte a concatenazioni consequenziali affatto inattese, non sarebbe altro che un *commodus discessus* per appiattare l'oggetto del dolo sulla mera tipicità formale: C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *RIDPP* 2000, 1265 ss. e spec. 1270-1271.

⁸⁷ Osserva giustamente K. Volk, *Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in C. Roxin, G. Widmaier (Hrsg.), 50

verrebbe mai in mente di sollevare questioni sulla sussistenza del dolo in un processo ad una banda di rapinatori che ha preso d'assalto una banca, rubando migliaia di euro, a colpi di Kalashnikov. Una controversia nel processo sorge quando c'è un dubbio ragionevole⁸⁸.

Se non c'è controversia, non vuol dire che il dolo è stato presunto, ma che nel caso concreto *sub iudice* il dolo non ha assunto una particolare rilevanza processuale come oggetto di prova⁸⁹. Ed anche quando si parla di *dolus in re ipsa*⁹⁰, di dolo presunto e del dolo da posizione il problema risiede, nella stragrande maggioranza dei casi, non in un atto "eversivo" del giudice che ha estromesso il dolo dalla fattispecie incriminatrice o lo ha supposto *iuris tantum*, ma in un vizio logico della motivazione dovuto a tecniche decisorie e argomentative sbagliate, perché il ragionamento inferenziale si è rivelato fallace.

Questo percorso dimostrativo richiede supporti fattuali e una esplicitazione dei ragionamenti inferenziali su basi logiche e razionali⁹¹; richiede, in altri termini, che il giudice si assuma fino in fondo un preciso onere di motivazione. Nelle dinamiche del processo, la colpa si atteggia con una certa frequenza – e proprio in questi casi – come una vera e propria *defence*, che è in grado di escludere il dolo, ma in questo caso l'onere probatorio ricadrà primariamente sull'imputato, non diversamente da quanto succede quando si vuole dimostrare la sussistenza di una scriminante, dove è necessario portare elementi fattuali concreti in grado di rompere la facile sequenza prevedibile-

Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, *Strafrecht, Strafprozessrecht*, München 2000, 739 ss. e spec. 752, che il dolo viene dedotto da circostanze esterne e il tentativo di confutare la decisione alla quale giunge il giudice, può quindi aver successo solo se si dimostrano altre circostanze esterne che mettono in dubbio la plausibilità di questa conclusione. Chiunque si opponga solo alla conclusione, tratta dal corso degli eventi e dalle altre circostanze esterne, adducendo che dentro l'imputato è successo qualcos'altro, si trova in una posizione senza speranza: la sua individualità interiore non sarà mai esaminata d'ufficio sotto l'aspetto dell'errore.

⁸⁸ V. quanto osservato in W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, trad. it. a cura di S. Canestrari, in *IP* 1991, 481 ss. e spec. 496 ss. sulla "deduzione" dall'esterno all'interno e sugli indicatori del dolo; sull'intersezione di piani tra diritto penale sostanziale e processuale nel prova del dolo, v. G.P. Demuro, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, Milano 2010, 186 ss.

⁸⁹ F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Crim*, 2010, 463 ss. e spec. 466-467; Id., *Lo standard probatorio al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *CP* 2006, 3869 ss. e 3873 ss.

⁹⁰ Sul punto, v. F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960, 24 ss., 36 ss. e 55 ss.; L. Eusebi, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*. Nota a C. App. Milano, 22 aprile 1986, Novelli, in *RIDPP* 1987, 1060 ss. e 1068 ss.

⁹¹ Sull'applicazione del principio di inferenza attraverso l'impiego di massime d'esperienza, v. L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, cit., 64-65; R. Bartoli, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in G.A. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino 2010, 217 ss. e spec. 222-223; E. Lanza, *Il dolo eventuale nel sistema penale italiano*, Pisa - Roma 2023, 159 ss.

previsto-voluto⁹².

La soluzione di questi casi è stata da sempre nel senso del dolo e la giurisprudenza ha sempre considerato irrilevante la c.d. causale o movente. Tuttavia, se suffragata da seri elementi probanti, non pare così ardito sostenere la rilevanza di un errore sul fatto e quindi pensare ad una attribuzione della responsabilità per colpa. In altri casi, in presenza di un quadro probatorio più sfumato, si potrebbe quantomeno giungere al riconoscimento di una circostanza attenuante, come ad esempio quella di cui all'art. 62, n. 1, Cp o delle attenuanti generiche. Del resto, lo stesso art. 133 Cp, pur non fornendo al giudice criteri di natura finalistica (come avviene ad esempio nel codice penale tedesco al § 46), ma soltanto indici fattuali per l'esercizio del potere discrezionale di commisurazione della pena, chiede di tener conto dell'intensità del dolo, e quindi della complessità del processo deliberativo, e dei motivi a delinquere in grado di rivelare la genesi psichica dell'agire.

8. Nei casi di «dolo colpito a mezza via dall'errore», l'elemento della volontà sembra rivestire un ruolo chiave, lasciando così maggior spazio anche a criteri normativo-oggettivi per l'ascrizione del fatto; è, infatti, soprattutto l'elemento della rappresentazione a fondarsi su uno stato intellettuale effettivo. I criteri normativi di imputazione possono guidare allora l'interprete nello stabilire se l'iniziale rapporto di rischio, già dolosamente caratterizzato, che si è venuto a creare tra condotta ed evento previsto, non sia stato inficiato da un fattore ulteriore che abbia dispiegato una efficacia totalmente assorbente rispetto al rischio originario.

Orbene, l'aspetto davvero nevralgico per la soluzione di questa costellazione di casi – ma si tratta di un concetto generale che va ben al di là delle aberrazioni causali – è quello della “estinzione del rischio”⁹³. La cessazione del rischio illecito originariamente attivato dalla condotta dell'agente rappresenta lo spartiacque tra quello che può essere considerato un fatto unitario impregnato dal dolo e quegli accadimenti che necessitano, soltanto a seguito di una rilevante cesura spazio-temporale, di una

⁹² Denuncia giustamente le semplificazioni probatorie per l'accertamento del dolo operate dalla giurisprudenza, in base alle quali la rappresentazione effettiva viene degradata a semplice prevedibilità, seppur nel quadro di una impostazione in parte diversa da quella qui seguita, G.P. Demuro, *Il dolo*, II, *L'accertamento*, cit., 174-175. Su questa tendenza all'inversione dell'onere probatorio nella dimostrazione dell'errore, cfr. S. Oliveira e Silva, *“L'essenziale è invisibile agli occhi” – Sull'imputazione dolosa, l'errore come stato intellettuale e la prova indiziaria nel diritto penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9.11.2020, 15 ss.

⁹³ V. già, per il reato colposo, G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 584 ss. e 628 ss.; più in generale, anche per un ripensamento dell'art. 41 Cp, M. Donini, *Considerazioni critico-ricostruttive sul principio di colpevolezza*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, 250.

divisione in due azioni che portano alla configurazione di un concorso tra delitto tentato e delitto colposo⁹⁴.

Sulla scia di queste considerazioni, si colloca anche la teoria proposta da Claus Roxin del c.d. piano dell'autore (*Tatplanstheorie*)⁹⁵: secondo l'illustre Studioso, affinché si possano imputare due reati diversi – tentato omicidio e omicidio colposo – è necessario che una delle due azioni dispiegate dall'agente non rientri in alcun modo nel suo piano criminoso iniziale, mentre si avrà certamente un delitto consumato (soltanto volontario) se anche la seconda parte della condotta era prevedibile come naturale sviluppo della prima parte dell'azione⁹⁶. Considerato, però, che la rappresentabilità

⁹⁴ Si può fare riferimento ad un concetto unitario di azione che, sia dal versante attivo sia da quello omissivo, abbia nella "volontà" la cifra saliente dell'agire umano, in grado di produrre una esternazione della persona nella realtà sociale. L'azione, nel proiettarsi nel mondo esterno, assume caratteristiche obiettivo-normative, di corrispondenza o meno a doveri generali, che delineano i contorni di una azione penale-costituzionale, compendiando al contempo la libertà di agire e una pretesa indispensabile di solidarietà (artt. 2 e 13 Cost). Partendo da questi presupposti, si può delineare, come è già stato proposto (così P. Astorina Marino, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino 2018, 294 ss.) un modello di accertamento del dolo di stampo normativo che consenta al tempo stesso un certo grado di individualizzazione e al contempo di rifuggire da inaccettabili presunzioni o comunque deviazioni antigarantistiche (v. anche S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, Milano 2018, 212 ss.). Quando si parla di "rischio doloso" non si vuole (almeno per come qui viene inteso) normativizzare il dolo a tal punto da presumerlo: un dolo, cioè, che alla fine non si prova ma si imputa (nella letteratura italiana, il contributo più importante alla teoria della rappresentazione è certamente in M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., 142 ss.; Id., voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., 750 ss.; più di recente, per un approccio normativistico G. De Vero, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione separata delle fattispecie dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, cit., 883 ss.; nella letteratura tedesca v. soprattutto C. Roxin, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in K. Rogall, I. Puppe, U. Stein, J. Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied 2004, 243 ss.; analogamente, contro il dolo come stato psicologico e anche per un complessivo delle posizioni della dogmatica tedesca, v. il consistente lavoro di G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, reimpression, Buenos Aires 2021, 228 ss., 310 ss. e 635 ss., con la proposizione di una tesi assai radicale che non può essere condivisa; nello stesso senso, v. anche R. Ragues i Valles, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona 1999, 275 ss., 323 ss. e spec. 357 ss.; per una dettagliata ricostruzione del processo di oggettivizzazione del dolo in area tedesca: G. Cerquetti, *Il dolo*, cit., 216 ss.; con taglio critico, M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, cit., 83 ss. Affinché la prova del dolo non diventi una vera *probatio diabolica*, un'impossibile indagine introspettiva di pensieri e desideri, è indispensabile innanzitutto collocare il comportamento del soggetto in un determinato contesto a cui, dal punto di vista sociale-valorativo, possa essere attribuito un senso. Ciò che può essere sussunto come prova di uno stato doloso deve essere necessariamente qualcosa di comunicabile esteriormente. Una componente normativa, pur con tutte le cautele del caso, è indispensabile, accanto però alla salvaguardia degli aspetti psicologici che richiedono accertamenti individualizzanti, di verifica del fine che ha portato l'agente ad agire in quel modo. Un rischio intollerabile non è dolo, ma può essere indizio del dolo e anche limite garantistico per la sua stessa rilevanza.

⁹⁵ C. Roxin, *Gedanken zum „Dolus generalis“*, in R. Herren, D. Kienapfel, H. Müller-Dietz (Hrsg.), *Kultur, Kriminalität, Strafrecht. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag am 7.10.1977*, Berlin 1977, 109 ss.; poi C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, cit., § 12, Rn. 174/192, 522 ss.

⁹⁶ C. Roxin, *Zur Erfolgzurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf*, in *GA* 2003, 5, 257 ss. e spec. 260-261, concetti ribaditi dall'Autore nell'analisi di un caso giurisprudenziale riconducibile al c.d. dolo generale "invertito" (l'esito mortale si produce già con la prima condotta e non con la seconda espressamente diretta a tale scopo);

(prevedibilità) è aspetto comune tanto al dolo quanto alla colpa⁹⁷, questa viene corretta attraverso il criterio della “realizzazione del piano”, cioè la condotta deve rivelarsi come la concretizzazione di quel rischio doloso iniziale proprio diretto a causare la morte della vittima⁹⁸.

Non molto dissimile da quella di Roxin è la posizione sostenuta da Günther Jakobs. La tesi proposta da Jakobs per individuare il discrimine tra uno sviamento del decorso eziologico rilevante ed invece uno irrilevante, che mantiene attivo il dolo originario, ruota attorno all’attivazione-disattivazione del rischio doloso creato dall’agente⁹⁹. In sostanza, Jakobs sostituisce la teoria roxiniana del piano criminoso con la teorica del rischio: il soggetto agente, più che conoscere nel dettaglio il decorso causale che di lì a poco si andrà a sviluppare, deve soprattutto conoscere la forma e l’entità del rischio (doloso) che con la sua azione realizzerà; per stabilire allora la rilevanza o meno dello sviamento del decorso causale si dovrà accertare se il decorso abbia effettivamente realizzato il rischio doloso attivato. Si tratta, in sostanza, della concretizzazione del rischio nel risultato¹⁰⁰.

L’impiego di criteri normativi, più sicuri da maneggiare, dovrebbe peraltro impedire certi abusi per soddisfare esigenze di difesa sociale e di prevenzione generale, che sono già stati criticati. Ma, d’altra parte, appare davvero assurdo, nella logica del processo, dover sempre gravare la pubblica accusa della prova che anche l’ultimo atto sia stato realizzato senza l’errata convinzione dell’avvenuta morte della vittima¹⁰¹. Si tratterebbe di una facile scusa, che l’imputato potrebbe sempre impiegare se alla vittima non ha inferto un “colpo di grazia”.

Ad un ipotetico tentato omicidio segue, infatti, la morte dello stesso soggetto passivo da parte dello stesso soggetto agente.

Non si tratta di parteggiare per un orientamento o per un altro (tesi del reato unico

C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, cit., § 12, Rn. 179/180, 524-525.

⁹⁷ C. Roxin, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in K. Lackner, H. Leferenz, E. Schmidt, J. Welp, E.A. Wolff (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlin - Boston 1973, 241 ss.

⁹⁸ C. Roxin, *Gedanken zum „Dolus generalis“*, in R. Herren, D. Kienapfel, H. Müller-Dietz (Hrsg.), *Kultur, Kriminalität, Strafrecht*, cit., 109 ss. e 125 ss.

⁹⁹ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin - New York 1983, 8. Abschn., 2, Rdn. 75/76, 244-245. Sostanzialmente allineata a questa soluzione appare anche la prevalente dottrina spagnola S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*⁸, reimpresión, Barcelona 2010, 260; F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*¹⁰, Valencia 2019, 262.

¹⁰⁰ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 8. Abschn., 2, Rdn. 77/79, 246-247.

¹⁰¹ Se è vero, come già detto, che anche il rapporto causale rientra nell’oggetto del dolo, questo non vuol dire che il dolo debba perdurare per tutta l’evoluzione del fatto di reato: deve essere semplicemente concomitante con la condotta tipica, almeno fino a quando il soggetto possiede un dominio sul fatto.

o tesi del concorso di reati), di sposare una tesi più garantista o più colpevolista, ma di provare a fornire, sulla base di alcune premesse “teoriche”, un criterio ermeneutico “pratico” per l’operatore del diritto. D’altronde, si registrano ormai da molto tempo nella giurisprudenza di legittimità orientamenti di stampo soggettivistico su molti istituti e questioni applicative, come ad esempio in tema di scriminanti.

Se l’evento finale rappresenta proprio la concretizzazione del rischio non permesso attivato con la condotta iniziale, il giudizio di adeguatezza o congruenza non potrà che dare esito positivo, a fronte di una condotta che è, nei suoi tratti salienti, sempre retta da volontà omicida, e la pluralità di atti che sono serviti alla produzione del risultato avranno unicamente prodotto dei “sotto-eventi” funzionali alla causazione dell’evento lesivo finale.

Anche la seconda parte dell’azione andrà ricondotta al dolo, a meno che non si verifichi una cessazione del rischio originario; questo rischio deve esaurirsi completamente con la realizzazione della prima situazione pericolosa, alla quale era immanente il contegno doloso. Ben potrebbero emergere rischi (anche dolosi) ulteriori che si affiancano al primo rischio senza tuttavia eliminarlo. Qui, si è semplicemente in presenza di rischi concomitanti, ma tutti questi rischi continuano a proiettarsi con efficacia sulla situazione pericolosa in atto, senza imprimere alcun radicale cambiamento alla sua natura e alla sua direzione, che rimane quella impressa dal primo rischio e ancora proiettata a quel risultato¹⁰².

Dalla teoria alla pratica: il decorso del tempo tra un’azione e l’altra può assumere valore come indizio esteriore di un processo psicologico indirizzato verso un altro fine¹⁰³.

È giunto così il momento di provare a tirare le fila del discorso, riprendendo la casistica analizzata nei paragrafi iniziali, per saggiare la messa in pratica del criterio soggettivo-normativo che si è cercato di delineare, sperando di averne dimostrato il fondamento dogmatico e politico-criminale nel corso di queste pagine, anche grazie

¹⁰² Il rischio illecito attivato (o aumentato) che viene in rilievo nel caso del tentativo deve necessariamente corrispondere a quello della fattispecie consumata che l’agente intende realizzare: nel caso dell’omicidio, il rischio illecito attivato o aumentato per la vita della vittima è lo stesso di quello dell’omicidio consumato, dove quel rischio si concretizza nell’evento-morte. Possono esistere, tuttavia, casi nei quali il rischio ha la capacità di proiettarsi verso eventi eterogenei, come ad esempio in relazione ad un evento-lesioni o ad un evento-morte. In tutti questi casi si dovrà sempre concludere per l’unicità dell’azione ex art. 81, co. 1, Cp, a fronte di una identità di azioni.

¹⁰³ Puntuali considerazioni in F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 296 ss.; v. anche M. Telesca, *Dolo d’impeto e aggravante della crudeltà: una (in)sostenibile compatibilità?*, in www.la legislazione penale.eu, 3.12.2020, 14 ss.

all'apporto decisivo del pensiero di illustri Autori. Generalizzare è difficile, perché ogni caso può presentare delle particolarità che possono incidere in misura anche decisiva sulla sussistenza del dolo con riferimento al secondo atto e quindi sulla scomposizione o meno del "fatto criminoso" in due reati.

Senonché, pur nella consapevolezza che gli spazi per il riconoscimento di un errore rilevante sul fatto sono veramente angusti, non tanto per ragioni di "difesa sociale", ben avvertite dalla giurisprudenza, quanto piuttosto perché è oggettivamente complicato – anche in una prospettiva garantista e ossequiosa del principio di colpevolezza – dare credito a un siffatto tipo di errore: una facile scusa, che produrrebbe un vistoso abbattimento della pena anche per fatti particolarmente gravi.

Alla luce delle considerazioni svolte, in assenza di esplicite ammissioni, indici quali, ad esempio, la premeditazione o comunque l'anticipata manifestazione del proposito criminoso, l'apprestamento dei mezzi necessari (preordinazione), certe "caratteristiche operative" dell'azione delittuosa, il tipo di contatto tra autore e vittima, certamente il lasso di tempo che può intercorrere tra il primo atto diretto ad uccidere e il secondo diretto all'occultamento, la condotta successiva al compimento del primo atto omicidiario e le modalità impiegate nella distruzione, soppressione o occultamento del corpo che si credeva non essere più in vita possono ragionevolmente rappresentare per il giudice elementi di discriminazione tra la soluzione unitaria e quella della scomposizione della sequenza criminosa in due fatti di reato.