

Capitolo 1

Oggettivo e soggettivo nella teoria del reato

1. La crisi della teoria della imputazione oggettiva

La teoria della imputazione oggettiva dell'evento si è accreditata come teoria del tipo oggettivo¹, ma è stata accusata – soprattutto ad opera dei finalisti – di non essere affatto “oggettiva”². Anche al di fuori della cerchia dei finalisti e in tempi più recenti settori della dottrina hanno evidenziato le ambiguità e contraddizioni della teoria in relazione al tema centrale del rischio. La dottrina della imputazione oggettiva è ormai sulla difensiva³.

I critici segnalano la collocazione nella fattispecie oggettiva di questioni che più correttamente andrebbero analizzate in altri ambiti sistematici (antigiuridicità, colpevolezza) oppure che riguardano aspetti preliminari come il concetto di condotta tipica; contestano la indeterminatezza dei criteri e la loro estrema normativizzazione; cen-

¹ Solo dopo aver accertato la realizzazione del tipo oggettivo è possibile rivolgersi all'analisi del tipo soggettivo: C. ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, in *Kaufmann GS*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, 238; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., München, 2020, § 11, n. 46.

² ARM. KAUFMANN, “Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt?, in *Jescheck FS*, Berlin, 1985, 260; H.J. HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Lenckner FS*, München, 1998, 133 ss.; ID., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, 404 ss.; E. STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, in *GA*, 1987, 105; ID., *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 59 ss.; G. KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, 91 ss.

³ Così, J. WOLTER, *Objektive objektive Zurechnung in einem zweispurigen Straftatsystem*, in *GA*, 2020, 212.

surano la confusione tra prospettiva *ex ante* per determinare la creazione o l'aumento del rischio e prospettiva *ex post* per valutare la realizzazione del rischio nell'evento⁴.

⁴ Sollevano critiche, da diverse prospettive, I. PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, in *ZStW*, 1987, 595; EAD., *Das System der objektiven Zurechnung*, in *GA*, 2015, 203 ss.; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, 31 ss.; M. MAIWALD, *Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in *Miyazawa FS*, Baden Baden, 1995, 481 ss.; B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die “Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”*, in J. WOLTER (a cura di), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, 113 ss.; E. SAMSON, *Erfolgsgzurechnung und Risiko – Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Lüderssen FS*, Baden Baden, 2002, 587 ss.; V. HAAS, *Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – Eine Grundsatzkritik*, in M. KAUFMANN, J. RENZIKOWSKI (a cura di), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a.M., 2004, 193 ss.; H. KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007, 90 ss.; C. HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004, 171 ss.; U. KINDHÄUSER, *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*, in *Hruschka FS*, Berlin, 2005, 539; ID., *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *GA* 2007, 461 ss.; H. SCHUMANN, A. SCHUMANN, *Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre*, in *Küper FS*, Heidelberg, 2007, 543 ss.; M. KAHLO, *Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung*, in *Küper FS*, Heidelberg, 2007, 249 ss.; J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *“Sonderwissen” des Handelnden und objektives Gefahrurteil*, in *Roxin FS* (zum 80. Geburtstag), Berlin, New York, 2011, 352 ss.; G. SEHER, *Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen*, in *Frisch FS*, Berlin 2013, 208 ss.; K.H. GÖSSEL, *Objektive Zurechnung und Kausalität*, in *GA*, 2015, 18 ss.; R. ROBLES PLANAS, *Die “Lehre von der objektiven Zurechnung”: Gedanken über ihren Ursprung und ihre Zukunft*, in *GA*, 2016, 287 ss.; I. GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Tübingen, 2017, 135 ss.; W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre – zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems*, in *GA*, 2018, 553 ss.; E. HILGENDORF, *Unrechthandlung und kausale Zurechnung. Ein Vorschlag zur Fortentwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Sancinetti FS*, Berlin, 2020, 451 ss.; P. SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, Tübingen, 2021, 153 ss. Nella dottrina italiana, v. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della “imputazione oggettiva dell'evento” e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I. La fattispecie*, Padova, 1993, 357; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 11; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in

Sotto accusa è finita, in particolare, la presunta “oggettività” della teoria: l’utilizzo del concetto di “pericolo” e “rischio” sul piano della tipicità oggettiva appare incongruo se per la determinazione del rischio occorre prendere in considerazione le conoscenze dell’agente⁵. Ancora oggi ci si chiede se sia possibile e se abbia senso valutare in modo oggettivo la creazione di un rischio riprovato e illecito. L’unica certezza è che non è possibile formulare un giudizio oggettivo nella prospettiva *ex ante* (a prescindere dal suo carattere individualizzante o oggettivizzante). Invero, non appena si escludono circostanze oggettivamente presenti, perché non conoscibili al momento della condotta, la valutazione cessa di essere oggettiva. Una valutazione realmente oggettiva è soltanto quella che prende in considerazione *tutte* le circostanze esistenti, anche quelle note *ex post*⁶.

Tuttavia, nell’ottica *ex post* sarebbe pressoché impossibile negare la creazione di un rischio e il criterio finirebbe per sovrapporsi, di fatto, a quello condizionalistico. La causazione di un evento senza previo rischio di verificazione dell’evento sarebbe praticamente impossibile⁷.

Il dibattito non si è sopito, tanto che ancora nel 2004 Roxin ha

Ind. pen., 2006, 945; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, 12. ed., Padova, 2023, 189; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 327 ss.

Per un quadro aggiornato del dibattito, v. I. GOECKENJAN, *Revision*, cit., 135 ss.; W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *GA*, 2003, 719 ss.; M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, 635 ss.

⁵ ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 260; E. STRUENSEE, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 58 ss.; U. KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 447; V. HAAS, *Die strafrechtliche Lehre*, cit., 209 ss.; I. PUPPE, *Der Aufbau des Verbrechens*, in *Otto FS*, Köln, Berlin, München, 2007, 396; B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 113 ss.; J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Sonderwissen*, cit., 352 ss.

⁶ È dunque il pronostico stesso che non consente un giudizio del tutto oggettivo, dal momento che mancano i dati conoscibili solo *ex post*; v. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 192; N. BÖRGERS, *Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht. Ein Abschied vom objektiven Dritten*, Berlin, 2008, 85 ss.; B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 117 ss.; H. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., München, 2023, § 10, n. 36.

⁷ U. KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 464 ss.; ID., *Risikoerhöhung und Risikoverringerung*, in *ZStW*, 2008, 489 ss.; H. SCHUMANN, A. SCHUMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 549.

ritenuto necessario rivendicare, come acquisizione indiscussa della dottrina contemporanea, il ruolo della *objektive Zurechnungslehre* come teoria della tutela dei beni giuridici⁸. Elemento centrale dell'illecito (*Unrecht*) non sarebbe né la causazione di un evento né la finalità della condotta umana (come dati "ontologici"), ma la realizzazione di un rischio non consentito (come elemento "normativo").

La distinzione tra oggettivo e soggettivo è un prodotto del naturalismo a cavallo tra '800 e '900 e rispecchia una visione, per molti aspetti, semplicistica del mondo. La dottrina ha presto abbandonato l'idea di un fatto tipico "neutro"⁹, riconoscendo che anche l'illecito presuppone il dato soggettivo¹⁰. Benché oggi si continui a distinguere un *Tatbestand* oggettivo e un *Tatbestand* soggettivo, gli esiti della imputazione oggettiva¹¹, e soprattutto le critiche ad essa rivolte, lasciano intendere che questa divisione non è affatto intoccabile e preludono ad un ripensamento dello stesso concetto di reato.

Si intravedono i segni di un mutamento nella concezione dell'illecito penale: da lesione o messa in pericolo di un bene giuridico, cioè pregiudizio materiale-naturalistico, a violazione di un dovere (*Pflichtverletzung*) e attacco alla validità delle norme, cioè comportamento che nega i diritti e le libertà riconosciuti dall'ordinamento¹². Alcune recenti concezioni del reato comportano il superamento della tradizionale distinzione tra tipo oggettivo e tipo soggettivo con conseguente adozione di un unitario *Unrechtsbegriff*, in

⁸ C. ROXIN, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, in *ZStW*, 2004, 931 ss.

⁹ Il c.d. "wertfreier Tatbestand" di E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 145.

¹⁰ Dapprima con la individuazione degli elementi soggettivi del fatto e successivamente con la scoperta del *subjektiver Tatbestand* (fatto tipico soggettivo, tipicità soggettiva) ad opera del finalismo. Per una ricostruzione, v. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 21 ss.; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, § 7, n. 14 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1974, 539 ss. (ora in *Scritti di diritto penale*, I, t. 1, Milano, 1997, 539 ss.); M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1999, 238 ss.; G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 152 ss.; A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 467 ss.

¹¹ W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte*, cit., 568, che parla di "aberrazione" della imputazione oggettiva.

¹² W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte*, cit., 553 ss.; J. WOLTER, *Objektive objektive Zurechnung*, cit., 212 ss.

cui svaniscono le differenze tra azione ed omissione, tra reato doloso e colposo, in opposizione alla sistematica finalista sfociata nella costruzione separata dei tipi criminosi¹³. Si moltiplicano le voci di coloro che prediligono impostazioni che valorizzano la contrarietà alla norma (*Normwidrigkeit*), perché meglio rispecchiano un diritto penale che non mira ad offrire una tutela assoluta ai beni giuridici, ma a circoscriverla a determinate modalità di lesione¹⁴. Punto di partenza diviene la definizione della condotta tipica e illecita come deviazione dalla *Verhaltensnorm*¹⁵.

¹³ Così, R. ROBLES PLANAS, *Die Lehre*, cit., 288. Per G. JAKOBS (*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *ZStW*, 1995, 864; ID., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, 41 ss.) la tripartizione del reato ha finalità meramente didattica e non riesce ad esprimere la unitarietà sostanziale del reato, incentrata sul concetto di colpevolezza come infedeltà all'ordinamento e alle norme. Abbandonano la distinzione tra illecito e colpevolezza anche S. MIR PUIG, *Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht*, in *ZStW*, 1996, 775 ss.; A. HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann: Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, 1997; H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlagen einer funktionalen Revision*, Köln, 1999, 203 ss.; T. WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, Tübingen, 2006, 116 ss.; H. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, 256 ss.; M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen, 2012, 259 ss.; F. ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3ª ed., Berlin, 2019, § 4, n. 20 ss.; G. FREUND, in *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo)*, vol. 1, 4ª ed., 2020, vor § 13, n. 138.

¹⁴ ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, 71 s.; G. STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, in *SchwZSt*, 1963, 233 ss.; M. GALLO, *La teoria dell' "azione finalistica" nella più recente letteratura tedesca*, Milano, 1950, 46; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Napoli, 1966, 100; L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, 575 ss.; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel diritto penale vigente*, Bologna, 2014, 11 ss. In prospettiva più generale, per la concezione dell'illecito penale come illecito di modalità di lesione, v. F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., 672; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 75.

¹⁵ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin, New York, 1991, 35; ID., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a.M., 2012, 26 ss.; W. FRISCH, *Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel*, in *GA*, 2015, 79; ID., *Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem*, in *GA*, 2017, 371; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht*, cit., § 2, n. 12 ss.; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Normkonkretisierung und Normbefolgung. Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktions-*

In realtà, anche la teoria della imputazione oggettiva si occupa di profili che attengono alla definizione della condotta tipica penalmente rilevante, pur trattandoli come questioni di imputazione¹⁶. Mentre per l'imputazione dell'evento sono stati sviluppati i criteri della causalità, evitabilità e dominabilità, per la tipicità della condotta, basata sulla creazione del rischio illecito, occorre guardare al contenuto del diritto, della norma¹⁷.

La recente riscoperta della teoria delle norme e del disvalore di azione prelude ad una vera e propria rivoluzione per la dogmatica contemporanea¹⁸: la questione centrale è capire quando una determinata condotta possa considerarsi pericolosa o meno e quale ruolo giochi la prospettiva soggettiva dell'agente¹⁹.

anordnungen, in *GA*, 2018, 264 ss.; A. HOYER, "Umräumen von Möbeln" auf offener Bühne, in *Frisch FS*, Berlin, 2013, 207 ss.; K. SCHMOLLER, *Das tatbestandsmäßige Verhalten im Strafrecht*, in *Frisch FS*, Berlin, 2013, 237 ss.; I. GOECKENJAN, *Revision*, cit., 279 ss.; da noi, di recente, M. MANTOVANI, *Contributo*, cit., 125.

¹⁶ Questa, come noto, la storica posizione di W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988, 31 ss.; ID., *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, in *Roxin FS*, München, 2001, 213 ss.; da ultimo, ancora in *Erfolgsgeschichte*, cit., 553 ss. Nella stessa direzione, I. GOECKENJAN, *Revision*, cit., 138 ss.; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht*, cit., § 2, 12; K. SCHMOLLER, *Das tatbestandsmäßige Verhalten*, cit., 237 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 7/4; I. PUPPE, in *Nomos Kommentar zum StGB (NK)*, I, 5^a ed., Baden Baden, 2017, vor §§ 13 ff., n. 154; R. ROBLES PLANAS, *Die Lehre*, cit., 284 ss.

¹⁷ Per l'elemento del rischio giuridicamente riprovato come requisito non della imputazione, ma della condotta già M.L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht*, Tübingen, 1912.

¹⁸ Così, J. WOLTER, *Objektive objektive Zurechnung*, cit., 212 ss.

¹⁹ Segnano il "rinascimento" della *Normentheorie* nella penalistica contemporanea le recenti opere di M. KUHLI, F. ROSTALSKI (a cura di), *Normentheorie im digitalen Zeitalter*, Baden Baden, 2023; A. AICHELE, J. RENZIOWSKI, F. ROSTALSKI (a cura di), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 2022; J. RENZIOWSKI, *Normentheorie – analytisch, oder wie, oder was?*, in *GA*, 2022, 575 ss.; P. SCHLADITZ, *Grundlagen*, cit.; M. KUBICIEL, M. LÖHNIG, M. PAWLIK, C.-F. STUCKENBERG, W. WOHLERS (a cura di), "Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts". *Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Tübingen, 2020; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Normkonkretisierung*, cit., 264 ss.; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Warum Normentheorie? Zur selbstständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimierter Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext*, in *GA*, 2020, 617 ss.; A. SCHNEIDER, M. WAGNER (a cura di), *Normentheorie und Strafrecht*, Baden Baden, 2018; S. AST, *Handlung und Zurechnung*, Berlin, 2019; ID., *Normentheorie und Strafrechts-*

2. L'aspirazione all'oggettivismo della dottrina della imputazione oggettiva

Come noto, la dottrina dell'imputazione oggettiva intende definire i presupposti oggettivi della tipicità: secondo le cadenze della "formula" tradizionale (c.d. *Grundformel*), l'imputazione oggettiva del fatto esige che la condotta abbia creato un rischio illecito che si sia realizzato nell'evento che la norma violata mirava a prevenire²⁰. La combinazione di questi due criteri (creazione di un rischio

dogmatik, Berlin, 2010; T. KRÖGER, *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstrafat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, Berlin, 2016; S. MIR PUIG, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert*, in *Herzberg FS*, Tübingen, 2008, 55 ss. Nella letteratura italiana, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 361 ss.; ID., *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale*, in *Criminalia*, 2016, 347 ss.

²⁰ Per tutti, v. C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 11, n. 47. Nella dottrina italiana, v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, 363 ss.; V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 231 ss.; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, *passim*; ID., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985-86, 1986-87, 1987-88, 127 ss.; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, *passim*; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, parte I, 588 ss. e parte II, 1114 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali III*, Milano, 2010, 635 ss.; ID., *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 25 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, *passim*; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso*, cit., 310 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 90 ss.; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011, *passim*; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020. Nella manualistica, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Milano, 2003, 350 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Bologna, 2017, 366 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Torino, 2023, 217 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 248. In giurisprudenza, per un'aggiornata applicazione delle acquisizioni della dottrina della imputazione oggettiva, v. Cass., 8.1.2021, n. 32899 (incidente ferroviario di Viareggio) e Cass., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343 (Thyssenkrupp); per il criterio della realizzazione o concretizzazione del rischio, per cui l'evento deve rappresentare la concretizzazione del rischio illecito attivato

illecito o riprovato e sua realizzazione nell'evento) consente di restringere l'imputazione basata sul mero nesso condizionalistico e di selezionare le condotte penalmente rilevanti a prescindere dall'elemento soggettivo²¹.

La teoria introduce filtri oggettivo-normativi nella teoria dell'illecito ed opera con criteri che fanno riferimento a elementi della tipicità (creazione del rischio, aumento del rischio, rischio consentito, realizzazione del rischio), assumendo che essi abbiano caratteri "oggettivo". Per mezzo del requisito fondamentale della *objektive Risikoschaffung* la teoria della imputazione oggettiva – anche per rimarcare la distanza dalla concezione finalistica – mira a trovare un fondamento oggettivo della condotta tipica, nella convinzione che la condotta illecita sia *oggettivamente* diversa dalla condotta lecita²².

Nondimeno, il concetto di rischio, decisivo per l'applicazione della citata *Grundformel*, non è affatto univoco e richiede una preliminare presa di posizione rispetto al momento del giudizio e alla prospettiva del giudizio. I teorici della imputazione oggettiva, facendo generico riferimento al giudizio di un avveduto osservatore esterno posto nella posizione dell'agente concreto, paiono liquidare troppo facilmente la questione relativa alla definizione del rischio illecito o riprovato (di regola, ci si limita a elencare in modo esemplificativo le ipotesi in cui questo è escluso)²³. Permangono incertezze e incoerenze, che non investono solo il concetto stesso della creazione di un rischio e i parametri del giudizio di pericolo, ma anche l'inquadramento sistematico di questo elemento e i suoi rapporti con la teoria della colpa.

dalla condotta, v. altresì, tra le tante, Cass., 12.1.2021, n. 3926; Cass., 18.1.2018, n. 10378; Cass., 17.9.2010, n. 43786, Cozzini (frana di Sarno); Cass., 14.2.2008, n. 19512; Cass., 17.5.2006, n. 4675, Bartolini (Petrochimico di Porto Marghera).

²¹ Sulla evoluzione della teoria della imputazione oggettiva, v. I. GOECKENJAN, *Revision*, cit., 63 ss.; C. HÜBNER, *Die Entwicklung*, cit., 29 ss.; B. SCHÜNE-MANN, *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 207 ss.; W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 719 ss.; v. M. DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 635 ss.; M. HELFER, *Imputazione oggettiva (la teoria dell')*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, XI, 2021, 328 ss.

²² P. SCHLADITZ, *Grundlagen*, cit., 140; M. CANCIO MELIÁ, *Crisis del lado subjetivo del hecho?*, in J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.M. ZUGALDIA ESPINAR (a cura di), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Barcelona, 2004, 63.

²³ Come nelle ipotesi di riduzione del rischio, rischio generale della vita (*allgemeines Lebensrisiko*), rischio consentito, divieto di regresso e autoresponsabilità.

I concetti di “rischio” (*Risiko*) o “pericolo” (*Gefahr*) risultano vaghi e incerti²⁴ e la definizione di rischio “non consentito” (*unerlaubt*) appare problematica nella misura in cui la illiceità della condotta è proprio ciò che deve essere dimostrato. L’affermazione che un determinato rischio è giuridicamente rilevante suona apodittica se non vengono indicate le norme e i criteri decisivi per tale giudizio²⁵.

Sotto altro punto di vista, il riferimento al concetto di creazione di un rischio “illecito, “giuridicamente riprovato”, “non consentito” potrebbe suscitare l’idea che si tratti di un rischio *oggettivo* (ovvero di una condotta oggettivamente pericolosa), cioè di una situazione o circostanza del mondo esterno, che esiste a prescindere dalla percezione che se ne abbia e della correttezza o meno del giudizio di pericolosità²⁶.

Questa radicata convinzione è dovuta alla peculiarità della teoria della imputazione oggettiva, che si occupa della imputazione di eventi interrogandosi sulla natura del rischio, quando sono certe la verificazione dell’evento e la causalità della condotta.

È pacifico, tuttavia, che il concetto di rischio implica per definizione un profilo di incertezza legato alla verificabilità di eventi futuri. Il giudizio sul rischio si basa esclusivamente sulle circostanze presenti al momento della condotta, le uniche con cui l’agente o l’osservatore può entrare in relazione.

Inoltre, il rischio è un fattore che dipende dal soggetto che entra in relazione con esso: esso risulta tollerabile o meno a seconda del soggetto che lo deve gestire (si pensi alla pretesa di diligenza differenziata in base all’esperienza e competenza dell’agente, alla colpa per assunzione) e dalle finalità dell’agente (si pensi al rischio consentito).

Sin dalle origini, tanto per la teoria della adeguatezza quanto per la teoria della imputazione oggettiva, è risultato problematico spiegare come si debba formare la base del giudizio riguardo alla pericolosità di una condotta. Deve adottarsi il metro dell’uomo medio o nella base del giudizio devono includersi anche le conoscenze par-

²⁴ Si vedano le riflessioni critiche C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, 350; V. MILITELLO, *Rischio*, cit., *passim*; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

²⁵ Così, H.J. HIRSCH, *Zur Lehre*, cit., 136; H. KORIATH, *Kausalität*, cit., 93.

²⁶ B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 100.

ticolari dell'agente, eventualmente anche superiori a quelle della generalità delle persone?

Secondo l'orientamento tradizionale per affermare la pericolosità della condotta è decisiva la valutazione *ex ante* di un avveduto osservatore esterno posto nella medesima situazione dell'agente (c.d. prognosi postuma oggettiva)²⁷. A quanto pare non conta che la condotta sia effettivamente pericolosa, ma che un osservatore avveduto la ritenga tale *ex ante*.

Come è stato detto, il concetto di rischio o pericolo è di natura oggettiva solo in via di principio²⁸.

Infatti, da un lato, la presenza di un rischio si accerta mediante prognosi postuma, cioè chiedendosi se l'evento fosse prevedibile *ex ante* per un osservatore avveduto o per l'agente modello appartenente alla cerchia professionale e sociale dell'agente concreto; dall'altro, ai fini della prognosi di rischio la dottrina prende in considerazione le conoscenze superiori o speciali (il c.d. *Sonderwissen*) dell'agente²⁹.

Per complicare il quadro, la dottrina affianca al giudizio *ex ante* anche un secondo giudizio *ex post* (sulla base di tutte le circostanze esistenti, anche di quelle conosciute in un momento successivo alla condotta), per verificare la realizzazione dello specifico rischio nell'evento (*Risikorealisierung*)³⁰. È indubbio che l'oscillazione della

²⁷ C. ROXIN, GRECO, *Strafrecht*, cit., § 11, nn. 40 e 46; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 286; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 362.

²⁸ L. GRECO, *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens*, in *ZStW*, 2005, 519; V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 192.

²⁹ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 11, nn. 35, 50 e § 24, n. 69; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 286; J. EISELE, in *Schönke, Schröder StGB-Kommentar (StGB-K)*, 30^a ed., 2019, vor §§ 13 ff., n. 92; I. PUPPE, *NK*, vor §§ 13 ff., n. 145; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 7/32; W. FRISCH, *Verhalten*, cit., 71; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, 65; B. SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte in der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau*, in *Schaffstein FS*, Göttingen, 1975, 159 ss.; J. WOLTER, *Adäquanz – und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *GA*, 1977, 257 ss.; da noi, S. CANESTRARI *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 111; M. DONINI, *Imputazione oggettiva* (voce), cit., 662.

³⁰ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Honig FS*, Göttingen 1970, 138; B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 218; J. WOLTER, *Objektive objektive Zurechnung*, cit., 223 ss. Il cambio di prospettiva (il c.d. *Perspektivenwechsel*) è stato spesso rimproverato alla teoria della imputa-

teoria della imputazione oggettiva tra prospettiva *ex ante* ed *ex post* esprime il timore che «la soluzione *ex ante* toglierebbe alla teoria il carattere “puramente obiettivo” che ne costituisce il predicato, mentre quella *ex post* ne evidenzerebbe l’inutilità»³¹.

I critici ritengono particolarmente problematico il descritto procedimento di accertamento del rischio illecito.

Suscita particolare perplessità la scelta di considerare le conoscenze superiori in aggiunta a quelle possedute dall’osservatore mediamente avveduto. Si tratta dei casi in cui l’agente, in virtù di conoscenze particolari o superiori rispetto alla generalità delle persone o all’agente modello (e può trattarsi di conoscenze e informazioni anche occasionali riguardo a circostanze di fatto come luoghi o persone), è in grado di riconoscere un rischio o di prevedere la sua concreta realizzazione.

L’indirizzo dominante procede senza problemi ad integrare le conoscenze dell’agente modello con quelle dell’agente concreto. Proprio questa “manipolazione” determinerebbe, secondo i critici, una rottura sistematica, una grave incoerenza all’interno della struttura del tipo oggettivo³².

La terminologia è senza dubbio ambigua: perché parlare di “rischio” o “pericolo”, se poi in realtà si tratta della “riconoscibilità” del pericolo (peraltro non da parte dell’agente concreto bensì di un agente modello)? Se ciò che conta è che un osservatore esterno ritenga pericolosa la condotta, il pericolo in sé, il pericolo “oggettivo” non ha alcuna rilevanza e si finisce col confondere la conoscenza/conoscibilità con il suo oggetto³³. Risulta quanto meno curioso «che una teoria si ritenga fermamente *oggettiva* nel determinare i limiti della tipicità, fatta salva la condizione *soggettiva* che vi sia una conoscenza superiore, diversa, dell’agente concreto»³⁴.

zione oggettiva; v. C. HÜBNER, *Die Entwicklung*, cit., 171 ss.; H. KORIATH, *Kausalität*, cit., 90.

³¹ E. MORSELLI, *Note critiche*, cit., 15.

³² Da ultimo, J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Sonderwissen*, cit., 345; T. KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, cit., 360.

³³ B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 101; W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln et al., 1983, 124; E. STRUENSEE, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 58 ss.

³⁴ M.A. SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, in M. CANCIO MELIÀ, M.A. SANCINETTI, M. FERRANTE (a cura di), *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998, 49 ss.

Roxin si limita ad osservare che si tratta della “dimensione soggettiva” della imputazione oggettiva³⁵; ma per molti il “soggettivo” deve stare dentro alla imputazione oggettiva.

3. L'obiezione dei finalisti: la prevalenza del dolo sul rischio

Dal fatto che per l'imputazione oggettiva debbano considerarsi non soltanto circostanze oggettive, ma anche soggettive, i critici traggono la conclusione che le questioni di imputazione debbano essere trattate più correttamente insieme al dolo (o alla colpa).

I finalisti, in particolare, hanno sostenuto che nei reati dolosi l'imputazione oggettiva sarebbe superflua, bastando l'accertamento del dolo³⁶. Kaufmann affermava che proprio la rilevanza delle conoscenze superiori per l'esistenza del requisito della creazione di un rischio vietato sarebbe la prova della prevalenza del soggettivo sull'oggettivo³⁷.

L'utilità della teoria della imputazione oggettiva è considerata dubbia persino nei reati colposi, dal momento che essa riproduce criteri già sviluppati dalla dogmatica della colpa (in particolare, la violazione della diligenza oggettiva) e impedisce una fondazione unitaria di reati dolosi e colposi³⁸. Nell'illecito colposo le conoscenze

³⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, 4^a ed., 2006, § 11, n. 57. Si noti che nell'ultima edizione del celebre manuale, curata da Luís Greco, la controversa argomentazione è scomparsa.

³⁶ ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 261; E. STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 97 ss.; H.J. HIRSCH, *Die Entwicklung*, cit., 407; M.A. SANCINETTI, *Observaciones*, cit., 49 ss.; M.A. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001. A questa critica si sono associati anche altri autori di diversa estrazione: E. SAMSON, *Erfolgshaftigkeit*, cit., 587; B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 109 ss.; U. KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 447 ss.; H. KORIATH, *Kausalität*, cit., 161 ss.; H. SCHUMANN, A. SCHUMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 549. Panoramica in I. GOECKENJAN, *Revision*, cit., 144; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 308 ss.

³⁷ ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 260.

³⁸ ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 261; H.J. HIRSCH, *Die Entwicklung*, cit., 404; E. STRUENSEE, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 58 ss.; ID., *Objektive Zurechnung*, cit., 101; anche U. KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 464; ID., *Objektive und subjektive Zurechnung*, cit., 539. Per l'analoga

dell'agente sono rilevanti nel tipo soggettivo, che riassume il contenuto necessario di consapevolezza attuale delle circostanze che fondano la illiceità del rischio³⁹.

I primi critici hanno ravvisato nella imputazione oggettiva il prodotto di un pensiero normativizzante, che annulla la distinzione tra oggettivo e soggettivo quale fondamentale struttura della realtà. «Ciò che è oggettivo e ciò che è soggettivo non è a disposizione della dogmatica»⁴⁰. Nelle impostazioni che assumono la prospettiva dell'agente, l'insieme delle sue conoscenze (il c.d. *Täterwissen*), come base di partenza e oggetto del giudizio, la questione delle conoscenze superiori e speciali si risolve in un falso problema. Conta soltanto ciò che *ex ante* sapeva o poteva/doveva sapere l'agente concreto⁴¹.

La tesi dei finalisti è lineare. Il *Sonderwissen* si dissolve all'interno del dolo: da un lato, infatti, la finalità dell'agente non lascia spazio per ulteriori indagini circa le conoscenze speciali; dall'altro, in presenza della finalità non vi è spazio per limitazioni "oggettive" della responsabilità⁴². Dalla prospettiva del dolo tutte le problematiche svaniscono: il dolo c'è o non c'è. La condotta è pericolosa perché è lo strumento consapevole ed efficace per la realizzazione del fatto; a sua volta l'evento costituisce proprio la realizzazione, voluta dall'agente, del mezzo pericoloso impiegato a questo scopo⁴³.

L'argomento appare convincente, ma in realtà muove da un assunto indimostrato, ovvero che la condotta sia pericolosa per il solo fatto di essere dolosa, cioè orientata alla realizzazione del fatto.

Ecco, dunque, il nodo centrale di tutta la questione: da cosa esattamente è determinata la illiceità e *Mißbilligung* della condotta dolosa? La presenza della intenzione aumenta la pericolosità della condotta, ovvero il rischio di verifica dell'evento?

critica, da noi, v. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 3 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo*, cit., 339 ss.

³⁹ La c.d. "sindrome di rischio" (*Risikosyndrom*) teorizzata da E. STRUENSEE, *Objektive Zurechnung*, cit., 105; ID., *Der subjektive Tatbestand*, cit., 53 ss.

⁴⁰ Questa la famosa obiezione di H.J. HIRSCH, *Die Entwicklung*, cit., 407 (diversamente, però, in seguito; v. H.J. HIRSCH, *Zur Lehre*, cit., 135).

⁴¹ U. KINDHÄUSER, *Objektive und subjektive Zurechnung*, cit., 530 ss.; G. JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Hirsch FS*, Berlin-New York, 1999, 57.

⁴² M. SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin, 2006, 40.

⁴³ ARM. KAUFMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 261.

Per Kaufmann la natura riprovata e illecita del rischio parrebbe implicita nella volontà di realizzare il fatto, salve le isolate ipotesi in cui il rischio creato sia consentito o socialmente adeguato: così, la condotta del marito che induce la moglie ad un viaggio in autobus nella speranza che si verifichi un incidente crea un rischio consentito (diversamente, se sapesse che il bus ha i freni difettosi)⁴⁴.

Una cosa è chiara: Il fatto di rappresentarsi rischi generici connessi allo svolgimento di determinate attività non può mai integrare un dolo⁴⁵. Nel celebre “caso del fulmine” (*Gewitterfall*), o “caso del nipote” (*Erbonkelfall*) che invia lo zio ricco nel bosco durante il temporale nella speranza che possa essere colpito da un fulmine, mancherebbe dunque il dolo, non bastando un mero desiderio in assenza di dominio finalistico⁴⁶.

Senza riferimento a un fatto oggettivo, la conoscenza e rappresentazione non sono dunque sufficienti. Il tema delle “conoscenze speciali o superiori”, tuttavia, solleva il dubbio che ciò non sia sempre vero. Benché i casi di scuola, come sempre, siano lontani dalla prassi, essi sono perfetti per approfondire la teoria del dolo e della colpa e i rapporti tra tipicità oggettiva e soggettiva.

Può apparire ozioso chiedersi se nel caso del temporale o dell'autobus debba escludersi prima l'esistenza di un rischio penalmente rilevante (inteso come rischio finalisticamente direzionabile e dominabile) oppure un dolo penalmente rilevante (inteso come rappresentazione di un rischio rilevante). Vedremo, tuttavia, che intorno a questo quesito fondamentale si è sviluppato un esteso dibattito dottrinale che condiziona la stessa sistematica del reato e la funzione della norma penale.

⁴⁴ ARM. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, 266.

⁴⁵ Già R. FRANK, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 18^a ed., Tübingen, 1931, § 49; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlin, 1969, 66; ma anche K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, 220; ARM. KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, in *ZStW*, 1958, 81.

⁴⁶ Il caso compare per la prima volta in H. BÖHLAU, *Occidere und causam mortis praestare*, in *GA*, 1865, 472 ss., e fu in seguito ripreso da M.E. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, 208 ss., il quale trasformò il *Gewitterfall* in *Erbonkelfall*. Al riguardo, v. F.-C. SCHROEDER, *Der Blitz als Mordinstrument. Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 2009, 7 ss.

È evidente che gli orientamenti che riconducono al soggettivo tutte le problematiche relative al rischio, al rischio consentito e alla sua conoscenza da parte del soggetto negano l'esistenza di una categoria "anticipata" a dolo e colpa come l'imputazione oggettiva, deputata a contenere elementi di rischio da valutarsi in modo oggettivo, a prescindere dal dolo e dalla colpa.

Per questi indirizzi «l'unico spazio per una selezione unitaria dei rischi, o per criteri oggettivo-normativi che prescindano da dolo e colpa, è rappresentato dall'adeguatezza sociale»⁴⁷, ovvero dai casi in cui l'imputazione va esclusa *ab origine* per l'assenza di rischi rilevanti o per l'intervento di fattori eccezionali che "interrompono" il nesso causale. Tali orientamenti conducono ad una rigorosa costruzione separata delle fattispecie e alla differenziazione tra rischi dolosi e colposi⁴⁸.

Sotto un altro aspetto, l'integrazione delle conoscenze dell'agente all'interno del tipo obiettivo ha indotto alcuni ad assumere la prospettiva soggettiva dell'agente come oggetto del giudizio e ad individualizzare la valutazione. Sono stati in finalisti, a partire dagli anni '80, a sollevare il problema della considerazione di elementi soggettivi nel *Tatbestand* oggettivo. In particolare, gli studi di Struensee hanno rivelato come la controversia intorno alla considerazione delle conoscenze superiori o speciali sia un segnale del fatto che anche il reato colposo necessita di un *Tatbestand* soggettivo⁴⁹.

4. Le repliche dei teorici della imputazione oggettiva

I difensori della teoria della imputazione oggettiva, dal canto loro, non ritengono problematica la considerazione delle conoscenze speciali dell'agente concreto ai fini della definizione del rischio ille-

⁴⁷ M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 22, nt. 36.

⁴⁸ B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 220; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., 3 ss.

⁴⁹ E. STRUENSEE, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 53 ss. Sempre più numerosi gli autori (anche tra i non finalisti) che ritengono necessario fare riferimento alla *Täterperspektive*, anche se con motivazioni differenti; v. B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 216 ss.; I. PUPPE, *NK*, vor §§ 13 ff., n. 143; B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., 99 ss.; G. FREUND, *MüKo*, vor § 13, n. 180 ss.; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht*, cit., § 2, n. 34.

cito ed escludono che si dia luogo ad una incoerenza sistematica⁵⁰.

Le repliche sono note. La teoria della imputazione oggettiva sarebbe “oggettiva” non perché prescinde da elementi soggettivi e psichici, ma perché si occupa della imputazione del fatto tipico oggettivo⁵¹. Insomma, la fattispecie oggettiva non si dice “oggettiva” perché l’imputazione si basa esclusivamente su fattori oggettivi, ma perché il risultato della imputazione, cioè l’accertamento di un omicidio, una lesione, un danneggiamento ecc., costituisce qualcosa di oggettivo che va distinto dall’omicidio, dalle lesioni, dal danneggiamento dolosi⁵². Roxin sottolinea che la commistione tra elementi oggettivi e soggettivi non deve stupire ed anzi è inevitabile in un sistema teleologico e normativo, non meramente descrittivo⁵³.

Taluni negano la stessa esistenza del problema: non sarebbe possibile valutare la presenza di un rischio senza considerare ciò che l’agente conosce e prevede⁵⁴. Sulla scorta di simili osservazioni si afferma che la funzione politico-criminale del tipo oggettivo è quella di determinare il limite esterno, in confini di ciò che è permesso e di ciò che è vietato (e così i confini delle rispettive sfere di libertà dei cittadini). Le conoscenze superiori dell’agente semplicemente servono a individuare questo confine⁵⁵.

Anche Frisch ridimensiona le critiche e spiega l’equivoco alla base della controversia. Il soggettivo in sé non ha rilevanza e non incide sul giudizio di pericolo. Posto che contano tutti i fattori presenti in una data situazione, le conoscenze specifiche dell’agente rilevano nella misura in cui riflettono dati reali, fattori di rischio

⁵⁰ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, § 11, n. 57 e § 24 ss.; L. GRECO, *Das Subjektive*, cit., 519 ss.; C. ROXIN, *Finalität*, cit., 251; ID., *Streitfragen der objektiven Zurechnung*, in *Maiwald FS*, Berlin, 2010, 727 ss.; W. FRISCH, *Faszinierendes*, cit., 230 ss.; ID., *Straftat und Straftatsystem*, in J. WOLTER, G. FREUND (a cura di), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, 183; M. SACHER, *Sonderwissen*, cit., 261; B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 217; ID., *Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht*, in *Chengchi Law Review*, 1994, 259 ss.

⁵¹ C. ROXIN, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Chengchi Law Review*, 1994, 247; ID., *Finalität*, cit., 250.

⁵² C. ROXIN, *Finalität*, cit., 250.

⁵³ C. ROXIN, *op. ult. cit.*, 251; anche L. GRECO, *Das Subjektive*, 525.

⁵⁴ L. GRECO, *op. ult. cit.*, 520.

⁵⁵ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 11, n. 57.

realmente presenti, “oggettivi” in questo senso⁵⁶. Si tratta, insomma, di qualcosa che esiste al di fuori della mente dell’agente e che costituisce oggetto della sua conoscenza. Formano parte del giudizio di pericolo circostanze indubbiamente oggettive, ma solo quelle che soddisfano un altro criterio: il fatto di essere conosciute o conoscibili dall’agente, ovvero il fatto di poter essere percepite dall’agente. Quindi: il soggettivo non caratterizza il giudizio di pericolo, ma costituisce soltanto il criterio di selezione per includere determinate circostanze realmente presenti nella base del giudizio⁵⁷.

Frisch precisa, inoltre, che il giudizio relativo al pericolo è “oggettivo” non solo perché si basa su circostanze effettivamente esistenti e reali, ma anche perché viene formulato secondo un criterio universale, cioè indipendente dalle valutazioni effettuate dall’agente (in termini di rilevanza di tale pericolo, sua tollerabilità o alla sua disapprovazione e illiceità)⁵⁸.

Infine, l’importanza della distinzione tra oggettivo e soggettivo sarebbe sopravvalutata: essa avrebbe esclusivamente un valore didattico e non sarebbe di alcuna utilità per risolvere questioni che richiedono un approccio normativo⁵⁹.

L’impressione è che la dottrina dominante ritenga rilevanti le conoscenze speciali o superiori dell’agente, pur ammettendo – più o meno implicitamente – che ciò comporti un’incoerenza sistematica.

Un rapido sguardo alla dottrina tedesca mostra che il *Sonderwissen* viene pacificamente incluso nella prognosi postuma in assenza di ogni spiegazione⁶⁰. Di regola vengono ripresi i vecchi argomenti dei teorici della causalità adeguata oppure si sorvola. Da

⁵⁶ W. FRISCH, *Straftat*, cit., 177 ss.; in senso analogo, M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 70 ss.

⁵⁷ W. FRISCH, *Straftat*, *ibidem*; ID., *Faszinierendes*, cit., 230; ID., *Verhalten*, cit., 42 («Das Täterwissen sei nur ein Kriterium für die Auswahl des für die Urteilsbasis relevanten Ausschnitts der Wirklichkeit!»).

⁵⁸ W. FRISCH, *Straftat*, cit., 182 ss.

⁵⁹ W. FRISCH, *Straftat*, cit., 185; ID., *Faszinierendes*, cit., 231; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 7/1; I. PUPPE, *NK*, vor §§ 13, n. 145.

⁶⁰ L. GRECO, *Das Subjektive*, cit., 531 ss.; M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., 65; W. FRISCH, *Verhalten*, cit., 71; R.D. HERZBERG, *Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat*, in *JZ*, 1987, 536; H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 286; I. PUPPE, *NK*, vor §§ 13 ff., n. 145; C. ROXIN, *Finalität*, cit., 250; B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 216.

un lato, la rilevanza delle conoscenze speciali viene motivata con l'argomento che l'agente ha il dovere di fare il possibile per evitare la realizzazione dell'evento⁶¹ e che per il soggetto in possesso di conoscenze superiori valgono regole più stringenti (colui che conosce un fattore di rischio ignorato dagli altri è tenuto a considerarlo nell'orientare la propria condotta, perché altrimenti abuserebbe della sua sfera di libertà a scapito di terzi)⁶²; dall'altro, si sottolinea che la funzione di orientamento della norma penale implica che si faccia riferimento alle conoscenze dell'agente concreto⁶³. Pochi ammettono esplicitamente la contraddizione, ritenendola comunque necessaria al fine di evitare risultati assurdi⁶⁴.

Tuttavia, anche chi ha replicato all'accusa di normativismo e contestato la concezione ontologica del finalismo, oggi discute apertamente i punti deboli della teoria della imputazione oggettiva⁶⁵.

Per un verso, la teoria, nel tentativo di delimitare l'illecito nei reati di evento, sarebbe rimasta "a metà strada" e la sua natura di «supercategoria eterogenea», avrebbe impedito di mettere a fuoco e risolvere in modo adeguato questioni preliminari rispetto alla imputazione dell'evento; per l'altro, essa si è basata sull'assunto che questioni di imputazione debbano essere trattate esclusivamente nel fatto oggettivo e secondo criteri oggettivi⁶⁶.

Diversi autori concordano sul fatto che la creazione di un rischio riprovato non possa determinarsi solo con criteri oggettivi⁶⁷. Come riconosce oggi Frisch, se l'ordinamento si aspetta dai destinatari che utilizzino la propria libertà d'azione senza mettere in pericolo o lede-

⁶¹ D. STERNBERG-LIEBEN, F. SCHUSTER, in *Schönke, Schröder StGB-Kommentar (StGB-K)*, 30^a ed., 2019, § 15, n. 139.

⁶² W. FRISCH, *Verhalten*, cit., 71; ID., *Faszinierendes*, cit., 230.

⁶³ B. SCHÜNEMANN, *Objektive Zurechnung*, cit., 216 ss.

⁶⁴ J. WOLTER, *Adäquanz*, cit., 269.

⁶⁵ Così, Frisch, il quale, dopo aver a lungo difeso la teoria della imputazione oggettiva (W. FRISCH, *Faszinierendes*, cit., 213 ss.; ID., *Zum gegenwärtigen Stand*, cit., 731 ss.), ha assunto progressivamente toni più critici (v. ora, W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte*, cit., 553 ss.).

⁶⁶ W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte*, cit., 558.

⁶⁷ W. FRISCH, *Erfolgsgeschichte*, 566 ss.; ID., *Straftat*, cit., 182 ss.; G. JAKOBS, *Tätervorstellung*, cit., 282; I. PUPPE, *Der Aufbau*, cit., 402 ss.; U. KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand*, cit., 461 ss.; P. SCHLADITZ, *Grundlagen*, cit., 171 ss.; C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., § 10, n. 53; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht*, cit., § 5, n. 22 ss.

re beni giuridici altrui, il cittadino deve essere consapevole delle circostanze rilevanti per tale pericolo. Che altri conoscano, o debbano conoscere tali circostanze è del tutto irrilevante ai fini della valutazione della *sua* condotta⁶⁸. Insomma, la tipicità della condotta non è questione che possa risolversi in modo oggettivo, prescindendo dai profili soggettivi (cioè dal sapere dell'agente riguardo ai fattori di rischio).

5. Il ruolo delle conoscenze superiori o speciali: dalla causalità adeguata alla violazione della diligenza

Da questo primo giro d'orizzonte si dovrebbe intuire che il tema delle conoscenze speciali o superiori dell'agente solleva l'interrogativo fondamentale della definizione di una base oggettiva comune a illecito doloso e colposo e si interseca con la questione della determinazione della misura della colpa⁶⁹.

In effetti, il concetto di *Sonderwissen* compare in relazione a costellazioni assai diverse⁷⁰.

Da un lato, si allude alla conoscenza di un fattore di rischio ignorato dalla generalità delle persone (come nei casi della conoscenza riguardo alla particolare costituzione della vittima o conformazione di luoghi), ma anche alla conoscenza dell'intenzione criminosa di un terzo (casi di concorso e agevolazione, divieto di regresso) o della inosservanza di un terzo (principio di affidamento). In questi contesti la dottrina discute della soglia di rilevanza del rischio consentito/rischio illecito e della competenza per il rischio. Dall'altro, si valuta l'incidenza delle conoscenze e abilità speciali o superiori sulla applicazione dell'agente modello nei giudizi di colpa. Qui la dottrina, a seconda della collocazione sistematica (illecito o colpevolezza), affronta lo spinoso problema della determinazione del dovere di diligenza e della esigibilità della condotta doverosa.

⁶⁸ W. FRISCH, *Straftat*, cit., 188.

⁶⁹ M. DONINI, *Illecito*, cit., 311; M. SACHER, *Sonderwissen*, cit., 28; G. MARI NUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 203; G. FORTI, *Colpa*, cit., 268; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 427 ss.

⁷⁰ M. SACHER, *Sonderwissen*, cit., 19 ss.; U. MURMANN, *Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung*, in *Herzberg FS*, Tübingen, 2008, 123 ss.

Il problema delle conoscenze superiori o speciali si pone ogni qual volta si utilizzino parametri oggettivi o generali per la determinazione della condotta tipica, come per es. quando occorre definire la violazione della diligenza o il suo rovescio, cioè il rischio consentito. Ma mentre la questione relativa all'estensione del dovere di diligenza (generalizzazione e individualizzazione della misura) guarda al soggetto, cioè al destinatario della norma, la definizione del confine inferiore della tipicità guarda all'oggetto, ovvero alla natura del rischio (lecito, illecito o consentito).

La dottrina dominante definisce come “conoscenze speciali o superiori” quei dati che da un punto di vista *ex ante* sono conosciuti dall'agente concreto, ma non sono conoscibili dall'agente modello. In dottrina si è osservato che, in realtà, non è affatto chiaro cosa si debba intendere per conoscenza speciale o superiore e ci si limita ad affermare che si tratta di un concetto di relazione, in quanto riferito ad un parametro oggettivo (qualunque esso sia: uomo medio, osservatore avveduto, esperto, *homo eiusdem*, ecc.). Banalmente sono ritenute conoscenze speciali e superiori quelle non possedute dall'agente modello⁷¹. Si tratta, dunque, di un concetto riferibile a dati empirici di natura cognitiva: il *Sonderwissen* comprende ciò che l'agente conosce (anche solo casualmente), ma non ciò che un osservatore oggettivo avrebbe potuto conoscere⁷².

L'argomento era già noto e dibattuto nell'800 nell'ambito delle antiche teorie della causalità adeguata, ove per valutare la rilevanza penale di determinati fattori causali si ricorreva al criterio della esperienza comune e della generale idoneità a provocare eventi di un certo tipo⁷³. Nel procedimento di formazione della base del giudizio furono introdotti i criteri dell'osservatore avveduto e coscienzioso (*einsichtiger* o *objektiver Beobachter*) e della prevedibilità oggettiva (*Vorhersehbarkeit*)⁷⁴.

⁷¹ L. GRECO, *Das Subjektive*, cit., 290; anche J.C. PORCIÚNCOLA, *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*, Barcelona, 2014, 290.

⁷² J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Sonderwissen*, cit., 345 ss.

⁷³ J. VON KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte*, in *ZStW*, 1888, 528 ss.

⁷⁴ Fondamentale, L. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1904, 159 ss.; nella stessa direzione, M.L. MÜLLER, *Kausalzusammenhang*, cit., 28; K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tat-*