

ANDREA CASTALDO

LA TEORIA DELL'AUMENTO DEL RISCHIO
E L'ILLECITO COLPOSO *

* Il presente lavoro fa parte di un'indagine più ampia concernente la problematica dell'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, di prossima pubblicazione. Per questo motivo le citazioni sono incomplete e ridotte all'essenziale.

La ricerca è stata pressoché interamente realizzata durante un soggiorno di studi presso l'Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften dell'Università di Monaco di Baviera. L'Autore desidera esprimere un sincero ringraziamento al Direttore dell'Istituto, prof. Claus Roxin.

ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE CITATE

Arch. circol.	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
BGH-St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
CP	Cassazione penale (fino al 1981, Cassazione penale Massimario annotato)
Dir. fam. pers.	Il Diritto di famiglia e delle persone
Foro it.	Il Foro italiano
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
IP	L'indice penale
JA	Juristische Arbeitsblätter
JB1	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
RG-St	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. giur. circ. trasp.	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
Riv. it. med. leg.	Rivista italiana di medicina legale
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
StrV	Strafverteidiger
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

SOMMARIO: 1. La problematica del comportamento alternativo lecito e l'imbarazzo della giurisprudenza in un recente caso. — 2. Il raffronto tra condotta « colposa » e condotta « doverosa » come substrato dell'aumento del rischio. — 3. L'apertura limitata ai decorsi alternativi ipotetici. — 4. L'elaborazione della *Risikoerhöbungslehre*: l'inquadramento dommatico ed i precedenti. — a) Le numerose obiezioni sollevate: la concretizzazione del *quantum* di incremento del pericolo; — b) la base del giudizio; — c) le difficoltà probatorie; — d) la presunta trasformazione del delitto colposo d'evento in reato di pericolo; — e) la contrarietà al canone processuale *in dubio pro reo*. — 5. Le variazioni apportate alla concezione roxiniana: il modello di *Puppe* e di *Schünemann*. — 6. L'esportabilità della teoria dell'aumento del rischio in aree differenti: i reati omissivi impropri, la responsabilità civile, il concorso di persone. Critica. — 7. La verifica empirica della *Risikoerhöhungstheorie*: soluzione di alcune fattispecie « classiche ».

1. La problematica del comportamento alternativo lecito e l'imbarazzo della giurisprudenza in un recente caso.

« Sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta imperita, negligente od imprudente del sanitario, che non abbia disposto cautele ed accertamenti che avrebbero portato ad un sollecito intervento chirurgico su un infortunato e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il ferito, aveva buone probabilità di raggiungere tale scopo. È da aggiungere, altresì, che quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente » (1).

Il passo riportato « fotografa » con estrema nitidezza le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nell'affrontare il tema della responsabilità per colpa. E l'angolo di campo prescelto (il nesso causale) finisce per costituire la valvola di sicurezza dei numerosi profili coinvolgenti la ricostruzione dell'illecito colposo.

(1) Cass. 7.1.1983, CP 1984, 1144 (pubblicata inoltre in *Riv. it. med. leg.* 1984, 871). Analogamente, Cass. 22-4-1987, CP 1989, 72 ss.

Per il corretto inquadramento della fattispecie, cfr. *infra*, 6.

Il caso presentatosi alla Suprema Corte riguardava l'infortunio occorso ad un lavoratore, deceduto in seguito per la negligenza dei sanitari curanti, colpevoli di non aver disposto l'immediato ricovero ospedaliero ed adeguati esami radiologici. Gli accertamenti svolti dal collegio peritale avevano tuttavia appurato che un subitaneo intervento chirurgico « avrebbe concesso un maggior numero di probabilità di successo terapeutico », senza peraltro sconfiggere del tutto l'evento letale, causa le gravi lesioni interne subite dalla vittima.

In altri termini — e qui risiede la peculiarità della vicenda — il comportamento « corretto », esigibile dal medico, non sarebbe probabilmente valso ad impedire l'esito letale.

Ma procediamo con ordine.

Un primo oggetto dell'indagine concerneva la possibilità di avvalersi di leggi causali probabilistiche. Un secondo aspetto, quello della valenza specifica della violazione contestata sull'evento-morte, in particolare accertare l'*anticipazione* del risultato finale quale requisito necessario e sufficiente ai fini dell'insorgere della responsabilità penale; infine, ed in stretta connessione, l'esclusione — in base a considerazioni *teleologico-funzionali* — dell'imputazione oggettiva.

La sentenza, come si è avuto occasione di sottolineare, fa del principio di causalità il centro di gravità, confermando una tendenza abbastanza diffusa, specie nel reato omissivo. Ora, se si può convenire sulla necessità dell'impiego di leggi a struttura probabilistica per l'accertamento del nesso eziologico (2), con l'inevitabile corollario della sua non facile individuazione (3), non si può d'altra parte tacere

(2) In senso conforme, STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, 1975, 311 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, 1985, 107; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, 1987, 324. *Contra*, STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, I, *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, 1974, 153 ss.

(3) Paradigmatico il famoso caso del talidomide: in argomento, ARM. KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conterganverfahren*, JZ 1971, 569 ss. (anche in *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, 190); BRUNS, *Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, 117 ss.

In generale, WACHSMUTH-SCHREIBER, *Sicherheit und Wahrscheinlichkeit. Juristische und ärztliche Aspekte*, NJW 1982, 2094 ss.; ALLGAIER, *Probabilität und Jus. Über die Beweiskraft im Recht unter besonderer Berücksichtigung von Kybernetik, Statistik und Wahrscheinlichkeit*, MDR 1986, 626 ss.

come il fulcro della questione ruoti intorno all'*attribuibilità* dell'evento all'agente.

La problematica affiorante, nota con l'espressione « comportamento alternativo lecito » (*pflichtmässiges Alternativverhalten*), si ripropone cioè ogni qualvolta la violazione delle *leges artis* difetti, per così dire, di reale incidenza, in quanto la condotta « nella norma » non sarebbe riuscita a spiegare gli effetti programmati.

La Corte di Cassazione si rende conto senz'altro della singolarità della situazione e del disagio che vi si accompagna, ma la soluzione prospettata, se non errata, si rivela certamente inconferente. Infatti: che la condotta omissiva tenuta abbia provocato il decesso dell'infortunato non disegna per intero il volto della responsabilità colposa. Esattamente si fa notare come la mera « anticipazione » dell'evento di per sé deponga a favore dell'imputazione del fatto (4), l'argomentazione però rimane sospesa a mezz'aria, per il brusco passaggio all'utilizzo di un binario non più naturalistico, bensì *normativo*.

L'errore di metodo diventa scoperto laddove si cerca di coprire con considerazioni equitative aspetti strettamente tecnico-giuridici. Si spiega così perché sia abbastanza frequente sentire parlare — soprattutto nella giurisprudenza tedesca — di « causalità normativa » (5), locuzione attraverso la quale si associano (e si sovrappongono) piani di ricerca totalmente distinti. A dimostrare l'inconsistenza della formula vale del resto ancora l'obiezione di *Exner*: la violazione del dovere, cioè la *qualifica* della condotta, essendo concetto astratto, non può ontologicamente *causare* l'evento (6).

I dubbi insorgenti nel caso di specie, e che si ripropongono spesso nell'illecito colposo, confermando il carattere tutt'altro che scolastico della problematica (7), girano intorno al seguente interro-

(4) Sulla *Lebensverkürzung*, cfr. WOLFLAST, *Nota a BGH* 20.5.1980, *NSiZ* 1981, 219 ss.

Nella giurisprudenza italiana, Cass. 24.4.1963, *CP* 1963, 803; Cass. 17.1.1969, *CP* 1969, 978; Cass. 23.4.1969, *CP* 1970, 1327.

(5) Per una panoramica, SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, n. 188 *sub* § 16.

Anche la dottrina, in parte, non disdegna di affrontare il tema sotto il profilo di un « doppio esame della causalità »: per tutti, MÜHLHAUS, *Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Lehre unter besonderen Berücksichtigung des Strassenverkehrsrechts*, 1967, 26.

(6) EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für Frank*, I, 1930, 583 s.

(7) Sulla c.d. *Lehrbuchkriminalität*, cfr. l'interessante studio di JÄGER, *Glosse über Lehrbuchkriminalität*, *MSchrKrim*, 56 (1973), 300 ss.

gativo: se l'evento vada imputato o meno all'autore quando la condotta lecita avrebbe provocato il medesimo risultato.

2. *Il raffronto tra condotta « colposa » e condotta « doverosa » come substrato dell'aumento del rischio.*

La risposta va fornita tenendo presente, innanzi tutto, l'illecito *commissivo* colposo.

Al di là delle decisioni, solitamente richiamate, e tratte dalla giurisprudenza e letteratura straniere (*infra*, 7), può prendersi a riferimento una non lontana pronunzia della Corte di Cassazione in materia di circolazione stradale (8). Nell'assolvere l'imputata dall'accusa di omicidio colposo plurimo, i giudici di legittimità, condividendo le argomentazioni svolte nei gradi precedenti, precisavano che « l'accertata sussistenza di una condotta antiggiuridica di uno degli utenti della strada con violazione di specifiche norme di legge o di precetti generali di comune prudenza, non può di per sé presumere l'esistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso, che occorre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'incidente si sarebbe egualmente verificato senza quella condotta ».

Come di consueto, la Suprema Corte conclude per l'inesistenza del rapporto di causalità, anziché soffermarsi su aspetti ulteriori. In verità, in questo come negli altri esempi, la presenza del nesso eziologico non è revocabile in dubbio, se si accede alla costruzione — e verifica — di esso grazie ad una legge di copertura scientifica (9). Ma altrettanto fuori discussione è la mancanza di un'equiparazione automatica — sul piano oggettivo — tra causalità e tipicità, dal momento che è necessario intraprendere l'esame concernente i requisiti costitutivi della *objektive Zurechnung* (10).

Nell'illecito colposo il momento centrale è rappresentato dalla violazione di una regola cautelare produttiva di un evento danno-

(8) Cass. 24.4.1984, *Riv. giur. circ. trasp.* 1984, 723 (anche in *Arch. circol.* 1984, 601).

(9) Si veda ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

(10) Si tratta di un aspetto che, sia pure a fatica, comincia a farsi largo nella letteratura italiana. A riprova, FIANDACA-MUSCO, cit. (nota 2), 113 ss.

so (11). La causazione di detto evento ad opera di una condotta « indifferente », priva cioè dei connotati della negligenza, imprudenza, imperizia, risulta quindi estranea ad ogni censura in sede penale.

Se dunque la *Sorgfaltswidrigkeit* è il *quid* che decide circa la qualifica da attribuire al fatto, è logico chiedersi quale debba essere la risposta — in termini di punibilità — al comportamento *lato sensu* colposo, ma *in concreto* irrilevante quanto a pericolo creato.

La somministrazione di un farmaco tossico, dovuta a grave disattenzione del personale ospedaliero, è certamente un comportamento « negligente », responsabile della morte del paziente. Qualora però si accerti che il medicinale prescritto avrebbe provocato analogamente il decesso, causa l'ipersensibilità della vittima non individuabile preventivamente, resta l'interrogativo se sia *sufficiente* sanzionare l'errore commesso, o se viceversa divenga *necessario* richiedere che quell'errore specifico abbia giocato un ruolo ben preciso nell'inevitabilità dell'evento.

È questo il cardine della teoria dell'aumento del rischio, che pretende di risolvere senza incertezze il quesito, e della quale ci si deve occupare.

3. *L'apertura limitata ai decorsi alternativi ipotetici.*

La risposta relativa all'*inevitabilità* dell'evento non può essere fornita se non confrontando l'accaduto con ciò che si sarebbe verificato osservando la condotta prescritta. Il che significa dare spazio ai decorsi alternativi ipotetici, sia pure in una dimensione ristretta. La domanda « cosa sarebbe successo in assenza della violazione » ha senso, insomma, soltanto mediante la comparazione ipotetica tra avvenimenti. L'unica particolarità consiste, semmai, nel limitarsi all'esame del comportamento alternativo lecito, selezionato tra la massa di fatti in grado di influire in modo identico sul risultato. Posta la condotta colposa, l'analisi in tema di evitabilità della lesione viene effettuata quindi tramite il riscontro con un comportamento che è l'esatto contrario, senza bisogno di ingolfarsi in complicate ricerche

(11) Fondamentali, in merito, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965.

sulla sussistenza — ed ammissibilità — di differenti cause alternative.

Questo restringimento dell'indagine può essere certamente seguito per comodità d'esposizione, a condizione di puntualizzare come tuttavia non vi sia — sul piano *funzionale* — una differenza tra « generica » *Ersatzursache* e lo « specifico » comportamento alternativo lecito. Insomma, dovrebbe essere chiaro che l'ingresso del comportamento alternativo equivale implicitamente ad ammettere il sub-ingresso di qualsiasi « causa di riserva ».

4. *L'elaborazione della Risikoerhöhungslehre: l'inquadramento dommatico ed i precedenti.*

La premessa era necessaria per il corretto inquadramento della dottrina dell'aumento del rischio, il cui nocciolo, pur con la doverosa precisazione della fluidità della corrente, è imperniato intorno al concetto di incremento del pericolo.

Ogni condotta che trasgredisca regole cautelari è espressione naturalmente di un pericolo. Tale pericolo, inoltre, supera per definizione la soglia dell'*erlaubtes Risiko*, cioè del limite fino al quale il legislatore è disposto a sopportare la natura intrinsecamente pericolosa di determinate attività, stante la loro utilità sociale (12).

Ai fini però dell'imputazione oggettiva dell'evento, la misurazione dell'aumento del rischio va effettuata non secondo un parametro assoluto, ma in relazione al potenziale di offensività che la condotta lecita avrebbe creato: qualora la comparazione porti ad un risultato in pareggio (anche il comportamento doveroso non sarebbe stato idoneo a scongiurare l'evento), non vi sarà responsabilità per colpa (13).

Da una parte, dunque, il *quantum* di rischio diventa una grandezza commensurabile proprio grazie a quell'*Alternativverhalten* da cui si erano prese le mosse.

L'assunto teorico della concezione poggia, d'altra parte, su

(12) Per uno sforzo di concretizzazione di tali confini, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, 575 s.

(13) Cfr. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962) 411 ss., ora in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 168 ss.

strutture sufficientemente lineari: l'inutilità della repressione penale, alla luce di una politica criminale ispirata a criteri di plausibile razionalità, qualora la condotta lecita non riesca a migliorare la situazione.

La struttura dell'illecito colposo, caratterizzato dal preminente disvalore *oggettivo* anziché soggettivo (la trasgressione dell'obbligo di diligenza non accompagnata dalla volontà di cagionare l'evento) si armonizza del resto perfettamente con la soluzione prospettata.

Nel sistema roxiniano, inoltre, la validità della teoria viene argomentata dal principio di eguaglianza: l'azione vietata, che alla prova dei fatti non innalza il rischio, va trattata alla stregua dell'azione lecita (14).

Proprio a *Roxin* si deve la compiuta elaborazione del criterio in esame, la cui « scoperta », seppure in forma embrionale, è piuttosto risalente nella storia del pensiero giuridico. Così, *v. Kries* aveva significativamente parlato di incremento delle possibilità di realizzazione dell'evento a seconda del pericolo insito nell'attività illecita (15); in tempi più recenti *Engisch* aveva insistito sul concetto di *Gefahrverwirklichung*, mostrando di privilegiare identiche linee ricostruttive (16). Soprattutto *Mittasch* (17), da un lato, e la giurisprudenza austriaca (18), dall'altro, avevano elaborato costruzioni assai simili, quest'ultima indubbiamente favorita dalla formulazione del § 335 del codice penale austriaco nel testo anteriore alla riforma del '74, il quale annoverava tra i *Vergehen* le azioni o le omissioni che avessero « accresciuto il pericolo di vita » (19). Ma — ripetiamo — è solo il prezioso contributo di *Claus Roxin* a far assumere alla *Risikoerhöhungslehre* forma organica. Degno di nota, anzi, come il

(14) ROXIN, cit. (nota 13), 170.

(15) v. KRIES, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888), 26.

(16) Si veda al riguardo la stessa ammissione di ROXIN, cit. (nota 13), 178.

(17) MITTASCH, *Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko*, 1943, 46 ss.

(18) Puntuali riferimenti in KIENAPFEL, *Die Fabrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Strassenverkehrs. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, ZVR 1977, 167.

(19) Sul punto, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fabrlässigkeitsdelikten*, 1965, 134 s.; NOWAKOWSKI, *Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, JBl 1972, 31; BURGSTALLER, *Das Fabrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, 135 s.

suo stesso fondatore sia ritornato successivamente sull'argomento, nel tentativo di superare le numerose obiezioni mosse (20).

Dimostrata la base dogmatica della teoria, è ora di dar conto proprio di tali obiezioni, allo scopo di verificarne la infondatezza e, contemporaneamente, il grado di compatibilità del parametro di imputazione prescelto con il sistema vigente.

a) *Le numerose obiezioni sollevate: la concretizzazione del quantum di incremento del pericolo;*

Un rilievo preliminare, salvo limitate eccezioni trascurato in dottrina, concerne il *grado* di aumento del rischio, che la condotta negligente deve raggiungere. È sufficiente, in altri termini, un *qualsiasi* aumento, anche insignificante o esiguo, del pericolo creato, o ne occorre comunque uno *consistente*?

Sul piano astratto, indicando il concetto « aumento del rischio » come una grandezza fisica classificabile in una scala di valori oscillanti da 1 a 10, è già rilevante un aumento pari ad uno, per concludere positivamente sulla sussistenza della *objektive Zurechnung*?

In generale si preferisce ricorrere a formule stereotipate, trincerandosi dietro scarse indicazioni: ora si chiede una « *messa in pericolo innalzata* in maniera considerevole » (21), ora, con accenti altrettanto vaghi, un aumento del rischio « giuridicamente rilevante » (22), o ancora un « sostanziale » incremento (23).

Queste isolate prese di posizione non contribuiscono certo a fare chiarezza: si evince la tendenza — peraltro insufficientemente

(20) Le tappe del processo evolutivo passano soprattutto attraverso due lavori successivi al saggio del '62, e cioè la recensione al *Doktorarbeit* di Ulsenheimer pubblicata nella ZStW 78 (1966), 214 ss. e l'articolo *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für Honig*, 1970, 133 ss. (ripubblicato in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 126 ss.).

(21) Così JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, 474 (corsivo nel testo originale).

(22) WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einer funktionalen Straftatsystem*, 1981, 338.

(23) KIENAPFEL, cit. (nota 18), 167 s.; RUDOLPHI, in RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 1988, n. 67 prel. § 1.

Secondo Kienapfel, quando ricorra un « sostanziale » innalzamento, è un problema squisitamente normativo.

Altri riferimenti in PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, ZStW 99 (1987), 605 nota 33.

motivata — a considerare non « perseguibili » aumenti del pericolo di trascurabile entità, ma l'equivocità delle espressioni adoperate balza agli occhi qualora si passi ad una loro concretizzazione nella pratica, per superare lo *Schmerz der Grenze*.

Maggiormente elaborata, ma carente di giustificazione, la proposta di interpretare l'aumento come variabile dipendente dall'entità del rischio di base. Ad esempio: se la negligenza del chirurgo nel praticare l'intervento operatorio ha diminuito le *chances* di sopravvivenza del paziente, aumentando per converso il rischio di esito infausto, la significatività dell'aumento andrebbe rapportata al *quantum* originario del pericolo esistente; ipotizzando, data la complessità dell'operazione, elevate possibilità di decesso *ab initio*, l'incremento registratosi non avrebbe valore, mentre, trattandosi di rischio *ab origine* esiguo, dovrebbe affermarsi la sussistenza dell'imputazione di fronte ad un incremento, sia pure minimo (24).

La soluzione non è però condivisibile: che l'aumento del rischio (fino a quale misura non viene specificato) non rivesta alcun ruolo in presenza di basse probabilità in origine di evitare la lesione del bene, equivale a sancire, seppure in forma elegante, il disinteresse del diritto penale nei confronti dei moribondi e degli individui particolarmente esposti, tracciando pertanto un identikit differenziato della persona umana, a seconda del suo *status* fisiopsichico. Con la conseguenza di rispolverare l'orientamento quanto mai criticato di *Arthur Kaufmann* (25).

Il criterio dell'aumento del rischio nasce dal tentativo di risolvere l'antinomia tra lesione *formale* e *sostanziale* del bene giuridico; la scelta a favore del secondo polo esige pertanto una risposta punitiva pronta nei casi di accertata *Risikoerhöhung*, quando cioè l'aggressione era evitabile grazie al comportamento diligente (26). Se si rimane ancorati al motivo di fondo delineato, si scoprirà come il pro-

(24) In questa direzione sembra orientato KRÜMPELMANN, *Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten*, GA 1984, 507.

(25) Esposto in *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, 200 ss. (ripubblicato in ARTH. KAUFMANN, *Schuld und Strafe*, 2ª ed., 1983, 49 ss.); Id., *Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie*, Festschrift für Jescheck, I, 1985, 273 ss.

(26) L'indagine non va confusa con l'altra, relativa al parametro da impiegare (sicurezza o possibilità), affinché sia lecito dare spazio al comportamento alternativo. Sul punto, *infra*, e).

blema sollevato rappresenti soltanto uno pseudo-problema e quanto semplice sia la soluzione. Anziché avventurarsi in inverosimili ed arbitrarie quantificazioni, basta ricordare infatti come il concetto di « aumento » contenga in se stesso un disvalore nascente da una trasgressione normativamente rilevante, per il superamento del confine superiore del rischio permesso; sarebbe pertanto completamente ingiustificata una concessione statuente un nuovo margine di libertà di aggressione, laddove era viceversa possibile l'adeguata protezione dell'oggetto della tutela.

È pertanto fuorviante interrogarsi sulla giustificabilità della reazione penale per il « minimo » incremento del pericolo: la risposta è sempre positiva, e l'ingraduabilità del criterio in concreto si spiega, logicamente, perché il superamento — anche trascurabile — di un limite *massimo* è inevitabilmente una violazione insuscettibile di interpretazione correttiva (27).

b) *la base del giudizio;*

Un secondo aspetto riguarda il metodo per accertare l'innalzamento del pericolo. Occorre una valutazione *ex ante*, *ex post*, o in qualche misura intermedia?

Proprio su questo profilo si erano appuntate le critiche iniziali: la questione è oggi definitivamente risolta, e conserva valore più storico che attuale.

Il « primo » *Roxin* non ha dubbi: l'individuazione dell'aumento del rischio va condotta secondo un parametro *ex ante* (28), mediante un procedimento di prognosi postuma, conformemente all'orientamento dottrinario maggioritario (29). È intuitivo come una simile ricostruzione si dimostri inutile, o comunque dalle conseguenze scontate;

(27) Conclusioni abbastanza simili in PUPPE, cit. (nota 23), 605, a parziale modifica della precedente opinione; *contra*, SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 653, a favore di un aumento *rilevante* del rischio, coerentemente con l'impostazione « rigidamente normativa » (così RUDOLPHI, cit. [nota 23], n. 65 prel. § 1) da lui accolta.

Cfr. la nota 63.

(28) ROXIN, cit. (nota 13), 169.

(29) Cfr. v. HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen*, ZStW 42 (1930), 528; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, 181 ss.; MIR PUIG, *Die « ex ante » Betrachtung im Strafrecht*, Festschrift für Jescheck, I, 1985, 339 ss.

tratteggiare l'incremento del pericolo partendo da « una base di giudizio nomologico-ontologica » (30) *anticipata* al momento dell'esecuzione dell'azione, determina invariabilmente una conclusione affermativa.

Infatti, il trovarsi di fronte a comportamenti in contrasto con le regole cautelari implica automaticamente il riconoscimento dell'aumento del rischio nei panni dell'osservatore fornito delle conoscenze del nostro tempo e di quelle, eventuali, superiori possedute dall'agente in carne ed ossa. Altrimenti il dovere di diligenza normativamente prefissato non avrebbe alcuna funzione (preventiva), né residuerebbero motivi avallanti la sua emanazione (31). L'iniezione di cocaina (vietata in ragione della nota pericolosità) rappresenta *ex ante sempre* un aumento del pericolo, se confrontata con l'agire prescritto (l'impiego di novocaina come anestetico) (*infra*, 7): una valutazione diversa diventa sostenibile solo ipotizzando l'anomalia fisica del paziente, circostanza, però, accertabile successivamente (in sede di autopsia). Se *Roxin*, nonostante tutto, arriva al risultato opposto, è perché inconsapevolmente finisce per utilizzare un integrale giudizio *ex post* (32).

L'esattezza dei rilievi è implicitamente avvalorata dalla replica del « secondo » *Roxin*: il concetto di pericolo, vincolato al parametro *ex ante*, andrebbe affinato con l'ausilio di elementi conoscibili posteriormente (33). Il sorpasso senza osservanza della distanza laterale imposta dal Codice della Strada accresce la possibilità di collisione tra i due veicoli (camion e bicicletta, nel *Lastzugfall*: *infra*, 7), ma, scoperta *ex post* l'ubriachezza del ciclista, l'infrazione non si traduce in un aumento del rischio; addirittura il sorpasso a distanza minima avrebbe potuto impedire la reazione di « corto circuito » del ciclista (34)!

Il compromesso proposto (35), tuttavia, non convince; il ten-

(30) Sul significato dell'espressione, BURGSTALLER, cit. (nota 19), 38.

(31) Cfr. ULSENHEIMER, cit. (nota 19), 134 s.; ID., *Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, JZ 1969, 366 s.

(32) La conferma in una frase di ROXIN, cit. (nota 13), 170: « con riferimento alla situazione *effettivamente verificatasi* » (corsivo nostro).

(33) ROXIN, *Recensione*, (nota 20), 221.

(34) Così ancora ROXIN, *Recensione*, (nota 20), 221.

(35) Come sottolinea anche BURGSTALLER, cit. (nota 19), 140 s.

tativo di combinare entrambi i criteri non consente l'identificazione del principio interpretativo da estrapolare, tanto più che la nota comune dei casi di comportamento alternativo lecito è imperniata sulla loro precisa ambivalenza: pericolosi *ex ante*, e non (nel senso chiarito) *ex post*.

Già nella *correzione* roxiniana è però il germe dell'integrale abbandono del giudizio di prognosi postuma, a favore dell'accertamento *ex post*. Se questa strada sia stata seguita incondizionatamente da Roxin resta in certa misura oscuro (36), ma comunque, dopo le precisazioni intervenute (37), si è imposta senza riserve tra i seguaci dell'indirizzo (38).

Compito del giudicante è pertanto indagare sull'eventuale presenza del pericolo nonché sul suo innalzamento mediante una « illimitata » (39) — sempre però legata alle peculiarità concrete (40) — ricostruzione di tutte le circostanze *ex post* che contribuiscano a completare il quadro.

L'investimento causato dalla velocità superiore ai limiti imposti non rappresenta, quindi, un pericolo maggiore per il pedone, sbucato improvvisamente sulla pubblica via, nell'ipotesi di invariabilità del risultato con velocità nella norma.

Cade definitivamente l'accusa di *Ulsenheimer* dell'inevitabile aumento del rischio legato al comportamento negligente, una volta puntualizzato il rapporto tra *pericolosità* e *messa in pericolo*: una rela-

(36) Infatti ROXIN, *Gedanken* (nota 20), 130 nota 18, sembra riconoscere, da una parte, il ruolo esclusivo della valutazione *ex post*, dall'altra ribadire la combinazione con un giudizio di segno antitetico.

Analoghe incertezze in dottrina quanto agli sviluppi del pensiero roxiniano: per BURGSTALLER, cit. (nota 19), 140 nota 62, non si registrerebbero effettivi mutamenti, secondo SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 649, viceversa, proprio il passo riportato segnalerebbe il distacco dalla teoria passata.

Tra i sostenitori del criterio *ex post*, SCHWANDER, *Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im Schweiz. StGB, SchwZStr*, 66 (1951), 450, 453; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, 107 ss.

(37) STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für Gallas*, 1973, 230.

(38) Ad esempio, BURGSTALLER, cit. (nota 19), 140 ss.; SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 649; KIENAPFEL, cit. (nota 18), 168; RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 69 prel. § 1. Si veda inoltre GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung, Festschrift für Heinitz*, 1972, 181.

(39) STRATENWERTH, cit. (nota 37), 230.

(40) Esattamente, BURGSTALLER, cit. (nota 19), 142.

zione di reciprocità non si riscontra sempre e comunque. La conferma è *in re ipsa*: il divieto di compiere specifiche azioni trova la sua *ratio* nella *pericolosità ex ante* della condotta, il che non esclude l'assenza — ad un'indagine *ex post* — dell'effettiva *messa in pericolo* (41).

c) *le difficoltà probatorie;*

Si sottolinea inoltre l'impossibilità pratica di accertare l'aumento del rischio (42).

L'obiezione perde consistenza, accedendo alla concezione della *rilevanza* di qualsiasi aumento — seppur minimo — del rischio (*supra*, a).

Non si può escludere, anzi è abbastanza consueto, che di fronte al caso specifico sussistano dubbi sull'esistenza dell'incremento del pericolo.

Le difficoltà possono essere di due tipi:

— mancato raggiungimento di conoscenze approfondite in un determinato campo (si pensi alla scienza medica), cosicché diventa arduo il compito del perito di esprimersi, ad esempio, sul pericolo, per la vita del malato, derivante dall'ingestione di un medicinale virtualmente tossico (l'aspetto coinvolge di riflesso la ricerca di una legge di copertura volta all'individuazione del nesso eziologico);

— penuria di informazioni non assoluta, ma relativa alla situazione creatasi. È dato acquisito, traducibile in precise formule matematiche, lo spazio di arresto di un'automobile, in fase di frenata, ad una precisa velocità; ma se l'andatura del veicolo è incerta, non si è neppure in grado, di conseguenza, di affermare che « l'incidente si sarebbe egualmente verificato se ... », esprimere cioè un giudizio sulla misura del rischio.

Allora? Le conclusioni non muterebbero neppure adottando altri indirizzi, perché l'incertezza coinvolge il discorso globale del « nesso » tra violazione della regola di diligenza ed evento, da qualunque prospettiva lo si esamini. Né potrebbe essere diversamente, visto che si tratta di ipotesi dove rimane misteriosa proprio la dinamica completa degli avvenimenti.

(41) Sul punto, STRATENWERTH, cit. (nota 37), 230 nota 15; BURGSTALLER, cit. (nota 19), 38 s., 141.

(42) ULSENHEIMER, cit. (nota 19), 136; Id., cit. (nota 31), 366; *per incidens*, SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 190 *sub* § 16.

Che residuino dunque margini di dubbio ineliminabili, è osservazione talmente scontata, almeno quanto la ricorrente tentazione di farne un *Haupteinwand* in mancanza di argomenti consistenti (43).

Sicuramente, inoltre, ha ragione *Samson* (44), quando lamenta l'eventualità che nuove scoperte scientifiche gettino una luce differente sul processo appena terminato, dimostrando la falsità dell'esito, ma non si vede come la riflessione possa colpire specificamente la teoria dell'aumento del rischio, e non sia invece appannaggio di qualsiasi ricostruzione processuale dei fatti, che deve trovare risposta, nei limiti del possibile, in meccanismi interni di revisione.

d) *la presunta trasformazione del delitto colposo d'evento in reato di pericolo;*

Frequente è il rimprovero di trasformare i delitti colposi d'evento in delitti di pericolo. L'osservazione nasce dalla considerazione che ai fini dell'infrazione della pena (e, prima, della sussistenza dell'imputazione oggettiva) verrebbe richiesto il solo aumento del pericolo, indipendentemente dalla produzione dell'evento, con l'illogico corollario di punire quindi la mera causazione del rischio (45).

Basta esaminare a fondo e senza pregiudizi la concezione in parola per accorgersi dell'inesattezza del rilievo.

Onde evitare equivoci, è bene, *in primis*, precisare come i parametri « *variazione del rischio* » / « *inevitabilità dell'evento* » finiscano per identificarsi. Infatti: se l'evento è *inevitabile* — nel senso che il comportamento alternativo lecito o un accadimento ipotetico

(43) Istruttivo in proposito v. KRIES, cit. (nota 15), 133 ss.

(44) In RUDOLPH - HORN - SAMSON (nota 23), n. 27a app. § 16.

(45) L'obiezione si ritrova in GEILEN, *Nota a Bay. OLG* 21.11.1972, JZ 1973, 322 s.; SCHLÜCHTER, *Grundfälle zur Lehre von der Kausalität*, JuS 1976, 107 nota 61; Id., *Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen*, JA 1984, 676; FINCKE, *Arzneimittelprüfung. Strafbare Versuchsmethoden*, 1977, 60 ss.; 81; BINDOKAT, *Versari in re illicita und Erfolgszurechnung*, JZ 1977, 550; SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, I, 4ª ed., 1982, 129; SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 190 sub § 16; BAUMANN - WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1985, 274.

Nella dottrina italiana, una presa di posizione in tal senso in MARINUCCI, cit. (nota 11), 268 nota 98, il quale liquida sbrigativamente la teoria roxiniana come posizione « appena diversa dall'indirizzo che propugna — di fatto — l'estromissione dell'evento dal campo di azione della colpa », ponendola sullo stesso piano delle correnti di pensiero favorevoli al principio del *versari in re illicita*.

lo avrebbero egualmente provocato —, la trasgressione dell'obbligo di diligenza perde importanza, causa l'incapacità della regola di gestire la protezione del bene in tale particolare occasione. Ne deriva l'impossibilità materiale di *incrementare* il rischio: se A, per sbadattaggine, non ispeziona prima della partenza l'impianto frenante della propria autovettura, che sa essere carente, e durante il viaggio causa un incidente, dovuto al cattivo funzionamento dei freni, il cui difetto, tuttavia, non sarebbe stato scorto neppure da un meccanico qualificato, il pericolo del sinistro non risulta accresciuto. Il binomio funziona anche nella direzione inversa: se l'evento era *evitabile*, il comportamento negligente riduce le *chances* a disposizione per impedire il risultato. Se l'usura delle pastiche era facilmente accertabile con la semplice pressione del piede sul pedale, l'inosservanza dell'elementare disposizione cautelare comporta l'accrescimento del rischio (46).

La tentazione di affermare che — nella prima variante dell'esempio illustrato — la mancata, preventiva ispezione abbia aumentato il pericolo in relazione ad eventi ulteriori incorre in un duplice, intrasistematico errore. Infatti: da una parte, la prova dell'aumento del rischio va cercata con un'analisi *ex post*, per cui non può non contare l'*impossibilità* di scoprire la carenza dell'impianto di frenatura; dall'altra, quest'indagine *ex post* si riferisce non a *qualsiasi* risultato astrattamente derivabile, ma è circoscritta all'evento *concretamente* realizzatosi, perché è da esso che se ne deduce l'innalzamento della soglia di pericolo.

Quando pertanto uno stesso sostenitore della *Risikoerhöhungslehre* ammette, rinunciando a priori ad un approfondimento, il mutamento del delitto d'evento in reato di pericolo (47), o quando, sulla premessa che nella valutazione del pericolo non vengono considerate tutte le *Ersatzursachen*, e proprio le estromesse potrebbero vantare un peso decisivo, nuovamente si conclude con l'accusa di modificare la categoria degli illeciti in questione (48), si deve ribattere che in

(46) Lasciamo da parte, per il momento, se la *Risikoerhöhungslehre* sia utilizzabile in fattispecie omissive: *infra*, 6.

(47) SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, Festschrift für Honig, 1970, 173, che scorge nell'evento evitabile il carattere di una condizione obiettiva di punibilità, conformemente a scopi « di economia della sanzione penale ».

(48) Così SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, 154 ss., 204; Id., in RUDOLPH-HORN-SAMSON (nota 23), n. 27a app. § 16.

un giudizio orientato *ex post* ogni circostanza influente sull'evento va tenuta presente; la fonte di pericolo è solo quella — *né potrebbe essere altrimenti* — che si è virtualmente esplicitata (49). Del resto, se l'evento specifico fosse bandito dal giudizio, sarebbe davvero singolare riuscire a misurare da un'angolazione a posteriori un parametro (il rischio) ormai privo di punti di appoggio.

In realtà, l'individuazione della *Risikoerhöhung* concerne la dimensione dell'imputazione oggettiva, e come tale presuppone esaurita la ricerca del nesso causale; l'evento, perciò, non è bandito dalla struttura del reato, almeno in una concezione fedele alla previa ricostruzione del legame tra azione ed evento sul piano naturalistico (50).

Neppure l'obiezione di *Jakobs* (51) coglie nel segno. Secondo l'Autore, l'evento non sarebbe necessariamente causato dalla condotta pericolosa, ma da un complesso di condizioni, alcune senza nulla in comune con la situazione effettiva di pericolo rientrando tra gli obiettivi da scongiurare, seppure influenzanti con identica energia il prodotto finale (52).

È vero invece il contrario. Se l'evento tipizzato risale a cause indipendenti dallo stato di rischio, l'imputazione oggettiva è esclusa, poiché si verifica, per usare le parole di *Jakobs*, soltanto il generale *Lebensrisiko*.

(49) Cfr. RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, 554 nota 40; STRATENWERTH, cit. (nota 37), 236 s.

(50) In maniera identica, WALDER, *Die Kausalität im Strafrecht*, SchwZStr 93 (1977), 162; SCHÜNEMANN, Nota a BGH 3.5.1984, StrV 1985, 230; KÜPER, *Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Festschrift für Lackner, 1987, 284 s.; FIANDACA, (voce) *Causalità (rapporto di)*, Digesto delle Discipline Penali, II, 4ª ed., 1988, 128; si veda anche VOLK, *Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Strassenverkehr*, GA 1976, 169.

Lo stesso FINCKE, cit. (nota 45), 61, 81, che tra l'altro accusa la corrente in esame di violare il principio di legalità ed irretroattività (art. 103 c. 2º GG), riconosce l'obiezione fondata soprattutto nei confronti dell'indirizzo che fa dell'aumento del rischio un criterio *sostitutivo* e non *integrativo* della causalità, come avviene ad esempio nel campo dei delitti omissivi (*infra*, 6).

(51) *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, 96 nota 185; ID., *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, ZStW, supplemento 1974, 29.

(52) Per cui — è la conclusione di JAKOBS, *Studien* (nota 51), 96 nota 185 —, l'imputazione obbedirebbe alla logica del *versari*, in quanto il pericolo creato non sarebbe quello vietato.

Per una messa a fuoco dei problemi connessi, JAKOBS, *Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht*, Festschrift für Lackner, 1987, 63 ss.

Infine, non andrebbe trascurato come l'infrazione della sanzione penale per la *lesione* del bene giuridico sia sempre collegata alla punizione per il pericolo *creato* (53); anche nel delitto d'evento, logicamente, come il più contiene il meno, la norma vieta la creazione (e l'incremento) del pericolo, dal quale ha origine la lesione, o ne comanda la diminuzione (54).

L'argomento della trasformazione dei delitti d'evento in delitti di pericolo si rivela pertanto pernicioso (55); se poi, eventualmente, *de lege ferenda*, sia auspicabile l'estensione della punibilità ad ogni pericolo (concreto) posto in essere, quantunque l'osservanza della regola di diligenza sarebbe stata « irrilevante nei confronti dell'evento » (56), è problema di politica criminale affatto diverso.

e) *la contrarietà al canone processuale in dubio pro reo*.

Abbastanza complesso si presenta un ulteriore aspetto, al quale la *Risikoerhöhungslehre* ha reagito imboccando strade non di rado tortuose. Si tratta di una critica, tuttavia, che adopera un argomento *processuale* (il canone *in dubio pro reo*) come prova inconfutabile dell'inconsistenza della teoria sul versante *sostanziale*. Con la conseguenza di confondere le acque, gettando in un unico calderone settori differenziati di ricerca.

La censura mossa è la seguente: secondo la concezione roxiniana, sarebbero da considerare i soli fattori ricavabili *ex post*, *sicuramente* concorrenti nella produzione dell'evento; incertezze circa la loro esistenza obbligherebbero il giudice a non tenerne conto (57). Da qui la violazione del principio *in dubio pro reo*: situazioni poco chiare in merito al verificarsi dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito si tradurrebbero sempre in un carico svantaggioso

(53) Cfr. STRATENWERTH, cit. (nota 37), 238; RUDOLPHI, *Die pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, 83, con esempi in tema di legittima difesa.

(54) Analogamente, RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 70 prel. § 1; implicitamente, SCHLÜCHTER, *Zusammenhang* (nota 45), 676.

(55) E viene bollato da SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 653, come espressione di una *petitio principii*.

(56) Testualmente, SCHROEDER, cit. (nota 5), n. 191 *sub* § 16. In merito, OTTO, *Recensione ad Ulsenheimer*, *MSchrKrim* 50 (1967), 96.

(57) Per tutti, SAMSON, cit. (nota 48), 47.

per l'imputato (58). La differenza si riverbera in maniera sensibile sul fronte dell'esclusione o meno dell'imputazione: mentre, infatti, la dottrina dell'aumento del rischio richiede tra le condizioni della negazione della *Zurechnung* la sicurezza, o comunque la probabilità confinante con la sicurezza, dell'analoga causazione dell'evento nonostante l'osservanza della regola di diligenza, tale limite è abbassato considerevolmente, dai sostenitori della corrente contraria, alla probabilità non rilevante, e persino alla semplice possibilità (59).

Esemplificando: se allo stato attuale delle conoscenze non è accertabile con *sicurezza* la nocività, per il paziente affetto da anomalie all'apparato ghiandolare, del preparato anestetico a base di novocaina (*infra*, 7), il dubbio sarà sufficiente ad escludere la responsabilità colposa del medico, che abbia iniettato per errore cocaina, per gli aderenti alla c.d. *Zusammenhangstheorie*, non invece per i seguaci della teoria dell'aumento del rischio.

Sul terreno astratto, entrambe le soluzioni sembrano meritevoli di accoglimento; la prima, perché evita di valutare a sfavore dell'autore elementi nel complesso oscuri; la seconda, perché consente di valorizzare la funzione connessa alla violazione della regola di diligenza e di salvaguardare i bisogni generalpreventivi (60). Non appare

(58) Cfr. ULSENHEIMER, cit. (nota 31), 367 (per l'irrilevanza dell'argomento — l'eventuale inattendibilità di una teoria sul versante processuale non determina la sua sconfessione in quello sostanziale —, LAMPE, *Recensione ad Ulsenheimer*, *SchwZStr* 83 [1967], 321); FINCKE, cit. (nota 45), 49 ss.; DENCKER, *Strafrecht: Die erfolgreiche Fahrerflucht*, *JuS* 1980, 212; SCHLÜCHTER, *Zusammenhang* (nota 45), 676; in precedenza EXNER, cit. (nota 6), 588.

Sulla regola processuale in oggetto, STREE, *In dubio pro reo*, 1962; HOLTAPPELS, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes «in dubio pro reo»*, 1965.

(59) Errata la sentenza dell'OLG Oldenburg 1-12-1970, *NJW* 1971, 631, con nota contraria di SCHRÖDER, *ivi*, 1143, rimasta isolata in giurisprudenza, che non ha riconosciuto l'*objektive Zurechnung* in un caso in cui il comportamento lecito avrebbe provocato un danno minore.

(60) Riflessioni simili in SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 651.

Si veda inoltre WALDER, *Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten*, *ZBJV* 104 (1968), 174 ss., che aderisce alle conclusioni roxiniane prendendo a modello una contestata decisione giurisprudenziale: un medico aveva provocato, per non aver sterilizzato la siringa di irgapirina, un'infezione mortale al paziente. La stessa si sarebbe probabilmente verificata anche adottando le misure precauzionali, in quanto i microbi responsabili del processo infiammatorio potevano essere debellati soltanto ad una temperatura di 150°, non raggiungibile con la normale ebollizione (in appello l'imputato fu proscioltto; la sentenza non è pubblicata).

però impossibile trovare un *trait d'union* tra le opposte esigenze.

I dati influenti sull'eventuale incremento del pericolo, non « chiari », sono divisibili in due sottosettori: o riguardano la dinamica inerente al meccanismo « naturalistico » di realizzazione del rischio, o quella « normativa » in tema di decorsi alternativi ipotetici. Come al solito, un riferimento concreto è in grado di precisare il pensiero: se i genitori, di fronte al grave rialzo termico da cui è colpito il loro bambino, somministrano un comune antipiretico, omettendo di consultare il medico, e se si dimostra che l'intervento tempestivo del pediatra *probabilmente* non sarebbe valso a scongiurare il decesso del neonato, può darsi che l'incertezza derivi dall'estrema difficoltà di ricostruire con esattezza lo stadio della malattia — e dunque la reversibilità della stessa —, nel momento del sopraggiungere dell'accesso febbrile, oppure dall'assenza, nella letteratura medica, di conclusioni univoche sull'evitabilità della morte nell'evenienza di immediata terapia. A ben vedere, nella prima ipotesi il dubbio concerne un fattore *reale*, nell'altra un procedimento *ipotetico*.

Inoltre, il problema di diritto sostanziale deve essere separato da quello di procedura: in prima battuta occorre esaminare il grado di probabilità richiesto ai fini dell'ammissibilità del comportamento alternativo e, successivamente, prendere in esame la utilizzabilità della regola processuale (61).

La puntualizzazione permette di scartare la tesi troppo radicale di *Roxin*. L'Autore ritiene che l'aumento del rischio non determinabile con sicurezza vada imputato all'agente: il brocardo *in dubio pro reo* non troverebbe applicazione e si spiegherebbe come retaggio della vecchia impostazione a struttura causalistica (62).

Il ragionamento soffre di eccessiva generalizzazione: la *certezza* dell'incremento del rischio a fondamento della pena non è valore cui rinunciare facilmente; il ricorso massiccio alla sanzione penale nei casi di insicura pericolosità dell'azione andrebbe del resto contro lo stesso principio di frammentarietà. Ammettere la prova provata della *Risikoerhöhung* non significa, però, nemmeno aprire ad un'incontrollata accettazione dei giudizi ipotetici.

(61) Conformemente, ARTH. KAUFMANN, *Kritisches* (nota 25), 277 ss., sebbene con esiti non condivisibili.

(62) ROXIN, cit. (nota 13), 171 s.

L'osservazione è ormai pacifica tra gli aderenti alla teoria *de quo* (63), viceversa titubanti nelle conclusioni laddove resti per l'appunto dubbia l'evitabilità del risultato, in ipotesi di azione lecita.

Un tentativo di soluzione si è articolato sulla distinzione tra incertezze in linea di massima chiaribili e no, con applicazione dell'*in dubio pro reo* solo nella prima alternativa (64); analogamente Burgstaller (65) differenzia tra nodi nell'indagine inerenti alla situazione reale o al decorso ipotetico.

Altri ha proposto la focalizzazione del concetto di aumento del rischio in senso strettamente *normativo* (66): esso ricorrerebbe quando lo scopo della norma violata (evitare specifiche aggressioni al bene protetto), in una dimensione *ex ante*, riuscirebbe a conservare il proprio significato ad una valutazione *ex post*: insistendo su parametri non quantitativi, il cambio dalla prospettiva « naturalistico-statistica » a quella « assiologica » risolverebbe in radice l'obiezione dell'*in dubio pro reo* (67).

È facile notare come le proposte avanzate si muovano in un'orbita simile all'aspetto segnalato *ab initio*, applicando il principio processuale a seconda che ci si trovi di fronte decorsi reali o ipotetici.

(63) A titolo esemplificativo, STRATENWERTH, cit. (nota 37), 235 s.; BURGSTALLER, cit. (nota 19), 143. In generale, LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, 223.

Richiedere pertanto un aumento « consistente » del rischio — *supra*, a) — tradisce l'esigenza di eliminare per quanto possibile situazioni equivoche, confliggenti con l'*in dubio pro reo*: in questo senso si persegue una finalità ammirevole con strumenti inadatti.

L'errore di prospettiva è abbastanza scoperto in RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 67 prel. § 1.

(64) STRATENWERTH, cit. (nota 37), 231 ss.; Id., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., 1981, 87. L'esempio addotto, per il delitto doloso, è il seguente: se B impedisce che A lanci il salvagente ad X, in procinto di annegare, non si riscontra innalzamento del pericolo ove si dimostri che, data la distanza, A non sarebbe stato mai in grado di farlo giungere ad X, o comunque esistano forti dubbi al riguardo; viceversa, ove il salvagente poteva benissimo essere lanciato nelle immediate vicinanze di X, l'imputazione oggettiva non verrà meno, qualora sussistano incertezze sulla capacità di X di agguantare il mezzo di salvataggio, a causa del mare agitato.

Sulla somiglianza del metodo d'indagine con il criterio della c.d. « logica empirica », cfr. PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerböhungsprinzips*, ZStW 95 (1983), 302 s.

(65) Cit. (nota 19), 143 ss. *Contra*, NIEWENHUIS, *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, 50 nota 111.

(66) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 651, 653 s.

(67) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 652 s.; Id., cit. (nota 50), 230 s.

Quanto allo sforzo di semplificazione di *Schünemann*, si sottolinea in modo velato, attraverso la « normativizzazione » della regola cautelare e dei suoi fini, la necessità dell'aggressione *reale* al bene protetto, in maniera non divergente dalla teoria di *Samson* dell'aggravamento *sostanziale* (68), ma senza specificare i requisiti effettivi alla luce dei quali valutare la riuscita dello scopo.

Certamente non è agevole separare dubbi chiaribili o meno, circostanze appartenenti al mondo reale o ipotetico (69), come talvolta si accusa per togliere credibilità al metodo, ma è altrettanto vero come tali ostacoli esistano comunque, a prescindere dalla dottrina impiegata.

Tornando al punto di partenza, l'obiezione di disapplicare il canone *in dubio pro reo* si rivela pertanto infondata; la sua validità permane, ove non sia individuabile con certezza il ruolo spiegato dai fattori *realmente* esistenti (serie e modalità degli accadimenti che hanno condotto alla produzione dell'evento), mentre la mancata considerazione, laddove i dubbi investano fatti ipotetici, resta legittimata e giustificata proprio dalla natura *irreale* dell'oggetto della disamina, imperniata *necessariamente* su modelli probabilistici (70).

Se, per riprendere un esempio estremamente semplificatore, non si conosce il punto esatto in cui si trovava il pedone, improvvisamente decisi ad attraversare la strada, al momento della frenata da parte dell'automobilista, viaggiante a velocità non consentita, e da ciò dipende l'inevitabilità o meno dell'investimento, la lacuna impedisce di dedurre l'incremento del pericolo, quindi andrà a favore dell'imputato (71); ma se non è dato sapere quali conseguenze traumatiche avrebbe prodotto l'investimento — inevitabile — alla velocità permessa, oppure, da diversa angolazione, se l'accadimento ipotetico (la caduta di un cornicione pericolante sul capo del pedone, in quel preciso istante) si sarebbe effettivamente realizzato, andrà esclusa a

(68) C.d. *Verschlechterungsprinzip*: cfr. SAMSON, cit. (nota 48), *passim*.

(69) Cfr. SAMSON, *Begehung und Unterlassung, Festschrift für Welzel*, 1974, 593 nota 68; KRÜPELMANN, cit. (nota 24), 495 ss.

(70) È merito di STRATENWERTH, cit. (nota 37), 233 ss., e soprattutto di PUPPE, cit. (nota 64), 299 ss., aver evidenziato l'indispensabilità del ricorso a leggi probabilistiche nel campo della causalità ipotetica.

(71) Si veda BURGSTALLER, cit. (nota 19), 144 s.; WALDER, cit. (nota 50), 159 ss., entrambi con ulteriori casi tratti dalla giurisprudenza austriaca e svizzera.

priori l'ammissibilità del ricorso alla causalità alternativa ipotetica e, con essa, l'impiego del canone processuale.

Anche per una ragione politico-criminale: la rinuncia all'imputazione oggettiva, quando esista soltanto la *possibilità* del prodursi del medesimo evento, indebolirebbe, senza un'adeguata contropartita, la funzione preventiva della norma diligenziale (72).

Un'ultima precisazione: perché possano prendersi in considerazione i decorsi alternativi ipotetici occorre la sicurezza, o quanto meno la probabilità confinante con la sicurezza, del loro verificarsi; una quantificazione del concetto è naturalmente difficile, ed inevitabilmente soggetta all'apprezzamento discrezionale dell'organo giudicante (73).

Ciò che però interessa è l'applicabilità o meno dell'*in dubio pro reo* quando permangono dubbi su tale *elevata* possibilità, laddove risulti quindi disagevole proprio la determinazione del *quantum* statistico che poi permette il giudizio sull'inevitabilità dell'evento. La risposta negativa, quindi il riconoscimento dell'incremento del rischio, scaturisce dalle premesse del discorso, trattandosi di fatti già ammessi in via straordinaria: un'eccezione dell'eccezione suonerebbe poco plausibile (74).

5. *Le variazioni apportate alla concezione roxiniana: il modello di Puppe e di Schönemann.*

Non è possibile dar conto delle numerose variazioni apportate al nucleo centrale della teoria roxiniana; meritano tuttavia un rapido *excursus* i suoi sviluppi più interessanti.

Secondo Puppe, l'autore di un comportamento negligente non supererebbe necessariamente i confini dell'*erlaubtes Risiko* (75).

(72) In argomento, EBERT-KÜHL, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Jura 1979, 572 s., e, per la dottrina italiana, FIANDACA-MUSCO, cit. (nota 2), 302.

Motivazioni di politica criminale in KÜPER, cit. (nota 50), 287.

(73) Sull'ammissibilità in generale delle cause ipotetiche, CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, RIDPP 1987, 904 ss.

(74) *Contra*, ARTH. KAUFFMANN, *Kritisches* (nota 25), 281 ss.

(75) PUPPE, *Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung*. BGH, NJW 1982, 292, JuS 1982, 661 s.; Id., cit. (nota 64), 288 s.; Id., Nota a BGH 6-11-1984, JZ 1985, 295.

L'apparente contraddizione (76) viene spiegata richiamando la dottrina dell'aumento del rischio: perché appunto si profili un incremento del pericolo, si deve dimostrare che la *Sorgfaltswidrigkeit* abbia accresciuto le probabilità della causazione del risultato (77).

Fermo restando l'indispensabilità di giudizi statistici in tema di causalità, la prova è raggiunta quando la trasgressione della disposizione cautelare « sia collegata o immediatamente all'evento tramite una legge di contiguità di effetti, oppure attraverso una catena ininterrotta di stadi vietati. Uno stadio è vietato, se la probabilità del suo verificarsi viene ridotta significativamente dall'osservanza della norma » (78). Il passo riportato tenta di dissipare l'ambiguità iniziale: la violazione delle *leges artis*, dunque, non comporta automaticamente la perdita del « beneficio » del rischio consentito, se non si realizza la condizione essenziale, e cioè che detta violazione abbia incrementato le possibilità di produzione dell'evento, da appurare mediante un giudizio c.d. di « causalità cinetica ».

Risultato ovvio, però, se un appunto si vuole muovere al pensiero della *Puppe*; il *Sorgfaltsverstoss* costituisce giocoforza un superamento della barriera del rischio consentito: la *ratio* della non incriminazione sta perciò nell'*irrilevanza giuridica* del pericolo creato, pur sempre vietato dall'ordinamento.

Quanto alla concezione di *Schünemann*, di cui si è avuto modo di anticipare i tratti salienti, l'aumento del rischio andrebbe ricavato dall'esame dell'*effettività* degli scopi per i quali era stata pensata la norma violata. Per la precisione: l'osservanza della regola cautelare, che *ex ante* garantiva l'integrità del bene, contribuendo a fissare l'ambito del rischio consentito, deve conservare la propria funzione anche alla luce delle circostanze conosciute *ex post*, in grado di pesare su tale valutazione. Altrimenti, l'incremento sarà solo fittizio, dal momento che qualsiasi comportamento del reo avrebbe cagionato la medesima lesione (79). Prendendo ad esempio il famoso caso dell'urografia (80), in cui era stato tratto a giudizio, con l'accusa di omicidio colposo, un medico che aveva somministrato al paziente,

(76) Si vedano le critiche di KÜPER, cit. (nota 50), 260 s., 270 ss.

(77) PUPPE, cit. (nota 23), 603 s.

(78) PUPPE, cit. (nota 23), 615.

(79) SCHÜNEMANN, cit. (nota 50), 230. Conforme, KAMPS, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fabrlässigkeitsdelikt*, 1981, 128 s.

(80) Per una dettagliata esposizione, BRANDIS-PRIBILLA, *Arzt und Kunstfehler-vorwurf*, 1973, 38 s.

allo scopo di praticare esami radiologici, urografi anziché l'usuale mezzo di contrasto dell'abrodil, l'errore diverrebbe in sostanza secondo *Schünemann* sorvolabile, ove si accertasse che, data la particolare costituzione fisica del malato, la sostanza « normale » da iniettarsi avrebbe causato gli stessi — se non addirittura più deleteri — effetti. La punizione del medico rappresenterebbe una « dimostrazione priva di utilità », « un esempio senza nessuna finalità politico-criminale » (81).

Entrambe le teorie, a prescindere dalle particolarità in cui si snodano, collimano con l'impostazione messa in evidenza: l'imputazione oggettiva resta condizionata alla sussistenza dell'aumento del rischio, all'effettivo aggravamento della situazione preesistente.

6. *L'esportabilità della teoria dell'aumento del rischio in aree differenti: i reati omissivi impropri, la responsabilità civile, il concorso di persone. Critica.*

Restano da esaminare le possibilità di « esportare » la *Risikoerhöhungslehre* in campi diversi dalla sua zona d'origine.

Incominciamo dal settore dei reati omissivi. I sostenitori della tesi favorevole all'« estensione » si fondano su argomentazioni ineccepibili da un punto di vista equitativo. A parte la violazione del principio di eguaglianza (e di coerenza intrasistemica dell'ordinamento penale), derivante dall'accoglimento dell'aumento del rischio per la sola categoria dei reati commissivi, si fa notare come l'orientamento maggioritario vada incontro a vistose contraddizioni nel formulare un giudizio di responsabilità per gli illeciti omissivi impropri: poiché infatti, ai fini dell'accertamento del nesso causale, sempre secondo la dottrina dominante, occorre dimostrare che l'evento, *sicuramente*, o con una *probabilità prossima alla certezza*, sarebbe stato impedito dall'azione non intrapresa, verrebbe esclusa ogni conseguenza nei confronti di colui il quale abbia diminuito le *chances* di salvezza del bene tutelato. Di qui la necessità pratica (ma anche teorica) di ricorrere all'impiego della *Risikoerhöhung* in sostituzione del principio di causalità (82).

(81) SCHÜNEMANN, cit. (nota 12), 583, 648.

(82) Questi — e altri rilievi critici — in STRATENWERTH, cit. (nota 37), 238; RUDOLPHI, cit. (nota 23), n. 16 prel. § 13.

Vero, inoltre, che la ricostruzione del nesso eziologico necessita dell'impiego massiccio di leggi probabilistiche, con il corollario di dubbi ineliminabili, ma ciò non equivale ad una sconfessione della causalità.

La difficoltà, effettivamente, sussiste: i genitori che trascurano di chiamare a consulto il pediatra, e lasciano morire il neonato sottovalutando la gravità del morbo, non risponderebbero di omicidio colposo, se si provasse che l'intervento dello specialista non avrebbe *probabilmente* sortito effetti diversi, nonostante l'oggettivo incremento del rischio di morte apportato dalla loro condotta omissiva.

È bene però precisare come la giurisprudenza italiana (e tedesca) aggiri l'ostacolo, ritenendo che in simili casi esiste un anticipo temporale nella produzione dell'evento, sufficiente a configurare la tipicità (83). La conclusione non è errata: la causalità nell'omissione ha struttura *normativa*, e presuppone che l'evento concreto, *hic et nunc* verificatosi, sia proprio quello che l'esecuzione dell'azione doverosa avrebbe impedito. Eventi del medesimo *genus*, ma « collocati » diversamente nel tempo, impediscono pertanto la corretta focalizzazione della problematica (84).

L'« originale » modello di causalità del reato omissivo spiega quindi l'impossibilità di adottare la teoria dell'aumento del rischio. Mentre essa si presenta nell'illecito *commissivo* come parametro *aggiuntivo* dello schema causale, viceversa svolgerebbe nell'*omissione* un ruolo *sostitutivo*.

E ciò per la loro sostanziale incompatibilità, in quanto l'accertamento del legame eziologico presuppone la quasi sicurezza dell'eventualità dell'evento, la *Risikoerhöbungslehre* si accontenta della mera possibilità dell'aumento del rischio. Di conseguenza, l'impiego *esclusivo* di quest'ultima comporterebbe un'estensione della sfera di responsabilità penale, contravvenendo all'*in dubio pro reo* (85) e trasfor-

(83) Si veda in tema C. Ass. Cagliari 10-3-1982, *Foro it.* 1983, II, 27 ss., con nota di FIANDACA (Inoltre, ARDIZZONE, *Ai confini tra dolo eventuale e colpa: un problematico discernimento a proposito di una fattispecie omissiva impropria*, *Dir. fam. pers.* 1987, 635 ss.). Allo stesso modo, BGH 20-5-1980, *NStZ* 1981, 218 s.

Naturale che sia peraltro impossibile misurare con precisione la rilevanza dell'« accorciamento » della vita. Cfr. la nota 4; adde, ULSENHEIMER, *In dubio contra medicum. Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung?*, *Arzt und Krankenhaus* 1982, 66 ss.

(84) Una delle condizioni necessarie per la considerabilità dei decorsi alternativi resta la causazione, da parte loro, dello stesso evento, sotto il profilo temporale.

(85) SCHÜNEMANN, cit. (nota 50), 232; in senso dubitativo, KAHLO, *Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermittelten Rettungsgeschehen. Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöbungslehre bei der unechten Unterlassungsdelikten*, *GA* 1987, 76, che condivide per il resto le preoccupazioni della *communis opinio*.

mando i delitti di evento in reati di pericolo (86). Giusto al contrario delle ipotesi in cui funziona come *ulteriore* elemento, di stampo teleologico.

De iure condito, l'espressa disposizione dell'art. 40 c. 1° c.p., che privilegia l'ottica causale nei reati d'evento, impedisce di accettare l'ampliamento della *Gefahrerhöhung* al reato omissivo, pena la violazione della legalità. Ma le ragioni indicate sconsigliano persino *de iure condendo* di seguire tale via (87), al contrario dell'opinione autorevolmente sostenuta, che vorrebbe introdurre il criterio dell'aumento del rischio, per motivi politico-criminali, limitatamente al settore dei reati omissivi impropri commessi all'interno di imprese ed aziende (88).

Nell'esempio riportato inizialmente (*supra*, 1) la decisione non è perciò degna di incoraggiamento. La Cassazione avrebbe dovuto riconoscere più correttamente la non responsabilità degli imputati, non essendosi raggiunta la certezza del legame causale tra omissione ed evento. Viceversa, i giudici di legittimità dimostrano di preferire una ricostruzione del principio di causalità ricalcata sul modello dell'aumento del rischio, impropriamente usato in funzione *sostitutiva* — e quindi inevitabilmente con connotati *repressivi* — del nesso eziologico.

Che peraltro un siffatto impiego, arbitrario ed inconsapevole, della *Risikoerhöhung* sia ispirato dalla preoccupazione di eccessiva indulgenza di fronte a comportamenti gravemente colposi (esemplare, al riguardo, l'espressione « quando è in gioco la vita umana »), è sintomatico dello *sbandamento* della giurisprudenza italiana e del suo correlato — e sempre risorgente — bisogno di elaborare linee autonome di politica criminale, causa la latitanza del potere legislativo.

(86) Cfr. EBERT - KÜHL, cit. (nota 72), 572; WOLFLAST, cit. (nota 4), 219; SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, 212 s.

(87) Per una diffusa quanto convincente critica, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 1983, 408 ss., 456 ss., le cui osservazioni sono riprese da FIANDACA - MUSCO, cit. (nota 2), 332 nota 28.

(88) SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 206 ss., 268 s.; Id., cit. (nota 50), 233, anche per le omissioni colpose del medico, bilanciate, a quanto sembra, da un suo comportamento gravemente negligente (*leichtfertig*). *Contra*, si veda ancora GRASSO, cit. (nota 87), 456 ss., con richiami alla proposta avanzata da Schünemann alla Commissione di esperti incaricata di redigere il testo di legge sulla lotta alla criminalità economica.

Soltanto un cenno circa l'utilizzo della teoria dell'aumento del rischio nel diritto civile. Anche qui si fa strada la necessità di differenziare tra causalità ed imputazione oggettiva (89): se la prima è quasi sempre intesa come causalità adeguata (90), nella seconda, vista come attribuibilità del fatto al suo autore, confluisce specialmente l'insegnamento dello « scopo di protezione » (91).

Quanto all'aumento del rischio, la peculiarità dei principi civilistici in vigore lascia poco spazio alla sua adozione: conformemente, si preferisce affrontare la problematica del comportamento alternativo lecito (92) senza ricorrere alla *Risikoerhöhung*, al massimo accettata — e con le dovute cautele — quale criterio di aiuto nel campo ristretto del risarcimento dei danni e del concorso di colpe (93).

(89) Per tutti, DEUTSCH, *Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht*, Festschrift für Honig, 1970, 50 ss.

(90) A titolo esemplificativo, LARENZ, *Tatzurechnung und « Unterbrechung des Kausalzusammenhanges »*, NJW 1955, 1011, che tende comunque a fare dell'adeguatezza un requisito dell'imputazione; DEUTSCH, Nota a BGH 3-2-1967, JZ 1967, 641; HUBER, *Verschulden, Gefährdung und Adäquanz*, Festschrift für Wahl, 1973, 332 ss.

(91) Originariamente sviluppato da RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, 1938 (rist. 1957), 495 ss., nell'ambito dell'inadempimento contrattuale come unico criterio di imputazione. A riprova, LANGE, *Empfiehl es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadenersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?*, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, 1960, 9.

Cfr. inoltre STEININGER, *Die Auslegung im Zivilrecht und in der gesamten Rechtsordnung*, JBl 93 (1971), 234 s., per la dimostrazione di come l'esigenza connessa allo scopo di protezione fosse da lungo tempo presente nella coscienza sociale (l'Autore richiama una divertente poesia popolare viennese).

Lo *Schutzzweck* viene oggi impiegato in aggiunta all'*Adäquanzzusammenhang*, oggetto di un vero e proprio « rinascimento »: cfr. RAISER, *Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck*, 1962, 97 ss.; in parte, modificando il precedente orientamento, LANGE, *Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente*, JZ 1976, 199. Per un riepilogo, LARENZ, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadenersatzrecht*, Festschrift für Honig, 1970, 83 ss.

(92) Cfr. FRANK - LÖFFLER, *Grundfragen der überholenden Kausalität*, JuS 1985, 693 s., con riferimenti bibliografici.

(93) DEUTSCH, *Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefährerhöhung und Sorgfaltsausgleich bei der Arzthaftung*, Festschrift für v. Caemmerer, 1978, 335, 342; ancora maggiore prudenza si riscontra negli scritti precedenti dello stesso. Ad esempio, Id., *Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquaten Kausalität?*, JZ 1966, 577 s.

In generale, KAHRS, *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, 1969.

Infine, relativamente all'aumento del rischio nell'istituto del concorso di persone quale parametro di imputazione, sostitutivo della causalità, teso ad accertare il contributo di partecipazione del concorrente (94), non è possibile in questa sede formulare una risposta definitiva.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare come i dubbi avanzati con riferimento al reato omissivo improprio si ripropongano tutte le volte in cui il canone dell'innalzamento del rischio pretenda di surrogare il modulo causalistico, la cui presenza « ontologica » è indispensabile in funzione limitativa della responsabilità penale.

7. *La verifica empirica della Risikoerhöhungstheorie: soluzione di alcune fattispecie « classiche ».*

Alla luce delle conclusioni raggiunte, siamo ora in grado di risolvere i casi giurisprudenziali solitamente trattati, stante il loro livello paradigmatico.

Cominciamo, in ordine non cronologico ma di semplicità, dal « caso del camionista » (95).

L'autista di un autotreno aveva sorpassato un ciclista completamente ubriaco ad una distanza laterale di circa 75 cm., contravvenendo alla prescrizione del Codice della Strada (§ 1,10 StVO) che la fissa in almeno un metro. All'atto del sorpasso, il ciclista aveva deviato a sinistra, finendo schiacciato sotto le ruote del rimorchio. Quasi sicuramente, però, la morte si sarebbe verificata pur osservando la norma regolamentare, poiché, per una reazione automatica nota col nome di « corto circuito » (*Kurzschlussreaktion*), dipendente

(94) A favore, SALAMON, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, 1968, *passim*; SCHAFFSTEIN, cit. (nota 47), 169 ss.; WÜRFEL, *Rechtmässiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht*, 1971, 75 ss.; *contra*, ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, IP 1977, 420 s.; MARI-NUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, a cura di STILE, 362 (« Fortunatamente noi non siamo infestati dalla teoria dell'« aumento del rischio » »).

La descrizione delle condotte concorsuali, con ampi riferimenti comparatistici, è stata di recente affrontata da SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, 1987, specialmente 255 ss.

(95) C. d. *Lastzugfall* o *Radfahrerfall*, del 1957: BGH 25-9-1957, BGH-St 1958, 11, 1 ss.

dallo stato di ebbrezza, la vittima avrebbe inconsciamente sterzato nella medesima direzione. Il *Bundesgerichtshof* mandò assolto l'imputato ritenendo insussistente il legame causale.

L'assoluzione del camionista risulta nella specie condivisibile pur nella erroneità della motivazione: il sorpasso regolare (comportamento alternativo ipotetico) avrebbe causato l'evento-morte con identiche modalità e nel medesimo istante, senza diminuire minimamente il rischio.

I risultati non cambiano nel « caso del farmacista » (96). Un farmacista aveva dato ad una cliente, dietro regolare presentazione di ricetta medica, un preparato a base di fosforo. Successivamente il prodotto era stato venduto alla stessa donna dietro semplice richiesta. In seguito all'assunzione del medicinale, il bambino rachitico, cui erano destinate tali cure, rimase intossicato e morì. Chiamato a deporre al processo, il medico di fiducia dichiarò che se la donna lo avesse interpellato, non avrebbe avuto difficoltà ad ordinare la continuazione del trattamento e a rilasciare la relativa ricetta, da consegnare all'imputato.

Il *Reichsgericht* assolse il farmacista.

La morte del bambino sarebbe dunque sopravvenuta con analoghe caratteristiche, se l'imputato si fosse attenuto al comportamento deontologico prescritto (vendere il medicinale dietro presentazione di ricetta medica), poiché il medico avrebbe *quasi certamente* ordinato il proseguimento della cura. Alcune difficoltà sono soltanto apparenti; così, non sussistono dubbi sul sopraggiungere dell'evento letale nello *stesso* momento, non avendo il medico (o il farmacista) l'obbligo aggiuntivo di accertare mediante esami clinici (che avrebbero differito la data del decesso) la sensibilità acquisita dal bambino al prodotto. Viceversa, se venisse provata l'impossibilità da parte del sanitario di fiducia di compilare in quel preciso giorno la ricetta, nonostante non avesse nulla in contrario alla prescrizione, il comportamento alternativo non potrebbe prendersi in considerazione, stante la diversità — temporale — dell'evento causato (97).

(96) C.d. *Apothekerfall*, risalente al 1886: RG 20-12-1886, RG-St 1887, 15, 151 ss.

(97) L'esistenza dell'aumento del rischio non è peraltro sinonimo di condanna dell'imputato, dal momento che residua l'indagine sullo scopo di protezione della norma. Sul punto, CASTALDO, cit. (nota 73), 914 ss.

(98) Accaduto nel 1926: RG 15-10-1926, *Höchststrichterliche Rechtsprechung* 1926, 1636 n. 2302; la massima è riportata inoltre in *Recht* 1926, 746 n. 2577.

Nel *Novokain-Fall* (98) la prospettiva è *ab origine* differente. Aniché novocaina, fu iniettata per errore in sala operatoria ad un bambino cocaina, determinandone il decesso. Tuttavia, la somministrazione dell'anestetico dovuto avrebbe *forse* mantenuto invariata ogni conseguenza, in quanto il paziente soffriva di un'alterazione ghiandolare, con naturale idiosincrasia a qualunque forma di medicinale.

In sede di appello il medico venne condannato.

Come è facile notare, l'impiego della novocaina lasciava sperare in esiti divergenti (non era affatto sicura la produzione dello stesso risultato mortale); non esistevano dunque le condizioni per dare rilievo al comportamento alternativo lecito, essendo soltanto *possibile* l'inevitabilità dell'evento.

Ancora, il « caso dei peli di capra » (99). Un commerciante aveva acquistato per la sua fabbrica di pennelli una partita di peli di capra cinese e, sebbene fosse stato espressamente avvertito dal venditore, ne aveva permesso la lavorazione senza la preventiva opera di disinfezione. Quattro lavoratrici si ammalarono di carbonchio e morirono. Fu però avanzato dai periti il dubbio che, stante la particolare resistenza dei bacilli del carbonchio, le tecniche di disinfezione allora in uso non sarebbero valse a nulla.

Il commerciante, in appello e in riforma della pregressa sentenza, fu condannato.

Come nel giudizio precedente, i periti si erano espressi a favore della potenziale evitabilità della morte.

Ad ogni modo, l'irrilevanza del comportamento lecito — con relativa sussistenza dell'aumento del pericolo — scaturiva dalla produzione da parte della *Ersatzursache* di un *altro* evento, dal momento che l'omesso procedimento di disinfezione avrebbe portato via tempo, posticipando la morte delle lavoratrici (prescindendo dal problema se il differimento dell'evento letale sarebbe intervenuto anche per effetto della diminuita virulenza dei batteri, a seguito della sterilizzazione, quindi per la loro minore aggressività nei confronti dell'organismo umano).

Consideriamo, da ultimo, il c.d. *Myocarditis-Fall* (100): un

(99) C. d. *Ziegenhaar-Fall*, del 1929: RG 23-4-1929, RG-St 1930, 63, 211 ss.

(100) O *Chloraethyl-Fall*, in BGH-St 21, 59 ss. In argomento, SAMSON, *Strafrecht*, I, 7^a ed., 1988, 250. Si veda pure STRUENSEE, *Objektive Zurechnung und Fabrlässigkeit*, GA 1987, 100 s., che conclude per l'assenza dello *Schutzzweck*.

dentista aveva praticato ad una paziente — cedendo alle sue insistenti richieste — un'anestesia totale, non necessaria, prima di estrarle un dente; la donna era morta per sopravvenuta crisi cardiaca. L'osservanza della regola di diligenza trasgredita (la mancata prescrizione — ed esecuzione — delle preventive analisi cliniche) sarebbe stata nella specie improduttiva di effetti, poiché la cliente soffriva di miocardite, non evidenziabile con i consueti esami routinari. Come unica conseguenza, quindi, si sarebbe determinato, con tutta probabilità, uno slittamento dell'intervento e dell'evento letale, mentre in questa circostanza, definibile di « inevitabilità successiva », la norma cautelare perseguiva l'ambizioso traguardo di impedire completamente il risultato lesivo. Da una parte, dunque, l'*ininfluenza* della trasgressione sull'*an* della morte (con identiche modalità), dall'altra la non considerabilità del decorso ipotetico per la diversità temporale, e per la protezione del bene della vita anche da possibili alterazioni della durata naturale. La tensione tra opposti equilibri, e la derivante equivocità dell'ambito di tutela apprestato dalla norma violata, pur se è intuibile come l'evento si situi al di fuori di tale perimetro di protezione per la sua sostanziale imprevedibilità *in concreto*, non si presenta qualora il dentista « acceleri » la morte, che altrimenti sarebbe sopraggiunta il giorno dopo, per effetto della precedente ingestione di un medicinale velenoso, dato per sbaglio da un'infermiera. La vanificazione dello scopo di tutela è palese, in quanto le analisi di controllo avrebbero impedito (e non solo posticipato) quel tipo di decesso legato all'anestesia, mentre la condotta illecita altrui non riveste alcun ruolo nell'escludere la responsabilità del dentista (101).

(101) La dottrina dell'aumento del rischio, col passare del tempo, è andata largamente diffondendosi nella giurisprudenza e letteratura tedesca. Un utile schema riepilogativo si trova in ROXIN, *cit.* (nota 13), 182.

Nella *Risikoerhöhungslehre* confluisce in definitiva l'opinione di WÜRFEL, *cit.* (nota 94), 60 s., che, riprendendo l'orientamento di KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, 122 ss., ne limita l'applicabilità alla colpa lieve o media, e per la *grobe Fahrlässigkeit* esige la sicura inevitabilità dell'evento ai fini dell'esclusione dell'imputazione. Sempre secondo Würfel, la concezione potrebbe trovare applicazione *de lege ferenda*, risultando incompatibile con il diritto positivo (133 ss., 167).

In Italia la teoria non ha trovato fortuna (contrario, da ultimo, RAMACCI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1988, 168), ed in generale è stata quasi completamente ignorata.