

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo

ROCCO BLAIOTTA

CAUSALITÀ GIURIDICA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

Giovanni Fiandaca - Enzo Musco - Tullio Padovani - Francesco Palazzo

Dove va il diritto penale, quali sono i suoi itinerari attuali e le sue prevedibili prospettive di sviluppo? Ipertrofia e diritto penale minimo, affermazione simbolica di valori ed efficienza utilitaristica, garantismo individuale e funzionalizzazione politico-criminale nella lotta alle forme di criminalità sistemica, personalismo ed esigenze collettive, sono soltanto alcune delle grandi alternative che l'attuale diritto penale della transizione si trova, oggi più di ieri, a dover affrontare e bilanciare.

Senza contare il riproporsi delle tematiche fondamentali relative ai presupposti soggettivi della responsabilità penale, di cui appare necessario un ripensamento in una prospettiva integrata tra dogmatica e scienze empirico-sociali.

Gli itinerari della prassi divergono peraltro sempre più da quelli della dogmatica, prospettando un diritto penale "reale" che non è più neppure pallida eco del diritto penale iscritto nei principi e nella legge. Anche su questa frattura occorre interrogarsi, per analizzarne le cause e prospettarne i rimedi.

La collana intende raccogliere studi che, nella consapevolezza di questa necessaria ricerca di nuove identità del diritto penale, si propongano percorsi realistici di analisi, aperti anche ad approcci interdisciplinari. In questo unitario intendimento di fondo, la sezione Monografie accoglie quei contributi che guardano alla trama degli itinerari del diritto penale con un più largo giro d'orizzonte e dunque – forse – con una maggiore distanza prospettica verso il passato e verso il futuro, mentre la sezione Saggi accoglie lavori che si concentrano, con dimensioni necessariamente contenute, su momenti attuali o incroci particolari degli itinerari penalistici, per cogliere le loro più significative spezzature, curvature e angolazioni, nelle quali trova espressione il ricorrente trascorrere del "penale".

ROCCO BLAIOTTA

CAUSALITÀ GIURIDICA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2010 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-9857-4

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

A Paola e Claudia

INDICE

pag.

CAPITOLO I

I MOLTI VOLTI DELLA CAUSALITÀ

1.	La causalità come complessità. Un itinerario analitico	1
2.	Causa e cause	2
3.	Causalità contestuale	6
4.	Causalità generale e causalità singolare	9
	4.1. Causalità singolare	10
5.	I ragionamenti causali	13
6.	Il ragionamento esplicativo	14
	6.1. Abduzione e probabilità logica	15
7.	Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva	17

CAPITOLO II

CAUSALITÀ CONDIZIONALISTICA

1.	La causalità e l'evento nel codice	23
2.	L'art. 41, comma 1, c.p.	26
3.	La controversa formula dell'art. 41, capoverso	28
4.	La causalità omissiva	35
5.	La teoria della <i>condicio sine qua non</i> o dell'equivalenza causale	37
6.	Condizionalismo, giudizio controfattuale, causalità omissiva	41
7.	Alle radici del condizionalismo	43
8.	Condizionalismo e contestualità	47
9.	Condizionalismo, sopravanzamento, causalità alternativa ipotetica	54
10.	Condizionalismo, sovradeterminazione, causalità addizionale e cumulativa	56
11.	Le obiezioni giuridiche alla teoria della <i>condicio sine qua non</i> : l'eccessiva ampiezza e le esigenze di delimitazione	61
12.	L'evento <i>hic et nunc</i>	65
13.	La concezione condizionalistica della causalità nella giurisprudenza. Alcune pronunzie fondamentali	68

pag.

14. Le incertezze sulla causalità omissiva e sull'uso del sapere scientifico	74
15. La sentenza delle Sezioni Unite	78

CAPITOLO III

VERSO LA CAUSALITÀ GIURIDICA:
UN'INDAGINE RETROSPETTIVA

1. Verso la causalità giuridica	85
2. Esame di una critica distruttiva	87
3. I lavori preparatori del Codice Rocco	92
4. Lo stato dell'arte sulla causalità in un saggio di Carrara	101
5. La fattispecie di omicidio concausale: il ferimento susseguito da morte nell'analisi di Puccioni	103
6. Il Codice per il Regno delle Due Sicilie	105
7. I codici Sardo-piemontesi	109
8. Il Codice penale pel Granducato di Toscana	110
9. Conclusioni sulla legislazione preunitaria	113
10. Il Codice Zanardelli	115
11. La teorica della causalità concausale: Impallomeni e Brusa	119
12. Tentativi di classificare le cause: Stoppato e la causa efficiente	123
13. La teoria abolizionista delle concause: Alimena e Antolisei	126

CAPITOLO IV

LA CAUSALITÀ GIURIDICA

Sezione I

LE TEORIE TRADIZIONALI

1. Causalità logico-naturalistica, causalità giuridica, imputazione oggettiva dell'evento	134
2. La causalità adeguata	136
3. La causalità umana	143
4. La selezione dei fattori causali alla luce delle leggi scientifiche e delle generalizzazioni esperienziali	150

pag.

Sezione II

LA TEORIA DEL RISCHIO

5. La teoria del rischio	151
6. La prima radice: la creazione del pericolo	159
7. La seconda radice: la realizzazione del rischio	164
8. La compresenza di fattori eziologici illeciti	167
9. La rilevanza dell'errore colposo del medico quale concausa dell'evento a seguito di lesioni colpose o dolose	169
10. La volontaria esposizione al pericolo	171
11. Il comportamento della vittima e l'aggravamento dell'evento	174
12. I danni secondari	176
13. Una questione problematica: la teoria nei reati dolosi e colposi	176
14. Rapporto di rischio, imputazione oggettiva del fatto, comportamento alternativo lecito, causalità alternativa	181
15. Qualche riflessione di sintesi sulla dottrina del rischio	190
16. Una prospettiva interessante: la distinzione di sfere di rischio e di responsabilità professionale	192
16.1. L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce della disciplina della sicurezza del lavoro	193

Sezione III

LA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 41 CAPOVERSO ALLA LUCE DELLA TEORIA DEL RISCHIO

17. La giurisprudenza sull'articolo 41, capoverso, c.p.	201
17.1. Le formule teoriche	203
18. La giurisprudenza che ha riconosciuto l'interruzione del nesso causale	208
19. La volontaria esposizione al pericolo: il caso del soccorritore imprudente	209
20. La successione delle sfere di responsabilità: il caso del manufatto difettoso	212
21. I differenti contesti di rischio: i pericoli connessi con l'ingresso abusivo nell'altrui proprietà	213
22. L'interruzione del nesso causale nell'ambito di infortuni sul lavoro	215
23. Il caso del conducente dello scuolabus	219
24. L'interruzione del nesso causale nell'ambito dell'attività di cura	219
24.1. Il caso dell'errore nell'individuazione del gruppo sanguigno	222
24.2. L'attività di cura alla luce della teoria del rischio	223
25. Il caso della moglie maltrattata	225

	<i>pag.</i>
26. Il caso delle Fosse ardeatine	226
27. Il comportamento autodistruttivo della vittima	227
28. Un'analisi della causalità giuridica ispirata dalla prassi: separazione dei rischi diversi	228
29. La diversità dei rischi nei contesti classici	235
30. Le condizioni preesistenti, concomitanti e sopravvenute	236
31. La prospettiva riformatrice	238
32. I contrasti da superare	242
33. Un'ipotesi di articolato	244
34. Verso l'imputazione oggettiva non condizionalistica	247

CAPITOLO V CAUSALITÀ OMISSIVA

1. Il reato omissivo improprio: un luogo carico di problemi	249
2. Causalità naturalistica, logica, normativa	253
3. La tesi della natura normativa ed ipotetica della causalità omissiva	255
3.1. Conseguenze applicative	258
4. La critica della causalità omissiva come causalità ipotetica e la tesi dell'identità tra causalità attiva ed omissiva	260
4.1. Il carattere doppiamente ipotetico della formula euristica della causalità omissiva	262
5. I caratteri dell'indagine nella causalità omissiva	265
6. La giurisprudenza probabilistica nell'ambito della responsabilità medica	268
7. Le deviazioni dal consolidato indirizzo probabilistico	276
8. Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo probabilistico: la tutela della vita umana e le difficoltà dell'indagine	278
9. Il mutamento d'indirizzo nella giurisprudenza di fine secolo: il ritorno al criterio di certezza espresso dal principio condizionalistico	284
10. La giurisprudenza sui danni da esposizione a sostanze dannose	289
11. Gli aspetti problematici dei diversi orientamenti giurisprudenziali e lo stato del dibattito prima dell'intervento delle Sezioni Unite. La causalità omissiva tra probabilismo e condizionalismo	292
12. La pronunzia delle Sezioni Unite	296
13. La possibilità di configurare un'imputazione oggettiva probabilistica	301
14. L'incerto confine tra colpa, causalità attiva e causalità omissiva	317

pag.

CAPITOLO VI
L'INFERENZA CAUSALE

Sezione I

IL METODO DELL'INDAGINE ED IL RAGIONAMENTO ESPLICATIVO

1. Il metodo dell'indagine causale	331
2. Causalità generale e sapere probabilistico	335
3. Causalità singolare	338
4. I ragionamenti causali	342
5. Il modello nomologico-deduttivo ed i suoi limiti	344
6. Il ragionamento esplicativo	354
7. Induzione ed abduzione	358
8. Probabilità logica e credibilità razionale	363
9. La corroborazione dell'ipotesi: il criticismo falsificazionista	367
9.1. Il modello ipotetico-deduttivo nel pensiero di K. Popper	374
10. Il modello ipotetico-deduttivo ed il sapere esperienziale	380
11. I riflessi del criticismo falsificazionista nell'esperienza giuridica	389
12. Considerazioni di sintesi sul ragionamento esplicativo	392
13. Le incertezze della scienza e la risoluzione di problemi causali nuovi	395
14. La legge scientifica e la norma penale	401

Sezione II

IL RAGIONAMENTO PREDITTIVO

15. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva	405
16. Le difficoltà dell'indagine alla prova dell'esperienza	418

Sezione III

L'INFERENZA CAUSALE IN AMBITO CIVILE

17. Diritto civile e diritto penale: due modelli d'indagine	421
18. Un breve confronto	428

CAPITOLO VII
UN BANCO DI PROVA PER LA CAUSALITÀ
PROBABILISTICA: LA RICOSTRUZIONE
DEL NESSO CAUSALE NELL'ESPOSIZIONE
A SOSTANZE DANNOSE

1. Le premesse teoriche	435
2. L'esperienza giuridica	441
3. Conclusioni	450
BIBLIOGRAFIA	453

CAPITOLO I

I MOLTI VOLTI DELLA CAUSALITÀ

SOMMARIO: 1. La causalità come complessità. Un itinerario analitico. – 2. Causa e cause – 3. Causalità contestuale. – 4. Causalità generale e causalità singolare. – 4.1. Causalità singolare. – 5. I ragionamenti causali. – 6. Il ragionamento esplicativo. – 6.1. Abduzione e probabilità logica. – 7. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva.

1. *La causalità come complessità. Un itinerario analitico*

L'idea di causa è incerta. Noi non disponiamo di una nozione pre-costituita di causalità; non sappiamo, cioè, cosa essa ontologicamente sia; e non sappiamo neppure se un'ontologia vi sia. Non è quindi azzardato affermare che ci troviamo davanti ad un contesto carico di mistero. Ciò nonostante, nessuno penserebbe di rinunciare a ragionare in modo causale e ad interrogarsi sulla causalità. L'idea di causa è troppo profondamente radicata nelle idee comuni e nel linguaggio, è un segno troppo prezioso perché se ne possa fare a meno¹. L'intangibilità del nucleo induce inevitabilmente chiunque voglia o debba per qualche ragione cimentarsi con un problema causale ad affrontare le cose in un modo indiretto, partendo da qualcos'altro, che assume importanza dal suo angolo visuale.

Questa constatazione non serve a dare forza suggestiva all'*incipit*. Al contrario, essa segna profondamente la costruzione di uno studio sulla causalità: il segno che viene impresso è quello della pluralità, della diversità, della contestualità. La molteplicità, a sua volta, si esprime in molte direzioni che spesso si intrecciano e si confondono.

La diversità a volte profonda dei piani, l'assenza di punti fermi, l'indecifrabile complessità di alcuni snodi problematici e la connessa

¹ SCHRÖDINGER, *L'immagine del mondo*, Boringhieri, 1987, p. 126.

istintiva, ma disordinata ricerca di una guida e magari di un'autorità, costituiscono i principali fattori di confusione e di fraintendimento. Chiunque abbia con qualche consapevolezza riflettuto sulla causalità ha avuto percezione di tale scenario per nulla incoraggiante, che si è concretizzato, nel recente passato dell'esperienza giuridica, in errori di vario genere. Allora, pare che il modo migliore per tentare di ordinare il complesso sia proprio quello di render conto del multiforme, attraverso una analisi certamente sommaria ed incompleta, ma ispirata dai temi problematici che si agitano nel mondo del diritto. Un'analisi che vuole tentare di proporre una preliminare lettura trasversale di temi solitamente trattati entro capitoli separati della dogmatica della causalità.

In questo scenario intriso di diversità, di prospettive distinte, l'idea di fondo è che il punto di vista giuridico abbia proprie peculiarità, inscritte nelle norme ed ancor prima nelle stesse finalità dell'ordinamento. Come è stato acutamente osservato², il particolare punto di vista generato dalle esigenze del diritto impregna in modo specifico tutti gli aspetti sostanziali e processuali della causalità. Si tratta, allora, di mostrare queste diversità e di metterle a confronto con le particolarità di altre prospettive disciplinari, per cogliere, anche con spirito critico, affinità e differenze. Quest'analisi preliminare consentirà di anticipare alcune tesi che saranno esposte più ampiamente nel prosieguo.

2. *Causa e cause*

La complessità di cui si parla emerge subito con forza se si considera che non esiste una nozione indiscussa di causa cui attingere per definire l'oggetto dell'indagine penale³. Nella sua lunga storia l'idea di causa ha assunto innumerevoli configurazioni. La causalità come fondamentale categoria universale *a priori* del pensiero umano di Aristotele e Kant. La distruttiva critica humeana: l'idea di causa è solo il frutto della ripetizione costante di fenomeni e dell'irrazionale, istintiva abitudine che ne deriva. La denuncia da parte di Russel della inestricabile equivocità del termine e l'auspicio della sua espulsione dal vo-

² DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli, 2006.

³ Per approfondimenti sul tema della causalità, BENZI, *Scoprire le cause*, Franco Angeli, 2003; DORATO, *Il software dell'universo*, Bruno Mondadori, 2000; LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Carocci, 1999; PIZZI, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Giuffrè, 1999.

cabolario filosofico. Da queste critiche le innumerevoli teorie riduzioniste: le relazioni causali vengono definite e ricercate attraverso entità non causali, solitamente le leggi, che non hanno caratteri di verità logiche e descrivono piuttosto congiunzioni regolari tra tipi di fenomeni. Le teorie controfattuali che fanno leva sulla dimensione logica della causalità. Le teorie esplicazioniste: la causalità non è altro che un termine per indicare una legge che spiega un fatto. Le teorie matematiche: algoritmi, reti causali, modelli grafici.

In questo immenso scenario emergono alcune idee che presentano particolare interesse per il giurista. Le teorie causali classiche sono inclini a considerare l'idea di causalità strettamente connessa a quelle di necessità e di regolarità, espresse da leggi. L'accadimento singolo viene visto come espressione di regolarità nomiche che svolgono, quindi, un ruolo dominante, prioritario. Partendo da alcune geniali intuizioni di Wittgenstein alcuni studiosi hanno guardato le cose in modo radicalmente diverso: vi sono molte contesti, primo tra tutti quello della vita quotidiana, nei quali noi cogliamo con immediatezza le relazioni causali senza bisogno della mediazione di leggi scientifiche. Osserviamo relazioni causali e le esprimiamo con termini carichi di significato causale, come spingere, portare, mangiare, ecc. Sono queste relazioni causali colte al di fuori del dubbio che possono condurre alla formazione di generalizzazioni causali. Come si vede, la relazione di priorità delle leggi rispetto alle specifiche relazioni causali viene invertita; con una perdita di peso, in molte situazioni, delle generalizzazioni esplicative. Un mutamento di prospettiva assai vicino al senso comune ed all'esperienza di primordiali relazioni causali vividamente presente nella giurisprudenza. Si tratta di riflessioni sulle quali si dovrà tornare con ampiezza nel capitolo dedicato all'inferenza causale, al fine di cogliere il reale ruolo delle leggi scientifiche nel ragionamento esplicativo (cap. VI, § 5 s.).

Un altro campo colmo di implicazioni assai importanti per il mondo del diritto è quello della causalità probabilistica. Qui la constatazione dei diversi contesti ha condotto a cogliere che a distinti ambiti corrispondono diverse idee di causa, prive di significato ontologico ma utili per definire le relazioni che si vogliono investigare. La concezione classica, deterministica, della causalità implica l'idea di regolarità, invariabilità, necessità. Questa visione delle cose si attaglia al mondo della fisica classica, ove è possibile normalmente avere una conoscenza alquanto completa delle cause, individuare e controllare anche in forma sperimentale le condizioni rilevanti. Invece, in ambiti diversi come quello delle scienze biologiche, l'idea deterministica di causa entra in crisi, giacché si è di fronte a varie forme di indeterminismo. Qui, solitamente, la causa non si manifesta in modo imman-

cabile ma determina solo un incremento delle probabilità, una rilevanza statistica positiva: un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con un'alta probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo elemento che annulla il significato causale della relazione probabilistica. Questa enunciazione ha determinato lo sviluppo di teorie probabilistiche della causalità. Anche qui si assiste ad un radicale mutamento di prospettiva di cui sono state colte implicazioni di grande portata: le nozioni causali della fisica classica non definiscono una concezione generale della causalità; nell'esperienza ordinaria come nella fisica contemporanea non è possibile applicare sempre leggi fondamentali per derivarne relazioni esatte come quelle che vengono espresse mediante equazioni differenziali. Ciò che riusciamo ad affermare è una varietà di relazioni parziali, eterogenee. Ne emerge che la nozione stessa di causa è una nozione epistemica legata, cioè, allo stato delle nostre conoscenze e priva di senso se da queste distaccata. Se la nozione di causa dipende strettamente dal contesto e se ci riferiamo ad un contesto teorico probabilistico, è evidente che la nozione di causa adeguata a tale contesto sarà anch'essa intrinsecamente probabilistica e che il rinvio a presunte entità del mondo esterno dotate di proprietà diverse da quelle descritte dalla teoria perde ogni giustificazione.

Queste riflessioni presentano straordinario interesse per il giurista. Effettivamente, se non si dispone di un'idea preconstituita ed ontologica di causa, appare problematico prospettare una categorizzazione che si ponga in una relazione di incompatibilità con qualche campo di indagine e con le conoscenze di cui in quello stesso campo si dispone. Appare più razionale riconoscere il ruolo epistemico della causalità e definirne quindi i tratti in un modo che sia utile e compatibile rispetto all'angolo visuale dal quale si guardano le cose; e che sia soprattutto coerente con il sistema di informazioni di cui si dispone. Queste considerazioni saranno riprese nel campo della discussione sulla causalità omissiva, che costituisce senza dubbio la parte più problematica, irrisolta della riflessione giuridica sui temi di cui si discute (cap. V, § 13). Esse, in una prospettiva più ampia, spiegano pure molto bene perché il mondo del diritto abbia elaborato proprie teorie "giuridiche" della causalità, modellando la teoria condizionalistica di base sulle esigenze proprie dell'ordinamento penale connesse al giudizio di attribuzione di paternità dell'evento (cap. IV).

Ma lo scenario della causalità probabilistica non smette di sollecitare riflessioni dirompenti. In contesti complessi come quello biomedico si mostrano innumerevoli fattori in azione, che interagiscono tra loro solitamente in modo assai intricato. In questo ambito accade che l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il

tutto o il nulla, si muove spesso con difficoltà e rischia di non cogliere il senso delle cose. Viceversa, la proprietà di essere causalmente rilevante risulta epistemicamente più fertile, nonché più interessante della proprietà di essere una causa. Essa ammette una gradazione. Questo stato delle cose non è importante solo per cogliere lo scenario complesso della causalità. Si tratta anche, per il giurista, di comprendere se, come ed in quali casi il classico modello della causalità condizionalistica possa cedere il passo all'utilizzazione di un'idea di causa intesa come rilevanza, come influenza. Il pensiero corre, anche qui, alla causalità omissiva (cap. V, § 13), ma anche alla causalità psichica, alla causalità nel concorso di persone e nella cooperazione colposa.

Come si vede, le categorie del diritto s'intrecciano con problematiche di portata universale e propongono un itinerario di riflessione davvero impegnativo. Lo stato delle cose è stato sintetizzato in un saggio⁴ che ha felicemente risolto le complesse questioni che si sono accennate in un disegno leggero. Nulla di meglio, pare, che proporre una sintesi quale introduzione alla causalità contestuale. L'opera, dopo aver analizzato le ragioni che non consentono di trovare una definizione ontologica di causa, suggerisce una strategia alternativa al problema. Il linguaggio ordinario è pieno di verbi che esprimono rapporti di natura causale tra eventi. Noi usiamo e comprendiamo questi verbi prima di avere una definizione di causa. I termini causali non sono introdotti nel nostro linguaggio come strumenti del mestiere del filosofo o dello scienziato. Essi sono lì fin dal principio, fanno parte della lingua naturale e con essa vengono appresi nei primi mesi di vita, come evidenziato dalle indagini di psicologia evolutiva. Allora, l'analisi delle nozioni causali deve essere condotta al livello del mondo della vita, ove esse si mostrano nell'uso che ne facciamo. Tale illazione è apparentemente criticabile: può essere obiettato che l'analisi di verbi come produrre o colpire non può che essere fatta riferendosi a condizioni necessarie e sufficienti perché si possa dire che qualcosa colpisce o produce qualcos'altro. Questo è in certo senso vero ma non comporta le conseguenze che i critici vorrebbero trarne. L'equivoco deriva dal fatto che l'analisi non viene condotta in questo caso avendo ad oggetto tipi di eventi. Il nostro scopo non è costruire delle regolarità, ma spiegare un evento individuando, nei limiti del possibile, tutti i fattori che hanno contribuito a fare in modo che esso accadesse come è accaduto. Buona parte delle espressioni causali del linguaggio ordinario vengono usate in occasione di causazioni singolari e non di regolarità. È da que-

⁴ GIORELLO-RICCIARDI, *Causalità, necessità, spiegazione* in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1565 ss.

sti usi linguistici che dobbiamo partire per avere una migliore comprensione del linguaggio della causalità. Quando usiamo espressioni causali lo facciamo di norma nel contesto della spiegazione di singoli eventi; e se proprio si volesse trovare una parafrasi per “causa” essa è “spiega”. Chiedere la causa di qualcosa è un po’ come chiedere chi è stato. Si tratta di una domanda che non ammette una risposta semplice: dipende da chi chiede e in quali circostanze. Domande di questo tipo possono avere diverse risposte che sono più o meno pertinenti a seconda dello sfondo che viene di volta in volta assunto dai parlanti. Così, per esempio, la risposta del rapinatore “perché ci sono soldi” alla domanda “perché rapini banche?” è una spiegazione rilevante se chi rivolge la domanda è un collega del crimine che assume diversi possibili oggetti di rapina; ma non lo è affatto se chi rivolge la domanda è un prete che assume sullo sfondo l’alternativa di non spiegare affatto. Le spiegazioni e quindi le cause di cui siamo alla ricerca sono relative agli interessi di chi pone le domande. Dunque, lo studio della causalità è legato all’approfondimento della consapevolezza di diversi modi che noi abbiamo di fare le domande e dare le risposte appropriate. Si tratta di cercare di mostrare in che modo noi rispondiamo alle domande sul perché di un evento. Domande, concludono gli Autori, che riguardano allo stesso tempo la causalità e la responsabilità e sono le stesse cui cercano di rispondere giudici ed investigatori.

Insomma, non esiste un concetto ontologico o logico⁵ di causalità che possa costituire un dato preconstituito per l’indagine. L’idea “giuridica” di causa deve essere costruita in un modo che corrisponda alle ragioni ed agli strumenti del diritto penale. Lungo questo itinerario si muoverà la trattazione che segue.

3. Causalità contestuale

Come si è visto, nel campo del diritto, come del resto nelle altre scienze empiriche e nel mondo della vita, è implicito un approccio contestuale che modella la stessa idea di causa. Esso si esprime in diverse guise, in forte aderenza al senso comune. Questo istintivo modo di considerare le cose in un modo legato al contesto ha trovato una significativa, confortante corrispondenza nell’ambito della filosofia della scienza e dell’epistemologia, ove la tematica contestuale in ambito causale costituisce una delle innovazioni più importanti della più re-

⁵ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, 1966, p. 22 ss., con acute sottolineature della dimensione pratica del problema causale.

cente riflessione; al punto che molti problemi della causalità sono visti come problemi della rappresentazione del contesto (cap. II, § 8).

Se è vero che parlare di causalità significa, solitamente, spiegare uno specifico accadimento e che il tipo di spiegazione dipende dal punto di vista da cui esso viene considerato, per quanto riguarda il giudice, parlare di causalità significa letteralmente rispondere alla domanda su chi è stato: si persegue lo scopo dell'attribuzione della paternità del fatto nel contesto giuridico di rimprovero personale proprio dell'ordinamento penale. A questo fine, naturalmente, occorre pure individuare, per quanto possibile, i diversi fattori che hanno contribuito ad orientare lo sviluppo degli accadimenti: si analizzano complesse catene causali, anche se la domanda causale essenziale è quella relativa al ruolo avuto dalla condotta umana nello sviluppo degli accadimenti. È ben chiaro che la condotta dell'uomo può costituire solo una delle tante condizioni che, interagendo, determinano un evento; e tuttavia con tutta naturalezza si afferma che quel comportamento è, nel caso considerato, la causa dell'esito antiggiuridico. Dunque, in breve, l'analisi del contesto consente di scorgere le condizioni concretamente significative; ed al contempo di selezionare quelle che assumono reale significato nella spiegazione "giuridica" dell'evento.

Questo punto di vista "giuridico" è in consonanza con la riflessione epistemologica che lega lo stesso concetto di causa al contesto. Si è da più parti parlato di campo causale o di contesto d'indagine per rimarcare il ruolo che lo scopo della ricerca svolge nell'indirizzare ad individuare come causa un fattore piuttosto che un altro. In breve, lo stesso evento, ad esempio la mancata accensione di un fiammifero, può dar luogo a diverse spiegazioni causali a seconda delle finalità dell'indagine (*amplius*, cap. II, § 8). Questa riflessione trova un rispecchiamento nella formula del codice penale, che sotto questo aspetto acquista un'inattesa modernità, visto che si parla della condotta dell'uomo come "causa" sebbene essa sia, dal punto di vista logico, solo una condizione tra le tante (cap. II, § 2 s.).

Ma non basta: sotto un altro ancor più importante aspetto il codice mostra che l'idea di causa presenta molte inflessioni ispirate dallo scopo dell'indagine, quando prevede (art. 41, capoverso) che il ruolo eziologico della condotta umana possa essere sopravanzato, travolto dal sopravvenire di una condizione che assume un peso preponderante nella spiegazione dell'evento (cap. II, § 3; cap. IV, sez. III). Qui la dimensione logico-formale della causalità condizionalistica cede il passo ad una ponderazione di carattere valutativo, perfettamente coerente con l'impronta normativa che assume tutto ciò che ha a che fare con il giudizio di responsabilità, di attribuzione di paternità che contrassegna il diritto penale. Si tratta della questione sulla quale il diritto pe-

nale, sin dalle sue origini, ha maggiormente dibattuto ed è ancora oggi oggetto di un interesse che ha condotto alla formazione di teorie complesse. Ne emerge ancora che, come si è già accennato, la “giuridicità” della causa imprime un forte, peculiare contrassegno ad ogni parte dell’indagine causale in diritto penale. All’interno di tale storica cornice (cap. III), si tenterà di mostrare il ruolo assai illuminante che la teoria del rischio può svolgere per orientare la lettura degli intrecci causali, nella prospettiva di cogliere e separare le responsabilità (cap. IV, sezz. II e III).

La prospettiva contestuale si rivela pure nella stessa definizione di condizione necessaria. Come è noto e sarà più ampiamente esposto nel prosieguo, l’idea di causa è istintivamente e fondatamente connessa a quella di un fattore che costituisce parte essenziale, ineliminabile della spiegazione di un accadimento: si tratta, appunto, della condizione necessaria. Tale analisi logica, espressa dal giudizio controfattuale, richiede da un lato, nelle situazioni problematiche, la conoscenza di generalizzazioni esplicative che rendano conto delle relazioni per così dire categoriali esistenti tra i fattori in gioco; e dall’altro postula anche l’analisi di numerose contingenze che possono concretamente influire nell’attribuire un ruolo condizionante al fattore cui si è interessati: la sigaretta accesa non è necessariamente causa dell’incendio, ma può esserlo in una situazione concreta, insieme a diversi altri fattori quali la presenza di materiale infiammabile, un forte vento, la mancanza di un estintore. La rilevanza condizionale di ciascuno di tali fattori dovrà essere riscontrata con procedimento controfattuale, ma avrà senso solo se ci si collocherà nello specifico contesto fattuale oggetto dell’indagine. All’interno di tale contesto andrà verificata la presenza di elementi necessari. D’altra parte, il complesso fattuale descritto costituirà causa sufficiente ma non necessaria dell’evento incendio, giacché esso potrà essere prodotto in molti diversi modi. Gli studiosi di filosofia della causalità hanno profondamente tematizzato la collocazione dell’aspetto logico della causalità nella sua specifica cornice contestuale, con diverse sfumate inflessioni (cap. II, § 8 s.), alla ricerca di una difficile formula di sintesi. Ma, al fondo, tali complesse elaborazioni finiscono col coincidere, nel loro nucleo, col punto di vista istintivamente assunto nel mondo del diritto: in breve, è causa la condizione necessaria nelle condizioni date. Se, poi, tale definizione logica non rispecchia completamente il punto di vista giuridico, come ad esempio accade nell’ambito della sovradeterminazione causale, ove l’evento è contemporaneamente prodotto da due condizioni che agiscono autonomamente, il pragmatismo della dogmatica giuridica si rivela appieno, apportando alla definizione logica della causalità le correzioni imposte dalle valutazioni ispirate dal giudizio di attribuzione

di paternità: si rivela anche qui, dunque, l'autonomia della causalità "giuridica" (cap. II, § 10).

4. *Causalità generale e causalità singolare*

Un ulteriore aspetto della complessità della questione causale emerge alla luce della distinzione tra causalità generale e causalità singolare. Scienze come la fisica, la chimica, la biologia, sono concentrate soprattutto sulla ricerca di regolarità, di leggi; mentre vi sono campi scientifici ed esperienziali nei quali l'indagine è proiettata verso la spiegazione di eventi concreti, particolari. È il campo d'azione della medicina clinica, della storia, dell'indagine giudiziaria.

La distinzione accredita con immediatezza l'idea, largamente condivisa, che si sia in presenza di contesti d'indagine ben distinti, che richiedono distinte teorie dell'inferenza. La questione presenta interesse per il giurista sotto diversi riguardi. Accade, talvolta, che la complessità delle questioni causali, estranee alle conoscenze comuni, richieda di attingere al sapere scientifico. Si pone, così un preliminare problema che riguarda l'attendibilità delle generalizzazioni di cui si è chiamati a far uso. Spesso, soprattutto in ambito biomedico, le "leggi" hanno contenuto probabilistico (cap. VI, § 2; cap. VII). Esse, come si è accennato, non si manifestano immancabilmente e nascono dalla constatazione dell'incremento delle probabilità che caratterizza la connessione tra determinate categorie di condizioni e di eventi. Ad esempio, l'esposizione ad una sostanza oncogena non implica la certa insorgenza della patologia, ma solo un incremento di probabilità: l'induzione e lo sviluppo di un'affezione tumorale può dipendere da numerosi fattori connessi alle caratteristiche del contatto ed a specificità del soggetto interessato, che interagiscono in modo molto complesso e spesso sconosciuto.

Occorre comprendere se questo incremento di probabilità studiato dall'epidemiologia sia in grado di dimostrare con certezza, sul piano della causalità generale, una relazione nomica di cui sia possibile far uso nel giudizio penale relativo ad un caso concreto. La questione si rivela delicata, poiché si è compreso che spesso fattori di confondimento distorcono in vario modo la simmetria tra incremento di frequenze e relazione causale: in alcuni casi la relazione causale è occultata, in altri è mostrata in modo ingannevole. È dunque chiaro che le relazioni statistiche sono solo un primo indicatore nomico, che deve essere sottoposto ad attento vaglio critico. La questione ha grande interesse, poiché una importante scuola di pensiero nutre grande diffidenza nei confronti della causalità probabilistica (cap. VI, § 5) ed assume che es-

sa non sia utilizzabile nell'ambito delle inferenze causali della giurisprudenza. Quest'ordine di idee non può essere condiviso: la nuda relazione statistica, cioè l'incremento delle probabilità, è un mero indicatore che può essere ingannevole e deve essere quindi vagliato rigorosamente con approccio scientifico, per evitare il pericolo di individuare erroneamente relazioni causali generali. Tuttavia, dopo tale serrata indagine, è ben possibile che possa essere enunciata un'affidabile relazione causale di tipo probabilistico. Tale esito, infine, varrà ad indicare al giudice un enunciato nomico di natura generale (una determinata sostanza, ad esempio, è certamente oncogena) di cui si potrà e dovrà vagliare la pertinenza nel caso concreto oggetto del processo. Questo momento segna il passaggio dalla causalità generale alla causalità singolare e pone un ulteriore problema: quello dei modi dell'utilizzazione delle generalizzazioni probabilistiche nel processo.

4.1. *Causalità singolare*

Il passaggio dalla causalità generale a quella singolare fa emergere le figure di professionisti ben diverse da quelle dello scienziato: l'investigatore, l'archeologo, lo storico, il giudice. Costoro svolgono indagini storiche, tentano di spiegare un evento concreto componendo in un insieme coerente tracce, frammenti. Essi sviluppano un'indagine che solitamente procede in modo immediato, naturale; alimentata soprattutto dall'irripetibile interazione tra condizioni eterogenee. La più recente esperienza giuridica ha fatto però insorgere nel lavoro del giudice problemi nuovi e difficili, connessi a processi prevalentemente in tema di responsabilità professionale e di danno da sostanze tossiche, nei quali occorre stabilire la causa di una patologia che nasce e si sviluppa all'interno di un'intricata rete causale. Qui, spesso, è davvero difficile stabilire la relazione di necessità condizionalistica che interessa al diritto penale; ed è quindi naturale rivolgersi al sapere scientifico che è solitamente in grado di offrire informazioni causali di tipo probabilistico. Tale contingenza ha costituito il principale fattore di sviluppo del dibattito sull'inferenza causale: si tratta di stabilire il metodo dell'indagine. Naturalmente, occorre che le "leggi" probabilistiche siano affidabili, che abbiano un sicuro significato causale, ma ciò non basta per nulla; giacché è pure necessario stabilire se e come esse possano essere inserite nel ragionamento inferenziale.

La giurisprudenza si è così trovata a dover uscire dal proprio mondo conchiuso, fatto di un incedere istintivo poi tematizzato con discutibili elaborazioni concettuali alimentate dalla tradizione: il sillogismo giudiziario, le massime d'esperienza, ecc. È stato perciò necessario il confronto col vasto mondo della filosofia della scienza e della causa-

lità. Il pericolo di disorientarsi e di perdere di vista i tradizionali punti di riferimento era ed è forte: di qui molti fraintendimenti ed una grande confusione di cui occorre acquisire consapevolezza per tentare, per quanto possibile, un'opera di chiarificazione.

È accaduto (cap. VI, § 5) che una nota scuola di pensiero⁶ ha affermato con forza che le generalizzazioni probabilistiche non siano utilizzabili nel ragionamento causale, non consentendo di produrre, infine, un'inferenza caratterizzata dalla certezza che costituisce la regola di giudizio del processo penale. Si è infatti opinato che il ragionamento causale sia sempre di tipo deduttivo o "quasi deduttivo"; e si è quindi ritenuto che le leggi utilizzabili per le inferenze causali siano solo quelle universali o prossime ad uno, con conseguente esclusione dell'attitudine esplicativa delle generalizzazioni solo probabilistiche.

Questo approccio trasferisce nel mondo del diritto le idee della scuola di pensiero neopositivista (cap. VI, § 5) che ha proposto una concezione esplicazionista della causalità, secondo cui la relazione eziologica si identifica in tutto con la generalizzazione che la enuncia. Ciò ha condotto all'elaborazione di un unitario modello inferenziale, di tipo nomologico-deduttivo, pensato per la fisica e di cui si è tentata la trasposizione in altri contesti scientifici. Tale modello, imperniato sul ruolo delle leggi, afferma la simmetria tra spiegazione e previsione, contrassegnate dal medesimo schema logico, dal generale al particolare. La conseguenza, sul piano giuridico, è che la spiegazione di un accadimento può avvenire solo in chiave deduttiva: è quindi tutta affidata al carattere universale o alla probabilità assai prossima ad uno della legge che, così, trasferisce nella conclusione del sillogismo la certezza da cui è caratterizzata. Si tratta di un approccio che appare fortemente problematico.

In breve, gli studiosi di diritto, nell'ampliare l'orizzonte del sapere classico, si sono meritoriamente indirizzati alla scuola di pensiero che, nell'ambito dell'epistemologia scientifica, ha maggiormente rimarcato le esigenze di certezza, oggettività, misurabilità che devono caratterizzare il discorso scientifico; e ne hanno recepito le idee, trasferendole nel campo giuridico. Tuttavia, l'insegnamento di quella scuola presentava alcuni punti deboli ed ha perso attualità, soprattutto negli ambiti estranei alla fisica. In particolare, per quel che qui maggiormente inte-

⁶ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1217; ID., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2003; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali, l'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1062; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101.

ressa, è risultata criticabile e non realistica la sovrapposizione tra ragionamento esplicativo e ragionamento predittivo; ed altrettanto inaccettabile si è rivelata l'idea che per spiegare un evento occorra sempre una generalizzazione universale o quasi, da porre quale base di un'inferenza deduttiva.

La situazione, che si è tentato di riassumere nel modo più semplice, ha suscitato grandi dubbi nella giurisprudenza, che si sono attenuati, almeno nella prassi, solo grazie all'intervento delle Sezioni Unite (cap. II, § 15), che hanno affermato senza incertezze l'utilizzabilità delle generalizzazioni scientifiche ed esperienziali probabilistiche. Quest'ordine di idee, tuttavia, ha stentato e stenta a farsi strada nel mondo del diritto, sebbene sia accettato in ambito epistemologico, ove da più parti si ritiene corretto affermare che – conviene ripeterlo – un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con qualificata probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo evento che possiamo utilizzare per annullare tale relazione probabilistica (cap. VI, § 6). In effetti, vi sono casi in cui l'effetto segue alla causa con probabilità molto bassa. Tuttavia, pure in tali situazioni, anche se non siamo in presenza di una successione regolare causa-effetto, resta pur sempre vero che gli effetti sono regolarmente preceduti dalla causa. In queste situazioni, dunque, la causa non rende inferibile l'effetto, ma viceversa è sempre inferibile da quest'ultimo. Questa riflessione è stata riproposta con felice semplicità nel campo del diritto quando si è considerato che, se è statisticamente accertato che a seguito del morso di un serpente velenoso muore l'80% dei soggetti aggrediti, non si può negare la causalità tra il morso del serpente e la morte di uno di questi adducendo che nel 20% dei casi la vittima non muore.

Le conseguenze che si possono trarre da tale ordine di idee sono notevoli. In breve, in presenza di una generalizzazione probabilistica sicuramente causale, il coefficiente probabilistico non è davvero importante. Ciò che è veramente decisivo è che non sia prospettabile una diversa, plausibile ipotesi eziologica. Si svela qui il nucleo della maggior parte dei problemi causali: quello della pluralità delle cause. Solo in alcuni casi una categoria di eventi trova la propria radice causale in un unico fattore eziologico (eziologia monofattoriale). Negli altri (eziologia plurifattoriale), la generalizzazione probabilistica costituisce solo un'ipotesi che dovrà confrontarsi in chiave congetturale con le particolarità di ciascun caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla. Naturalmente, pure quando si utilizzino informazioni causali probabilistiche, il giudizio finale dovrà attingere il livello della ragionevole certezza.

Si tenterà nel prosieguo di segnare una traccia per chiarire maggiormente gli assunti che si sono da ultimo sinteticamente proposti

(cap. VI, § 6 s.). Qui, però, sempre a proposito di complessità, appare interessante riflettere ancora brevemente sui difficili intrecci esistenti tra diritto ed epistemologia. Si è accennato che il pratico del diritto si trova nell'impegnativa situazione di dover uscire dal proprio orizzonte per cercare una guida attingendo alla riflessione che si occupa per così dire istituzionalmente dei problemi della conoscenza, della certezza e della sua dimostrazione. Tuttavia, occorre pure avere la consapevolezza che il ventaglio delle opinioni è davvero amplissimo, che alcune sono persuasive ed altre meno; che ciascuna ha una propria storia fatta di successi e di declino; che nessuna di esse è dotata di autorità che ne consenta l'automatica trasposizione nel campo giuridico; che si tratta pur sempre di teorie con le quali occorre confrontarsi senza soggezione, con spirito critico e sotto il lume delle esigenze proprie del punto di vista "giuridico" (cap. VI, § 1).

5. *I ragionamenti causali*

Il segno della complessità che si è da ultimo visto a proposito dei rapporti tra diritto, scienza ed epistemologia si riflette nell'ambito dell'analisi dei ragionamenti probatori. Come si è accennato, la dottrina che sostiene che il ragionamento causale è sempre deduttivo o "quasi" deduttivo determina fraintendimenti e confusione di piani. Essa, sovrapponendo i ragionamenti esplicativi e quelli predittivi, va incontro a diversi gravi inconvenienti sui quali si tornerà più diffusamente (cap. VI, § 5). Qui interessa preliminarmente di rimarcare che tale elaborazione non consente di tematizzare e, se possibile, di superare le difficoltà della spiegazione quando si sia in presenza di generalizzazioni con basso grado di probabilità o quando il medesimo evento sia riconducibile a diversi, alternativi fattori causali. Essa non consente neppure di porre in luce l'autonomia e le peculiarità del ragionamento predittivo che, a differenza di quello esplicativo, ha struttura precipuamente deduttiva, dal generale al particolare; sicché vi assume grande rilievo la certezza o il grado di probabilità della premessa maggiore, che si trasmette alla conclusione del ragionamento. Occorre dunque procedere nella riflessione considerando che in realtà i ragionamenti causali sono di due ben distinte categorie, che devono essere separatamente analizzate.

I ragionamenti esplicativi guardano al passato. Di fronte ad un accadimento ci si occupa di spiegarne le ragioni, di individuare i fattori che lo hanno generato. Il giudice sviluppa un ragionamento esplicativo quando, per restare al contesto cui si è sin qui attribuito rilievo privilegiato per via delle tensioni che provoca nelle elaborazioni tradizio-

nali più consolidate, si chiede quali siano state le ragioni dello sviluppo di una patologia che ha condotto all'evento illecito oggetto del processo.

I ragionamenti predittivi, invece, riguardano la previsione, appunto, di eventi futuri. Tali ragionamenti sono frequenti in tutti gli ambiti scientifici, sia sperimentali che applicativi. Anche il giudice articola particolari previsioni quando si trova a chiedersi cosa sarebbe accaduto se un'azione fosse mancata o se, al contrario, fosse stato tenuto un comportamento richiesto dall'ordinamento: si tratta di ragionamenti controfattuali che riguardano, soprattutto, la causalità o la cosiddetta causalità della colpa.

Orbene, nell'ambito di tali distinti tipi di ragionamento causale non solo muta il metodo di utilizzazione del sapere scientifico, ma è anche differente la rilevanza del coefficiente probabilistico che contrassegna le generalizzazioni scientifiche o esperienziali (cap. VI, sezz. I e II).

6. *Il ragionamento esplicativo*

Nell'ambito dei ragionamenti esplicativi il coefficiente probabilistico della generalizzazione scientifica non è decisivo. Ciò che è invece importante è che tale generalizzazione esprima effettivamente una dimostrata, certa relazione causale tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi. L'ambito biomedico è esemplare per cogliere le ragioni della configurazione solo probabilistica della causa generale: il fattore che di volta in volta ci interessa si trova di solito ad interagire con altri, numerosi fattori che ne influenzano il ruolo, sicché è ben comprensibile che l'evento avverso sopravvenga in un numero anche limitato di casi: in alcune contingenze una patologia è letale ed in altre non lo è; un agente patogeno in alcuni casi innesca la malattia ed in altri no.

Il coefficiente probabilistico espresso dalla legge scientifica che noi utilizziamo è irrilevante nell'ambito dell'eziologia monofattoriale: accertato che una persona è affetta da asbestosi, si risale con certezza alla causa costituita dall'esposizione protratta all'amianto, visto che è scientificamente certo che tale esposizione è l'unico fattore che può determinare l'insorgenza dell'affezione.

Il ragionamento inferenziale si complica invece nei casi, che sono la maggioranza, nei quali un evento può trovare origine in diversi fattori causali. In tale situazione, un'analisi razionale del problema induce senz'altro a concludere che le generalizzazioni nomiche costituiscono nulla più che delle ipotesi che orientano ma non risolvono l'indagine eziologica relativa alla specifica contingenza. Qui appare, come si è già

accennato, il problema realmente centrale dell'indagine causale: quello della pluralità delle cause.

In tale situazione, per comprendere come possiamo risolvere il problema causale, non possiamo fare di meglio che guardare ai modi coi quali noi affrontiamo i dubbi causali quando siamo in presenza di diverse ipotesi esplicative: accade con naturalezza che acquisiamo informazioni generali sulle possibili categorie di cause (le conoscenze nomiche) e cerchiamo quindi, con indagine induttiva, i segni che caratterizzano l'azione di ciascun fattore eziologico. La presenza o l'assenza di tali segni ci indirizzerà più o meno decisamente verso l'una o l'altra ipotesi causale. Noi, dunque, agiamo in chiave congetturale. Più precisamente, scopo dell'indagine è la verifica critica in ordine all'ipotesi che riguarda la riferibilità di un evento concreto ad una spiegazione racchiusa in una generalizzazione. Si tratta, in breve, dell'abduzione selettiva che consacra, pare, il modello causale ipotetico-deduttivo di spiegazione di eventi singoli: un approccio fondato su un rigoroso atteggiamento critico e su un serrato confronto tra l'ipotesi ed i fatti.

Lo stile del naturale incedere del ragionamento esplicativo nel mondo della vita, l'agire ideativo di ciascuno di noi in quanto agente razionale e le regole logiche che lo governano, collimano con la scuola di pensiero che, nell'ambito dell'epistemologia e della filosofia della scienza, delinea un modello dell'indagine storica che viene solitamente chiamato abduzione o ipotetico-deduttivo (cap. VI, § 6 ss.). Una scuola di pensiero che scorre semisommersa nei secoli e che ha avuto nel recente passato una importante valorizzazione: un approccio fondato su un metaforico dialogo tra l'ipotesi ed i fatti. Si tratta di ricercare strenuamente sul campo i segni che sono propri del fattore causale ipotizzato e che quindi corroborano l'ipotesi; e di ricercare con altrettanta penetrazione la presenza o l'assenza di segni indicatori di altri, alternativi fattori causali, che possono falsificare l'ipotesi. L'idea di falsificazione dell'ipotesi mette in luce il lato critico dell'indagine e risulta quindi molto feconda per il giurista. Pure a tale tema si dedicherà qualche riflessione più ampia nel prosieguo (cap. VI, § 7 s.).

6.1. *Abduzione e probabilità logica*

Il modello di ragionamento probatorio proposto si trova abbozzato nella nota sentenza delle Sezioni Unite (*amplius*, cap. II, § 15) che evoca da un lato l'abduzione e dall'altro la copiosa caratterizzazione del fatto storico. Induzione ed abduzione si intrecciano dialetticamente: l'induzione, cioè il fatto storico, costituisce il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa. La prospettiva è quella di una ricostruzione del fatto dotata di elevata probabilità logica.

Non vi è dubbio che la Corte Suprema abbia svolto una sapiente opera di flessibilizzazione del ragionamento inferenziale, aprendolo ai contesti probabilistici della scienza e dell'esperienza. Lo ha fatto in modo colto, usando termini recepiti dal linguaggio dell'epistemologia. Attorno a queste espressioni, tuttavia, si sono determinati vari fraintendimenti che hanno reso maggiormente impegnativo il lavoro del giudice; e che suggeriscono uno sforzo di chiarificazione.

Occorre considerare che l'espressione "probabilità logica" è nata nell'ambito del pensiero neopositivista: la constatazione del regolare ripetersi di un fenomeno non ha significato solo sul terreno statistico, ma contribuisce ad alimentare l'affidamento sulla plausibilità della generalizzazione che si è formata a seguito dell'osservazione dei casi passati. Questa elaborazione, che ha anche tentato di quantificare formalmente il grado di conferma sulla base della frequenza riscontrata, ha subito molte critiche, interne al mondo della filosofia della scienza. La più corrosiva è quella che l'ha definita come una tautologia giustificata ma non controllabile. Sembra che il cuore di questa critica sia interessante: la mancanza del momento critico costituito dalla controllabilità rende la probabilità logica uno strumento concettuale scarsamente produttivo.

Comunque sia, il nucleo centrale di tale sofisticata elaborazione è stato sviluppato anche in riferimento ai giudizi della giurisprudenza. La base fattuale o induttiva costituita dalle prove disponibili viene ponderata per stabilire se l'ipotesi esaminata abbia ricevuto un sufficiente grado di conferma: se tale grado è ritenuto sufficiente, l'ipotesi è caratterizzata da elevata probabilità logica, è quindi attendibile e può essere assunta come base della decisione. È chiaro, già da questi brevi accenni, che tale valutazione ha un forte contenuto valutativo, è vaga e sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa.

Facile, a questo punto, intuire gli inconvenienti riscontrati nella prassi. La probabilità logica viene spesso confusa con la probabilità statistica, che invece esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni ed una classe di eventi ed è quindi scevra dai contenuti valutativi propri della probabilità logica. Inoltre, il suo connotato valutativo ne ha favorito l'uso in chiave retorica: prescelta per qualunque ragione un'ipotesi causale, la si pone sotto l'insegna dell'elevata probabilità logica, frustrando le esigenze di obiettiva dimostrazione della relazione causale.

Si pone così in evidenza, infine, il nucleo del problema causale. Nella maggior parte dei casi è ben possibile ed anzi utile impostare l'inferenza in chiave ipotetica, abduttiva: la letteratura universale offre spunti innumerevoli per dotte disquisizioni al riguardo. Tuttavia, infine, occorre pur sempre stabilire le condizioni che consentono di rite-

nere accreditata un'ipotesi. L'idea di abduzione evoca, come si è accennato, quella di un serrato confronto con i fatti: sia quelli che confermano, sia quelli che confutano, falsificano l'ipotesi. La letteratura sul pensiero ipotetico-deduttivo falsificazionista, d'altra parte, offre a tale riguardo spunti che il giurista accoglie ed anzi enfatizza, pressato com'è dalla ricerca di una genuina verità; ma al contempo ci rammenta che quello di verità è un ideale al quale tendiamo, mai certi di averlo attinto. Allora, tutto quello che possiamo fare è condurre la nostra ricerca con forte spirito critico, in modo rigorosamente controllato, ricercando ed analizzando i fatti, anche i dettagli, nel modo più strenuo. Questo è il "metodo" dell'inferenza esplicativa; e questo (l'ostensione e l'analisi di fatti investigati al limite del possibile) è il metro per cogliere se la motivazione, l'atto che mostra le ragioni della decisione, ha un reale contenuto dimostrativo. È questo, infine, uno dei parametri irrinunciabili della stessa logicità dell'interferenza.

Questa conseguita logicità è infine la base per il giudizio controfattuale (cap. II, § 6) volto a cogliere il ruolo condizionante dell'azione umana. Tale giudizio, nel ragionamento esplicativo, è privo di un reale ruolo euristico, visto che costituisce un atto (solitamente implicito e comunque banale) di analisi logica di fatti che sono stati già interamente prima ricostruiti.

7. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva

Lo scenario che si è tratteggiato per il ragionamento esplicativo muta notevolmente nell'ambito del distinto ragionamento predittivo (cap. VI, sez. II). Come si è accennato, il giudice penale svolge tale tipo di ragionamento quando s'interroga sull'evitabilità di un evento. Lo fa, per quel che qui interessa, nell'ambito dei ragionamenti sulla causalità omissiva e sulla cosiddetta causalità della colpa. Sovente, in verità, non è ben chiaro se l'interrogativo sull'evitabilità dell'evento attenga all'uno o all'altro ambito. Ma questa complicazione cui pure si dedicherà qualche pagina (cap. V, § 14) può essere messa tra parentesi; e conviene invece dedicarsi al ragionamento della causalità omissiva.

Anche nell'ambito della causalità omissiva, naturalmente, noi abbiamo comunque un fatto che dobbiamo compiutamente ricostruire, articolando il ragionamento esplicativo cui si è già fatto cenno. Compiuto questo primo passo, occorre esperire un giudizio prognostico, predittivo appunto. In breve, noi ci interroghiamo su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere l'azione mancata. Nei reati colposi, che solitamente presentano i maggiori problemi, investighia-

mo cosa sarebbe accaduto se l'imputato avesse tenuto la condotta diligente, prudente, perita che gli veniva richiesta.

In questo procedimento insorgono gravi problemi. Cosa sia effettivamente la causalità omissiva è senza esagerazione un mistero, al quale il diritto penale si è dedicato con uno sforzo che, probabilmente, non ha pari in altri rami del sapere. L'omissione (cap. V, § 2 ss.) costituisce dal punto di vista naturalistico un nulla, eppure, soprattutto nei reati dolosi, noi percepiamo con immediatezza che l'inazione costituisce, metaforicamente, una sorta di azione che può profondamente influenzare gli eventi. D'altra parte, la base condizionalistica della causalità giuridica ci induce ad analizzare questo nulla in chiave logica. Di qui molte discussioni per stabilire se causalità attiva ed omissiva costituiscono due categorie distinte. Un problema che può essere risolto o forse semplicemente governato se accettiamo l'idea che il punto di vista naturalistico e quello logico pongono lo stesso quesito su due piani distinti e sollecitano, in conseguenza, distinte risposte.

Fatto sta che quando avviamo il giudizio controfattuale, prognostico, ci troviamo in una situazione ben diversa da quella della causalità attiva, ove è solitamente facile rispondere alla domanda su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse evitato di affondare il coltello nel torace della vittima. Poiché l'azione manca in natura, noi non possiamo far altro che immaginarla in modo inevitabilmente astratto, idealizzato. Ciò determina, naturalmente, un primo importante fattore d'incertezza ed astrattezza del ragionamento, sul quale la letteratura si è lucidamente applicata, persuasivamente mostrando il fattore di aggiuntiva ipoteticità del giudizio.

Inoltre, per evitare di lavorare troppo di fantasia, è di grande interesse conoscere cosa accade nei casi simili. Noi ci rivolgiamo alle generalizzazioni formatesi a proposito della relazione causale che ci interessa; utilizziamo queste generalizzazioni in chiave precipuamente deduttiva ed è quindi corretto parlare di giudizio nomologico-deduttivo, a differenza di ciò che accade nell'ambito del ragionamento esplicativo. Naturalmente, proprio perché compiamo un ragionamento prevalentemente deduttivo, è assai rilevante il coefficiente probabilistico della regolarità causale, visto che la caratteristica di tale inferenza è quella di trasferire nella conclusione del sillogismo la misura di certezza od incertezza che caratterizza la premessa maggiore.

Questa situazione sembra mostrare qualche insufficienza dell'elaborazione compiuta dalle Sezioni Unite, che si sono limitate a riproporre per l'ambito omissivo l'evocazione del ragionamento ipotetico, abduttivo. Si tratta di una critica che è stata subito correttamente posta da diversi studiosi e sulla quale si tornerà (cap. VI, sez. II).

Ma, al di là delle diverse costruzioni teoriche, l'ambito applicativo

mostra comunque, con immediatezza, alcuni impegnativi problemi. Soprattutto nei reati colposi, la condotta omessa, *id est* la misura cautelare richiesta all'agente, difficilmente è in grado di evitare con certezza l'evento. Molte regole di diligenza e prudenza hanno contenuto probabilistico, diminuiscono ma non annullano il rischio. L'ambito biomedico è come al solito paradigmatico. Non solo. Spesso non disponiamo affatto di generalizzazioni affidabili, in grado di darci una misura attendibile del grado di probabilità di successo della cautela omessa. Altre volte quelle che spesso impropriamente chiamiamo "leggi" danno solo informazioni generiche e malferme in ordine a determinate categorie di eventi; e trascurano il rilievo dei diversi fattori che possono influenzare l'andamento del processo eziologico.

La conclusione che si trae da questo stato delle cose è che quasi mai noi riusciamo ad articolare un ragionamento predittivo fondato su generalizzazioni universali o quasi, in grado di farci conseguire la ragionevole certezza che l'azione omessa avrebbe evitato l'evento, come richiesto dallo statuto della causalità condizionalistica. Anzi, in molti casi, manchiamo addirittura di uno strumento deduttivo, cioè di un'affidabile generalizzazione che permetta di compiere, con qualche plausibilità, la prognosi che ci viene richiesta. Questa situazione, per chi la guardi con obiettività, è davvero inquietante. Essa non può essere occultata o sfumata. Anzi, deve costituire la base per qualunque riflessione che voglia confrontarsi con la realtà.

Allora dobbiamo ammettere che la causalità omissiva, a guardarla con realismo, ci conduce ad un'alternativa che non può essere elusa. O riteniamo che essa sia condizionalistica e sia quindi governata dalla regola di giudizio dell'umana certezza, con la conseguenza che si tratta di un obiettivo che non può essere quasi mai raggiunto. Oppure dobbiamo sottoporre ad approfondita analisi l'ipotesi che essa non sia condizionalistica ma solo probabilistica.

Le Sezioni Unite hanno abilmente tentato una mediazione tra questi estremi: la causalità omissiva è pur sempre condizionalistica, ma il giudizio di certezza del ruolo salvifico della condotta omessa deve essere articolato in chiave indiziaria, si fonda sull'analisi delle particolarità del caso concreto e culmina, ove possibile, in un giudizio di elevata probabilità logica. Una soluzione di tipo processuale, dunque. Si tratta di un itinerario che, con esiti alterni, viene rispettosamente percorso nella prassi.

Tuttavia, se guardiamo al fondo delle cose, i dubbi e le inquietudini che si sono accennati non sono risolti. Infatti, se consideriamo il carattere squisitamente valutativo della probabilità logica e l'assenza di informazioni generalizzanti universali o comunque altamente approssimate ad uno, emerge che noi non riusciamo quasi mai, soprattutto

nei reati colposi, ad attingere la certezza che il condizionalismo ci richiede. Possiamo solo limitare gli arbitri richiedendo un'indagine molto severa ed articolata della base fattuale che siamo chiamati ad analizzare.

Allora, infine, non si può fare a meno di chiedersi, come si è accennato, se la causalità omissiva debba necessariamente essere condizionalistica; e se sia invece prospettabile l'autonomia di tale forma d'imputazione oggettiva dell'evento, fondata sulla mancata diminuzione del rischio e quindi probabilistica.

Tale prospettiva sarebbe certamente preclusa se fosse certo che il condizionalismo ha una base ontologica e costituisce, quindi, un modello che non può essere mai derogato in alcun ambito. A tale riguardo è lecito avanzare seri dubbi. Sovvengono le riflessioni proposte all'inizio. Noi non sappiamo cosa ontologicamente sia la causalità. Essa costituisce uno strumento euristico, è modellata dal contesto, dal punto di vista che governa l'indagine e dalle conoscenze che sono disponibili in ciascun ambito. E non ha senso, dal punto di vista euristico, proporre un archetipo che non sia consonante con le conoscenze esistenti e ci proponga un ideale non concretamente raggiungibile facendo uso di quelle stesse conoscenze.

Si è pure accennato che nei contesti complessi, processuali come quello biomedico, nei quali interagiscono in modo non esattamente definibile molti fattori, la logica condizionalistica, binaria, del tutto o nulla risulta insoddisfacente: non riesce, cioè, a dare un'idea di ciò che accade nel complesso incedere del processo che conduce all'evento. Ben più utile e realistica si rivela l'idea di causa come influenza, come interazione certa e significativa.

A tali considerazioni che si muovono su un terreno universale, altre se ne aggiungono sul piano squisitamente giuridico. Vi sono casi nei quali la condotta richiesta all'agente non è idonea ad elidere il rischio, ma solo a diminuirlo. In tali situazioni potrebbe apparire incoerente richiedere, per addivenire all'imputazione dell'evento, la prova (qui davvero impossibile) di un ruolo certamente salvifico dell'atto mancato. Ancora, nelle generalizzazioni statistiche che si sono prima ripetutamente evocate sono compresi casi in cui l'insuccesso dell'azione richiesta (ad esempio l'atto terapeutico suggerito dalle *leges artis*) è dovuto ad errore dell'agente o a comportamento inappropriato della vittima; ed è quindi lecito chiedersi, guardando le cose da un punto di vista normativo, se l'agente trascurato possa invocare a proprio favore il coefficiente numerico d'insuccesso dovuto a tali ragioni. In breve, nell'ambito omissivo non solo il condizionalismo non è concretamente praticabile sul piano euristico; ma, probabilmente, non è neppure desiderabile sul piano del giudizio di responsabilità personale.

Queste considerazioni incoraggiano a pensare che la causalità omissiva sia in realtà una tecnica d'imputazione oggettiva dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale. In breve, essa attiene più al piano della responsabilità che a quello della causalità e consente, quindi, una costruzione distinta da quella valida nell'ambito della causalità commissiva. Quest'ordine di idee, del resto, sembra cautamente affiorare sia nella riflessione giuridica che in quella epistemologica. Naturalmente, accolta l'idea probabilistica di causalità, occorrerà pur sempre definire lo *standard* probabilistico che può giustificare l'imputazione oggettiva.

Tali complesse questioni, qui solo accennate nel modo più breve, saranno analizzate nel prosieguo (capp. V e VI). Per il momento, dopo aver prospettato molti problemi ed accennato alcune soluzioni, occorre procedere oltre partendo dalla disciplina legale.

CAPITOLO II

CAUSALITÀ CONDIZIONALISTICA

SOMMARIO: 1. La causalità e l'evento nel codice. – 2. L'art. 41, comma 1, c.p. – 3. La controversa formula dell'art. 41, capoverso. – 4. La causalità omissiva. – 5. La teoria della *condicio sine qua non* o dell'equivalenza causale. – 6. Condizionalismo, giudizio controfattuale, causalità omissiva. – 7. Alle radici del condizionalismo. – 8. Condizionalismo e contestualità. – 9. Condizionalismo, sopravanzamento, causalità alternativa ipotetica. – 10. Condizionalismo, sovradeterminazione, causalità addizionale e cumulativa. – 11. Le obiezioni giuridiche alla teoria della *condicio sine qua non*: l'eccessiva ampiezza e le esigenze di delimitazione. – 12. L'evento *hic et nunc*. – 13. La concezione condizionalistica della causalità nella giurisprudenza. Alcune pronunzie fondamentali. – 14. Le incertezze sulla causalità omissiva e sull'uso del sapere scientifico. – 15. La sentenza delle Sezioni Unite.

1. *La causalità e l'evento nel codice*

L'art. 40, comma 1, c.p. enuncia che nessuno può essere punito se l'evento non è conseguenza della sua azione od omissione. Si tratta di una formula che delinea in modo ampio ed ovvio¹ il rapporto di causalità, esigendo che l'evento sia la conseguenza della condotta umana.

Tale definizione sembra suggerire che l'evento e la relazione causale tra esso e la condotta umana siano un tratto immancabile di tutti i reati, non solo quelli che presentano un evento in senso naturalistico, ma anche quelli di pura condotta. Si tratta di un punto di vista sicuramente non casuale, visto che esso compare anche in altri importanti articoli, primo tra tutti l'art. 43, nel quale si propone la previsione dell'evento quale elemento caratterizzante del dolo. In questa impostazione si scorge solitamente un non felice riferimento all'evento in senso giuridico, costituito dalla lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice. Si coglie in tale punto di vista un errore metodologico,

¹ Così, ad esempio, GALLO, *Appunti di diritto penale*, II, Giappichelli, 2000, p. 109; MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, p. 158.

dovuto alla mancata percezione che l'evento giuridico costituisce termine di valore e non designa un autonomo dato naturalistico²; esso non indica un effetto del reato bensì il suo contenuto e non può essere quindi posto in relazione causale con la condotta.

Esclusa la possibilità di configurare un evento giuridico eziologicamente connesso alla condotta umana, occorre ritenere, con la dottrina largamente prevalente, che l'evento evocato dall'art. 40, comma 1, sia quello naturalistico. Esso si configura solo in alcuni reati causalmente orientati, come l'omicidio, le lesioni personali, l'incendio, la strage, i reati di danneggiamento. Conseguentemente, solo per tali reati è corretto parlare di relazione causale tra condotta ed evento. L'evento è quindi costituito da una modificazione del mondo esterno, un accadimento temporalmente e spazialmente separato dall'azione e che a questa deve essere legato, appunto, dal nesso causale. Naturalmente, si fa riferimento solo a quelle conseguenze della condotta umana che sono espressamente o tacitamente previste dalla norma incriminatrice e non alle eventuali ulteriori conseguenze che di volta in volta possono contingentemente discendere dal reato.

L'evento stesso può presentare connotazioni assai diverse: può consistere in una modificazione della realtà fisica, come ad esempio la malattia nel reato di lesioni, la morte in quello di omicidio, la distruzione della cosa altrui in quello di danneggiamento; oppure in una modificazione di carattere psichico, come, ad esempio, lo stato di errore cui è indotto nella truffa chi compie l'atto di disposizione; ovvero in una modificazione di carattere economico-giuridico, come, ad esempio, il danno ed il profitto nella truffa o la rarefazione ovvero il rincaro sul mercato di generi alimentari di largo consumo nel delitto di manovre speculative sulle merci; infine in un comportamento umano, come, ad esempio, il tollerare od omettere qualcosa nel reato di violenza privata³.

L'evento in senso naturalistico può assumere rilievo giuridico quale elemento essenziale, entrando così a far parte del fatto tipico, ovvero quale circostanza, oppure infine come condizione obiettiva di punibilità⁴. In tale ultimo caso, tuttavia, l'evento può anche non dipendere causalmente dalla condotta del reo⁵.

² PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 2000, p. 343, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 1963, p. 149 e p. 256, nt. 19.

³ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2002, p. 134; GALLO, *Appunti*, cit. p. 90.

⁴ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2008, p. 245.

⁵ PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 121.

È invece minoritaria la dottrina secondo cui l'evento di cui all'art. 40 non può essere né l'evento naturalistico né quello giuridico, bensì l'evento significativo, che è l'accadere esteriore nel suo significato umano e sociale: quell'alterazione dei rapporti umani che si verifica in ogni reato, anche in quelli di mera condotta. Mentre l'evento naturalistico conserva il contrassegno, proprio del rapporto causale delle scienze naturali, di una successione nel tempo tra azione ed evento, l'evento significativo esprime solo l'operare dell'atteggiamento corporeo rispetto ad una modifica dei rapporti intersoggettivi ma, in quanto tale modifica non suppone necessariamente un accadere naturale distinto dall'azione od omissione, non è possibile pretendere un rapporto di successione temporale, dato che qui il secondo termine della relazione può anche non esistere⁶. L'esempio tipico è quello del reato di evasione: il detenuto non è imputabile di evasione se si è venuto a trovare libero senza che la sua azione od omissione sia stata condizione logica indispensabile della sua libertà: come avviene nei casi di crollo del carcere, apertura di questo a furore di popolo, errore del custode nel disporre la scarcerazione, ancorché il detenuto ne approfitti.

Per cogliere l'ampiezza del problema causale pare pure interessante considerare che solo in alcuni casi la relazione tra una condotta umana ed un suo esito penalmente rilevante attiene all'evento che segna il momento consumativo del reato, o che ne determina l'aggravamento. Ciò accade in un numero ristretto di reati, ai quali si è già fatto cenno, come l'omicidio, le lesioni personali, il danneggiamento, l'incendio. È sufficiente scorrere la parte speciale del codice per avvedersi che numerose fattispecie presentano all'interno del loro sviluppo tipico delle sequenze caratterizzate da una relazione causale: di tale genere è, ad esempio, nel reato di truffa la relazione tra gli artifici e raggiri e l'induzione in errore; o nel reato di rapina lo strumentale esercizio di violenza alla persona, o ancora nel reato di estorsione l'esercizio di violenza o minaccia con effetto di costringimento, ecc. Ancor più in generale, è interessante osservare che anche nelle fattispecie a forma libera accade in concreto che l'analisi del fatto implichi la ricostruzione di complesse connessioni causali tra fattori di vario genere, al fine di individuare il contesto entro cui collocare la condotta umana e di stabilire se essa abbia avuto un ruolo condizionante rispetto all'evento. È quindi possibile sin da ora trarre una prima conclusione cui si farà frequentemente riferimento nel prosieguo per la sua rilevanza special-

⁶ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 341 ss. Nello stesso senso, LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Jovene, 1996, p. 259. Un'impostazione non molto dissimile pure in MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, p. 880 ss.

mente in tema di accertamento del nesso di condizionamento: il diritto penale è scienza causale per eccellenza, tutto o quasi nel fatto è ricostruzione di nessi causali.

Occorre infine aggiungere che l'evento, quale elemento essenziale della fattispecie, contribuisce ad esprimere il disvalore della figura criminosa, ma può configurarsi in vario modo in rapporto al contenuto offensivo del reato. In alcuni casi il reato incarna l'offesa al bene giuridico, sia che si tratti di offesa consistente nella distruzione del bene, come nei reati di omicidio o danneggiamento, sia che si tratti della sua messa in pericolo, come nel reato di incendio di cosa altrui, ove l'evento naturalistico dell'incendio incorpora il pericolo per l'incolumità pubblica. In altri casi, con diverse articolazioni, l'evento è individuato nel pericolo che si produca a sua volta un ulteriore esito pregiudizievole per il bene protetto, come nei reati di danneggiamento seguito da incendio e di incendio di cosa propria: si tratta dei reati di pericolo concreto. L'idea di pericolo evoca un giudizio di tipo probabilistico. Tuttavia tali reati possono essere pensati come illeciti di evento, visto che l'elemento del pericolo implica il richiamo di circostanze fattuali distinte rispetto alla condotta, alle quali si estende l'indagine sulla relazione causale⁷. Esistono, peraltro, fattispecie nelle quali l'evento tipico che vi è descritto indica bensì un risultato della condotta ad essa causalmente collegato, ma non esprime l'offesa del reato; come ad esempio accade nel reato di fraudolento danneggiamento di beni assicurati, ove la distruzione della cosa propria per conseguire il prezzo di un'assicurazione non esprime il momento offensivo che riguarda il patrimonio dell'assicuratore⁸.

2. *L'art. 41, comma 1, c.p.*

Il nucleo della disciplina codicistica della causalità è costituito dall'art. 41, comma 1, che enuncia che la condotta umana è causale quando costituisce una delle condizioni necessarie dell'evento, e che tale nesso non è escluso quando concorrono altre condizioni preesistenti, simultanee o sopravvenute.

Il lessico della norma è parso a taluno criticabile; e probabilmente lo è se lo si guarda da un punto di vista squisitamente logico. Senza dubbio, infatti, la causa è rappresentata dal complesso delle condizio-

⁷ PALAZZO, *Corso*, cit., p. 240.

⁸ PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 121.

ni antecedenti l'evento. Solo l'insieme di tali condizioni, nessuna esclusa, è sufficiente alla produzione dell'esito considerato dalla norma incriminatrice. I singoli fattori che s'inscrivono nella compagine causale, individualmente considerati, sono soltanto condizioni necessarie ma non sufficienti. Nessuno è in grado di porre in essere la causa nel suo complesso, per l'impossibilità di realizzare tutte le condizioni che la costituiscono. Tuttavia, si tratta di un'incongruenza solo formale che mette in luce il punto di vista giuridico: pur riconoscendosi che per causa s'intende propriamente il complesso delle condizioni sufficienti alla sua produzione, si considera convenzionalmente come "causa" la particolare condizione costituita dalla condotta umana⁹. Sebbene ai giuristi non sia mai sfuggito che la semplice condizione è una cosa del tutto diversa dalla causa, intesa come totalità delle condizioni, il diritto considera causa una particolare condizione, secondo uno schema di pensiero che caratterizza chiunque spieghi un fenomeno guardandolo da un particolare punto di vista ed indica come causa questa o quella condizione¹⁰.

Tale singolarità lessicale, del resto invalsa anche nel linguaggio corrente, sottolinea che l'approfondimento della questione della causalità nell'ambito di un ordinamento normativo significa non solo affrontare questioni di carattere logico-naturalistico, ma anche questioni d'imputazione, cioè di riferibilità di un fatto ad una data persona sulla base delle specifiche finalità perseguite dai vari rami del diritto¹¹. D'altra parte, in ciò non vi è neppure una peculiarità dell'ordinamento penale: molte spiegazioni di eventi concreti nelle scienze, molte spiegazioni del senso comune, la maggioranza delle spiegazioni di discipline come la storia, la spiegazione delle azioni umane in generale sono tese ad individuare solo una o più condizioni indispensabili; e ciò è dovuto proprio al fatto che si tratta di indagini dirette sempre all'imputazione di conseguenze concrete a cause concrete, particolari¹². Questo spiega, per restare nell'ambito giuridico, le rilevanti, crescenti differenze tra l'ordinamento penale e quello civile in ordine alla causalità ed al suo accertamento (*amplius*, cap. VI, sez. III).

La formulazione dell'art. 41, comma 1, viene unanimemente ritenuta espressione dell'adesione del codice alla concezione condizionali-

⁹ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 3, nt. 3.

¹⁰ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934, p. 39.

¹¹ GALLO, *Appunti*, cit., p. 97.

¹² STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1223.

stica della causalità, che nel linguaggio giuridico viene anche denominata teoria della *condicio sine qua non* o dell'equivalenza causale. Il tratto più caratteristico di tale concezione è quello di isolare ciascun fattore riconoscendogli rilievo condizionante quando esso presenta un ruolo logicamente essenziale, necessario, ineliminabile, ai fini della spiegazione di un evento. Le condizioni, d'altra parte, si caratterizzano solo per tale relazione necessitata rispetto all'evento e sono quindi tra loro, per così dire, equivalenti. Nessuna distinzione, in particolare, può essere compiuta in relazione alla collocazione temporale delle condizioni medesime, che possono essere concomitanti, precedenti o susseguenti rispetto alla condotta umana (*amplius*, § 5).

Il comma 3 dell'art. 41 c.p. reca solo una precisazione che conferma il principio di equivalenza causale espresso dal comma 1: la connessione causale tra la condizione costituita dalla condotta umana e l'evento si configura anche nelle situazioni in cui la catena causale mostra la presenza di altre condizioni costituite dal fatto illecito altrui.

3. *La controversa formula dell'art. 41, capoverso*

Ben più problematica appare la formula dell'art. 41, capoverso, secondo cui le cause (cioè le condizioni) sopravvenute escludono la rilevanza causale delle condizioni preesistenti, quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento.

In dottrina è stata da più parti sottolineata¹³ l'imperfezione di tale formulazione, assolutamente generica e tale da potersi piegare alle più diverse interpretazioni, contraddittoria e carica di "sibilline promesse"¹⁴. L'ambiguità della norma determinò nella letteratura, subito dopo l'entrata in vigore del codice, una confusione "babilonica"¹⁵. Una parte della dottrina ritenne che la disposizione implicasse l'accettazione della teoria della causalità adeguata. Un'altra parte, invece, facendo leva soprattutto sull'art. 40, opinò che fosse stata accolta la teoria della *condicio sine qua non*.

Tale contrapposizione di punti di vista è presente pure nello stato attuale del dibattito dottrinale, anche se con maggiore consapevolezza e con più ricca varietà di argomentazioni.

¹³ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 193; SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, p. 643; FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1988, p. 129.

¹⁴ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, p. 291.

¹⁵ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 145.

Secondo un'opinione minoritaria¹⁶, la disposizione non fa che confermare la teoria della *condicio sine qua non*, dell'equivalenza causale: le cause sopravvenute capaci di produrre l'evento sono quelle di una catena causale autonoma rispetto ad una precedente che, così, rimane priva di significato causale, cioè di decisivo rilievo ai fini della produzione dell'evento: un sicario somministra alla vittima un veleno che però non ha modo di agire, giacché nel frattempo un altro agente determina autonomamente la morte con un colpo d'arma da fuoco. In tale caso la prima azione, costituita dalla somministrazione del veleno, si trova a non esplicare il rilievo causale cui pure era idonea, poiché soppiantata da una distinta azione costituita dall'esplosione di un'arma che esercita la propria azione in modo del tutto indipendente dal precedente avvelenamento. La norma, quindi, riguarda le situazioni nelle quali un fattore causale innescato dalla condotta umana non ha avuto modo di svilupparsi a causa del sopravvenire di un fattore totalmente autonomo ed indipendente sul piano logico, che ha determinato l'evento in modo svincolato dal precedente fattore: la rilevanza della condotta del primo agente, l'avvelenatore, è rimasta, sul piano degli effetti, ipotetica, virtuale.

L'altro, prevalente indirizzo dottrinale sostiene che l'unico modo per conferire un senso alla formula sia quello di ritenere che si parli di cause sopravvenute che non siano da sole sufficienti a determinare l'evento, e costituiscano in realtà delle concause, giacché se ci si trovasse di fronte a cause dotate di piena autonomia, la disposizione sarebbe inutile, ovvia e ripetitiva degli artt. 40, comma 1, e 41, comma 1¹⁷. Si ritiene, quindi, che la norma intenda esercitare una funzione limitativa rispetto al principio di equivalenza causale espresso nel comma precedente, alludendo a concause qualificate, capaci di assumere su di sé, da un punto di vista normativo, tutto il peso dell'imputazione causale: il codice accoglie la teoria della *condicio sine qua non* ma, come si è accennato, vi apporta limitazioni rese necessarie dall'esigenza di evitare la proliferazione indiscriminata dell'imputazione del fatto, per effetto della eccessiva ampiezza del nesso di condizionamento determinata dal principio di equivalenza causale. Da questo punto di vista, si è osservato, la disciplina del nesso causale assume, nell'impianto originario del codice, disseminato di ipotesi di responsabilità oggettiva, un significato ed un ruolo di notevole importanza culturale,

¹⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 142; STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1264 ss., MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 881 ss.

¹⁷ Così, ad esempio, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 296.

costituendo l'affermazione del principio di responsabilità per fatto proprio¹⁸.

Quale che sia la lettura che si voglia dare della disposizione in questione nel più ampio quadro della disciplina della causalità, pare non possa dubitarsi del fatto che il codificatore non accolse integralmente la teoria della *condicio*, ma vi appose una limitazione mediante il comma 2 dell'art. 41, generata dalla necessità di escludere l'esistenza del nesso di condizionamento in alcune situazioni ben esemplificate dal caso classico della persona ferita lievemente che muore nel corso di incendio fortuito scoppiato nell'ospedale presso cui è stata ricoverata; o della persona che, dopo essere stata ferita in un'aggressione, perisce a seguito di un incidente nel quale rimane coinvolta l'ambulanza che la trasporta in ospedale. In casi del genere si parlava frequentemente e si parla ancora di "interruzione di causalità". Le ampie discussioni svoltesi durante i lavori preparatori e la relazione al progetto definitivo lo dimostrano in modo da non lasciare adito a dubbi (*amplius*, cap. III, § 3). Tale scelta normativa, d'altra parte, non nacque improvvisa ma, come pure si avrà modo di evidenziare, fu il portato di risalenti elaborazioni della dimensione giuridica della causalità, che possono rinvenirsi sin nelle codificazioni preunitarie e nel Codice Zanardelli; nonché nelle riflessioni dottrinali dell'epoca. A tale tema storico si farà un cenno più ampio nel prosieguo (cap. III).

La preliminare conclusione raggiunta circa il ruolo limitativo dell'art. 41, capoverso, lascia aperto il problema centrale: l'art. 41, capoverso, non offre un criterio per la scelta di alcuni tra gli infiniti precedenti causali di un fatto¹⁹; e proprio l'indecifrabilità della formula, anche volendosi muovere in una dimensione rigidamente ancorata al diritto positivo, impone la considerazione di questioni di carattere normativo, che trascendono il piano logico e quello naturalistico e legittimano la dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento (*amplius*, cap. IV). Il tema delle cosiddette concause finisce così col confluire nel complesso dibattito dottrinale sulle diverse concezioni della causalità, sorte storicamente proprio per teorizzare e definire l'indicato effetto limitativo, sicché la sua trattazione, anche nei risvolti applicativi, non può prescindere da tale discussione. Vi si farà pertanto riferimento ripetuto nel prosieguo della trattazione.

Tuttavia pare utile introdurre già qui qualche cenno alla discussione dottrinale sull'art. 41, capoverso. Da più parti è stato posto in

¹⁸ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 292.

¹⁹ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 24.

luce il disorientamento²⁰ dei compilatori del codice, e la contraddittorietà della scelta normativa. Nella relazione del Guardasigilli era espressa l'idea che il capoverso dell'art. 41 non costituisse un'eccezione al criterio della *condicio*, ma ne rappresentasse una conferma ed una puntuale applicazione. E non c'è dubbio che, ad un'interpretazione letterale, il criterio della *condicio* non subisce la minima deroga. Ma l'interpretazione letterale comporta due inevitabili conseguenze: l'abrogazione per via interpretativa del capoverso stesso e la mancata realizzazione degli scopi pratici che il legislatore pone nella Relazione a fondamento della disposizione. L'interpretazione letterale porta all'abrogazione del capoverso dell'art. 41 che, come si è accennato, risulterebbe inutile e contraddittorio. Infatti, il legislatore sembra richiedere la sufficienza in concreto delle cause sopravvenute ai fini della determinazione dell'evento, indipendentemente dalla condotta dell'agente, come ad esempio nel caso dell'avvelenatore. Orbene, in tale eventualità di causa sopravvenuta completamente sufficiente ed indipendente sul piano logico, per escludere l'imputazione in capo al primo agente sarebbe sufficiente il ricorso al criterio condizionalistico, mentre il capoverso dell'art. 41 si rivelerebbe superfluo. Alla stregua dell'interpretazione testuale la norma risulterebbe anche contraddittoria. Infatti, se il legislatore avesse voluto ribadire il principio condizionalistico, non avrebbe avuto senso fare riferimento alle cause sopravvenute, tacendo sulle cause preesistenti e simultanee pure espressamente menzionate nei commi 1 e 3 dello stesso articolo. Infine la disposizione, nell'interpretazione letterale, verrebbe meno alle ragioni applicative che, nel corso dei lavori preparatori, ne avevano giustificato l'introduzione: si fa sempre riferimento al caso del ferito che muore in ospedale per un incendio fortuito che non costituisce una serie causale autonoma, ma si inserisce nella serie causale avviata dalla condotta omicida. Proprio tale esempio induce la dottrina largamente prevalente a ritenere che il legislatore, attraverso il riferimento alle cause sopravvenute che da sole producono l'evento, intendesse riferirsi alle condizioni sopravvenute che hanno concorso alla produzione dell'evento e che si presentano, però, con caratteristiche particolari che di volta in volta sono state definite in termini di atipicità, eccezionalità, imprevedibilità. In tali casi, pure in presenza di un nesso logico di condizionamento fondato sul criterio dell'equivalenza causale, ragioni di carattere normativo dettate dalla necessità di evitare l'indiscriminata estensione dell'imputazione del fatto, indu-

²⁰ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 145 ss.; GALLO, *Appunti*, cit., p. 110.

cono ad escludere la configurazione del nesso giuridico di causalità²¹.

A tale diffusa argomentazione si è obiettato, a proposito della superfluità dell'art. 41, capoverso, che dire che esso si riferisce all'intervento di una serie causale autonoma significa asserire che la norma ribadisce l'esigenza, già espressa dall'art. 40, comma 1, di un nesso di condizionamento tra condotta ed evento, ma non è la prima volta che il legislatore ribadisce un principio già enunciato altrove. Del resto l'esigenza e la sufficienza ai fini dell'imputazione del nesso di condizionamento è ribadita dall'art. 41, commi 1 e 3, senza che si possa dire che l'art. 41 è superfluo. D'altra parte, quanto ai lavori preparatori, nella stessa relazione del Ministro si dà conto del fatto che le discussioni svoltesi non gettano molta luce nell'interpretazione delle norme, giacché in tali discussioni si riflettono le infinite disparità di opinioni ed incertezze in questo argomento quantomai delicato e difficile. In conclusione, l'art. 41, capoverso, fa riferimento ad un complesso di condizioni da solo sufficiente alla produzione dell'evento, ma la precisazione della legge è importante per sottolineare che la condotta precedente non entra nel novero delle condizioni contingentemente necessarie che danno vita alla causa sufficiente sopraggiunta, non fa parte della nuova catena causale intervenuta. Essa rimane meramente ipotetica rispetto alla causa autonoma ed effettivamente operante²². L'esigenza di pervenire a soluzioni pratiche accettabili potrà essere soddisfatta solo utilizzando il principio costituzionale della responsabilità colpevole²³.

Come si avrà modo di esporre anche in prosieguo, l'opzione in favore del composito quadro dottrinale che attribuisce alla disposizione in questione un ruolo limitativo rispetto all'indiscriminata estensione del rilievo causale di tutte le condizioni necessarie è senz'altro imposta non solo da una lettura dell'art. 41 che voglia giustificare la ragion d'essere del capoverso al di là di una inutile ripetizione del principio condizionalistico già chiaramente enunciato, ma anche dall'esigenza di apporre, già sul piano dell'imputazione oggettiva, limitazioni alla troppo ampia portata del criterio condizionalistico. Del resto, la norma di cui si parla tenta proprio di corrispondere, sia pure in modo confuso, ad un'esigenza ampiamente posta in luce soprattutto dalla dottrina penale tedesca e filtrata nella dottrina italiana: era stato infatti eviden-

²¹ GALLO, *Appunti*, cit., p. 110 ss.

²² STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1264 ss.

²³ STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1268 ss.

ziato l'incongruo effetto estensivo del condizionalismo puro ed erano state discusse ampiamente dottrine, in primo luogo quella della causalità adeguata, che si proponevano di limitare l'imputazione del fatto, soprattutto nell'ambito dei reati aggravati dall'evento, attraverso l'attribuzione di rilievo causale esclusivo a condizioni che avessero di fatto assunto un ruolo preponderante, svuotando di sostanziale rilievo causale la condotta umana presa in considerazione.

Detto ciò, resta da comprendere perché l'indicato effetto limitativo sia stato pensato per le concause sopravvenute e non per quelle preesistenti o simultanee; ed occorre inoltre individuare la portata ed il fondamento della ridetta delimitazione, considerando che la formula legale non fornisce al riguardo alcuna indicazione utile, neppure di principio, quasi a voler rimettere la soluzione della delicata questione al dibattito dottrinale ed alle applicazioni giurisprudenziali.

Parte della dottrina, muovendo proprio dall'insopprimibile esigenza di apporre limitazioni alla portata dell'imputazione condizionalistica, ritiene che non vi siano ostacoli all'applicazione del capoverso dell'art. 41 alle concause concomitanti e preesistenti. Tale estensione – si ritiene – non trova ostacolo nelle regole dell'ermeneutica, perché ricorre senza dubbio *l'eadem ratio*, mentre il procedimento analogico non può essere escluso, trattandosi di disposizione a favore del reo²⁴. Si è però obiettato da più parti che il ricorso all'analogia presuppone una lacuna dell'ordinamento e non può aver luogo ogni qual volta la volontà del legislatore sia stata univoca e tassativa in senso contrario, come nel caso dell'art. 41 c.p.²⁵.

D'altra parte, si è aggiunto, la puntuale lettera dell'art. 41, comma 2, pare voler proprio sottolineare che la limitazione vale solo per le cause sopravvenute in virtù di una comprensibile esigenza di tutela dei soggetti più deboli. La norma è frutto di una rigorosa scelta politica del nostro codice in favore del soggetto passivo, con l'accollare al reo i rischi precedenti o simultanei alla realizzazione della condotta; e ciò allo scopo di tutela della vittima anche nelle carenze fisiche o sociali originarie, inerenti alla sua condizione personale o esistenziale al tempo del fatto criminoso²⁶. Lo scopo della regola è quello di affermare la re-

²⁴ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 221 s.

²⁵ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 886, nt. 7; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 377, nt. 119.

²⁶ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 1995, p. 373; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 376 s.; così anche, PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 804, nt. 38; DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Jovene, 1975, p. 43.

sponsabilità nelle ipotesi in cui il danno dipende dalla costituzione imprevedibilmente anormale del danneggiato (emofilia, fragilità cranica, ecc.). Tale esigenza, del resto, come si avrà modo di esporre nel prosieguo, era ben presente anche nella dottrina più antica (cap. III).

In dottrina è stata pure prospettata la possibilità di attribuire effetto scriminante ai fattori preesistenti e concomitanti attingendo al caso fortuito regolato dall'art. 45 c.p., che rappresenta un'eventualità dotata di un grado particolarmente elevato di inconoscibilità ed imprevedibilità. Insomma, mentre le cause sopravvenute scriminano qualora siano meramente imprevedibili, le cause preesistenti e concomitanti rilevano solo se del tutto eccezionali, cioè se costituiscono degli avvenimenti particolarmente rari, ossia al di fuori della sfera della comune rappresentabilità umana, nel quadro dell'*id quod plerumque accidit*²⁷.

Nello stesso ordine di idee è stato sostenuto che il caso fortuito abbraccia tutti quei fattori causali, non solo sopravvenuti ma anche preesistenti e concomitanti, che hanno reso eccezionalmente possibile il verificarsi di un evento che si presenta come una conseguenza del tutto improbabile, secondo la migliore scienza ed esperienza. La forza maggiore, d'altra parte, si differenzia dal caso fortuito solo se vista *a parte subiecti* e si identifica con le sopravvenute forze naturali esterne al soggetto che lo determinano, in modo inevitabile, ad un atto e ad un conseguente effetto, pur essi scientificamente improbabili. Pertanto entrambi escludono innanzitutto il rapporto di causalità tra condotta ed evento e, mediamente, *a fortiori*, anche la colpevolezza²⁸.

Anche tale tentativo è tuttavia stato oggetto di critica, essendosi sostenuto che si tratta di una truffa interpretativa, perché se è vero che il fortuito come problema concerne anche la causalità, nondimeno a livello della causalità stessa il legislatore ha dettato una normativa chiarissima nel distinguere tra le concause, consentendo una selezione della cause (o dei rischi) ma solo se sopravvenute²⁹.

Riservando al prosieguo l'analisi delle diverse teorie utilizzate per dare una collocazione organica all'art. 41, capoverso, nel sistema dell'imputazione oggettiva del fatto (cap. IV), pare di poter qui conclusivamente affermare che la norma, ispirandosi alle radici storiche della causalità giuridica, tenta di corrispondere ad esigenze di equità ed equilibrio del sistema, arginando l'eccessiva estensione dell'imputazio-

²⁷ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 886.

²⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 160 s.

²⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 377, nt. 119.

ne del fatto determinata dal principio condizionalistico di logica equivalenza di tutte le condizioni. La contraddittorietà della formula legale è allo stesso tempo apparente e reale. È reale se ci si muove sul piano logico, giacché una condizione logicamente necessaria è e resta tale anche se è sopravvenuta una condizione, pure essa logicamente necessaria, che ha assunto un peso preponderante nella spiegazione del fatto. È invece apparente se ci si muove su un distinto terreno, quello del senso comune cui evidentemente il codificatore si è intuitivamente ispirato: su questo piano, distinto da quello puramente logico della causalità condizionalistica, è ragionevole affermare che una condizione sopravvenuta, per determinate sue caratteristiche empiriche, abbia assunto un ruolo talmente significativo che possa essere considerata, da un punto di vista di senso comune fatto proprio dall'ordinamento, quale causa esclusiva, cioè "da sola sufficiente a determinare l'evento"³⁰. Considerando le cose da questo differente punto di vista la discussa formula del codice può addirittura apparire "moderna", giacché valorizza la dimensione contestuale della causalità. È però importante aver presente che tale diversa lettura della relazione causale si muove fuori dalla logica condizionalistica.

Da questa interpretazione della normativa, che evidenzia la dimensione giuridica e non solo logica della causalità, nascono due problemi intrecciati tra loro: da un lato, come si è accennato, quello di definire meglio il senso di questa preponderanza causale; dall'altro quello di chiarire se la previsione di un meccanismo interruttivo modellato sugli esempi fatti all'inizio sia sufficiente a fronteggiare le situazioni numerose ed eterogenee nelle quali esigenze di equità ed equilibrio suggeriscono, in una prospettiva umanizzante³¹, di escludere l'attribuzione di paternità del fatto all'agente che pure ha posto in essere una condizione logicamente ineliminabile ai fini della spiegazione dell'evento. Ambedue i temi saranno trattati nel prosieguo (cap. IV).

4. *La causalità omissiva*

Come si è avuto occasione di accennare, le problematiche causali presentano marcate peculiarità e difficoltà nei reati omissivi impropri:

³⁰ La dimensione di senso comune della formula legale, che ne stempera la "apparente" contraddittorietà è posta in luce da TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 22 ss.; 200 ss.

³¹ L'evocazione di tale prospettiva è insistente nelle opere di DONINI, cui si farà riferimento anche più avanti.

difficoltà non solo teoriche ma anche applicative. L'art. 40, capoverso, c.p. disciplina la materia con una norma apparentemente chiara, ma di cui dovrà essere investigata la reale portata: "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo".

Procedendo con ordine lungo l'insidioso sentiero che percorre una categoria giuridica irta di spine, occorre partire da una banale opera definitoria. L'ambito di tale categoria di illeciti è segnato dalla connessione tra omissione ed evento naturalistico. Il reato è omissivo in senso proprio quando l'illecito è caratterizzato dalla mera inosservanza del comando, come ad esempio nei reati di omissione di referto o di denuncia (artt. 365 e 361 c.p.). È omissivo improprio o commissivo mediante omissione quando la violazione del comando si traduce nell'omesso impedimento dell'evento; sia quando la fattispecie omissiva si fonda sulla clausola d'equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., sia quando essa è espressa in qualunque modo dalla singola fattispecie incriminatrice (ad es. artt. 659, 57, 437, 375 c.p.)³².

La connotazione della condotta in termini puramente negativi, l'omissione appunto, induce la dottrina ad escludere dall'ambito dell'imputazione di cui si parla i reati che implicano un atto positivo di carattere necessariamente personale, come i cosiddetti reati di mano propria (ad esempio l'incesto). Sono altresì esclusi i reati abituali, caratterizzati dalla reiterazione di comportamenti positivi nonché, più in generale, gli illeciti nei quali la condotta è caratterizzata da comportamenti positivi, come il furto, la rapina, ecc.: i reati a forma vincolata. A tale ultimo riguardo, però si pone pure in luce che talvolta è la stessa legge ad immettere nella norma astratta un elemento capace di segnalare la rilevanza di un'inerzia. L'equiparazione tra fare ed omettere è in tal caso da ammettere, pur con molta cautela. Così, ad esempio, nel caso dell'art. 380 c.p., il patrocinatore o il consulente tecnico può arrecare nocumento agli interessi della parte rendendosi infedele anche con un comportamento omissivo, essendo l'infedeltà da misurare con l'inadempimento degli obblighi professionali in genere, sia a contenuto negativo che positivo³³.

In breve, dunque, la regola d'equivalenza di cui all'art. 40, capoverso, riguarda i reati d'evento che non presentano specifiche note descrittive della condotta, e quindi solo i reati causali puri, o causalmente orientati, quelli cioè tutti incentrati sulla produzione dell'evento, indipendentemente dalle modalità con cui tale esito viene conseguito.

³² In proposito, con ampi riferimenti, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, p. 2 ss.

³³ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 354.

Così chiarita la portata della norma, restano aperti temi di straordinaria ampiezza e complessità. La sottolineatura del carattere giuridico, e quindi non etico o religioso, dell'obbligo la cui violazione può fondare la responsabilità per omissione non scioglie il nodo di fondo che riguarda l'individuazione delle fonti della cosiddetta posizione di garanzia: espressione che tradizionalmente condensa, appunto, il riferimento alla base giuridica e fattuale dalla quale può discendere l'obbligo di cui si discute. Il tema, che ha generato un ciclopico dibattito, non può essere qui neppure accennato. Presentano, invece, diretto interesse alcune impegnative questioni che colgono direttamente il tema della causalità: la definizione del confine, non sempre chiaro, tra causalità commissiva ed omissiva; la natura dell'imputazione del fatto fondata sulla mera omissione e la sua relazione con la causalità commissiva; il metodo del suo accertamento. Tali temi saranno analizzati nel prosieguo (capp. V e VI).

5. *La teoria della condicio sine qua non o dell'equivalenza causale*

Come si è accennato, la teoria condizionalistica della causalità definisce come causa l'insieme delle condizioni necessarie e sufficienti, nel loro complesso, alla produzione dell'evento; e come condizione un fattore, un elemento del complesso causale che si presenta come necessario, tale cioè che non può essere mentalmente eliminato senza che l'evento venga meno. Dunque, la relazione di logica necessità tra condizione ed evento costituisce la caratteristica essenziale di tale dottrina. Essa, proprio perché fondata esclusivamente su tale relazione di necessità, pone sullo stesso piano tutte le condizioni dell'evento, senza distinzioni o graduazioni. Per tale connotato, la teoria condizionalistica viene anche denominata dell'equivalenza causale. In tale quadro, l'azione umana rileva sul piano causale quando costituisce una delle condizioni necessarie dell'evento.

Si tratta di una concezione saldamente e storicamente legata all'elaborazione della teoria del reato, che si ispira tradizionalmente all'insegnamento di J.S. Mill, sebbene il von Buri che per primo la delineò non conoscesse l'opera del pensatore inglese³⁴. In effetti Mill rimarcava la logica equivalenza di tutte le condizioni e considerava "capricciosa", dal punto di vista scientifico, la scelta di definire come causa alcune delle condizioni necessarie, pur avendo consapevolezza delle ragioni

³⁴ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 27, nt. 1.

pratiche che di volta in volta inducono ad evidenziare alcuni fattori ed a trascurarne altri.

È ben vero che, come si è accennato e si vedrà meglio in prosieguo, varie teorie si sono contrapposte a tale concezione ma esse, a ben vedere, non ne hanno mai confutato radicalmente il fondamento, essendosi piuttosto indirizzate a precisarne, limitarne la portata entro cornici teoriche variamente complesse. Dunque, il dibattito tra teoria della *condicio* ed altre teorie causali deve essere schematicamente inteso, semplificando al massimo, come la contrapposizione tra quanti pensano che il problema causale sia tutto completamente inscritto nell'individuazione del carattere condizionale della condotta umana e quanti, invece, opinano che tale soluzione conduca a conseguenze non sempre accettabili; sicché la concezione condizionalistica debba essere temperata con l'introduzione di verifiche ulteriori atte a ridurre la portata.

La struttura logica della condizionalità viene solitamente espressa dalla cosiddetta doppia formula: la condotta è causa dell'evento solo se, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva); e un comportamento non è causale quando, senza di esso, l'evento si sarebbe verificato ugualmente (formula negativa)³⁵. Le implicazioni del carattere logico della concezione condizionalistica sono state efficacemente sintetizzate osservando che l'azione od omissione è considerata causa dell'evento tutte le volte che non è possibile eliminarla senza escludere al tempo stesso il verificarsi dell'evento. Causa della morte è ad esempio la lieve ferita provocata ad un individuo affetto da emofilia; e lo è anche il mancato intervento del medico, qualora si accerti che questi avrebbe potuto evitare la morte. L'impiego del concetto di condizionalità logica ha diversi vantaggi, tra i quali l'idoneità a spiegare la causalità dell'omissione e la capacità di adattarsi al mondo umano, nel senso che, senza coinvolgere problemi di necessità naturalistica, consente di rispondere ai quesiti che scaturiscono dal possibile

³⁵ Anche questa costruzione è stata oggetto di critica per ciò che riguarda la formula negativa e la sua deduzione da quella positiva; ne è stata mostrata la fallacia con alcuni classici esempi: se piove l'erba si bagna; oggi non ha piovuto, quindi l'erba non è bagnata; oppure: quando due triangoli coincidono sui tre lati, essi hanno eguale superficie; questi due triangoli non coincidono sui tre lati, quindi non hanno la medesima superficie. Si è allora riproposta la formula negativa con la precisazione che se l'evento non si verifica senza l'azione è solo possibile che quest'ultima non sia causale; e si è rivendicata la sua autonomia logica da quella positiva. Insomma la formula negativa è logicamente valida se viene formulata autonomamente nei seguenti termini: se l'azione non è condizione *sine qua non*, essa non è causale. Così STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 6 s. e nt. 5.

interporsi, tra l'azione o l'omissione e l'evento, di un atto di altra persona o della stessa vittima³⁶.

Considerate le incertezze che regnano soprattutto in ambito applicativo, particolarmente nelle situazioni solitamente ricondotte all'art. 41, capoverso, conviene sottolineare ancora l'essenza di carattere logico del nesso di condizionamento. Esso implica che, rispetto ad una condizione preesistente, una condizione sopravvenuta deve essere considerata autonoma solo quando essa rivesta una rilevanza causale logicamente svincolata rispetto a quella preesistente, quando cioè essa contribuisca comunque alla produzione dell'esito antiggiuridico, indipendentemente dall'esistenza o meno della detta precedente condizione, come nel caso dell'avvelenatore, cui si è già fatto cenno (§ 3). Tale autonomia logica deve essere rigorosamente distinta da qualunque altra forma di autonomia di tipo storico o categoriale. L'essenziale differenza fu scolpita dall'Antolisei con la consueta chiarezza quando distinse la serie causale solo apparentemente indipendente da quella realmente autonoma. La prima si ha quando all'azione sopravviene un fatto (un avvenimento naturale o un'altra azione) che non sia collegato causalmente all'azione medesima, nel senso che non sia determinato da essa, ma l'azione precedente è comunque un elemento senza il quale l'evento, nella sua forma concreta, non si sarebbe verificato: un cacciatore lascia incustodito il suo fucile in un cortile dove giocano dei ragazzi; un ragazzo lo prende e nel maneggiarlo fa partire accidentalmente un colpo che uccide un compagno. Il fatto del ragazzo non è connesso causalmente con l'azione del cacciatore, nel senso che ha un'origine indipendente, ma l'azione del secondo è condizione dell'evento, perché questo non sarebbe avvenuto se il fucile carico non fosse stato abbandonato in quella località. Una serie causale realmente autonoma si ha invece nel caso dell'avvelenatore. Qui non è possibile parlare di interruzione del nesso causale, poiché il risultato finale si sarebbe verificato ugualmente senza l'azione primitiva e manca tra l'uno e l'altro un nesso che possa considerarsi interrotto o qualificarsi irrilevante³⁷. Insomma, per muoversi sul terreno della causalità condizionalistica, occorre tener sempre ben saldo il riferimento al suo carattere logico in termini di necessità ed ineliminabilità della condizione di volta in volta considerata; e tale connotazione potrà essere colta attraverso il procedimento controfattuale (*amplius*, § 6).

Storicamente la tesi condizionalistica ha originariamente compor-

³⁶ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 351 s.

³⁷ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 163 s.

tato il superamento di quelle tendenze applicative diffuse nell'esperienza del diritto comune che facevano giocare la c.d. *imputatio facti* come un requisito strettamente correlato alla prova della responsabilità dell'agente, ed in particolare dello stesso carattere doloso o colposo della condotta, piuttosto che rappresentare un elemento a sé stante concernente il decorso causale. La teoria ha reciso il legame tra "fatto" ed imputazione colpevole, distaccando la causalità dal profilo soggettivo dell'illecito e le ha fatto giocare, in un'ottica di separazione analitica tra gli elementi del reato, un ruolo esclusivamente oggettivo e neutrale rispetto alle logiche del rimprovero personale per il fatto commesso³⁸.

Sebbene qualche autore individui nella concezione condizionalistica una base ontologica³⁹, essa viene comunemente vista come un portato del diritto e delle sue esigenze. Muovendo dalle esigenze del diritto penale, occorre considerare, si osserva, che la causalità è un requisito di fattispecie. Vi è insita, quindi, un'esigenza di oggettività nella spiegazione dell'evento, che deve rifuggire da apprezzamenti discrezionali ed ancorarsi alla necessità di dimostrare oggettivamente che l'agente ha contribuito alla produzione dell'evento; rinunciando a soluzioni intuitive. Poiché il nesso di causalità è un requisito di fattispecie, esso non può essere configurato in modo tale da restare indeterminato: lo vietano il principio costituzionale di tassatività della fattispecie ed il canone ermeneutico che impone di interpretare le norme ordinarie in modo conforme alla Costituzione. L'indeterminatezza del requisito della causalità scompare solo se ci si attiene a due fondamentali enunciati: a) al diritto penale serve un concetto di causa che funzioni da criterio d'imputazione, e la nozione che più di ogni altra è in grado di soddisfare una simile esigenza è quella di condizione necessaria; b) per non violare il principio di tassatività della fattispecie il criterio della *condicio sine qua non* anziché in modo individualizzante

³⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Modelli scientifici e cultura dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Studium juris*, 2002, p. 460.

³⁹ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 888, secondo cui si tratta della tradizionale concezione della causalità risalente già all'aristotelismo e rivalutata dal criticismo di Kant come fondamentale categoria universale *a priori* del pensiero umano. Tutte le altre soluzioni non sono teorie causali nel senso proprio del termine. Non sono vere teorie causali per la semplice ma decisiva ragione che in un modo o nell'altro non fanno che indebitamente anticipare, in termini impropriamente causali, problematiche e relative soluzioni che appartengono al momento dell'imputazione soggettiva. Esse anticipano sul terreno della causalità il momento dell'accertamento della prevedibilità-evitabilità proprio della valutazione della colpa in senso lato.

deve essere inteso in modo generalizzante⁴⁰. La formula condizionalistica affonda le radici nell'esigenza di rendere responsabile qualcuno di un evento dannoso, quindi in un'esigenza di reazione dell'ordinamento. D'altra parte, asserire che il concetto di *condicio sine qua non* deve essere inteso in modo non individualizzante significa asserire che il giudizio sul nesso di condizionamento non può essere esclusivamente frutto di un atto d'intuizione o d'immaginazione. Occorre invece che l'evento sia spiegato mediante leggi: si tratta della concezione nomologico-funzionale di causa⁴¹. Tale enunciazione introduce un importante aspetto della discussione sulla causalità, quello del ruolo del sapere scientifico rispetto alla spiegazione dell'evento. Tale travagliata questione sarà analizzata più avanti (cap. VI).

6. *Condizionalismo, giudizio controfattuale, causalità omissiva*

Come si è visto, la concezione condizionalistica della causalità ha, alla radice, una struttura essenzialmente logica ed ha conseguentemente una stretta relazione con il giudizio controfattuale, cui viene attribuita una funzione euristica, in quanto serve a riscontrare l'effettivo rilievo condizionante della condizione considerata. Il controfattuale è un "condizionale congiuntivo enunciato in una situazione in cui il fatto ipotizzato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero; ed è proprio con giudizi di questo tipo, cioè con giudizi formulati pensando assente (contro i fatti) una determinata condizione e chiedendosi se, nella situazione così mutata, sarebbe stata da aspettarsi oppure no, la medesima conseguenza, che una condizione può essere definita necessaria, decisiva, indispensabile, ossia tale che le possa essere imputata la conseguenza concreta"⁴². Più semplicemente, si utilizza lo strumento del procedimento di eliminazione mentale per verificare l'effettiva esistenza del nesso di condizionamento: se dalla somma degli antecedenti si elimina col pensiero la condotta umana ed emerge che l'evento si sarebbe verificato comunque, allora essa non è condizione necessaria; se invece, eliminata mentalmente l'azione, emerge che l'evento non si sarebbe verificato, allora occorre ritenere che fra l'azione e l'evento esiste un nesso di condizionamento⁴³. Nei

⁴⁰ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 75 s.; 90 s.

⁴¹ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 91 s.

⁴² STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1223.

⁴³ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 4.

reati omissivi impropri il meccanismo controfattuale viene posto in opera immaginando la condotta mancata e verificando se la sua adozione avrebbe impedito la produzione dell'evento. Qui si verifica una importante differenza rispetto alla causalità dell'azione, giacché l'atto immaginativo nel quale consiste il giudizio controfattuale implica non l'eliminazione di una condotta reale, ma l'inserimento nello sviluppo degli accadimenti di una azione che in realtà non è stata storicamente posta in essere. Ciò comporta una importante differenza, che ha dato luogo ad un vasto dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura ipotetica o reale di tale nesso di condizionamento e sulle modalità del suo accertamento. Il tema sarà trattato nel cap. V.

L'utilità del controfattuale non è priva di risvolti problematici. È opinione largamente condivisa che il procedimento di eliminazione mentale, per poter funzionare, presuppone che siano già note le regolarità scientifiche od esperienziali che governano gli accadimenti oggetto d'interesse, e che – quindi – si sappia già prima se l'azione umana sia o meno causale. Tuttavia, si è obiettato, scopo dei tribunali non è quello di compiere una ricerca scientifica, ma di accertare la connessione causale tra azione ed evento, inferendola dalla consecuzione temporale e dalla ripetizione di fatti analoghi senza alcun bisogno d'individuare il collegamento sulla base di leggi scientifiche. Inoltre, l'utilità in chiave logica della formula è stata contestata opinando che essa abbia, al più, un valore indiziante, non essendo in grado di indicare nulla di preciso circa la natura del nesso tra condotta ed evento. In realtà, nella pratica del processo avviene ben di rado che il giudice faccia uso di una formula siffatta, la quale “appare *ictu oculi* di un rigore artificioso”⁴⁴. Si è pure sostenuto che il controfattuale svolge un ruolo realmente euristico solo nell'ambito della causalità omissiva, mentre in presenza di condizioni positive la verifica della causazione può prescindere dall'indagine sui controfattuali, nel senso che la traduzione dell'accertamento reale in termini controfattuali è puramente tautologica⁴⁵. Effettivamente, nella causalità omissiva non si dispone di un'azione da sottrarre, per così dire, rispetto allo sviluppo degli eventi concretizzatosi nella realtà, ma occorre compiere un atto immaginativo circa le caratteristiche della condotta omessa da aggiungere agli accadimenti accertati, sempre al fine di riscon-

⁴⁴ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 911 ss.; sostanzialmente nello stesso senso, EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1061.

⁴⁵ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 58.

trare se l'omissione sia stata logicamente essenziale al fine della spiegazione dell'evento. Dunque, la descrizione in chiave ipotetica di tale condotta omessa si rivela una componente di grande peso nell'accertamento del nesso di condizionamento, conferendo al giudizio controfattuale un ruolo decisamente diverso e più importante che nella causalità attiva.

Nel complesso può ritenersi che il ruolo del procedimento di eliminazione mentale sia stato eccessivamente enfatizzato, quantomeno nell'ambito della causalità commissiva, ove non costituisce uno strumento euristico. Sembra che ne vada soprattutto sottolineato il ruolo di metro formale di analisi logica. In breve, l'interrogativo su ciò che sarebbe accaduto nel caso l'azione antidoverosa fosse stata omessa (o viceversa fosse stata compiuta l'azione antidoverosamente omessa), se formulato in una fase dell'analisi del fatto in cui non sia stato ancora appurato il nesso di condizionamento, costituisce un utile strumento per collocarsi nella prospettiva condizionalistica, per avere consapevolezza di essere sul terreno dell'imputazione materiale del fatto medesimo e di essere alla ricerca di un nesso di necessità, essenzialità, ineliminabilità. Si tratta di un ruolo di guida nient'affatto inutile, visto che spesso causalità, colpa, comportamento alternativo lecito si sovrappongono e si confondono dando luogo, anche nel contesto delle applicazioni giurisprudenziali, a soluzioni non chiare (*amplius*, cap. V, § 14).

Al contempo, però, occorre aver presente che il problema causale è deciso in larga parte prima ed altrove, quando sono colte le linee dell'interazione tra le condizioni e gli eventi. Solo nella causalità omissiva il controfattuale assume un ruolo euristico, sia pure nel contesto di una già compiuta analisi complessiva degli accadimenti. Il discorso, cui si è già fatto un primo sommario cenno nel capitolo precedente, risulterà più chiaro quando saranno analizzati i temi della causalità omissiva e dell'accertamento del nesso causale (capp. V e VI, sez. II).

7. Alle radici del condizionalismo

Si è già accennato che in ambito giuridico la configurazione logica della causalità si connette storicamente al pensiero di J.S. Mill, studioso che con il suo vasto pensiero dominò la scena per larga parte del diciannovesimo secolo. La sua opera fondamentale⁴⁶, contrassegnata da empirismo spesso definito "ingenuo", risulta ancora oggi abbastanza

⁴⁶ MILL, *Sistema di logica induttiva e deduttiva*, Utet, 1996.

vicina al punto di vista spesso istintivamente assunto nella riflessione giuridica; e continua ad esercitare, in ambito filosofico, una rilevante influenza sulle teorie deterministiche della causalità. Il nucleo di tale elaborazione può essere colto nella sottolineatura del ruolo della logica quale strumento neutro, imparziale, per la valutazione delle prove lungo l'itinerario inferenziale che conduce verso l'acquisizione di nuove verità⁴⁷, in decisa opposizione rispetto alle tesi di intuizionistiche dell'epoca.

Mill, secondo tradizione, non confuta il ruolo della logica deduttiva, sillogistica; ma mette in luce l'importanza della generalizzazione esplicativa, che viene vista come luogo di accumulo, per così dire, dell'esperienza induttiva. Di qui la necessità che le stesse generalizzazioni siano fondate su prove sufficienti, onde evitare il pericolo di consolidare un sapere erroneo o incerto. Lo scopo della scienza è perciò proprio quello di elaborare leggi che mostrino le relazioni esistenti tra i fenomeni⁴⁸.

Assume dunque un ruolo centrale il processo induttivo che conduce alle generalizzazioni attraverso l'analisi di fatti singoli. Tra i fatti conoscibili hanno un rilievo centrale, nella riflessione del filosofo, proprio le relazioni causali. Il nucleo del sapere scientifico è costituito dalla legge di successione o di causazione: per ogni evento esiste qualche combinazione di eventi, qualche concorso ben determinato di circostanze positive o negative il cui aver luogo è sempre seguito da quel fenomeno. Le cause di un fenomeno sono a loro volta fenomeni: l'ambito in cui si dispiega la legge di causalità è quello dei fenomeni osservabili. Dunque, lo studio della natura è in ultima analisi lo studio di relazioni causali fisiche. Le verità più importanti della scienza sono quelle che concernono la successione degli eventi e che trovano la loro legge universale nella causazione⁴⁹.

Il principio di causazione consente di spiegare i fenomeni riconducendoli sotto l'operare di una legge e, attraverso la spiegazione, di predire i fenomeni futuri. In conclusione, dal punto di vista pragmatico, il lavoro dell'indagine induttiva è basato sulla ricerca di cause ed effetti nel mondo fenomenico⁵⁰.

L'Autore, pur ponendo la causalità al centro della sua immagine del mondo, non manca di cogliere gli aspetti fondamentali della comples-

⁴⁷ MILL, *Sistema di logica*, cit., p. 63 ss.

⁴⁸ MILL, *Sistema di logica*, cit., p. 298 ss.

⁴⁹ MILL, *Sistema di logica*, cit., p. 458 ss.

⁵⁰ MILL, *Sistema di logica*, cit., p. 425 s.

sità dell'azione dei fattori che interagiscono nella relazione causale: non solo casi semplici in cui gli effetti di più cause si sommano ad altre, ma anche situazioni più complicate che si riscontrano, ad esempio, nella chimica, ove il concorrere di due leggi provoca effetti nuovi che non era possibile dedurre dalla considerazione isolata delle stesse. E non manca neppure la consapevolezza che la composizione delle forze che interagiscono nel processo causale a volte nasconde la relazione causale, come quando la somma di forze contrarie lascia un corpo in stato di quiete⁵¹.

Come si vede, l'elaborazione mostra un circuito nel quale la credenza nel principio di causalità fa da sfondo. Di qui la ricerca induttiva delle regolarità della natura che conduce alla formulazione di leggi su basi induttive, appunto, che a loro volta corroborano il principio di causazione e favoriscono nuove inferenze deduttive.

La connessione tra logica ed induzione conduce Mill ad individuare anche, secondo lo stile baconiano, diversi canoni dell'induzione, principi regolatori del metodo. Si tratta del canone della concordanza, di quello della differenza, di quello congiunto della concordanza e della differenza, di quello dei residui, infine dell'interessante metodo delle variazioni concomitanti, secondo cui ogni volta che due fenomeni variano in modo concomitante uno di essi è la causa o l'effetto dell'altro e comunque tra di essi vi è una qualche connessione causale⁵². Si tratta forse, come è stato osservato, del primo tentativo di fissare i canoni del ragionamento abduttivo, che tenta di inferire le cause dagli effetti e che quindi ha costituito una guida nell'attività investigativa ed uno strumento tipico dell'indagine giudiziaria⁵³.

Mill, dunque, non pone in discussione il centrale principio di causazione che considera implicitamente come una verità di cui non può farsi a meno; supera, con approccio pragmatico, lo scetticismo humeano; si distacca dalle complesse problematiche riduzioniste che da quello scetticismo si sono generate. Egli offre quindi un approccio in certo modo pragmatico, che mostra la già accennata consonanza con il punto di vista giuridico.

D'altra parte, che i giuristi abbiano qualcosa da dire su cause e leggi è del tutto naturale, per diverse intuitive ragioni. Come è stato suggestivamente osservato, a somiglianza del gentiluomo francese che aveva parlato tutta la vita in prosa senza saperlo, molti giuristi hanno applicato per secoli nei tribunali una concezione della causa che a par-

⁵¹ MILL, *Sistema di logica*, cit., p. 608.

⁵² Su tali canoni, PIZZI, *Eventi*, cit., p. 262 ss.

⁵³ PIZZI, *Eventi*, cit., p. 263.

tire dagli anni '70 dello scorso secolo è stato indipendentemente elaborata dagli epistemologi con l'impegnativo nome di teoria controfattuale della causalità⁵⁴.

L'approccio determinista così nitidamente incarnato da Mill si pone in netto contrasto con la visione scettica della causalità proposta da Hume: la relazione di priorità e contiguità tra due entità ci induce all'idea di connessione necessaria, invariabile, e di causa, che tuttavia ha solo un significato psicologico e radice nell'abitudine della nostra mente, formatasi sulla base della constatazione della frequente ripetizione della congiunzione tra tali entità. Questo modo di vedere le cose ha dato origine a molte scuole di pensiero riduzioniste e regolariste che, abbandonato l'approccio ontologico all'idea di causa, hanno in vario modo tentato di costruire la giustificazione della relazione di necessità implicata nell'idea di causa. Il fattore risolutivo è solitamente costituito dall'idea di legge, di una generalizzazione cioè, che registra ed esprime la regolare connessione tra categorie di fenomeni ed eventi. Ciò, naturalmente, ha dato risalto ad un problema storicamente parallelo a quello della causalità e non meno impegnativo, che riguarda l'individuazione delle caratterizzazioni che designano una vera legge di natura. Si è trattato e si tratta, tra l'altro, di distinguere le generalizzazioni nomiche da quelle accidentali e dalle leggi non causali.

A tali questioni si farà un cenno più ampio nel prosieguo (cap. VI). Qui appare piuttosto necessario accennare che il problema centrale delle dottrine deterministiche della causalità è costituito dalle situazioni nelle quali la connessione che riteniamo causale non si determina in modo immancabile (l'inhalazione di fibre sottili di amianto non sempre determina il mesotelioma pleurico): una situazione che viene spiegata solitamente con la mancanza di informazioni che consentano di specificare compiutamente i fattori causali che, se completamente noti e dispiegati, rendono invariante l'evento che incarna la relazione causale. Questa situazione suscita molti dubbi teorici e pratici, che finiscono con l'accreditare la visione probabilistica della causalità. Pure su questo punto si tornerà più avanti (capp. VI e VII).

Comunque sia delle complesse questioni filosofiche che stanno sullo sfondo, la concezione deterministica della causalità si presta ad essere enunciata ed analizzata in chiave logica, attraverso i concetti di condizione necessaria e di condizione sufficiente. Un fattore o un insieme di fattori è condizione sufficiente se ogni volta che si verifica *a* si verifica anche *b*: per quanto ciò possa sembrare fuorviante, dire che *a* è condizione sufficiente per *b* equivale a dire che *a* necessita *b*. Dicia-

⁵⁴ PIZZI, *Eventi*, cit., Prefazione, I.

mo invece che *a* è condizione necessaria per *b* se non può darsi *b* senza che accada anche *a*. Il contatto con una fiamma, se prolungato oltre un certo lasso di tempo, è condizione sufficiente per subire un'ustione, ma non è condizione necessaria, poiché un'ustione può avvenire con modalità diverse, quali l'esposizione a vapore o sostanze chimiche. Viceversa, la presenza di ossigeno è una condizione necessaria per l'accensione di un fiammifero, ma non ne è una condizione sufficiente⁵⁵. Come si è accennato, il giudizio controfattuale è lo strumento tipico per tale analisi logica della causalità.

La visione delle cose qui sintetizzata nel modo più generico ha subito e subisce numerose inflessioni sulle quali non è né interessante né utile addentrarsi: le varie teorie filosofiche della causalità oscillano tra il caratterizzare la causa come condizione sufficiente o parzialmente sufficiente e il conformarla come condizione necessaria o parzialmente necessaria, puntando spesso a qualche forma di sintesi o combinazione⁵⁶. Tuttavia, ciò che è veramente importante cogliere è che tali elaborazioni presentano, in fin dei conti, stringenti analogie con la causalità condizionalistica del diritto penale; anche se in ambito filosofico ed epistemologico l'elaborazione si è sviluppata con una complessità e ricchezza che non è comparabile con quella riscontrabile nel mondo del diritto. D'altra parte, come al solito, il diritto è pressato da esigenze d'imputazione che conducono facilmente e senza complessi a semplificare le cose, se del caso aggiungendo clausole ispirate dall'intuizione e dal senso comune, senza il timore di incrinare la purezza della teoria: il metro di valutazione è quello della plausibilità del criterio di ascrizione dell'evento, di imputazione oggettiva del fatto.

Le indicate elaborazioni teoriche sviluppatasi in ambito extragiuridico affrontano alcune specifiche questioni che presentano grande interesse anche per il giurista: il ruolo del contesto nella relazione condizionalistica; ed inoltre le questioni del sopravanzamento e della sovradeterminazione. Ad esse, dunque, appare utile dedicare qualche attenzione.

8. *Condizionalismo e contestualità*

Come si è già avuto modo di accennare, la dimensione contestuale della causalità viene vista come una delle principali novità della filoso-

⁵⁵ BENZI, *Scoprire le cause*, Franco Angeli, 2003, p. 31.

⁵⁶ PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1306.

fia della scienza contemporanea⁵⁷. Essa presenta diverse sfaccettature: per comprendere ciò che è causale occorre riferirsi ad uno specifico punto di vista, che costituisce il terreno nel quale si muove l'indagine, ed allo stesso tempo è necessario riferirsi allo specifico contesto fattuale nel quale gli accadimenti si collocano. Si tratta di un approccio istintivamente presente nell'indagine giudiziaria e diffusamente analizzato, ad esempio, dalla dottrina medico-legale che ha spesso sottolineato il carattere fortemente empirico, problematico, contestuale dell'inferenza causale. Il riferimento al contesto d'indagine ed a quello fattuale costituirà, dunque, una costante della trattazione.

Il riferimento al contesto emerge, sia pure in modo solo accennato, attraverso la clausola *ceteris paribus*, che costituisce una tradizionale precisazione della formula condizionalistica. Si afferma che non è possibile conoscere tutte le leggi scientifiche e le condizioni iniziali necessarie per una spiegazione causale. Poiché la conoscenza delle leggi scientifiche è ben lungi dall'essere completa, occorre ricorrere ad una serie di assunzioni nomologiche tacite. Assunzioni tacite devono essere introdotte anche nell'enunciare le condizioni iniziali pertinenti. In breve, sia nella spiegazione storica che in quella scientifica si adducono solo alcune delle condizioni contingentemente necessarie. Esse sottintendono la clausola *ceteris paribus*: le leggi e le condizioni iniziali di una spiegazione possono essere assunte purché a parità di altre condizioni, ma tali condizioni sono spesso non note o solo ipotizzate⁵⁸.

Il ruolo di tale clausola, tuttavia, è stato eccessivamente enfatizzato: essa esprime in realtà una precisazione che non può mancare in qualunque ragionamento causale ed inferenziale. Tale precisazione, inoltre, si applica, sia pure con diversa forza a tutte le leggi scientifiche, anche quelle fondamentali. Lo stesso principio di gravitazione universale si applica escludendo l'intervento di altre forze, ad esempio di natura elettromagnetica. Tale limitazione vale ancor più per le leggi fenomenologiche: la legge di Boyle vale solo per gas cosiddetti ideali, che non subiscono cioè l'effetto di forze di coesione molecolare. Dunque, in breve, nella misura in cui i modelli utilizzati nella scienza presentano comunque elementi d'idealizzazione, d'astrazione, ovvero di semplificazione rispetto alla complessità della realtà fenomenica che sarebbe altrimenti intrattabile, le leggi che concorrono a definire tali modelli sono utilizzabili solo esplicitando clausole *ceteris paribus* più o

⁵⁷ PENCO, *Introduzione in La svolta contestuale*, McGraw-Hill, 2002, p. IX.

⁵⁸ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 280 ss.

meno lunghe o complicate⁵⁹. Tale illuminante riflessione confuta la tesi di una radicale diversità del sapere della fisica rispetto a quelli assai meno “universali” delle scienze cosiddette speciali (*amplius*, cap. VI).

Comunque sia, il significato pratico della precisazione inscritta nella formula *ceteris paribus*, che ha in verità finito per complicare inutilmente le cose, riesce comunque più chiaro se si confronta il metodo dell'indagine scientifica sperimentale con quello della ricerca che viene svolta sul terreno assai meno asettico dell'indagine penale. L'indagine sperimentale analizza l'interazione tra due fattori oggetto d'investigazione, isolandoli e ponendoli in un contesto estremamente controllato al fine di evitare che tale interazione possa essere disturbata dall'azione di altri fattori. Così, ad esempio, si fa in modo che l'esperimento abbia luogo in condizioni di temperatura uniformi, o in assenza d'aria, oppure in ambiente sterile. Tale controllo del contesto tenta di scongiurare il pericolo che il senso dell'indagine possa essere confuso, falsato da fattori diversi da quelli oggetto di analisi.

Nell'indagine giudiziaria, naturalmente, il controllo del contesto è assai meno agevole che in un laboratorio. Tale operazione, tuttavia, appare per nulla secondaria ed in concreto, del resto, essa costituisce una parte importante del processo di accertamento del fatto, anche se non assume la meticolosa evidenza formale che si riscontra nell'indagine di laboratorio. Si tratta, in sostanza, di verificare se nel contesto fattuale complessivo si profili all'orizzonte un distinto fattore che possa costituire la chiave per la spiegazione dell'accadimento o rappresenti elemento rilevante nell'andamento del processo causale. Guardandola da questo punto di vista più concreto, la clausola *ceteris paribus* non costituisce solo una precisazione formale per preservare la correttezza logica della definizione condizionalistica della causalità. Essa evoca pure un'indagine da compiere all'interno del complessivo scenario fattuale, prima di poter avviare il ragionamento sulla rilevanza condizionante di un determinato fattore. Già qui si esprime con straordinaria forza la rilevanza del contesto nell'analisi condizionalistica della causalità. La clausola *ceteris paribus*, dunque, è nulla più che un'allusione ad un concreto problema da risolvere, quello della pluralità delle cause⁶⁰ (*amplius*, cap. VI).

⁵⁹ DORATO, *Il software*, cit., p. 151 ss.

⁶⁰ La centralità di tale tema nella spiegazione causale è stata evidenziata affermando che perfino nel caso in cui si disponga di una legge pertinente di tipo universale, tuttavia non si potrebbe ancora affermare che l'evento abbia avuto come condizione necessaria proprio la condotta in rapporto alla quale tale legge si dimostra pertinente, sussistendo la possibilità che il medesimo sia stato prodotto da

La chiave contestuale della causalità condizionalistica emerge pure da un altro punto di vista che, sebbene non analizzato in modo formale, costituisce la base implicita ma evidente di qualunque indagine causale compiuta con discernimento. Si fa riferimento alla complessa interazione tra i fattori che operano all'interno di un processo causale. Tale aspetto dell'indagine causale è stato tematizzato da J.L. Mackie con un esempio che, con alcune varianti, è divenuto ormai classico⁶¹. Di fronte all'incendio di una casa, l'indagine causale mostrerà la presenza di diversi fattori: l'accensione del caminetto, un forte vento, l'infiammabilità delle strutture in legno dell'edificio, l'inefficienza dell'impianto antincendio, ecc. La rilevanza condizionante di ciascuno di tali fattori dovrà essere compiuta col procedimento controfattuale, ma avrà senso solo se ci si collocherà nello specifico contesto fattuale. All'interno di tale contesto andrà verificata la presenza di elementi "non ridondanti" cioè necessari. D'altra parte, il complesso fattuale descritto costituirà causa sufficiente ma non necessaria dell'evento incendio, giacché esso potrà essere prodotto in molti diversi modi. Tale approccio contestualistico conduce ad una ridefinizione del concetto di causa come condizione INUS (*Insufficient but Non-redundant parts of Unnecessary but Sufficient conditions*): è causa la condizione insufficiente ma necessaria (non ridondante) che si colloca all'interno di un complesso causale sufficiente ma non necessario.

In breve, è causa la condizione necessaria nelle condizioni date. La causalità condizionalistica viene così collocata nella sua specifica occorrenza fattuale. Tale constatazione che appare del tutto naturale per il giurista, ha condotto lo stesso Autore a semplificare il suo pensiero:

una serie causale diversa. Conseguentemente occorre proseguire l'iter della spiegazione applicando criteri capaci di minimizzare la possibilità che l'evento derivi da una condotta, anch'essa potenzialmente causale, alternativa. Si tratta cioè di minimizzare l'incidenza della problematica concernente la cosiddetta pluralità delle cause. A tal fine occorre una descrizione accurata dell'evento tale da restringere al massimo il ventaglio degli antecedenti causali di per sé compatibili con l'evento medesimo; ed è altresì necessaria una verifica storica di quali degli antecedenti alternativi potenzialmente causali risultino in realtà essersi realizzati nella vicenda concreta. Di accertamento causale potrà parlarsi ove siano state prese in considerazione tutte le alternative causalmente plausibili e queste, si riducano in concreto ad una soltanto. Solo applicando simili criteri, si potrà aspirare, escludendo ipotizzabili spiegazioni alternative, ad un livello mai derogabile contiguo alla certezza (99,9%) della credibilità logica relativa alla spiegazione concernente il nesso di causalità anche nel caso un cui vengano utilizzate leggi di tipo statistico. EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1057. La questione sarà esaminata con maggiore ampiezza nel cap. VI.

⁶¹ MACKIE, *Causes and conditions*, in *American Philosophical Quarterly* 2/4, 1965, p. 245 ss.

il concetto ordinario di relazione causale viene espresso mediante un criterio articolato in termini di condizionali controfattuali e di condizioni necessarie. Se immaginiamo la totalità delle situazioni nelle quali un fiammifero si accende, possiamo dire che lo sfregamento è stato una condizione sufficiente ma non necessaria dell'accensione. Ma se guardiamo le circostanze nelle quali la situazione si è effettivamente verificata, caratterizzata dallo sfregamento e non dalla presenza di un ferro rovente, possiamo recuperare una caratterizzazione in termini di condizione *sine qua non*: lo sfregamento del fiammifero ha costituito una condizione necessaria nelle circostanze date. Dunque la relazione causale tra eventi singolari concreti non va intesa in modo assoluto ma è caratterizzata da una necessità relativa alle circostanze: nelle circostanze date un fattore ha costituito una condizione necessaria dell'evento⁶². Ciò, si precisa, è logicamente valido, anche se il nostro uso del termine causa si discosta talvolta da quelle che potrebbero essere le prescrizioni della logica ed è influenzato da considerazioni pragmatiche. In questo caso la motivazione ad individuare le cause di un incendio può essere magari determinata, ad esempio, dall'esigenza di prevenire eventi del genere.

L'aspetto contestuale della causalità è stato diversamente elaborato con il test NESS: una particolare condizione è causa di un risultato determinato solo se è un elemento necessario di un insieme di condizioni antecedenti concretamente verificatesi che siano state nel loro complesso sufficienti per la determinazione dell'evento⁶³. Un test causale "debole", che subordina il requisito della necessità a quello della sufficienza.

Il tema è stato recentemente ripreso nella letteratura italiana: il test, si afferma, appare più vicino al significato originario di causa, quello di elemento costitutivo, necessario, che a quello di una ricetta efficace e quindi sufficiente per ottenere certi risultati. Senza il riferimento ad un contesto noto di spiegazione, uno sfondo di condizioni più o meno dato e condiviso, nessuna indagine causale retrospettiva potrebbe mai avere inizio: alcuni elementi dello sfondo devono restare per così dire fermi, pena la perdita della possibilità di "vedere" anche le cause più semplici. Tale approccio viene ritenuto sostanzialmente consonante con la visione della causa come "chiarificazione concettuale": piuttosto che tentare una definizione "semplice" di causa, si parte da alcuni casi chiave, paradigmatici; si procede verso il tentativo di chiarifica-

⁶² MACKIE, *The cement of the universe*, Oxford U. P., 1980, p. 30 ss.

⁶³ R.W. WRIGHT, *Causation, responsibility, risk, probability, naked statistic and proof*, Iowa Law Review, 1999, p. 1001, in *I saperi del giudice*, Giuffrè, 2004.

zione di casi più complessi, individuando le relazioni che li legano ai casi centrali⁶⁴.

Il test NESS si candida, come sarà esposto più avanti, a fornire una soluzione razionale ai difficili problemi posti alla causalità logico-condizionalistica dalla cosiddetta sovradeterminazione. Si tratta di un tentativo di realizzare un compromesso tra le ragioni della causalità come condizione necessaria e quelle a favore della causa come condizione sufficiente; anche se la tesi, che sembra introdurre l'idea di un fattore necessario per la sufficienza, suscita qualche dubbio di equivochezza⁶⁵.

Le sofisticate elaborazioni cui si è fatto cenno sono nel loro complesso assai vicine al punto di vista giuridico, che istintivamente analizza il ruolo condizionalistico di ciascuna fattore all'interno del contesto fattuale di riferimento. Tale situazione è stata efficacemente condensata osservando che la spiegazione causale di eventi naturali, pur avvenendo alla luce di conoscenze generalizzanti ed astratte, deve tuttavia muoversi nella concretezza del contesto in cui l'evento si è prodotto. Si profila, quindi, una sorta di dialettica astratto/concreto insita non solo nell'accertamento ma anche nella stessa categoria concettuale della causalità⁶⁶.

Ma vi è pure un altro profilo contestuale della causalità condizionalistica, al quale si è già fatto un cenno all'inizio. Esso viene analizzato con diverse sfumature e distinte denominazioni⁶⁷: campo causale, contesto d'indagine. Il contesto d'indagine viene definito dagli scopi della ricerca, dagli interessi e dal punto di vista di chi la compie e quindi dall'universo cui questi si riferisce. Esso aiuta a comprendere le ragioni per le quali in differenti situazioni viene definita come causa una condizione piuttosto che un'altra. Ad esempio: due casi di accensione di un fiammifero. Nel primo un fiammifero viene sfregato da un fumatore e si accende. Nel secondo un fiammifero, uscito dalla catena di produzione di una fabbrica, viene sfregato in una camera a vuoto allo scopo di controllare la durezza della capocchia, tuttavia la camera non

⁶⁴ SANTONI DE SIO, *Il concetto di causa ed i problemi del diritto*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3228 ss.

⁶⁵ PIZZI, *Cause e cause omissive*, cit., 2009, p. 1318.

⁶⁶ PALAZZO, *Corso*, cit., p. 259 s.

⁶⁷ MACKIE, *Causes and conditions*, cit.; HART-HONORE, *Causation in the law*, Clarendon press, 1959, p. 34; GOROVITZ, *Causal judgments and causal explanations*, in *The journal of philosophy*, 1965, p. 695 ss.; GIORELLO-RICCIARDI, *Causalità, necessità, spiegazione*, cit., p. 1566; AGAZZI, *L'epistemologia contemporanea: il concetto attuale di scienza*, in *Scienza e filosofia oggi*, Massimo, 1979, p. 16 ss.

è stata sigillata a dovere e il fiammifero si accende. Nel primo caso è corretto affermare che la causa dell'accensione è lo sfregamento; nel secondo si può ragionevolmente affermare che la causa è stata la presenza di ossigeno⁶⁸.

La dimensione contestuale della causalità emerge talora pure da un punto di vista che riguarda le diversità nell'accezione del termine causalità e nello stile delle indagini. Una diversità di stili e di tradizioni culturali emerge particolarmente nell'ambito della medicina, non solo storicamente ma anche nel presente della ricerca. Da un lato, si è osservato, si ha una concezione della prova di tipo empirico, dominante nel settore della dimostrazione dell'efficacia dei farmaci, ove lo *standard* di riferimento è costituito dalla sperimentazione clinica controllata e randomizzata: si tratta di un modello sperimentale. Distinto approccio è quello dell'epidemiologia, fondato su indagini probabilistiche. Ancora distinto l'approccio in molte ricerche di fisiologia e fisiopatologia che rispondono ad una logica sperimentale controfattuale. Differente è pure l'approccio della ricerca molecolare, diretta verso l'individuazione di "un marchio che si trasmette", operante nell'ambito dell'analisi delle mutazioni nelle cellule tumorali. Al riguardo è stata fornita una acuta chiave interpretativa: l'eterogeneità degli stili non implica confusione concettuale. I diversi modelli causali vengono usati a seconda del contesto e dello scopo dell'indagine. Anzi, più che avere di fronte diversi modelli causali si ha l'impressione che si abbia a che fare con piani diversi della realtà⁶⁹.

Ancora, la stessa selezione delle leggi scientifiche pertinenti rivela una dimensione contestuale. Infatti l'affermazione che l'assunzione di pillole anticoncezionali evita di restare gravidi è chiaramente irrilevante se riferita ad un soggetto di sesso maschile⁷⁰.

La multiforme chiave contestuale dell'indagine causale ne evidenzia subito gli aspetti problematici. Quanto al contesto fattuale, il dubbio ontologico è determinato dall'ovvia considerazione che le nostre informazioni sulle innumerevoli contingenze che operano in una determinata situazione empirica sono necessariamente incomplete.

Altrettanto problematico è il contesto d'indagine, che implica una selezione, un orientamento, la definizione di un punto di vista che conduce alla focalizzazione su alcuni fattori. Tale orientamento è determinato da informazioni di vario genere: conoscenze fattuali, cono-

⁶⁸ GOROVITZ, *Causal judgments*, cit., p. 695.

⁶⁹ VINEIS, *Nel crepuscolo della probabilità*, Einaudi, 1999, p. 150 ss.

⁷⁰ GARBOLINO, *Spiegazione di leggi e spiegazione di eventi singoli*, Relazione al CSM, 1998, in www.cosmag.it.

scienze teoriche, ma anche intuizioni ed ipotesi sui meccanismi che possono essere in gioco⁷¹.

Tale complessità problematica indica da un lato la valenza inevitabilmente probabilistica dell'indagine causale ed in genere fattuale; e dall'altro la necessità di approfondire in una sede separata le problematiche che riguardano l'intreccio di sapere scientifico ed esperienziale, ipotesi, intuizioni, emergenze fattuali che entrano in gioco nella complessa interazione che conduce all'enunciazione della relazione causale (cap. VI). Qui è sufficiente aver accennato a questa dimensione contestuale e problematica dell'indagine causale, intessuta anche di intuizioni ed ipotesi che devono essere severamente scrutinate lungo l'itinerario che conduce all'inferenza causale.

9. *Condizionalismo, sopravanzamento, causalità alternativa ipotetica*

Un altro tema della causalità condizionalistica sul quale la riflessione giuridica si è concentrata al pari di quella filosofica è quello della ridondanza causale, che si verifica quando sono realmente presenti due o più fattori, ciascuno dei quali è da solo condizione sufficiente per la produzione di un certo effetto. Si usa distinguere i casi di sopravanzamento da quelli di sovradeterminazione: il sopravanzamento riguarda situazioni nelle quali, se non avesse agito una certa causa, l'effetto sarebbe stato comunque assicurato grazie a una causa alternativa; mentre la sovradeterminazione caratterizza l'azione simultanea di più cause.

Si parla, più precisamente, di sopravanzamento o, nel linguaggio del diritto, di causalità alternativa ipotetica, quando il sopravvenire di una causa impedisce ad un'altra di conseguire il suo prevedibile esito. Si assume che in tali situazioni la teoria della *condicio*, con il suo corredo del procedimento di eliminazione mentale, si mostra fallace, visto che l'evento si sarebbe comunque prodotto per effetto di un'altra causa contestuale.

Classico è l'esempio dell'incendio: una persona distrugge una casa, ma un incendio scoppiato contemporaneamente per altra causa l'avrebbe comunque distrutta. In tale caso l'eliminazione mentale della condotta dell'agente non farebbe venir meno l'evento (la distruzione della casa), con la conseguenza che la stessa condotta dovrebbe essere ritenuta priva di rilievo causale. Oppure, un viaggiatore nel deserto ha due avversari che, ciascuno per proprio conto, intendono eliminarlo.

⁷¹ BENZI, *Cause e contesti*, in *La svolta contestuale*, McGraw-Hill, 2002, p. 115 s.

Uno versa un potente veleno nell'acqua della borraccia, mentre l'altro fora la borraccia stessa. Il viaggiatore muore di sete nel deserto, ma sarebbe morto comunque se avesse bevuto l'acqua; ed anzi la rottura della borraccia gli ha allungato la vita visto che la morte per disidratazione è più lenta di quella per avvelenamento. Dunque, la foratura è una condizione sufficiente ma non una condizione necessaria.

A questo problema è stata prospettata da Mackie una soluzione fondata su una appropriata descrizione dell'evento e sulla distinzione tra fatti ed eventi, correlata alla distinzione tra causalità esplicativa e causalità produttiva. Il discorso rischia di farsi sfuggente ma, in breve, il senso della soluzione sta nella cosiddetta specificazione massimale dell'evento: nel caso del viaggiatore nel deserto il fatto della sua morte durante il viaggio e l'evento della sua morte per disidratazione inteso come fatto di specificità massimale, devono essere distinti. In conseguenza, è possibile affermare che la perforazione della bisaccia è condizione necessaria del morire di sete e che essa ha causato il fatto della morte del viaggiatore per sete. Ma non sarebbe corretto dire che la perforazione della borraccia è stata condizione necessaria e dunque causa dell'evento morte durante il viaggio, poiché secondo tale descrizione il viaggiatore sarebbe comunque morto durante il viaggio e pertanto la sua perforazione della borraccia non costituisce una condizione necessaria nelle circostanze della sua morte⁷². Si tratta di soluzione peraltro non immune da critiche: si considera che l'idea di avere un doppio *standard* nella valutazione delle cause è una dichiarazione implicita di rinuncia ad una teoria coerente; ed è d'altra parte inquietante l'idea che un Tribunale possa condannare un imputato adottando la nozione di causa produttiva, mentre un altro possa assolverlo adottando la nozione di causa esplicativa⁷³.

Il punto di vista giuridico su tale questione è anch'esso focalizzato sulla analisi dell'evento in concreto; e propone una soluzione del problema tanto unanime quanto saldamente fondata sul senso comune. Si afferma, cioè, che occorre considerare in concreto, con tutte le caratteristiche con cui si presentano sul piano fattuale, i due termini della relazione eziologica: la condotta e l'evento. Ciò che conta non è se un risultato di genere (la morte di una persona, la distruzione di un edificio) si sarebbe ugualmente verificato anche senza la condotta rispetto alla quale sorge la questione causale, bensì se si sarebbe prodotto lo stesso risultato specifico, con tutte le modalità di ogni tipo, a cominciare da quelle cronologiche. La catena causale rilevante è quella tra

⁷² Così, in sintesi, BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 46.

⁷³ PIZZI, *Eventi*, cit., p. 289.

l'azione dell'autore e l'evento concretamente verificatosi *hic et nunc*. Pertanto, nell'esempio della casa distrutta, l'azione del soggetto non può venir eliminata senza che l'evento nella sua conformazione concreta venga meno. Le ipotesi alternative, in quanto ipotesi astratte, sono irrilevanti. Analogamente, nel caso del viaggiatore, è evidente che la morte è stata determinata dalla foratura della borraccia che a sua volta ha determinato la progressiva disidratazione della vittima. L'analisi della catena causale concretamente sviluppatasi non lascia adito a dubbi. Naturalmente, in parallelo, la condotta dell'avvelenatore potrà risultare rilevante quale autonomo tentativo.

Per risolvere questioni del genere di quella qui prospettata è dunque della massima importanza che l'evento non sia concepito in astratto, come genere di evento, ma come evento concreto; mentre è irrilevante il fatto che potrebbero verificarsi eventi analoghi per effetto di altre cause coeve⁷⁴. Il tema della descrizione dei termini della relazione condizionalistica sarà ripreso più avanti (§ 12). Qui è sufficiente enunciare che la considerazione dell'evento nella sua concretezza, nella sua storicità, consente di confutare l'obiezione al condizionalismo di cui si parla.

Dalle situazioni riconducibili alla causalità ipotetica, come tale irrilevante, vanno tenute nettamente distinte quelle nelle quali il dubbio in ordine alla prospettabilità di distinte ipotesi causali non può essere risolto. Qui una delle due spiegazioni del fatto è ipotetica, ma non è possibile stabilire quale. La conseguenza è che la dimostrazione del nesso di condizionamento manca; a meno che in ambedue le alternative spiegazioni causali la condotta umana considerata risulti comunque eziologicamente rilevante. In tale caso, quando il novero delle spiegazioni sia chiuso e non siano quindi prospettabili spiegazioni avulse dalla condotta umana oggetto del giudizio, il nesso di condizionamento si configura senz'altro. Il caso si è prospettato recentemente nella prassi in un contesto, quello del mesotelioma da esposizione alle polveri di amianto, che ha dato luogo a vivaci discussioni e molte incertezze (§ 12 e cap. VII).

10. *Condizionalismo, sovradeterminazione, causalità addizionale e cumulativa*

Ben più delicato è il problema posto alla dottrina condizionalistica dalla cosiddetta causalità addizionale, o sovradeterminazione causale,

⁷⁴ Così, ad esempio, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 1994, p. 178; GALLO, *Appunti*, cit., p. 132; MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 912, nt. 43; PAGLIARO, *Principi*, p. 358, nt. 22.

che si verifica quando l'evento è l'effetto di una pluralità di condizioni, ciascuna capace di produrre il risultato illecito da sola, autonomamente rispetto all'altra. Esempi classici: due persone che, ciascuna per proprio conto ed all'insaputa dell'altra, versano un veleno nel cibo di un nemico in dose letale; oppure, Tizio e Caio indipendentemente l'uno dall'altro appiccano il fuoco alla casa di Sempronio, ma si accerta che l'incendio sarebbe stato praticamente identico se avesse agito soltanto Tizio o soltanto Caio; infine, diversi componenti del plotone d'esecuzione colpiscono contemporaneamente il condannato. In tali casi il procedimento di eliminazione mentale di ciascuno dei fattori considerati non fa venir meno l'evento. Nessuna delle due azioni è quindi *condicio sine qua non*, eppure non vi è dubbio che l'evento debba essere attribuito ad ambedue gli agenti.

Rispetto a tale immane problema non risulta risolutiva la distinzione tra causalità produttiva e causalità esplicativa cui si è già fatto sopra cenno, tanto più nei casi in cui le diverse cause ridondanti producono effetti indistinguibili.

Pure non risolutive appaiono le soluzioni che tentano di svalutare il problema guardando agli aspetti dimensionali, quantitativi del processo causale: la morte determinata da due pallottole è diversa da quella prodotta da una sola; l'incendio provocato dall'azione simultanea di una sigaretta e di un fulmine non ha lo stesso vigore di un incendio provocato da tali due cause separatamente; se due veleni mortali sono versati nella borraccia occorre guardare quale veleno era presente nella prima sorsata bevuta dalla vittima. Anche tale soluzione lascia adito a forti dubbi, giacché anche un'analisi dettagliata del ruolo di ciascuno dei fattori causali non riesce a concretizzare la distinzione e la separazione che si vorrebbe prospettare. La scarsa plausibilità degli esempi addotti lo dimostra.

L'irrisolubilità della questione ha indotto qualche autore ad apportare un aggiustamento alla condizionalismo puro, introducendo il concetto di quasi dipendenza, che affianca quello di dipendenza causale. La situazione è esemplificata dal caso della morte della vittima colpita contemporaneamente da due killer. In tale situazione l'evento è quasi dipendente da ciascuno dei colpi, in quanto esistono dei processi analoghi che sono genuinamente causali⁷⁵. Una soluzione che incrina la purezza del modello e che risulta, tuttavia, non molto lontana dal punto di vista giuridico di cui si dirà più avanti.

Neppure appagante appare la soluzione avanzata sulla base della

⁷⁵ LEWIS, *Postscript to causation*, in *Philosophical papers*, Oxford University press, 1986, p. 194.

causalità NESS⁷⁶ cui si è già fatto un cenno. Nel caso in cui due incendi, in presenza di situazioni favorevoli allo sviluppo delle fiamme, raggiungono la casa simultaneamente, vi sono due insiemi sufficienti che si sovrappongono. Un insieme di elementi congiuntamente sufficienti contiene uno dei due incendi, l'incendio X, ma non l'incendio Y. In tal modo l'incendio X risulta elemento necessario di un insieme sufficiente. L'altro insieme contiene l'incendio Y ma non l'incendio X, rendendo l'incendio Y un elemento necessario di un insieme a sua volta sufficiente. Quindi, benché nessuno dei due incidenti sia stato una condizione necessaria, in senso assoluto, della distruzione dell'edificio, ciascuno di essi rappresenta una causa NESS all'interno di una causa sufficiente. Anche tale soluzione suscita qualche dubbio, il maggiore dei quali riguarda l'impraticabilità e l'artificiosità della separazione dei due insiemi.

Un'ulteriore soluzione è stata prospettata partendo dalla critica del comune pregiudizio secondo cui la relazione causale è una relazione strutturalmente diadica. In realtà, se guardiamo per esempio alla nozione di concausa, scopriamo che è una relazione triadica anche se riducibile per definizione in termini di relazioni binarie. Introducendo per definizione una relazione triadica di concorrenza causale, nel caso dei due *killer* potremmo dire che l'assenza del colpo di Tizio lascia inferire che, se Caio non avesse sparato, la vittima non sarebbe morta. Si tratta di un condizionale di secondo grado, cioè un condizionale che contiene condizionali ordinari nelle sue clausole, ma ciò non costituisce un procedimento inusuale⁷⁷.

In conclusione, la sommaria analisi delle elaborazioni compiute in ambito epistemologico lascia trasparire l'impossibilità di risolvere il problema della causalità addizionale sul piano squisitamente logico: occorre, invece, apportare al condizionalismo delle specificazioni, delle correzioni che riconducano alla plausibilità, alla sensatezza, l'esito del controfattuale. Tale soluzione si rinviene senza incertezze nel pensiero giuridico.

Nei casi in questione, si afferma da più parti, l'imputazione giuridica dell'evento avviene non su base logico-naturalistica, ma sulla base di un criterio normativo d'imputazione obiettiva che conduce all'estensione della responsabilità rispetto al criterio condizionalistico⁷⁸. L'ipotesi delle cause addizionali dimostra che la formula della *condicio* non

⁷⁶ WRIGHT, *Causation*, cit., p. 71.

⁷⁷ PIZZI, *Cause*, cit., p. 1319.

⁷⁸ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992; *Id.*, *Principi*, cit., p. 133; GALLO, *Appunti*, cit., p. 133.

esprime la causalità dell'azione, ma piuttosto il normale modo di accertarla. Negli esempi indicati la concorrenza di più elementi nel divenire causale induce a modificare la formula, nel senso che sono cause quei presupposti dell'evento che cumulativamente considerati ne costituiscono una *condicio sine qua non* e che lo sarebbero alternativamente, se l'altro presupposto non esistesse ⁷⁹.

Con un ordine di idee non molto dissimile si è ritenuto che, nei casi di causalità addizionale, si è in presenza di una condizione addizionale spuria, in quanto commista ad una causalità alternativa. In tale caso sta di fatto che in concreto la morte è avvenuta per l'azione di ognuno dei due, per cui entrambi gli agenti vanno ritenuti responsabili; e se proprio si vuol ricorrere al procedimento di eliminazione mentale esso è possibile purché venga fatto in forma alternativa, ma necessariamente reciproca: ciascuna condotta è alternativamente *condicio sine qua non*, perché eliminando mentalmente l'altra, l'evento non viene meno ⁸⁰. Dunque, in tali casi è importante cogliere il carattere alternativamente necessario delle due condizioni: ciascuna, isolatamente considerata, è idonea a spiegare l'evento mortale; e, come è stato efficacemente osservato, solo un uso "acritico" della teoria potrebbe condurre ad un evento senza causa e ad un fatto senza autore laddove due persone diverse hanno di fatto causato la morte della vittima, giacché ambedue vanno ritenute responsabili di omicidio ⁸¹. Tale argomento, dunque, come si accennava, non pone in crisi la concezione condizionalistica ma vi apporta una specificazione o modificazione: non si può considerare causa soltanto ogni condizione senza la quale il risultato non si sarebbe verificato, ma anche ogni condizione senza la quale il risultato non si sarebbe avverato, non considerando, perché se ne fa astrazione, il concorso di altra condizione che ha simmetricamente la stessa efficienza causale ⁸².

A tale conclusione si è apportata peraltro una precisazione ulteriore: le azioni sono ambedue causali solo a condizione che si accerti che l'evento si è verificato nello stesso momento; poiché se si appurasse che la dose di A ha agito prima, la somministrazione dell'altra dose diverrebbe una causa alternativa ipotetica. Nel caso in cui non fosse possibile stabilire quale delle due abbia agito prima, non sarebbe provato il nesso di condizionamento per ambedue le azioni e sarebbero quindi

⁷⁹ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 357.

⁸⁰ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 912, nt. 43; sostanzialmente nello stesso senso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 179.

⁸¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 179.

⁸² GALLO, *Appunti*, cit., p. 133 s.

configurabili solo due delitti tentati⁸³. A tale riguardo pare utile aggiungere che la problematica della causalità addizionale si configura tanto nel caso in cui le condizioni concorrenti siano costituite da condotte umane, quanto in quelli in cui alla produzione dello stesso evento concorra, con una o più condotte umane, una serie causale dovuta a forze naturali, come nel caso in cui Tizio appicca il fuoco ad un fabbricato raggiunto con perfetta contemporaneità da un incendio dovuto a cause d'ordine fisico, come la combustione per eccesso di calore. Peraltro, come è stato osservato, l'ipotesi di due o più fattori assolutamente contemporanei, se è legittima dal punto di vista teorico, risulta nella prassi, se non impossibile, quantomeno di estrema difficoltà⁸⁴.

Il medesimo tema è stato affrontato da un diverso angolo visuale: i medesimi risultati che si raggiungono apportando correttivi alla dottrina condizionalistica si conseguono attraverso l'interpretazione dell'art. 40, comma 1. Nella disposizione, si osserva, non si dice che il rapporto causale risulti integrato quando la condotta è condizione necessaria dell'evento, ma piuttosto si asserisce, letteralmente, che l'evento deve essere conseguenza della condotta. La seconda espressione contiene un'area di denotazione più ampia della prima: il concetto di conseguenza non implica che il suo presupposto sia unico ed insostituibile. Un'identica conseguenza può dipendere da presupposti tra loro alternativi e ciascuno per sé rilevante⁸⁵.

Il tema della sovradeterminazione è estremamente interessante. Esso mostra che il diritto penale apprezza ed utilizza la logica condizionalistica non perché vi scorga un carattere ontologico, intimamente valido; bensì in chiave euristica, quale strumento per un'analisi razionale ed oggettiva dei fatti, governata dalla logica, nella prospettiva del giudizio di attribuzione di paternità del fatto. Quando l'approccio puramente logico crea qualche problema, come accade appunto nell'ambito della causalità addizionale, il pragmatico punto di vista giuridico ha il sopravvento senza incertezze o complessi: si apportano alla definizione logica della causalità tutte le correzioni o le precisazioni che occorrono per cogliere, senza formalismi, il ruolo dell'azione umana. Anche questo, dunque, è un aspetto della causalità "giuridica".

Le situazioni sin qui considerate devono essere tenute distinte da quella in cui le diverse cause agiscano cumulativamente (causalità cumulativa) cioè sommandosi l'una all'altra; come nel caso in cui più per-

⁸³ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 348.

⁸⁴ GALLO, *Appunti*, cit., p. 133 s.

⁸⁵ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1328.

sone, all'insaputa l'una dell'altra, somministrano dosi di veleno che, isolatamente considerate, non sarebbero letali, ma lo divengono integrandosi: la vittima muore per l'azione della complessiva sostanza ingerita. In tale caso esiste senza alcun dubbio il nesso di condizionamento tra ambedue le condotte e l'evento morte⁸⁶. La concezione condizionalistica trova lineare applicazione, giacché, essendo la sinergia delle due dosi di veleno essenziale alla produzione dell'evento, l'eliminazione mentale di ciascuna di esse fa venir meno l'esito letale, visto che l'altra non è da sola sufficiente a determinarlo. Ciascuna dose è quindi componente essenziale ed ineliminabile della spiegazione causale.

Peraltro, la causalità cumulativa, sebbene sia chiara dal punto di vista teorico, lo è assai meno in ambito applicativo; giacché è spesso piuttosto difficile stabilire in concreto quale preciso ruolo abbia avuto ciascuna sostanza dannosa. Amianto e fumo hanno un sicuro ruolo eziologico nella determinazione del cancro polmonare; ed interagiscono tra loro potenziandosi in modi ancora non noti. Tuttavia, nel caso di persona esposta ad ambedue le sostanze, è difficile stabilire quale di esse abbia un ruolo essenziale, ineliminabile ai fini della spiegazione dell'evento; o se sia stata la loro sinergia a determinare l'innescò del processo carcinogenetico. Tali complessi problemi saranno esaminati in dettaglio più avanti (cap. VII).

11. *Le obiezioni giuridiche alla teoria della condicio sine qua non: l'eccessiva ampiezza e le esigenze di delimitazione*

In ambito giuridico la concezione condizionalistica ha subito, nel corso della sua vita ormai plurisecolare, alcune critiche che hanno alimentato un dibattito complesso le cui coordinate sono cristallizzate; e che – come si vuole ancora ripetere – non sono solitamente indirizzate ad abbatterne il fondamento ma ad attenuarne la portata, individuando ulteriori criteri selettivi per ridurre l'area dell'imputazione giuridica dell'evento⁸⁷.

La prima storica obiezione mossa a tale modello d'imputazione del fatto è quella di estendere eccessivamente la portata del nesso causale, conducendo a risultati inaccettabili dal punto di vista dell'ordinamento penale. Si afferma, infatti, che considerare causali, con un criterio di equivalenza, tutte le condizioni di un evento conduce ad un regresso all'infinito, sino ad antecedenti remoti ed insignificanti, paradossal-

⁸⁶ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 348; GALLO, *Appunti*, cit., p. 136.

⁸⁷ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 338.

mente sino ai genitori dell'autore del reato. Tale critica, che sottolinea al fondo l'eccessiva ampiezza dell'imputazione fattuale fondata sulla *condicio sine qua non* viene solitamente argomentata anche con alcuni classici esempi, che hanno la caratteristica di presentare uno sviluppo causale atipico, cioè fuori dall'ordinario, inusuale. Alcuni di tali casi erano particolarmente presenti all'attenzione dei compilatori del codice ed influenzarono, come si è visto, la formulazione dell'art. 41, capoverso. Si ipotizza un tentativo di omicidio con accoltellamento che produce, però, solo lesioni non gravi. La vittima viene condotta in ospedale ove però muore a causa di un incendio fortuito o di una sopravvenuta affezione tetanica, oppure soccombe a causa di un incidente in ambulanza. In tutti tali casi il feritore dovrebbe rispondere di omicidio consumato.

Ancora più radicali altri esempi pure classici in letteratura: il nipote che ambisce ad entrare in possesso dell'eredità dello zio lo induce a compiere un viaggio in aereo, nella speranza che si verifichi un incidente che effettivamente ha luogo determinandone la morte; il lavoratore che desidera la morte del proprio datore di lavoro lo conduce in un bosco durante un temporale, con la speranza che perisca colpito da un fulmine, come effettivamente accade. Tale ultima classe di esempi può condurre in linea di principio a risultati che non sono accettabili e che, soprattutto, non possono essere ovviati attraverso aggiustamenti e correttivi compiuti operando sull'elemento soggettivo. Infatti, l'azione d'induzione al viaggio o alla passeggiata ha sicuramente un ruolo condizionante rispetto alla morte e, d'altra parte, non difetta l'elemento soggettivo, giacché l'agente prevede e vuole l'evento. L'obiezione, quindi, sebbene fondata su esempi piuttosto lontani dalla realtà, mette profondamente in crisi la teoria condizionalistica.

Particolarmente inquietante l'effetto del modello condizionalistico nelle situazioni nelle quali l'elemento soggettivo non è in grado di svolgere un ruolo limitativo: Tizio dà uno schiaffo a Caio il quale muore per il determinarsi di una catena condizionalistica assolutamente imprevedibile. In tale caso Tizio risponderebbe di omicidio preterintenzionale⁸⁸. Tale effetto distorsivo può verificarsi anche e forse ancor più nei reati colposi⁸⁹.

⁸⁸ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 351; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 48: "A colpisce con il bastone B, il quale nel recarsi in fretta all'ospedale per farsi medicare, è travolto da un ciclista inesperto e rimane ucciso. Applicando la teoria che si discute, A dovrebbe rispondere di omicidio preterintenzionale, perché avrebbe causato la morte di B (la quale naturalmente è stata causata anche dal ciclista)".

⁸⁹ "A guidando imprudentemente un'automobile cagiona una lesione a B, men-

Il complessivo senso di tali risalenti critiche è stato sintetizzato efficacemente osservando che proprio il modello causale condizionalistico si presenta come una categoria intrinsecamente dotata di un potenziale “eversivo” della tipicità: la sua attitudine a legittimare un regresso indefinito delle condotte dotate di efficienza causale, la sua indifferenza programmatica nei confronti di qualsiasi rapporto di congruenza sul piano sistematico con la specifica dimensione monosoggettiva o concorsuale della condotta posta in essere, ne fanno uno strumento destinato ad appiattire ed a livellare la tipologia dei comportamenti incriminabili, in contrasto con le esigenze più profonde che sono alla base del principio della legalità penale⁹⁰. Si tratta di un pericolo particolarmente forte nell’ambito delle ipotesi di responsabilità obiettiva, ove l’elemento soggettivo non è in grado di esplicitare alcun ruolo selettivo rispetto all’indiscriminata imputazione di tutte le condotte causalmente rilevanti.

I sostenitori della teoria non hanno mancato di replicare. Sul tema del cosiddetto regresso all’infinito si è opposto persuasivamente che la catena causale trova i propri limiti nella sfera della rilevanza giuridica all’interno di ciascuna fattispecie; e che certamente a nessuno verrebbe in meno di imputare ai genitori dell’omicida di essere causa del delitto. Soprattutto, si è rilevato che l’elemento soggettivo del reato, richiedendo di volta in volta il dolo o la colpa, vale a circoscrivere la possibile indiscriminata rilevanza di tutti gli antecedenti causali⁹¹.

Contro gli esempi dell’aereo e del temporale si è obiettato che essi sono inverosimili, hanno un deficit di aderenza alla realtà che a sua volta si traduce in un deficit di affidabilità dimostrativa; e si è altresì posta in luce l’autonomia delle scelte compiute dallo zio e dal datore di lavoro. Si esclude che sia configurabile una causalità psichica determinata dall’induzione della vittima, e più in generale che sia configurabile la categoria della causalità psichica: il momento della scelta decisa dal soggetto pone in essere una catena causale del tutto nuova. L’apporto del nipote e del servo non viene neppure ritenuto configurabile come contributo concorsuale: essi sono meri candidati ad autori, in quanto, non essendo la loro condotta né causale né idonea, non potrebbero essere considerati tali, neppure nella veste di autori mediati. Si opina, in-

tre questi era sul punto di partire per l’America; B è costretto a rinviare la partenza che effettua con un altro piroscalo il quale durante il tragitto affonda con tutti i passeggeri. A dovrebbe rispondere di omicidio colposo, perché agendo con colpa avrebbe cagionato il decesso di B”. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 49.

⁹⁰ G.A. DE FRANCESCO, *Modelli scientifici e cultura dei principi*, cit., p. 461.

⁹¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 178; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 144.

fine, che pure in tali casi gli effetti dell'applicazione della teoria della *condicio* sarebbero ovviati sotto il profilo dell'elemento soggettivo: l'unica forma di dolo che si potrebbe astrattamente configurare, quella del dolo eventuale, non sarebbe in concreto ipotizzabile atteso che tale figura non si basa sulle speranze, i desideri, i sentimenti, bensì sull'atteggiamento interiore dell'Io cosciente. Inoltre, per poter configurare un dolo eventuale occorre che l'acconsentimento riguardi, oltre che un effettivo decorso causale, anche un rischio effettivo, vale a dire un rischio che si riveli rilevante alla luce del principio di effettività. Un rischio meramente astratto o comunque di scarsissima rilevanza non può assurgere a presupposto di un effettivo *nisus* criminoso, restando invece avviluppato nella sfera dei sogni o delle cattive intenzioni⁹².

Più in generale si è rilevato che le esigenze di delimitazione dell'imputazione sono soddisfatte sul piano soggettivo. Così, ad esempio, nel caso dell'emofiliaco la morte conseguente alla ferita dolosamente o colposamente prodotta dall'agente non può essere rimproverata né a titolo di dolo né di colpa, se l'esistenza di quella malattia non era conosciuta o conoscibile con la necessaria diligenza. Nel caso della persona ferita colposamente che muore in ospedale per un incendio fortuito, l'agente non risponderà di omicidio colposo perché la morte per ustioni non rappresenta la realizzazione di uno dei rischi che rendeva colposa la condotta dell'agente. Se poi la ferita è stata causata con l'intenzione di uccidere, l'agente non risponderà di omicidio doloso consumato perché non possono essere posti a suo carico a titolo di dolo eventi che non potrebbero essere rimproverati: in un caso del genere l'agente risponderà soltanto a titolo di tentativo di omicidio⁹³.

Quanto all'obiezione inerente ai casi di responsabilità oggettiva, nei quali l'elemento psicologico non è in grado di esplicitare la già indicata funzione selettiva, si è replicato assumendo che all'origine storica delle teorie alternative a quella condizionalistica (prima tra tutte quella della causalità adeguata) vi era effettivamente l'esigenza di arricchire la struttura della causalità soprattutto nei reati aggravati dall'evento, introducendovi in via interpretativa un limite sostanzialmente coincidente con quello della colpa, cioè la non prevedibilità dell'evento anormale o eccezionale. Questa interpretazione correttiva delle norme che prevedevano forme di responsabilità oggettiva non ha più attualità nell'ordinamento italiano, giacché dopo l'avvento della Costituzione tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva (compresi i delitti aggravati dall'evento) non hanno più diritto di cittadinanza, poiché la Corte costi-

⁹² MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 904 ss.

⁹³ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 143.

tuzionale ha riconosciuto rango costituzionale al principio di colpevolezza e tra l'altro ne ha tratto la conseguenza che ogni elemento del fatto deve essere investito almeno dalla colpa. Pertanto, le ragioni politico-criminali che stavano alla base delle teorie della causalità adeguata o della causalità umana sono venute meno⁹⁴.

È lecito dubitare che nel presente stato dell'ordinamento le ipotesi di responsabilità oggettiva siano state completamente espunte e che il principio costituzionale di colpevolezza abbia nei fatti assunto la dimensione secondo cui non può esservi imputazione soggettiva senza almeno la colpa. D'altra parte, occorre porre in luce che la plurisecolare discussione sulla estensione dell'imputazione oggettiva e sull'esigenza d'individuare criteri di selezione delle condotte trova la sua ragion d'essere sul piano applicativo in relazione a situazioni nelle quali valutazioni ispirate al senso comune ed all'equità segnalano l'eccessività di criteri rigidamente condizionalistici. È certamente importante, in tali situazioni, cercare soluzioni che si rivelino plausibili, eque. Ma è non meno interessante individuare lo strumento dogmatico maggiormente idoneo a sorreggere ed orientare lo sforzo interpretativo. L'elemento psicologico del reato, con i suoi aspetti valutativi, tradizionalmente aiuta i giudici a risolvere le questioni controverse di cui si parla ed a ricondurre il giudizio ad equità. Tuttavia si avverte con immediatezza che la soluzione, sebbene accettabile, non è soddisfacente sul piano dei principi; che già sul piano oggettivo attribuire un evento all'azione umana non significa solo riconoscere la logica efficienza causale, ma anche e soprattutto riconoscere l'agente quale autore da un punto di vista che include elementi di valore, normativi. A tale esigenza corrispondono con argomenti ed esiti differenti le teorie cui si farà riferimento in prosieguo e soprattutto quella del rischio (cap. IV, sez. II).

12. *L'evento* hic et nunc

Le considerazioni che precedono sulla relazione logica tra condotta ed evento consentono di tornare in modo più avvertito su un tema già accennato, quello dell'evento. Come si è visto, vi è completo accordo in dottrina sul fatto che la connessione tra la condizione e l'evento vada intesa con riferimento all'accadimento concreto nella sua storicità e non in senso categoriale, astratto⁹⁵. L'evento stesso deve essere

⁹⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 144.

⁹⁵ A partire dal classico insegnamento dell'ANTOLISEI: "Il nesso causale sussiste

quindi descritto facendo riferimento alle concrete coordinate spazio-temporali che lo definiscono⁹⁶. Pertanto, il nesso di condizionamento non viene escluso se l'evento, considerato dal punto di vista categoriale, si sarebbe comunque verificato ma in un momento successivo.

Si tratta di enunciazione indiscussa, radicata nella base logica della causalità condizionalistica, che rifugge da astrazioni in chiave ipotetica; ma anche in un'esigenza che si pone sul piano dei valori. Infatti, particolarmente nei reati contro la vita e la salute, una diversa soluzione finirebbe col porre fuori dall'ordinamento persone che si trovano in una difficile e compromessa condizione esistenziale, negando loro la tutela dovuta ad ogni essere umano⁹⁷.

Tale ordine di idee ha implicazioni applicative di notevole portata, giacché attribuisce rilievo causale non solo a condotte che determinano un evento che non si sarebbe altrimenti verificato, ma anche a quelle che semplicemente lo anticipano, accelerando un processo causale in atto con un comportamento attivo, o omettendo di porre in essere misure idonee a ritardare lo sviluppo di quel processo causale.

Il principio della rilevanza causale delle condotte che anticipano l'evento si rinviene costantemente nella giurisprudenza di legittimità⁹⁸. Ad esempio, in un caso in cui era in discussione la responsabilità dei sanitari che avevano omesso di intervenire tempestivamente in presenza di epatite fulminante, la Corte ha affermato il principio che il momento della morte non è mai determinabile aprioristicamente e che si risponde di omicidio non soltanto quando si cagiona la morte di una persona che avvenga istantaneamente, ma anche quando si determini l'anticipazione dell'evento⁹⁹. Lo stesso principio è stato affermato in un caso in cui il medico non si era attivato e non aveva informato il paziente in relazione ad una recidiva di malattia tumorale: anche a fron-

se l'azione affrettò soltanto il verificarsi dell'evento (falsa cura dell'empirico che determina la perdita della vista prima che questa, con una cura appropriata, sarebbe avvenuta; incendio di una parte dell'edificio che era già in fiamme, ecc.) oppure se cooperò all'estensione o al modo in cui in concreto si verificò il risultato, e così anche se, mancando l'azione probabilmente sarebbero intervenuti altri fatti e questi avrebbero ugualmente cagionato l'evento". ANTONISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 42. Diffusamente sulla rilevanza causale dell'anticipazione dell'evento, con riferimenti anche alle implicazioni applicative, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 32.

⁹⁶ STELLA, *La descrizione dell'evento*, Giuffrè, 1970, p. 174 ss.; *Id.*, *Leggi scientifiche*, cit., p. 247 ss.

⁹⁷ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, p. 403 s.

⁹⁸ Cass. 8 marzo 1974, Bertani, in *Riv. pen.*, 1975, II, p. 782; Cass. 17 ottobre 1990, Lodigiani, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2101.

⁹⁹ Cass. 26 settembre 1990, Corbetta, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2100.

te della prospettazione della morte ritenuta inevitabile, vi era altissima probabilità che il ricorso ad altri rimedi terapeutici, oltre a quello radioterapico già praticato all'inizio della malattia, avrebbe determinato un allungamento della vita, che è un bene giuridicamente rilevante anche se temporalmente non molto esteso¹⁰⁰.

Il tema della rilevanza causale della condotta che accelera i tempi di latenza o di evoluzione di una patologia è stato esaminato dalla Corte Suprema¹⁰¹ in alcuni processi afferenti ad una grave neoplasia, il mesotelioma pleurico, contratta da lavoratori esposti alle polveri d'amianto. Tale affezione tumorale si caratterizza per il fatto di avere una stretta relazione con l'inalazione di polveri di amianto e di insorgere dopo un periodo di latenza solitamente assai lungo. Di qui alcuni problemi peculiari:

- la dimostrazione della derivazione di tale affezione dal contatto con amianto;
- la dimostrazione della rilevanza causale del contatto improprio con la sostanza nociva, avvenuto in epoche diverse e riconducibile alla sfera di responsabilità di persone succedutesi nella direzione degli impianti in cui avvenivano le lavorazioni;
- la dimostrazione dell'attitudine della cautele omesse ad evitare la patologia o ad attenuarne e ritardarne gli effetti.

Tali problemi sono stati risolti, in alcuni casi, sulla base di (discusse) informazioni scientifiche che evidenziano un rapporto esponenziale tra dose di cancerogeno assorbita, determinata dalla concentrazione e dalla durata dell'esposizione, e risposta tumorale. Tale risposta si esprime in due direzioni: aumentando la dose di cancerogeno, da un lato aumenta l'incidenza dei tumori, dall'altro si abbrevia la durata della latenza con conseguente anticipazione della morte. La Corte si è pure spinta a chiarire la soglia di anticipazione dell'evento che segna la rilevanza causale della condotta, affermando che l'accelerazione penalmente rilevante non è quella di ore o minuti, lasciando così intendere che è significativa anche un'anticipazione di pochissimi giorni. Sulla base di tali premesse è stato ritenuto causalmente rilevante il mancato controllo delle polveri per un significativo, pluriennale arco di tempo, poiché la massiccia esposizione all'amianto derivatane ha agito senz'altro in due possibili modi, ambedue eziologicamente rilevanti: o ha de-

¹⁰⁰ Cass. 21 gennaio 2003, De Paula, in *C.E.D. Cass.*, n. 225317.

¹⁰¹ Cass. 11 luglio 2002, Macola, in *Cass. pen.*, 2004, p. 109, con nota di BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*. L'impostazione è stata ripetuta anche in pronunzie successive. *Amplius*, cap. VII.

terminato l'insorgenza della neoplasia, o ne ha abbreviato i tempi di latenza. Non è possibile determinare – si afferma – quale di tali ipotesi si sia concretizzata. Tuttavia, quando sono prospettabili diversi sviluppi della catena causale, il criterio condizionalistico d'imputazione richiede solo che la condotta umana considerata sia condizionante, cioè ineliminabile, ai fini della spiegazione dell'evento, in tutti gli ipotizzati e possibili processi causali. La Corte ritiene causale l'esposizione alle polveri anche nel caso in cui si ipotizzi che il triennale contatto attribuito agli imputati sia avvenuto in un fase in cui l'iniziazione della degenerazione non era ancora avvenuta. La dimostrazione del nesso diventa qui più complicata: i lavoratori hanno inalato amianto per moltissimi anni, prima e dopo il triennio in esame e si tratta di stabilire se il periodo considerato sia stato condizionante ai fini dell'insorgenza della malattia. È chiaro che isolare, ai fini del giudizio controfattuale, gli effetti di tale esposizione al fine di verificarne la rilevanza condizionante è veramente arduo. La Corte risolve il problema considerando le modalità dell'azione dell'amianto, che si estrinseca in funzione delle dosi non solo per ciò che riguarda la progressione dei tempi di latenza, ma anche per quanto attiene ai tempi d'insorgenza. Insomma, sembra voler ritenere la Corte, la malattia sarebbe con ogni probabilità insorta anche senza l'esposizione oggetto del giudizio e tuttavia, anche in tale ipotesi, quella stessa esposizione ha accelerato i tempi d'insorgenza dell'alterazione cellulare alla base del fenomeno neoplastico. Anche in questo caso, quindi, l'evento storicamente determinatosi, cioè la morte in un determinato giorno, è stato condizionato dall'esposizione di cui si parla: senza di essa l'iniziazione cellulare sarebbe avvenuta più tardivamente e per conseguenza l'evento morte sarebbe stato differito rispetto a quanto accaduto in concreto.

13. *La concezione condizionalistica della causalità nella giurisprudenza. Alcune pronunzie fondamentali*

Dopo aver sintetizzato i tratti della causalità condizionalistica, appare utile un confronto con la giurisprudenza. Al riguardo occorre qualche precisazione. Il principio di causalità giuridica costituisce nel presente uno dei cardini dell'ordinamento penale; ed attorno ad esso si è sviluppato un complesso dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Nel passato, tuttavia, non è stato così. Il tema è stato a lungo trascurato, probabilmente a causa del fatto che la fenomenologia ricorrente non richiedeva la soluzione di problemi difficili. Il quadro è mutato soprattutto per effetto dell'emergere di reati colposi in materie altamente complesse quali il danno da esposizione a sostanze tossiche o

la responsabilità medica: reati che hanno messo in crisi le elaborazioni tradizionali.

Uno sguardo alle pronunzie sul tema della causalità dà conferma di tale stato delle cose. Nelle sentenze meno recenti traspare uno scarso interesse a trattare l'argomento dal punto di vista dei principi. Compare talvolta la sintetica evocazione del criterio condizionalistico dell'equivalenza causale, subito seguita dall'enunciazione di un correttivo ispirato all'esigenza di escludere la rilevanza causale delle conseguenze atipiche, eccezionali, imprevedibili della condotta. Solo la trattazione di vicende caratterizzate da elevata drammaticità e da speciale complessità, soprattutto per le implicazioni di carattere scientifico, ha progressivamente indotto la Corte Suprema ad assumere prese di posizione più elaborate.

Una efficace sintesi del dibattito sulla causalità agli inizi degli anni settanta si rinviene, ad esempio, nella sentenza¹⁰² relativa alla nota vicenda del disastro del Vaiont: "La nozione di causalità giuridica affonda le radici nel concetto logico di causalità. Trattasi di un rapporto tra due ordini di fenomeni, cioè tra due tipi di fatti costituenti modificazioni del mondo esterno, che l'intelletto umano identifica per la costante ripetizione di uno dopo l'altro. Essa ha subito una notevole evoluzione nel pensiero giuridico. Muovendo dall'originario concetto che causa ultima dell'evento fosse l'antecedente più prossimo, si è cercato di avvicinare sempre più le nozioni di causa e di condizioni (positive e negative) influenti, cioè, sull'evento sia in senso dinamico che statico. Da ciò ha preso le mosse la teoria dell'equivalenza delle condizioni che ha informato il principio della *condicio sine qua non*. Per temperare gli effetti non sempre accettabili che l'applicazione rigoristica di tale principio comportava i giuristi hanno escogitato altre formule, come quella della causalità adeguata, che dà rilievo solo a quelle condizioni che, di regola, hanno l'attitudine a determinare certe specie di fenomeni, secondo l'*id quod plerumque accidit*, attraverso un giudizio *ex ante* di natura essenzialmente statistica. La teoria della causalità adeguata è stata ulteriormente elaborata con maggior riguardo alle circostanze concrete, piuttosto che ad ipotesi astratte, in quella della condizione pericolosa o della condizione qualificata o ancora della condizione idonea. Non minore considerazione ha avuto la teoria della causa efficiente che opera una netta distinzione tra la causa, le condizioni – che permettono alla causa di operare, creando situazioni favorevoli alla produzione dell'evento o eliminando ostacoli – e le occasioni, intese come coincidenze favorevoli alla realizzazione del fatto assunto come

¹⁰² Cass. 15 marzo 1971, Biadene, in *Giust. pen.*, 1972, II, c. 4.

causa. L'ulteriore elaborazione dottrinale ha portato alla teoria della causalità umana, la quale prende a base il concetto che, quando si tratta di conoscere delle responsabilità dell'uomo, occorre guardare alla potenzialità umana di inserire nella dinamica delle forze naturali interventi positivi o negativi. In una analisi tecnico-giuridica degli elementi costitutivi del reato il mero nesso di causalità non può essere configurato che in senso condizionalistico poiché basta che un'azione (o un'omissione di azioni dovute) si presenti come una delle condizioni dell'evento; ma secondo gli stessi schemi la causalità viene meno ai fini penali, quando subentra nella serie condizionante qualche nuovo fattore che alteri i processi causali. La causalità non viene ad essere negata; tuttavia il diritto tratta il caso come se essa non ci fosse; da ciò il termine 'interruzione' del nesso causale". "... L'interruzione del rapporto di causalità postula che la causa sopravvenuta si ponga al di fuori delle normali e prevedibili linee di sviluppo della serie causale che fa capo all'agente; costituisca cioè un fatto eccezionale di guisa che, nonostante il più alto grado di previdenza e prudenza, non sia possibile far ricorso ad alcuna misura preventiva per evitarlo".

Su queste basi teoriche la Corte giunge a ritenere che l'elevata velocità di caduta del materiale di frana, che diede luogo al disastro, non può considerarsi una causa atipica, imprevedibile e fuori della normale linea evolutiva delle conseguenze della condotta colposa.

Una lettura assai più moderna del tema, ispirata testualmente ad accreditata dottrina, si rinviene nella pronuncia della Corte inerente al disastro di Stava¹⁰³, che costituisce, probabilmente, la prima sentenza nella quale vengono analizzati praticamente tutti i maggiori snodi del problema causale. Essa, per la completezza della trattazione, ha esercitato una notevole influenza sulla giurisprudenza successiva. Pare quindi utile farvi un cenno un po' esteso.

Anche qui un evento drammatico: la frana dei due bacini idrici pertinenti ad una miniera, posti a monte dell'abitato. I giudici di merito avevano evidenziato innumerevoli, gravissimi errori professionali di tipo progettuale ed esecutivo, ed avevano ritenuto la responsabilità di quasi tutti coloro che avevano avuto, nel tempo, particolari compiti tecnici nella miniera. La Corte Suprema, nell'affrontare la delicata materia, sente la necessità di porre alcune enunciazioni di carattere generale:

"La teoria condizionalistica o dell'equivalenza causale postula che è causa ogni condizione dell'evento, ogni antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe verificato. Essa pone sullo stesso piano tutti gli

¹⁰³ Cass. 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, c. 36.

antecedenti necessari dell'evento, sicché perché l'azione umana assurga a causa, è sufficiente che essa rappresenti una delle condizioni che concorrono a produrre l'evento. Essa si avvale del procedimento di eliminazione mentale, che altro non vuol dire se non che un'azione è *condicio sine qua non* di un evento se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno". La Corte aggiunge che in tanto si può eliminare l'azione ed eliminare o non eliminare l'evento in quanto si conosca in precedenza che da una certa azione scaturisce o non scaturisce un certo evento, conoscenza che può essere dettata immediatamente dall'esperienza e, ove da quest'ultima non dettata, deve poter essere acquisita facendo ricorso non ad individualizzazioni, alla ricerca della causa caso per caso senza riferimento a criteri di generalizzazione, sibbene, in ossequio al principio di stretta legalità o tassatività, facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione sotto leggi scientifiche. "Secondo questo modello, l'individuazione della legge scientifica pertinente e sufficiente per una spiegazione causale dell'evento è, dunque, il presupposto dell'identificazione di una condotta come *condicio sine qua non* dell'evento, il che significa che prima viene in considerazione una legge, come tale costruita su generalizzazioni (comportamenti tipo, situazioni tipo, conseguenze tipo), poi si controlla se il singolo comportamento storico, la singola situazione storica, la singola conseguenza storica, possono essere inseriti nello schema generale previamente ottenuto. In altri termini, secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo a patto che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica, la cosiddetta legge generale di copertura, portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto. Tali leggi generali possono essere sia le leggi universali, che sono in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento, sia le leggi statistiche che si limitano, invece, ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi, con la conseguenza che questi ultimi sono tanto più dotati di validità scientifica quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e di ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili".

È possibile far ricorso a leggi statistiche, poiché il modello di sussunzione sotto leggi utilizzabile in campo penale sottintende il più delle volte, necessariamente, il distacco da una spiegazione causale deduttiva, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti.

Poiché, conclude la Corte, il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto né procedere, quindi, ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, il nesso di condizionamento potrà essere riconosciuto presente con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente, ma non certamente, da escludere l'intervento di un diverso processo causale. Ciò significa che il giudice dirà che è probabile che la condotta dell'agente costituisca, *ceteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento, probabilità che altro non significa che probabilità logica o credibilità razionale, probabilità che deve essere di alto grado nel senso che il giudice dovrà accertare che, senza il comportamento dell'agente, l'evento non si sarebbe verificato, appunto, con alto grado di probabilità.

Un'altra vicenda particolarmente drammatica e complessa relativa alla caduta di un aereo dà luogo ad una articolata presa di posizione sui temi della causalità¹⁰⁴: anche qui la difficoltà delle problematiche causali affrontate suggerisce alla Corte una preliminare presa di posizione su alcune delle più generali questioni relative al rapporto di causalità in diritto penale: il legislatore ha accolto negli artt. 40 e 41 c.p. la teoria della *condicio sine qua non* o dell'equivalenza causale, la quale si risolve nel far pari tutti i fattori dai quali dipende il verificarsi di un evento; il relativo accertamento deve avvenire secondo criteri obiettivi estraibili dall'osservazione empirica e connotabili dei requisiti della generalità e delle ripetitività con alto grado di conferma (leggi universali o leggi statistiche, cioè ricorrenti secondo *l'id quod plerumque accidit*); lo strumento logico per individuare il nesso causale è rappresentato dal giudizio controfattuale mediante eliminazione mentale del fattore dato per condizionante alla luce della massima d'esperienza applicabile al caso. La pronuncia enuncia la possibilità di fare applicazione anche in tema di causalità delle massime d'esperienza, e fornisce al riguardo alcune importanti precisazioni: le generalizzazioni esplicative devono essere conformi all'*id quod plerumque accidit*, tratte dall'esperienza già formata e non da quella che il caso in esame potrebbe suggerire; esse, inoltre, devono avere elevata capacità generalizzante e devono essere, quindi, comunemente accettate; e più gli anelli della catena causale sono distanti tra loro, più rigoroso deve essere l'accertamento e più centrata al caso la regola di sussunzione applicata.

Oltre che per tali puntualizzazioni teoriche, la pronuncia presenta rilevante interesse anche per il fatto che consente di cogliere da vicino ed in concreto il ruolo delle leggi scientifiche e delle massime d'esper-

¹⁰⁴ Cass. 27 maggio 1993, Rech, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2898, n. 1714, con nota di BLAIOTTA, *Il caso ATR 42: causalità, scienza, esperienza nel diritto penale*.

rienza nella ricostruzione del rapporto di causalità. I giudici di merito accertarono che i piloti dell'aereo avevano commesso errori tanto gravi quanto inspiegabili e in particolare avevano omesso del tutto di porsi il fondamentale problema dell'adeguamento della velocità di avanzamento alle condizioni di ghiacciatura. D'altra parte, a carico del progettista del velivolo erano stati riconosciuti due profili di colpa consistenti l'uno nell'eccessiva complessità del doppio regime di velocità minima, legato all'accertamento, non sempre facile, della presenza di ghiaccio sul velivolo, e l'altro nel non aver inviato tempestive informazioni su difficoltà di volo verificatesi in passato in presenza di ghiaccio. Gli stessi giudici attribuirono rilievo causale a tali profili di colpa sulla base di due massime d'esperienza implicitamente poste nell'argomentazione: 1) le istruzioni troppo complicate per la conduzione di macchine complesse producono errori del conducente; 2) la segnalazione di errori di pilotaggio evita la loro ripetizione da parte di altri. La Corte suprema ha posto in luce l'errore logico compiuto dai giudici di merito: non vi era spazio per l'applicazione della prima massima in quanto non vi era un fatto ignoto da inferire alla luce di generalizzazioni. La scatola nera, al contrario, mostrava le connessioni fattuali rilevanti: i piloti si disinteressarono completamente della velocità, non presero in esame né discussero le relative istruzioni ma, semplicemente, le ignorarono. Di fatto, non vi fu alcuna interazione tra le istruzioni sulla velocità minima e la mente dei piloti. Pertanto, ponendo nel giudizio controfattuale istruzioni semplici e univoche, l'evento non sarebbe mutato. Quanto alla seconda massima, la Corte ne ha dimostrato la non pertinenza, poiché gli incidenti verificatisi in precedenza erano dovuti ad omessa attivazione del sistema di sghiacciamento (che, invece, era stato correttamente usato dai piloti dell'ATR) e quindi ad un errore diverso da quello che causò il sinistro.

Il caso esaminato mostra quanto insidioso sia il ricorso ingiustificato a generalizzazioni del senso comune, in modo avulso dalle particolarità del caso concreto. Si tratta di un tema sul quale si tornerà in appresso. Di particolare interesse l'accento alla possibilità di applicare nell'ambito dell'accertamento del nesso causale generalizzazioni esperienziali. Già in passato¹⁰⁵ la Corte Suprema aveva affermato la possibilità di applicare regole d'esperienza, osservando che in diritto penale, attese le finalità di repressione che l'ordinamento persegue, la prova non può essere identificata con quella scientifica e non può essere quindi fondata esclusivamente su regolarità senza eccezioni. In

¹⁰⁵ Cass. 27 aprile 1987, Mancinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 176926; nello stesso senso, Cass. 24 giugno 1986, *ivi*, n. 174512.

molti casi, soprattutto nell'ambito della medicina e della biologia, in assenza di leggi scientifiche, devono considerarsi validi e sufficienti ai fini dell'indagine causale anche i risultati di generalizzazioni del senso comune. Tuttavia né la pronuncia sulla caduta dell'ATR 42 né quelle precedenti hanno analizzato a fondo il tema, tanto delicato da essere letteralmente inesplorato, delle modalità di utilizzazione di tali conoscenze incerte. Il tema è altamente problematico e sarà trattato nel capitolo relativo all'accertamento del nesso causale (cap. VI, § 10).

14. *Le incertezze sulla causalità omissiva e sull'uso del sapere scientifico*

Il tema della causalità, tra sapere scientifico ed esperienziale, certezza e probabilità, causalità condizionalistica ed imputazione per mancata diminuzione del rischio, è stato oggetto di un complesso dibattito in ambito giurisprudenziale quasi esclusivamente nel contesto della responsabilità professionale del medico in relazione ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose. Si darà conto in modo più organico dei complicati profili di tale materia e degli sviluppi giurisprudenziali nel prosieguo della trattazione, a proposito del nesso causale nei reati omissivi e dell'accertamento della causalità (capp. V e VI). Tuttavia, poiché tale giurisprudenza costituisce il cuore del dibattito sulla causalità, pare utile tracciarne qui le linee essenziali quale indispensabile premessa per comprendere la fondamentale sentenza delle Sezioni Unite sulla causalità.

Come è ormai chiaro, il modello condizionalistico di spiegazione causale implica una relazione di logica necessità, dimostrata in termini di certezza, tra condizione ed evento. Ciò comporta che l'omissione dell'azione doverosa ha efficienza causale rispetto all'evento lesivo solo nel caso in cui le cure, se tempestivamente e diligentemente prestate, avrebbero potuto avere un effetto salvifico. Invece, nella giurisprudenza di legittimità, a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, si assiste all'affermarsi ed al consolidarsi di un indirizzo che sostituisce il criterio dell'umana certezza dell'effetto salvifico con quello delle serie ed apprezzabili possibilità di successo dell'intervento richiesto al sanitario. Tale indirizzo è motivato con l'impossibilità di pervenire, nell'ambito della causalità omissiva, ad un giudizio di certezza, a causa della natura ipotetica del relativo giudizio controfattuale; o con la natura della posta in gioco: la vita umana; oppure con la difficoltà e l'insuperabile margine d'incertezza delle indagini causali in ambito medico. Esso non ha mai trovato una motivazione argomentata in modo adeguato alla sua dirimente innovatività rispetto alla tradizione condizionalistica. Soprattutto, non è stata mai riconosciuta la decisa deroga al model-

lo condizionalistico implicata in tale diffusa giurisprudenza.

Contro tale orientamento applicativo la dottrina ha espresso in prevalenza un giudizio critico. Essa ne ha evidenziato soprattutto la caratteristica di porsi su un terreno latamente probabilistico che, in modo inespresso e forse inconsapevole, segna un dato di forte novità e di rottura: l'abbandono del modello condizionalistico d'imputazione causale verso quello, diverso ed inconciliabile, dell'imputazione oggettiva fondata sull'aumento del rischio o meglio sulla sua mancata diminuzione.

Nell'anno 1999 nella giurisprudenza compare, accanto all'indirizzo probabilistico, un orientamento che, invece, riconduce il problema causale, anche nel contesto medico, al modello condizionalistico. Trattandosi di pronunzie tutte inscritte nel contesto della causalità omissiva, esse saranno esaminate in dettaglio nel capitolo V. Qui è sufficiente riassumere le enunciazioni fondamentali. Si è dapprima affermato che il nesso causale non diverge significativamente nell'ambito delle diverse categorie di condotte e si configura quando tra esse e l'evento vi è un legame di connessione necessaria secondo il modello condizionalistico: la condotta, cioè, costituisce *condicio sine qua non* per la produzione del risultato antigiuridico. Si richiede, quindi, che "la condotta comandata, inserendosi nel corso di quella catena causale già attiva – la quale non modificata porterebbe all'evento che il legislatore vuole sia scongiurato ed impedito – sia capace nel concreto, nel caso di specie, di conseguire quel risultato, l'impedimento dell'evento non voluto. Perché se l'azione comandata dovesse invece risultare, sulla base di quel giudizio di prognosi postuma ... incapace di modificare il corso degli eventi, allora il rapporto di causalità non è verificato e ogni altra indagine risulta superflua ai fini del giudizio penale"¹⁰⁶.

Tale enunciazione è stata seguita da altre di analogo tenore. Il problema causale consiste nello stabilire, attraverso la formulazione di un giudizio controfattuale, se la condotta dell'uomo sia oppure no raffigurabile come condizione necessaria dell'evento. Il giudizio controfattuale deve essere compiuto facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione sotto leggi scientifiche, sia universali che statistiche, che si limitano, cioè, ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una percentuale di casi. Il giudice, avvalendosi del modello della sussunzione sotto leggi statistiche dice che è probabile che la condotta dell'agente costituisca, *ceteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento, proba-

¹⁰⁶ Cass. 11 gennaio 1999, Traballi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 125, con nota di BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronunzia di legittimità contro tendenza*.

bilità che altro non significa se non probabilità logica o alto grado di probabilità razionale. Tale probabilità logica si configura quando il giudizio controfattuale può essere compiuto avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento. Una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento. Tale modello di accertamento del nesso causale è valido anche nell'ambito dei reati omissivi impropri, giacché in tale genere di illeciti non si configura alcuna diversità rispetto alla causalità attiva.

Il dibattito di cui si è dato sommariamente conto riguarda propriamente il ragionamento predittivo, controfattuale, che il giudice è chiamato a compiere per accertare se la condotta omessa avrebbe avuto un certo effetto salvifico e quindi un ruolo condizionalistico. Il discorso, tuttavia, si è spesso mischiato in modo non consapevole con quello relativo ad un altro tipo di ragionamento, quello di tipo esplicativo che riguarda la ricostruzione degli accadimenti oggetto del processo e costituisce il primo passaggio di ogni indagine causale. Il ragionamento esplicativo, come si è accennato e sarà più diffusamente esposto nel prosieguo (cap. VI), presenta tratti ben distinti rispetto a quello predittivo, particolarmente per quanto attiene ai modi di utilizzazione del sapere scientifico ed esperienziale: esso consente, infatti, l'utilizzazione di informazioni probabilistiche, anche con un coefficiente per nulla prossimo ad uno. Invece, il distinto ragionamento predittivo che si compie nell'ambito dell'indagine relativa al ruolo salvifico dell'azione omessa, se si attesta la relazione causale in termini condizionalistici, impone di attingere senza approssimazioni lo *standard* della ragionevole certezza. Poiché tale ragionamento è (prevalentemente) deduttivo, occorre disporre di leggi universali o rigorosamente approssimate ad uno che consentano di compiere predizioni, ovvero prognosi certe.

La mancata distinzione tra i due tipi di ragionamento e l'adesione al modello inferenziale nomologico-deduttivo espresso dalla filosofia neopositivista (*amplius*, cap. VI § 5), tutto costruito attorno alla forza esplicativa di leggi universali o statistiche, ha spesso ingenerato confusione. Infatti, in qualche caso la Corte suprema ha affermato, esplicitamente o implicitamente, che anche il ragionamento esplicativo debba essere fondato su leggi universali o dotate di un elevato coefficiente probabilistico. Soprattutto, sono sorti problemi nell'ambito dei giudizi predittivi della causalità omissiva. La Corte aveva espresso ampiamente adesione al modello di spiegazione nomologico-deduttivo¹⁰⁷ anche

¹⁰⁷ Cass. 6 dicembre 1990, Bonetti, cit.; Cass. 29 maggio 1993, Rech, cit.

nella giurisprudenza meno recente. In tali sentenze era accaduto che le enunciazioni teoriche non avevano significative ricadute pratiche, giacché era stata fatta applicazione di leggi ingegneristiche di tipo fisico, dal forte ed indiscusso contenuto generalizzante, che si erano rivelate utili alla comprensione dei casi esaminati, la cui risoluzione non si era incentrata sul punto della affidabilità delle leggi applicate. Dunque, si era in presenza di enunciazioni importanti ma innocue. La materia della responsabilità medica ha invece evidenziato un quadro assai più complicato, poiché in medicina non vi è quasi mai la disponibilità di generalizzazioni universali o dotate di un coefficiente probabilistico determinato rigorosamente ed assolutamente prossimo ad uno, da poter utilizzare con tranquillità in chiave deduttiva. Tale paralizzante situazione ha condotto a flessibilizzare l'indagine prognostica: il giudizio controfattuale della causalità omissiva può essere compiuto avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi con un coefficiente percentualistico vicino a cento.

Tale ultimo approccio è criticabile. Infatti, la probabilità numerica assimilabile alla certezza è solo quella in modo infinitesimale prossima ad uno, il che richiede la costante ripetizione di osservazioni inductive omogenee. Un coefficiente di probabilità statistica del 99% è ancora insufficiente per intraprendere il sillogismo della certezza. Approssimazioni non rigorose implicano l'accettazione dell'errore, come segnalato dagli studiosi di statistica. La mancata percezione di tale delicata questione ha condotto la giurisprudenza a parlare indiscriminatamente, ed in modo non sorvegliato, di leggi statistiche in chiave deduttiva anche in presenza di informazioni quantomai lacunose, per nulla approssimate a cento, basate su osservazioni esigue. Addirittura, si è giunti a ritenere¹⁰⁸ le massime d'esperienza, cioè regole tratte dall'esperienza esistenziale in genere largamente approssimate ed altamente incerte, quali generalizzazioni da applicare deduttivamente, assimilandole alle cosiddette leggi statistiche. Insomma, non proprio la certezza ma qualcosa che solo apparentemente le somiglia, cioè una probabilità meramente statistica, così accettando formalmente la possibilità dell'errore (*amplius*, cap. VI, § 15).

La giurisprudenza era quindi in una situazione d'incertezza e confusione. I delicati problemi relativi alla causalità omissiva ed all'utilizzazione del sapere scientifico ed esperienziale sono infine giunti all'attenzione delle Sezioni Unite. La Corte ha colto il senso e le implicazioni applicative del riferito dibattito giurisprudenziale; ha inteso che il modello nomologico-deduttivo, nella sua configurazione rigorosa, è utopisti-

¹⁰⁸ Sez. IV, 27 maggio 1993, Rech, cit.

co, irrealistico, soprattutto per l'impossibilità di utilizzare generalizzazioni non rigorosamente approssimate alla certezza ed in primo luogo le massime d'esperienza, che costituiscono parte essenziale, ineliminabile, del procedimento che conduce all'accertamento del fatto; ed ha pure colto che l'approccio nomologico-deduttivo per così dire approssimato, di tipo vagamente statistico, espresso da parte della giurisprudenza, conduce inconsapevolmente a risultati inquietanti, che erodono il principio di razionale certezza che è alla base del giudizio di responsabilità.

Occorreva, allora, percorrere una diversa via che consentisse di utilizzare in modo duttile ma rigoroso le generalizzazioni approssimate ed incerte della scienza e dell'esperienza. La Corte ha affrontato il difficile cimento ed ha abbozzato una teoria dell'accertamento del nesso causale in larga misura condivisibile: le generalizzazioni incerte, scientifiche ed esperienziali, non vengono utilizzate deduttivamente, ma costituiscono la chiave interpretativa, in via ipotetica, degli accadimenti. Tale chiave di lettura ipotetica deve confrontarsi con l'evidenza disponibile in ciascun caso concreto: si tratta di verificare se l'ipotesi condensata nella generalizzazione utilizzata sia in accordo con i fatti o se, invece, in essi vi sia un elemento non compatibile che metta in crisi la spiegazione probabile. Si tratta di un mutamento radicale, che avvicina finalmente l'indagine causale allo stile della giurisprudenza.

Naturalmente, la pronunzia delle Sezioni Unite non ha risolto tutti i problemi che accompagnano l'indagine sul fatto. Essa, in particolare, ha lasciato aperti problemi connessi proprio all'accertamento della causalità omissiva. È infatti ancora dubbio come, nell'ambito dell'inferenza predittiva, a struttura eminentemente deduttiva, possano essere superate le incertezze connesse all'uso delle generalizzazioni probabilistiche. Il problema sarà affrontato più ampiamente nel prosieguo (cap. VI, § 15). Qui è giunto il momento di proporre una sintesi dell'importante sentenza.

15. *La sentenza delle Sezioni Unite*¹⁰⁹

La Corte parte dalla constatazione che nell'ambito della scienza giuridica penalistica può dirsi assolutamente dominante l'interpretazione

¹⁰⁹ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50, con nota di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Cass. pen.*, 2002, p. 3643, con nota di BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli; un nuovo inizio per la giurisprudenza*.

che, nella lettura degli artt. 40 e 41 c.p. sul rapporto di causalità e sul concorso di cause, fa leva sulla teoria condizionalistica o dell'equivalenza delle cause. La pronunzia prosegue con una breve enunciazione tra parentesi che riguarda le serie causali sopravvenute di cui all'art. 41, comma 2: la teoria condizionalistica "è temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, specularmente ed in negativo, alla 'causalità umana' quanto alle serie sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento". L'inciso resta sibillino e contraddittorio; e risente della ricorrente confusione tra autonomia logica ed autonomia empirica delle serie causali. La Corte da un lato colloca il senso dell'art. 41, capoverso, nella antoliseiana teoria della causalità umana, che costituisce uno dei modi tradizionali di limitare sul piano normativo dell'imputazione oggettiva il principio di equivalenza delle condizioni logicamente necessarie; e dall'altro, però, parla delle condizioni sopravvenute indicate dall'art. 41, comma 2, come di condizioni autonome ed indipendenti da sole sufficienti a produrre l'evento. Orbene, se tale autonomia evocata dalla Corte s'intende in senso logico, l'enunciato è contraddittorio poiché la causalità umana costituisce una limitazione normativa in situazioni nelle quali la rilevanza condizionante di tutti i fattori considerati è indiscussa. Se invece l'autonomia è intesa in senso storico ed empirico, come un qualcosa che non promana per nulla dalla condotta umana precedente, allora la sintetica enunciazione è vaga ed è ancora contraddittoria quando si afferma che la dottrina della causalità umana ribadisce il principio condizionalistico giacché, come si avrà modo di evidenziare in prosieguo, essa è nata per apportare limitazioni al principio stesso.

Dopo tale non felice parentesi, la sentenza fa il punto sullo stato della dottrina e della giurisprudenza, rammentando che può dirsi assolutamente dominante la teoria condizionalistica o dell'equivalenza causale: per essa, è causa penalmente rilevante la condotta umana, attiva od omissiva, che si pone come condizione necessaria nella catena degli antecedenti che hanno contribuito a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato. La verifica della causalità postula il ricorso al giudizio controfattuale "articolato sul condizionale congiuntivo "se ... allora ..." (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale doppia formula, nel senso che *a*) la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; *b*) la condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato". Peraltro, prosegue la Corte,

vi è pure accordo sul fatto che in tanto può affermarsi che, operata l'eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana, il risultato non si sarebbe verificato o si sarebbe comunque prodotto, in quanto si sappia già da prima che da una determinata condotta discende, o non, un determinato evento. E la spiegazione causale dell'evento verificatosi *hic et nunc* può essere dettata dall'esperienza tratta da attendibili risultati di generalizzazioni del senso comune, ovvero facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione del singolo evento, opportunamente ri-descritto nelle sue modalità tipiche e ripetibili, sotto leggi scientifiche esplicative dei fenomeni che possono essere sia (rare) leggi universali che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia leggi statistiche che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento deriva dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che esse (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di alto grado di credibilità razionale o probabilità logica quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi. Il ricorso al sapere scientifico consente di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità ed indeterminazione, a parametri oggettivi.

Dopo tale preliminare ricognizione, la Corte rammenta che la definizione di causa penalmente rilevante ha trovato coerenti conferme anche nella giurisprudenza più recente che, nell'enunciare la struttura logica della spiegazione causale, ne ha evidenziato la natura di elemento costitutivo della fattispecie di reato e la funzione di criterio di imputazione dell'evento lesivo. Dello schema condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche sono state sottolineate, da un lato la portata tipizzante, in ossequio alle garanzie costituzionali di legalità e tassatività delle fonti di responsabilità penale e di personalità della stessa (artt. 25, comma 2 e 27, comma 1, Cost.) e dall'altro, nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate, la funzione selettiva delle condotte rilevanti e perciò delimitativa dell'area dell'illecito penale. In conclusione, il classico paradigma condizionalistico non solo appare coerente con l'assetto normativo dell'ordinamento positivo, ma rappresenta altresì un momento irrinunciabile di garanzia.

Tale inquadramento serve ad affrontare il tema della causalità nel reato omissivo improprio, di cui viene posta in luce l'autonomia rispetto alla causalità commissiva, dovuta all'innesto della clausola generale di equivalenza causale stabilita dall'art. 40, comma 2, sulle disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi base di reato commissivo

orientate verso la produzione di un evento lesivo, suscettive così di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive.

La causalità omissiva ha una spiccata componente normativa: da un lato l'equivalente normativo della causalità; dall'altro il forte nucleo normativo relativo alla posizione di garanzia; infine, nei reati colposi, gli specifici doveri di diligenza. Tuttavia ciò non giustifica l'erosione del paradigma causale nell'omissione verificatasi nella giurisprudenza di legittimità che, prevalentemente nell'ambito della responsabilità medica, ha ritenuto di poter fondare l'imputazione oggettiva del fatto sulla base della mera possibilità o anche della probabilità salvifica del comportamento doveroso omesso. Tale indirizzo viene esattamente colto come una importante deviazione rispetto al modello condizionalistico, indirizzata verso l'alternativo modello d'imputazione fondato sull'aumento o mancata diminuzione del rischio di lesione del bene protetto o di diminuzione di *chance* di salvezza del medesimo bene. La Corte afferma che anche per i reati omissivi impropri va configurato l'unitario paradigma condizionalistico, giacché lo statuto logico del rapporto di causalità è identico ed è espresso dal condizionale controfattuale: si tratta di verificare se, qualora si fosse tenuta la condotta doverosa e diligente, il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

Posto tale generale inquadramento della causalità omissiva, la Corte osserva che le più recenti incertezze giurisprudenziali hanno riguardato i criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale. Per via di tale centrale problema "Non è messo in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verifica processuale giacché i confini della elevata o alta credibilità razionale del condizionamento necessario non sono definiti dalla legge di copertura". La prassi evidenzia che nell'ambito della responsabilità professionale del sanitario il giudice applica largamente generalizzazioni del senso comune, massime d'esperienza, enunciati di leggi biologiche, chimiche o neurologiche di natura statistica ed anche la più accreditata letteratura scientifica del momento storico. Tale constatazione non legittima l'abbandono della concezione condizionalistica in favore di quella dell'aumento del rischio; ma pone in luce il rilievo decisivo che assume il momento del concreto accertamento del nesso causale nello specifico di ciascuna vicenda processuale e rispetto alla stessa definizione del concetto di causa penalmente rilevante: "la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di cau-

sazione multipla legati al moderno sviluppo delle attività". Il processo penale, passaggio obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare invero sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'abduzione, rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse dipendendo, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse. È chiaro che tale momento produttivo dell'indagine non può essere svolto che in chiave induttiva, cioè focalizzando sui fatti del caso specifico; e la Corte coerentemente accede a tale soluzione, cioè al ruolo preminente dell'inferenza induttiva giacché la opposta pretesa "utopistica" di risolvere la spiegazione causale con strumenti di tipo deterministico e nomologico-deduttivo finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari. La conseguenza è che l'accertamento del nesso causale va compiuto sulla base dell'evidenza disponibile e delle generalizzazioni; ed esso è dimostrato solo quando la condotta dell'agente è condizione necessaria dello specifico evento lesivo sulla base di tradizionali canoni di certezza processuale conducenti, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale o conferma dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare". Un giudizio che, prosegue la Corte, può essere anche espresso in termini di elevata probabilità logica o probabilità confinante con la certezza.

La pronuncia prosegue con alcuni ulteriori, importanti passaggi: il modello nomologico può svolgere il suo ruolo esplicativo tanto meglio quanto più alto è il grado di probabilità di cui l'*explanans* è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo leggi scientifiche universali e statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico prossimo ad uno. Soprattutto in contesti come quello della medicina, è necessario ricorrere anche a leggi statistiche dotate di coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista nonché, in qualche modo, anche a generalizzazioni empiriche del senso comune nonché a rilevazioni epidemiologiche. Occorre in tali ambiti una verifica particolarmente attenta e puntuale della fondatezza delle generalizzazioni e della loro applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che pure in tali situazioni, sulla base di un positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso specifico di altri fattori interagenti in via alter-

nativa, possa giungersi alla dimostrazione del necessario nesso di condizionamento.

Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da (rare) leggi di carattere universale, pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in un numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l'attendibilità in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile.

La pronuncia reca infine un importante passaggio, che deve essere fortemente sottolineato, esplicativo del criterio di credibilità razionale o probabilità logica in precedenza indicato quale cardine del giudizio d'imputazione causale, che segna la definitiva presa di distanza dal modello nomologico-deduttivo: la probabilità logica non riguarda la legge esplicativa utilizzata, bensì i profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile ed alle circostanze del caso concreto; non potendosi dedurre automaticamente e proporzionalmente dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sul nesso di causalità. La probabilità logica, seguendo l'incedere induttivo del ragionamento inferenziali probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sull'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasività dell'accertamento giudiziale. Tale giudizio di probabilità logica che esprime il grado di corroborazione dell'*explanandum*, essendo in questione un comportamento umano e non un evento delle scienze naturali, va espresso non già mediante cristallizzati coefficienti numerici bensì in un giudizio qualitativo. Tale valutazione si esprime in un giudizio di razionale credibilità, di certezza processuale. Si tratta di un procedimento logico non dissimile dalla sequenza del ragionamento dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192, comma 2, c.p.p., dall'art. 191, comma 1, c.p.p. per quanto attiene alla valutazione della prova in generale e dall'art. 546, comma 1, c.p.p. per quanto attiene alla ponderazione delle ipotesi antagoniste. L'oggetto del giudizio di certezza processuale riguarda, conclusivamente, la condotta umana quale condizione necessaria dell'evento. Per contro, il plausibile, ragionevole dubbio, implicando la neutralizzazione dell'ipotesi accusatoria, determina l'esito assolutorio.

La sintesi della sentenza mostra che si tratta di un documento importante, che propone un inquadramento teorico parzialmente nuovo. Segnare queste novità in breve non è facile. In termine assolutamente generici, si possono accennare alcuni aspetti cruciali. Da un lato una chiara presa di posizione sul tema della causalità omissiva, che sarà

oggetto di analisi più ampia nel cap. V. Dall'altro la complessa elaborazione in tema di accertamento del nesso causale. Qui la Corte segna l'abbandono del modello nomologico-deduttivo che viene ritenuto utopistico ed inidoneo a governare il processo di accertamento del fatto nel composito scenario che caratterizza il processo penale; ed accenna un modello di tipo ipotetico, congetturale, che integra abduzione ed induzione, cioè un'ipotesi ricostruttiva (l'abduzione) e la copiosa caratterizzazione del fatto storico nel suo concreto verificarsi (l'induzione) nella prospettiva di pervenire ad una ricostruzione corroborata del fatto. Si tratta di un tema complesso che lascia aperti alcuni interrogativi sul metodo dei giudizi predittivi della causalità omissiva e richiede la messa a fuoco su alcune parole chiave non tutte vicine all'elaborazione teorica del giurista: il sapere scientifico ed esperienziale, lo schema ipotetico, l'abduzione e l'induzione, la probabilità logica. Tale scenario sarà approfondito nel cap. VI, dedicato all'accertamento del nesso causale.

CAPITOLO III

VERSO LA CAUSALITÀ GIURIDICA:
UN'INDAGINE RETROSPETTIVA

SOMMARIO: 1. Verso la causalità giuridica. – 2. Esame di una critica distruttiva. – 3. I lavori preparatori del Codice Rocco. – 4. Lo stato dell'arte sulla causalità in un saggio di Carrara. – 5. La fattispecie di omicidio concausale: il ferimento susseguito da morte nell'analisi di Puccioni. – 6. Il Codice per il Regno delle Due Sicilie. – 7. I codici Sardo-piemontesi. – 8. Il Codice penale pel Granducato di Toscana. – 9. Conclusioni sulla legislazione preunitaria. – 10. Il Codice Zanardelli. – 11. La teorica della causalità concausale: Impallomeni e Brusa. – 12. Tentativi di classificare le cause: Stoppato e la causa efficiente. – 13. La teoria abolizionista delle concause: Alimena e Antolisei.

1. *Verso la causalità giuridica*

Il capitolo precedente è stato dedicato alla causalità logico-naturalistica ma, nel commentare l'art. 41, capoverso, si è cercato di abbozzare una dimostrazione della necessità di elaborare una teoria della causalità che sia ispirata dalle esigenze del diritto. Si tratta di evitare che il dato meramente logico costituito dalla obiettiva valenza della condizione quale fattore necessario ai fini della spiegazione dell'evento determini, in alcuni casi, l'imputazione del fatto all'autore anche in situazioni in cui esso non appare umanamente ascrivibile. Ma, in una prospettiva più ampia, occorre pure costruire una teoria che, in modo chiaro, consenta di compiere, già sul piano dell'imputazione oggettiva, una selezione delle condotte che possano condurre all'attribuzione di paternità dell'evento illecito. L'idea che ispira questo lavoro è che la vocazione prima del diritto penale è quella di elaborare categorie concettuale in grado di distinguere, limitare, separare le sfere di responsabilità, al fine di giungere infine ad esprimere, lungo un itinerario indicato da segni chiaramente visibili, un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito. L'esigenza di delimitazione delle sfere di responsabilità già sul piano dell'illiceità obiettiva è tanto forte ed articolata, tanto potentemente connessa all'essere stesso del diritto penale

quale scienza del giudizio di responsabilità, che si è fatta strada nella giurisprudenza, sia pure attraverso l'incerto sentiero tracciato dall'art. 41, capoverso, c.p., come si spera di mostrare più avanti. Occorre allora tentare di dare un contributo alla chiarificazione della dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento.

L'itinerario che ne emerge è decisamente complesso. Esso muoverà dal dato normativo e particolarmente dall'art. 41, capoverso, c.p. che delle esigenze del diritto costituisce l'espressione più diretta. La necessità di arginare l'indiscriminata forza espansiva dell'imputazione del fatto determinata dal condizionalismo era ben presente nel dibattito che precedette la codificazione, sebbene in modo un po' confuso. Essa determinò l'introduzione della controversa norma. Si tenterà quindi, in primo luogo, di proporre una sintesi dei più significativi argomenti che furono dibattuti in quel contesto.

Peraltro il dibattito che precedette la codificazione condensava più di un secolo di discussioni sulla causalità; sicché, per meglio comprendere il senso delle cose, sarà pure tentata una sommaria sintesi di alcuni degli spunti più interessanti che, a proposito della causalità, si svilupparono a partire dagli inizi del diciannovesimo secolo. Non un'indagine storica, naturalmente; ma solo un accenno dichiaratamente incompleto, che serva per cogliere lo sviluppo e le connessioni di temi di cui si è persa la traccia e che, tuttavia, hanno avuto in alcuni casi un peso non proprio trascurabile nell'evoluzione del pensiero sulla causalità giuridica. La speranza è che ciò serva ad avere una visione più completa e profonda dei temi che si agitano nel presente.

Farà seguito l'esposizione delle più accreditate teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento (cap. IV, sez. I), che hanno tentato di costruire un modello generalizzante per la causalità giuridica: la causalità adeguata, la causalità umana e soprattutto la teoria del rischio (cap. IV, sez. II), che pare costituisca il tentativo più affinato e ricco di spunti utili per la tematizzazione di ciò che attiene al problema della responsabilità per fatto proprio.

Infine, alla luce delle indicate matrici teoriche, si tenterà una lettura critica della giurisprudenza di legittimità che ha fatto applicazione dell'art. 41, capoverso (cap. IV, sez. III), individuando situazioni che, per ripetere il linguaggio tradizionale, interrompono il nesso causale. Tale analisi sarà la base per tentare di definire le concrete esigenze di giustizia che attendono di essere governate attraverso una ben ponderata dottrina dell'illiceità obiettiva; e per cogliere, infine, le coordinate essenziali della materia che potrebbero condensarsi in una formula legale: solo un esercizio di stile, con la finalità di mettere alla prova la possibilità di ridurre ad un definito nucleo essenziale il nugolo di teorie, idee, casi che le teorie dell'imputazione oggettiva e particolarmente

te quella del rischio hanno prodotto nel corso del travagliato, incompiuto processo di elaborazione.

Prima di proceder lungo tale itinerario occorre però chiedersi se il complesso progetto teorico di costruzione della dimensione giuridica della causalità sia davvero necessario; o sia invece sufficiente correggere gli effetti indesiderati della causalità condizionalistica utilizzando gli strumenti concettuali propri dell'elemento soggettivo del reato.

2. *Esame di una critica distruttiva*

I tentativi compiuti dalla dottrina italiana per conseguire sul piano soggettivo l'effetto limitativo di cui si parla sono diversi ed autorevoli. In qualche caso la critica ha investito con forza, in radice, la stessa utilità della dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento. Di tali censure occorre quindi preliminarmente dar conto.

Negli esempi già ripetutamente proposti del ferito che muore in ambulanza o in ospedale si è ritenuto che l'imputazione dell'evento mortale possa essere esclusa sotto il profilo subiettivo: non si configura, infatti, il "dolo di consumazione" ogni qual volta venga meno in concreto un diretto rapporto di natura colposa, ossia di prevedibilità-evitabilità con l'evento di fatto verificatosi: il feritore risponde solo di omicidio tentato, non potendogli attribuire a titolo di colpa l'iter di verifica in concreto dell'evento. Presupponendo sempre il dolo la sussistenza di una colpa in senso lato, egli non può essere imputato a titolo di consumazione. Per le stesse ragioni si risponde solo di lesioni colpose quando la morte sopravviene a seguito di lesioni colpose non mortali, essendo la responsabilità della morte esclusa sotto il profilo della prevedibilità-evitabilità dell'evento¹.

Tale prospettazione si presenta non priva di qualche plausibilità nell'ambito dei reati colposi. Essa, riportando il problema dell'imputazione alla sfera soggettiva del reato, conduce senza dubbio ad una semplificazione del problema, visto che non ci si muove più sul terreno dell'imputazione oggettiva, della causalità, del fatto, ove impera un'istanza di oggettività espressa dalla relazione di necessità sottesa alla causalità, che ostacola soluzioni sfumate. Infatti, essendosi nell'ambito della colpa, il giudizio sulla prevedibilità ed evitabilità può essere espresso con una qualche misura di elasticità, secondo le particolarità del caso concreto.

Viceversa, la trasposizione dell'indicato problema nella sfera sog-

¹ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 890.

gettiva risulta assai più difficile nell'ambito dei reati dolosi: qui, infatti, secondo la tradizione, l'imputazione soggettiva non implica un apprezzamento sulla prevedibilità-evitabilità dell'evento. Di differente opinione, al riguardo, la dottrina che delinea una figura ampia di colpa, presente non solo nella colpa ma anche nel dolo e rispetto ad essi preliminare. Tale punto di vista viene sintetizzata con la formula: "non c'è dolo senza colpa".

Si sostiene, in sintesi, che non si configura la realizzazione dolosa di un fatto se non siano già presenti, in ipotetica assenza del dolo, rispetto allo stesso fatto, gli estremi logici della colpa, essendovi nell'ordinamento penale una relazione scalare tra dolo e colpa, nel senso appunto che non c'è dolo senza colpa. Tale assunto sta semplicemente a significare l'ovvio dato di fatto che non ci può essere previsione e volizione dolosa di un evento se, preliminarmente, questo non si presenti già come prevedibile ed evitabile con la semplice osservanza di cautele. In tale dottrina la colpa in senso lato rappresenta, sul piano psicologico, il denominatore che accomuna il fenomeno doloso e quello colposo e fa capo all'atteggiamento antisociale dell'agente. Su questa base i due fenomeni si bipartiscono strutturalmente, ma vi è in essi una matrice comune costituita da un deficit di controllo da parte dell'Io, che costituisce il substrato psicologico del fenomeno normativo unitario della colpa².

La tesi è stata sostenuta con particolare vivacità e collocata nella sua radice teorica. In uno dei più risoluti interventi nella materia è stata sottoposta a critica radicale la stessa dottrina dell'aumento del rischio, "banale e frivola moda" che si limita a chiamare con un diverso nome (imputazione oggettiva dell'evento) ciò che è solo una "risaputa parte" del nesso tra colpa ed evento, così generando una duplicazione concettuale che affonda le radici proprio in una peculiarità della dottrina penalistica tedesca: l'antica incomprendimento del nesso tra colpa ed evento, frutto a sua volta di una "grossolana" dottrina della colpa³.

Si è quindi proposto di collocare il problema, secondo tradizione, nell'ambito della teoria della colpa e, particolarmente, della connessione tra colpa ed evento. Si è osservato che ciò che postula la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (la rilevanza dell'evento se ed in quanto realizzazione del pericolo che la norma giuridica violata mirava a prevenire) è nient'altro che il primo legame tra evento e colpa no-

² MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 889 ss.

³ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, pp. 8 s., 20 ss.

to da tempo alla dogmatica italiana della colpa che fedelmente rispecchia la legge: la riconduzione dell'evento alle norme di diligenza e quindi a ciò che in primo luogo prevedono quelle norme: prevenire il realizzarsi degli eventi che rappresentano il temuto sviluppo di determinate classi di pericolo. Dalla descrizione della classe di pericolo da contrastare dipende la descrizione delle classi di eventi che ne rappresentano la paventata realizzazione. Si tratta di una comparazione agevole in taluni casi nei quali i pericoli tipici vengono esplicitati nelle norme di diligenza o nei quali le classi di pericoli si lasciano ricavare dalla *ratio* delle stesse norme di diligenza; e meno agevole in altri casi, nei quali classi di pericoli e norme di diligenza vanno ricavate con il criterio euristico dell'agente modello. Agevoli o non agevoli che siano, si tratterà comunque di comparazioni tra pericolo ed evento il cui peso dogmatico può essere sopportato solo dalla teoria della colpa, trattandosi di apporre un primo limite all'area degli eventi colposi, invariabilmente con il metro della stessa norma di diligenza la cui violazione nel diritto italiano fonda e limita la responsabilità colposa. La piena corrispondenza tra ciò che fonda e ciò che limita la responsabilità per colpa comporta un secondo legame dell'evento con la colpa e quindi un secondo limite all'area della responsabilità colposa, dovendo l'evento essere ricondotto all'intera norma di diligenza violata: non solo al pericolo del quale deve essere la realizzazione, ma anche all'agire che doveva essere tralasciato o compiuto per prevenire quell'indesiderata realizzazione. Se sia necessario accertare la prevenibilità dell'evento o sia sufficiente l'aumento del rischio può deciderlo solo la dogmatica della colpa, trattandosi d'individuare il secondo connotato che circoscrive l'area degli eventi ascrivibili a colpa. Al riguardo l'Autore, partendo dal reciso rifiuto della dottrina del rischio consentito, osserva che se la regola di diligenza lo consente, il nesso tra colpa ed evento è escluso quando si accerti che l'evento si sarebbe verificato ugualmente anche in caso di condotta diligente; e che vi è nella colpa un criterio decisivo costituito dalla certezza dell'efficacia preventiva dei mezzi usati, certezza intesa non come sicurezza assoluta, ma come credibilità razionale di ciò che poggia su un calcolo ben fondato sulla natura e sull'esperienza delle cose⁴.

Nello stesso ordine di idee si è sottolineato che affermare che la violazione della diligenza è elemento caratteristico della colpa non significa anche che un tale requisito sia assente o non svolga alcun ruolo dogmatico nell'ambito del delitto doloso. Questo si differenzia dal de-

⁴ MARINUCCI, *Non c'è dolo*, cit., p. 18 ss. Nello stesso senso, VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, 2000, p. 222 s.

litto colposo per il rapporto interiore, effettivo, e non puramente normativo, dell'agente rispetto alla causalità della propria azione per l'evento. La circostanza che l'agente abbia coscientemente avuto di mira l'evento finisce per mascherare la rilevanza del requisito della violazione della diligenza, ma non la annulla⁵.

Dall'adesione alla dottrina che individua sia nel dolo che nella colpa la violazione di una regola di diligenza, si è tratta la radicale conclusione che le sole condotte causali suscettibili di rilievo penalistico sono quelle implicanti il mancato rispetto di tale regola di diligenza: le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli artt. 40 e 43 c.p., l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare, non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, dunque, coincidono. La condotta causalmente significativa deve rappresentare, in qualsiasi illecito penale, la violazione di una regola di diligenza: per potersi parlare di condizione necessaria, va escluso che l'evento potesse comunque determinarsi, a parità di condizioni, pure nel caso in cui la regola suddetta non fosse stata trasgredita⁶.

Tale indirizzo non è a sua volta andato immune da critiche: si è per-spicuamente osservato che se è vero che dolo e colpa devono avere in comune la creazione di un rischio non consentito, ovvero la violazione di una regola di diligenza, ciò riguarda non già il dolo e la colpa ma più propriamente lo stesso fatto umano potenzialmente rilevante per il diritto penale. Nei casi del temporale o dello zio ricco la condotta non crea alcun rischio riprovato per un bene tutelato dall'ordinamento e si presenta quindi sul terreno penale del tutto irrilevante. D'altra parte, la colpa cui fa riferimento la dottrina in questione è solo in realtà il requisito iniziale della stessa: essa abbisogna, oltre che della violazione della regola di diligenza, anche di un riferimento al potere individuale misurato sulle capacità proprie del singolo agente. Intendendo così la colpa comprensiva della sua dimensione soggettivo personale, la sola capace di restituirle davvero corposità e senso sul piano della colpevolezza, rispetto ad essa il dolo è totalmente altro: "il dato comune del pericolo riprovato si stempera, meglio si perde, nelle direzioni irriducibilmente contrapposte della volizione e della non volizione"⁷.

Nello stesso senso si è pure osservato che è criticabile il pensiero secondo il quale non c'è dolo senza colpa, perché se non si vuole privare

⁵ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 386.

⁶ EUSEBI, *Appunti*, cit., p. 1061.

⁷ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 339 ss.

la definizione della colpa dei connotati di trascuratezza, disattenzione, superficialità, incompetenza che di volta in volta ne segnano la struttura anche al livello della tipicità, se in altri termini non si vuole appiattare la colpa su una accezione oggettivistica e tutta esteriore, occorre piuttosto distinguere tra colpa e rischio, individuando in quest'ultimo il denominatore comune tra la realizzazione dolosa e quella colposa dello stesso evento⁸. Vi è inoltre una differenza strutturale fra dolo e colpa: nel dolo vi è organizzazione finalistica della causalità e dominio sul fatto, nella colpa vi è invece la mancata o perduta organizzazione della causalità. Ciò implica che la ricostruzione *ex post* della tipicità della condotta inizia da due momenti diversi: l'ultimo atto su cui insiste il dominio sul fatto nel dolo (approssimativamente dove c'è fase tentata precedente: la condotta idonea e univocamente diretta all'evento) e il primo atto della già avvenuta perdita del controllo della causalità nella colpa⁹.

Nell'ambito di altra dottrina tutta tesa a valorizzare già sul piano dell'imputazione oggettiva la distinzione tra il dolo e la colpa, si è argomentato che, pur di mantener ferma la vecchia dottrina, si è sostenuto che non possa darsi colpevolezza dolosa senza colpevolezza colposa, di guisa che l'importanza della teoria dell'imputazione obiettiva per i fatti dolosi sarebbe solo apparente in quanto costituirebbe solo un effetto riflesso di una responsabilità per colpa. In conseguenza, non solo la prevedibilità del risultato ma anche la violazione delle regole cautelari diventerebbero requisiti indispensabili del reato doloso: ma è difficile dare una risposta su quale sia la regola cautelare violata da chi sfilta il portafoglio dalla borsetta aperta di una signora. Ed inoltre, non esiste prova alcuna che un fatto possa essere commesso con dolo solo quando, in assenza di dolo, sarebbero presenti gli estremi della colpa. Troppo debole è l'unico argomento addotto in favore di questa tesi: la maggiore gravità del fatto doloso rispetto a quello colposo. È facile rispondere che questa maggiore gravità si lega alla diversa struttura dei contrassegni soggettivi alternativamente richiesti nei due tipi di reato¹⁰.

Tale ultimo eloquente argomento rende particolarmente evidente che tematizzare il dolo in termini di colpa costituisce uno sforzo teorico estremamente arduo e francamente un po' artificioso, che ben difficilmente può costituire una guida semplice e chiara per risolvere sul

⁸ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 399.

⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 399.

¹⁰ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 795 ss.

piano applicativo i casi non frequenti ma neppure rarissimi di sviluppo anomalo del processo causale che si presentano nella prassi.

Questa conclusione incoraggia a proseguire l'indagine lungo l'itinerario indicato, con alcune precisazioni. È ben vero che nei casi critici la sensibilità del giudice ed il governo sapiente e magari audace degli strumenti dogmatici può favorire una soluzione del caso aderente al senso di giustizia, quando si tratta di esprimere un giudizio sulla responsabilità di per sé carico di valore. Tuttavia il diritto penale non può limitarsi a confidare in soluzioni estemporaneamente accettabili, ma deve tentare di costruire categorie concettuali atte ad apprestare istituzionalmente una chiave di lettura del fatto ispirata dal principio di responsabilità per il fatto proprio. Il fatto è che, come è stato sottolineato di recente, il piano dell'imputazione oggettiva ha una propria, definita identità. Occorre tenere distinti i piani della responsabilità per fatto proprio e per fatto proprio colpevole. Vi sono ragioni per non imputare un rischio o un evento che non dipendono dalla colposità o dolo della condotta. Anche quando dolo o colpa vi sono, l'ascrizione di certi rischi può condurre a ledere il principio di responsabilità per fatto proprio: dolo e colpa possono non essere adeguatamente connessi con l'evento prodotto. Serve un criterio per verificare tale connessione anche in un sistema nel quale vige il principio di colpevolezza. Una soluzione immediatamente soggettiva dimentica alcuni passaggi dell'accertamento, che devono verificare analiticamente i profili oggettivi normativi e infine quelli soggettivi del fatto¹¹.

3. I lavori preparatori del Codice Rocco

Come accennato all'inizio, l'itinerario indicato parte dal Codice Rocco. Sebbene sia tradizionalmente segnalata la confusione terminologica e concettuale che caratterizzò la discussione sulla disciplina della causalità nel corso dei lavori preparatori, l'esame dei diversi documenti presenta in realtà notevole interesse. Esso da una parte consente di comprendere, sia pure con qualche approssimazione, quale era la visione posta alla base delle originali scelte normative; e dall'altro, soprattutto, colloca tali scelte all'interno di un risalente dibattito in buona parte dimenticato: risalire alle origini aiuta a comprendere.

Il progetto preliminare del Codice presentava agli artt. 44 e 45 una disciplina della causalità corrispondente a quella di cui agli artt. 40 e

¹¹ DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, 2010, *passim*.

41 del testo definitivo, tranne che per una lieve variante stilistica al capoverso dell'art. 45 (ora 41). Le ragioni ispiratrici del testo normativo sono nitidamente espresse nella relazione introduttiva di Appiani, Presidente della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare. Si parte dalla constatazione della mancanza, nel Codice Zanardelli, di una sistemazione dell'importantissima materia e delle innumerevoli dispute che ne discendono in dottrina ed in giurisprudenza. Ne deriva – si afferma – la necessità di una disciplina che tenga conto della dimensione giuridica del problema causale: occorre definire i requisiti della causalità, poiché ogni fenomeno va ricollegato non ad uno ma ad un fascio di antecedenti e di qui sorge il bisogno di fissare il valore causale di ciascuno di essi, per determinare quale sia rilevante e quale indifferente nella produzione dell'evento.

Secondo il relatore il progetto accetta il criterio dell'adeguatezza della causa all'evento, senza pretendere che la causa abbia altri requisiti o qualificazioni: efficiente, *condicio sine qua non*, determinante e così via. Tale criterio “si riduce ad una verifica sperimentale in base all'*id quod plerumque accidit*, per accertare, col sussidio di tutti gli elementi della conoscenza, se ad un dato antecedente segua di regola un dato conseguente. Quando v'è ragione di ritenere costante questo rapporto, può senz'altro affermarsi esistente, tra il fatto e l'evento, la relazione causale”.

In realtà, come emergerà anche dal seguito, l'idea che il Codice si ispiri alla teoria dell'adeguatezza non può dirsi fondata. Del resto, il seguito della relazione sembra ispirarsi, di fatto, al principio dell'equivalenza causale propria del condizionalismo. Si afferma, infatti, che la disciplina è volta a superare le teorie ottocentesche, che vanamente tentavano una classificazione qualitativa delle condizioni: “Tutte le questioni che si fanno sulla distinzione e valore delle cause prossime o remote, mediate o immediate, cadono col disposto dell'art. 44 che riconosce la persistenza del valore causale di un elemento, non solo quando già preesistevano altre cause, ma anche quando sorgono ed intervengono, nella produzione del reato, cause successive”.

Quanto al controverso tema delle concause, la relazione illustra la portata del capoverso dell'art. 45 (ora art. 41) ispirandosi alla dottrina che agli inizi del secolo aveva introdotto il concetto di interruzione del nesso causale: “la causa successiva conferisce una soluzione di continuità nel processo causale, solo quando sia da sola sufficiente alla determinazione dell'evento. Tale sufficienza va senz'altro ritenuta e dichiarata alla stregua del giudizio di adeguazione tra causa ed effetti”.

Manca la consapevolezza razionale (comune alla dottrina dell'epoca) che il giudizio di adeguazione costituisce un passaggio ulteriore rispetto alla verifica preliminare in ordine alla rilevanza condizionalisti-

ca della condotta umana, imposta dall'art. 44 (ora artt. 40 e 41, comma 1). Tuttavia, la portata pratica della disciplina è chiaramente intesa e spiegata: "... se venga prodotta una lesione e questa si aggravi perché non curata bene – fatto indipendente dall'azione del colpevole – il valore causale dell'atto produttivo della lesione non è escluso per il sovrappiungere della causa estranea, perché tra le possibilità del decorso delle conseguenze di una lesione può ipotizzarsi l'aggravamento per difetto di cura e, d'altra parte, questa non sarebbe immaginabile senza l'iniziale lesione".

Appare quindi chiara la volontà di abbandonare la disciplina delle concause espressa nei codici preunitari e penetrata pure nel Codice Zanardelli nell'ambito del reato di omicidio. Tale normativa era volta solo a mitigare sul piano sanzionatorio la rilevanza di condotte umane che, pur avendo un indubbio ruolo condizionalistico, avevano condotto all'evento letale per affetto "cooperante" di altre rilevanti condizioni. Anche sul punto la scelta normativa segue le linee espresse dalla dottrina degli inizi del secolo. Viene chiarito con un esempio classico quanto cruciale che la rilevanza delle concause è limitata alle situazioni nelle quali la condizione sopravvenuta ha avuto un peso assolutamente sovrastante, relegando la condotta umana ad un ruolo marginale, occasionale; e determinando la metaforica interruzione dell'andamento del processo causale: "Se per converso un individuo venga ricoverato in ospedale e questo sia distrutto dall'incendio che porti a morte i ricoverati, l'evento letale non può mettersi a carico del colpevole della lesione, per difetto di adeguazione tra la causa e l'evento, esulando ogni rapporto tra l'antecedente della lesione ed il conseguente dell'incendio del luogo di ricovero, che produsse la morte. La lesione, in questo caso, fu solo il fatto in occasione del quale si verificò l'evento, non la causa di questo".

Il concetto di occasione serve egregiamente a chiarire la dimensione squisitamente giuridica entro cui si colloca la nuova disciplina delle concause: "La causa ha nell'occasione semplicemente una coincidenza più o meno favorevole di adattamento o di impulsione. L'occasione, insomma, è estranea al processo causale vero e proprio e rientra nel novero dei numerosi elementi temporali, spaziali, strumentali, fisici o volontari, tra i quali e con i quali l'evento si produce, ma che non sono la causa di questo".

Infine, la relazione introduttiva chiarisce un aspetto del tema che aveva in precedenza dato luogo a molte, confuse dispute attorno al concetto di causa indipendente. Viene infatti enunciato con forza che l'indipendenza o interdipendenza delle condizioni è irrilevante al fine di ammettere o escludere la rilevanza causale di una condizione. Si sottolinea, infatti, che l'art. 44 "regola il concorso di cause indipenden-

ti ed anche di cause interdipendenti, come chiaramente si apprende dal tenore della norma: il concorso di cause preesistenti o sopravvenute, anche se indipendenti”.

Tale complessiva impostazione fu oggetto di serrata discussione critica in seno alla Commissione ministeriale. Pare particolarmente interessante dar conto di alcuni cruciali e trascurati passaggi, che si muovono nel solco delle discussioni che si erano svolte in precedenza in dottrina ed illustrano con efficacia le scelte teoriche che muovevano il codificatore.

Ferri, in particolare, osservò che la disciplina della causalità era di carattere più teorico che normativo, possibile fonte di “dubbi, sofisticazioni, sofismi”, con il pericolo di condurre il giudice oltre il terreno del buon senso giuridico. Non gli pareva quindi opportuna una disciplina della materia nella parte generale; e propose di disciplinare le concause nell’ambito dell’omicidio. Il capoverso dell’art. 44 gli appariva in particolare “un vero semenzaio di discussioni forensi che potrebbero finire coll’andare al di là del pensiero del legislatore”. Nel caso che si volesse affrontare comunque la materia, propose di ammettere la rilevanza interruttiva solo delle condizioni sopravvenute dolose e colpose di terzi, e non di quelle colpose della vittima.

Longhi, al contrario, manifestò consenso al progetto normativo osservando che è compito del legislatore di risolvere le questioni che la pratica quotidiana deve affrontare; osservò che la concezione condizionalistica è più filosofica che pratica e comunque contraria alla tradizione italiana; notò che la disciplina delle concause di cui all’art. 360 del Codice Zanardelli “valuta le concause con un senso di maggiore finezza giuridica” in chiave di attenuazione della responsabilità dell’evento. Il Codice del 1889 tuttavia – osservò – non ha tenuto conto del “fortuito del tutto indipendente” e lo ha confuso con le cause che minorano e non escludono; mentre “vi sono cause che interrompono la serie delle precedenti; cause nuove, come nel caso del ferito che muore in uno scontro automobilistico frattanto che è portato in ospedale. Qui si verifica una causa indipendente dalle precedenti, che non si può porre a carico di chi ha prodotto queste ultime”. Egli propose quindi che la formula originaria fosse sostituita con “Le cause sopravvenute e indipendenti dal fatto del colpevole escludono il rapporto di causalità”; e che venisse conservata la disciplina delle concause diminuenti espressa dall’art. 368 del Codice Zanardelli.

A tale ultimo proposito Massari manifestò adesione alla scelta di abolire la diminuzione delle concause prevista dal Codice Zanardelli. Osservò che non vi è Codice alcuno che preveda tale diminuzione; e che essa conduce al risultato assurdo che ai reati più gravi, quelli dolosi o preterintenzionali, si dà un beneficio che non si dà a quelli colposi.

Convenne pure sulla disciplina del capoverso dell'art. 45, ritenendo che esso si riferisse alla pluralità di cause indipendenti, come nel caso del ferito che muore durante il trasporto a causa di un incidente: in tale caso "abbiamo due cause di serie diverse ... le cause sono indipendenti e le responsabilità sono indipendenti".

La discussione fu dominata da Arturo Rocco. Egli sostenne con forza la necessità di una disciplina generale della causalità; evocò le difficoltà e le contraddizioni insorte nella prassi e nella dottrina ed affermò senza mezzi termini che "addossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi alla dottrina e alla giurisprudenza è, da parte del legislatore, una vigliaccheria intellettuale". L'art. 44 – affermò – stabilisce che le concause non tolgono il rapporto di causalità fra l'azione e l'evento. Anche la disciplina dell'art. 367 del Codice del 1889 prevede solo una diminuzione in considerazione "di quella quota di causalità che è dovuta alle concause". Ma la soluzione, dal punto di vista di principio, è che la responsabilità rimane, poiché l'agente ha posto in essere una delle condizioni dell'evento. La nuova disciplina affronta il problema del concorso delle cause in senso diverso e più ampio rispetto agli artt. 367 e 368, che per concause intendono solo le condizioni patologiche preesistenti e quelle sopravvenute. Le cause sopravvenute cui si fa riferimento nella nuova disciplina possono essere le più diverse: "cause fortuite, dipendenti da forze della natura, e quindi non umane, incoscienti, non intelligenti; cause umane, intelligenti, volontarie, dipendenti da azioni umane, poco importa se colpose o dolose, lecite od illecite, perché quel che guardiamo qui è la capacità causale, dal punto di vista della causalità materiale, dell'azione umana e non importa vedere se questa sia volontaria o meno, dolosa o meno, perché per la causalità materiale ciò è irrilevante, in quanto si guarda l'azione umana dal solo punto di vista meccanico o fisico". Si tratta allora di stabilire, quando vi siano più condizioni, a quale di esse si debba fare risalire l'effetto. Si è distinto tra causa, condizione e occasione. L'occasione non è una causa, non ha nulla a che vedere col rapporto di causalità. D'altra parte la distinzione tra cause e condizioni è infondata: "efficiente vuol dire causante; dunque come si fa a dire che c'è una causa causante e una causa non causante? Come si fa a dire che non sono cause tutte le condizioni dal momento che anch'esse contribuiscono a produrre il fenomeno e cioè hanno un'efficienza causale?".

La verità, prosegue Rocco, è che "queste distinzioni sono impossibili ed il legislatore deve dire che quando uno, con la sua azione, ha posto in essere una condizione dell'evento, c'è il rapporto di causalità tra l'azione e l'evento, anche se con questa concorrono altre condizioni, perché le condizioni che contribuiscono a produrre un evento sono tutte necessarie egualmente a produrlo ... E d'altra parte non una sola, ma

tutte insieme sono sufficienti a produrre l'evento. Questo dice la prima parte dell'articolo". ... "Se la causa sopravvenuta e indipendente è non solo necessaria, ma sufficiente a produrre l'evento, vuol dire che l'altra, cioè l'azione umana preesistente non ha valore causale, che non c'è rapporto di causalità tra l'azione e l'evento, in quanto l'azione per sé non è necessaria e tanto meno sufficiente a produrre l'evento e perciò si deve parlare propriamente d'esclusione e non già d'interruzione del rapporto di causalità. Dire infatti interruzione del rapporto è un errore; non esiste una interruzione del rapporto, non c'è un processo di causalità. Se Tizio ferisce Caio e questi è portato all'ospedale, e succede un incendio per cui tutti i degenti periscono, si può dire che fra la lesione e la morte del ferito c'è rapporto di causalità? Dice il Commissario Ferri: se non fosse stato ferito non si sarebbe trovato in ospedale; ma la verità è che non vi è nesso di causalità tra la ferita e la morte in seguito all'incendio, perché c'è invece un rapporto di causalità fra l'incendio e la morte".

Rocco, infine, manifestò anch'egli contrarietà alla conservazione della disciplina diminvente delle concause "perché chi parte da un concetto di causalità naturale, non è possibile che ammetta che questa causalità si possa frazionare in quote, in modo che una quota sia dovuta all'azione del colpevole, ed un'altra alle cause preesistenti o sopravvenute".

È chiaro che il concetto di causa propugnato da Rocco ha una forte coloritura giuridica, di valore. Il ragionamento è lineare e condotto con forza alle sue conseguenze. Traspare – tuttavia – un errore cui si è già fatto cenno e che caratterizza tutta la discussione sulla causalità svoltasi in quell'epoca: si trascura, infatti, che nei casi di esclusione o di interruzione del nesso causale per effetto della condizione sopravvenuta, la condizione umana preesistente non è proprio un nulla, ma appunto una condizione, cioè un antecedente logicamente ineliminabile. E tale piano logico, *id est* squisitamente condizionalistico, non è per nulla estraneo alla disciplina legale, visto che è proposto negli artt. 40 e 41, che enunciano la (logica) equivalenza di tutte le condizioni. Per questo non appare del tutto esatta l'affermazione che l'occasione non ha nulla a che fare con la causalità. Tale errore contrassegnerà anche la relazione del Guardasigilli al progetto e sarà fonte di non poche incertezze, giunte sino a noi.

A parte ciò appare chiaro, nel pensiero dei codificatori, che la condizione sopravvenuta che interrompe il nesso causale è un fattore causale che ha un peso talmente preponderante che la precedente condotta umana costituisce nulla più che una insignificante occasione, priva di peso dal punto di vista dell'ordinamento penale.

Un altro dato di grande rilievo, che traspare dalla discussione e so-

prattutto dagli interventi di Longhi e Rocco, è che la nuova disciplina in tema di concause ha una portata generale ed abbandona, sconfessandola, la dottrina della causalità per quote presente nei codici preunitari e nel Codice Zanardelli. Tale considerazione proietta la scelta normativa in una dimensione storica caratterizzata da incertezze applicative e dispute teoriche. In realtà, la nuova codificazione è debitrice più di quanto non appaia rispetto agli indicati precedenti normativi. Basti considerare che l'esempio del ferito che muore per l'incendio dell'ospedale si colloca entro la tradizione della cosiddetta causalità per quote o cooperante. Occorrerà, dunque, analizzare tale ascendenza.

I contributi degli altri componenti della commissione ministeriale ci appaiono alquanto confusi e non particolarmente interessanti. In sintesi estrema, i dati di maggiore interesse furono quello della proposta di modifica del capoverso nel senso che la causa sopravvenuta dovesse essere anche indipendente; e che inoltre si tenesse conto delle concause cooperanti almeno nell'ambito della disciplina delle attenuanti. Venne conseguentemente proposta la modifica della disciplina del tanto discusso capoverso.

Tale ultima proposta non ebbe seguito. Le ragioni che indussero a mantenere il testo del progetto preliminare sono chiaramente sintetizzata nella relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo.

L'art. 45, si afferma, disciplina sia il concorso di cause, sia quel particolare istituto che la dottrina designa col nome di concausa, e che il Codice in vigore regola soltanto negli artt. 367 e 368, in riferimento al delitto di omicidio. Il Progetto cioè eleva al valore di una disposizione generale l'affermazione che un evento possa dipendere da più antecedenti, invece che da uno solo di essi; e intende stabilire che gli antecedenti, in tal caso, adempiono ognora una funzione causale, anche se ciascuno di essi non sia da solo sufficiente a produrre l'evento: purché però tutti concorrano, nel loro insieme, alla produzione dello stesso.

Di tale regola costituisce una applicazione più che una eccezione il principio del capoverso dell'articolo, col quale si stabilisce che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità, quando siano da sole sufficienti alla determinazione dell'evento. Tale disposizione particolare si riferisce all'ipotesi in cui vi sia un concorso di cause successive e fra loro indipendenti. Quando invece le cause siano tra loro dipendenti, anche se successive, non potrebbe ugualmente escludersi il rapporto di causalità, perché l'evento, attraverso il legame derivativo delle cause, finisce per risalire anche agli antecedenti non prossimi, in guisa da trovare piena giustificazione il principio *causa causae est causa causati*.

Nonostante ciò si è scelto di non inserire la parola "indipendente", non per disconoscerne l'importanza, ma per il timore che si venisse ad

ammettere un rapporto di dipendenza tra le diverse cause, anche in riferimento a interferenze di serie causali meramente occasionali, come nel caso della persona ferita che, trasportata in ospedale, vi trovi la morte per un incendio criminoso o fortuito.

In conseguenza, venne mantenuto il testo del progetto preliminare. L'unica modifica riguardò il titolo dell'art. 45 (ora art. 41) che da "concausa" divenne "concorso di cause" a sottolineare che la nuova disciplina assorbiva l'ambito delle concause cooperanti, che con il nome di concause compariva nei codici preunitari e nel Codice Zanardelli nell'ambito della disciplina dell'omicidio.

La Commissione parlamentare chiamata ad esprimere parere sul testo definitivo ripropose discussioni non nuove: l'inutilità della disciplina che, a causa del lessico usato, sembra voler prendere in considerazione non tanto il concetto di causa quanto quello di consecutività cronologica (De Marsico); la centralità del concetto di occasione quale chiave di volta per distinguere le situazioni d'interruzione del nesso causale disciplinate dal capoverso dell'art. 45. L'unico apporto nuovo venne dal De Blasio, che propose di sostituire, sempre nel detto capoverso, l'espressione "sia da sola sufficiente" con "sia stata da sola sufficiente". Egli motivò la proposta con la necessità di rendere "concreta la considerazione, oggi astratta, della efficienza della causa sopravvenuta". Il dire – egli spiegò – che la concausa sia da sola sufficiente non implica che nel fatto fu da sola veramente sufficiente, poiché in tanto cagionò la morte in quanto essa si aggravò ed uccise più presto per effetto del male che preesisteva o sopraggiunse. E a chiarimento si argomentò nel corso della discussione "la polmonite deve essere tale che il paziente non avrebbe potuto salvarsi anche senza ferita. Solo se il medico stabilirà ciò in via di fatto, il nesso di causalità sarà escluso". La proposta trovò accoglienza favorevole e fu fatta propria dalla Commissione. Essa venne in effetti recepita nel testo di legge: si tratta dell'unica modifica intervenuta rispetto al testo del progetto preliminare.

Infine il Guardasigilli, nella relazione al testo approvato, difese ancora la necessità di una disciplina autonoma della causalità materiale: perché la responsabilità penale sussista, il fatto che costituisce il reato deve anzitutto essere causato materialmente dall'agente, e in secondo luogo deve essere da lui causato anche psicologicamente. Le norme che riguardano tali ambiti sono e devono rimanere dissociate "in applicazione dei più esatti principi scientifici e pratici". La confusione dei due elementi fatta dal Codice del 1889 nuoceva alla chiarezza ed alla esatta comprensione della struttura del reato. Quanto alla disciplina del concorso di cause il Ministro spiegò l'accoglimento della proposta della commissione parlamentare volta a sostituire "sia" con "siano state". Il Guardasigilli colse tale occasione per alcune puntualizzazioni

interessanti sul carattere concreto dell'accertamento del nesso eziologico, che suonano come una replica all'impostazione generalizzante del problema causale contenuta nella dottrina della causalità adeguata: "Ho aderito a tale ritocco per dare una più sicura guida alla pratica. L'azione delle cause sopravvenute può considerarsi astrattamente, senza riferimento al fatto di cui si deve giudicare ed allora è esatta l'espressione del progetto, oppure può considerarsi concretamente, cioè rispetto al fatto dedotto in giudizio, ed in tal caso più esatta è l'espressione preferita dalla Commissione. Se si trattasse soltanto di una regola teorica sarebbe indifferente usare l'una o l'altra espressione. Ma siccome si tratta di una regola pratica, che deve essere tenuta presente dal giudice nel momento del giudizio, così mi è sembrato più conveniente usare l'espressione 'siano state', l'indagine giudiziaria dovendo essere fatta *ex post*, cioè con riferimento al tempo necessariamente passato in cui l'evento venne causato. In tal modo si elimina anche la possibilità che un giudice meno esperto abbia a risolvere la questione circa la potenzialità della causa a produrre l'evento con riguardo soltanto a ciò che avviene ordinariamente, senza tener conto delle peculiarità del caso concreto, che invece devono sempre avere preminente considerazione. Se invero nel caso concreto la causa è stata sufficiente a produrre l'evento, nulla importa che, rispetto ad altri casi, tempi o circostanze, essa invece possa apparire insufficiente".

Volendo condensare il senso complessivo del dibattito pare indubbio che i codificatori intendevano troncare con le discussioni del passato, che avevano tentato vanamente di definire diverse categorie di condizioni. Di qui l'affermazione, tipicamente condizionalistica, che tutte i fattori eziologici sono logicamente equivalenti. Traspare pure, anche se con non altrettanta chiarezza, che vi sono delle situazioni nelle quali una condizione particolare assume una valenza talmente forte che sovrasta e cancella, per così dire, le altre: essa è la "vera" causa. Quando ciò accada, tuttavia, non è per nulla chiaro. Le enunciazioni che si susseguono si avvitano su se stesse: è causa la condizione che è vera causa. Ma quale sia tale condizione; come essa possa essere distinta dalle altre; in quali contingenze il principio di equivalenza sia travolto non è in alcun modo chiarito. Si può dire che viene intuito ed enunciato un problema ma non se ne indica la soluzione: di qui la criticata formula dell'art. 41, capoverso.

È però interessante notare che il problema era correttamente rapportato ad alcune fenomenologie tipiche, che lo illustravano con immediatezza, senza la mediazione di un'analisi concettuale: il ferito che muore per l'incendio dell'ospedale. Esaminare tale fenomenologia è dunque un modo per entrare nel mezzo delle cose.

La sintesi proposta fa emergere pure alcune parole chiave: concau-

salità, causa indipendente, causa cooperante, causalità per quote, occasione, interruzione del nesso causale. Termini che, come si è accennato, evocano temi ben noti agli studiosi che in quella stagione si occupavano di causalità; e che risultano chiari alla luce del dibattito originatosi agli inizi del diciannovesimo secolo. Anche da questo punto di vista pare utile qualche approfondimento retrospettivo

In conclusione, vi sono diverse ragioni per procedere a ritroso, cogliendo qualche interessante frammento del risalente dibattito.

4. *Lo stato dell'arte sulla causalità in un saggio di Carrara*

Le questioni di cui si è dato conto affondano le loro radici in discussioni plurisecolari, alimentate dalla prassi. In particolare il riferimento di Arturo Rocco al fattore che costituisce soltanto una mera occasione e che è conseguentemente privo di qualunque significato causale trova un precedente quasi testuale in un importante saggio del Carrara edito nell'anno 1870. Esso propone alcuni illuminanti esempi della fenomenologia cui si è già fatto cenno e che, a torto o a ragione, in quell'epoca impegnava gli studiosi di problemi causali.

Nel contesto di una dissertazione sul caso fortuito, si fa riferimento alla situazione in cui l'evento letale sia stato determinato da una mera accidentalità esteriore. "In siffatti termini sarebbe stoltezza porre il titolo di omicidio, perché quando anche la ferita sia stata eventualmente occasione che abbia facilitato l'azione dell'accidentalità micidiale, la causa diretta della morte tutta si riferisce a questa accidentalità e non può dirsi mai che la ferita abbia ucciso. Così se la casa ove giaceva il ferito fu posta in fiamme e mentre ogni altro abitatore di quella poté mettersi in salvo, il ferito non poté fare altrettanto perché la ferita gli impediva di muoversi, e perì tra le fiamme, il ferimento non è quello che ha ucciso, e nessuno potrà obiettare al feritore il titolo di omicidio"¹².

Lo stesso ordine concettuale viene proposto in un altro passaggio dello stesso testo: "Tizio con animo di ferire aveva offeso Caio in una gamba e lo aveva lasciato sul terreno impotente a correre per cagione di quella ferita, ma esente da qualsiasi pericolo di vita. Sopraggiunge l'inondazione. Ecco il caso. Se Caio fosse stato libero delle sue gambe avrebbe potuto fuggire e salvarsi dalle acque, ma inabilitato a ciò dalla ferita restò miseramente sommerso. La morte di Caio non è imputabile a Tizio quantunque Tizio versasse in cosa illecita quando feriva,

¹² CARRARA, *Sul caso fortuito*, in *Opuscoli*, III, Giusti, 1870, p. 26.

e quantunque l'operato suo fosse causa mediata di quella morte" ¹³.

Lo studio propone pure un differente contesto, quello in cui "la causa immediata della morte sia stata la ferita, ma che simile effetto letale non abbia la ferita prodotta per le sue naturali ed ordinarie condizioni, bensì per una concomitanza accidentale che abbia agito sulla ferita per esempio col portarla alla cancrena o al tetano, e la abbia eccezionalmente renduta mortifera" ¹⁴.

L'Autore dà conto delle diverse contingenze che possono dar luogo a tale situazione, quali l'errore del medico, le trascuratezze dell'infermo o la sua preesistente condizione morbosa. Si dà pure conto delle incertezze della pratica toscana; e si evidenzia il criterio risolutivo: "deve distinguersi se quella accidentalità ebbe o no connessione col fatto o con la volontà del feritore. Se ve la ebbe si obietterà giustamente il titolo di omicidio; se non la ebbe dorrà il giudicabile tenersi unicamente responsabile *de vulnerato*" ¹⁵. In applicazione di tale principio "l'imperizia del medico o le intemperanze dell'infermo non possono mai portare sul feritore il titolo di omicidio perché non hanno connessione col fatto suo, né potevano da lui con facilità prevedersi" ¹⁶.

L'Autore rammenta pure che "nelle ipotesi più favorevoli nelle quali la pratica nostra escludeva il titolo di omicidio per la mancanza di prevedibilità e per la mancanza di connessione necessaria col fatto dell'agente, essa applicava il titolo di ferimento susseguito da morte: titolo creato dalla pratica stessa e che incontrava una mite penalità nella sfera di quelle sanzionate contro i ferimenti accompagnati da qualche gravità. Tutta questa teorica si riferisce al titolo del reato nelle sue relazioni con lo elemento materiale" ¹⁷.

Il testo fornisce alcune interessanti indicazioni. È agevole osservare in primo luogo che si agitano problemi applicativi che sono ancora nel presente aspramente dibattuti. È ad esempio ancora discusso quando l'errore del medico determini una separazione delle cause e della connessa responsabilità per l'evento. La soluzione che viene prospettata appare ai nostri occhi eccessivamente ampia: l'errore del medico interrompe sempre il nesso causale. Essa, peraltro, è aderente all'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, come sarà evidenziato nel prosieguo.

¹³ CARRARA, *Sul caso fortuito*, cit., p. 13.

¹⁴ CARRARA, *Sul caso fortuito*, cit., p. 27.

¹⁵ CARRARA, *Sul caso fortuito*, cit., p. 28.

¹⁶ CARRARA, *Sul caso fortuito*, cit., p. 28.

¹⁷ CARRARA, *Sul caso fortuito*, cit., p. 31.

Comunque sia, i fattori che determinano la separazione delle cause sono individuati, in modo invero solo accennato, nella imprevedibilità e nella connessione col fatto o con la volontà del feritore. Dunque, un fattore latamente psicologico, l'imprevedibilità, entra nell'indagine causale. Cosa sia, invece, la connessione col fatto del feritore non è per nulla chiarito: è lo stesso tema con quale noi oggi ci confrontiamo, sia pure entro coordinate ben più definite, frutto di un lungo dibattito.

Come si vede, all'individuazione dei problemi non riesce a far fronte una definita teoria causale. Il referente teorico di sfondo è la categoria del caso fortuito, che del resto dà il titolo al lavoro. Un'idea, quella dal caso fortuito, dagli ambigui, multiformi contorni; che tentava di sopperire di volta in volta all'assenza di una compiuta dottrina della causalità e della colpa.

I problemi causali accennati, come lo stesso Carrara chiarisce, trovavano il loro referente giuridico nella tradizionale figura del ferimento susseguito da morte, che tematizzava – appunto – le situazioni nelle quali si ravvisava possibile limitare sul piano causale la responsabilità del feritore in relazione all'evento letale, pervenendo alla divisione o separazione “per quote” dell'imputazione delle conseguenze della condotta. Appare perciò interessante qualche ulteriore riferimento al tema.

5. *La fattispecie di omicidio concausale: il ferimento susseguito da morte nell'analisi di Puccioni*

Come si è accennato, uno dei principali contrassegni dell'approccio alla causalità nel Codice Rocco è costituito da una decisa presa di distanza dalla cosiddetta “causalità per quote”. Tale formula si riferisce alla disciplina dell'omicidio concausale, che penetrò nei codici preunitari nel solco di una tradizione plurisecolare che sottendeva, sia pure in un particolare contesto, una definita costruzione teorica dell'imputazione causale. Le basi di tale approccio al problema causale sono spiegate nitidamente dal Puccioni nel suo commento al Codice penale Toscano, evocando l'opinione dei pratici criminalisti¹⁸. La chiarezza dell'esposizione testimonia non solo il talento del giurista ma anche il carattere fortemente consolidato della teorica.

Spiega Puccioni che i pratici distinguevano le lesioni in “assolutamente mortali” e in “mortali per accidente”. Le prime erano quelle che

¹⁸ PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, vol. IV, Cino, 1857, p. 442 ss.

“in qualunque uomo normalmente costituito non possono essere curate con i soccorsi dell’arte, ma debbono necessariamente produrre la morte”. Invece le lesioni mortali per accidente erano quelle che “essendo guaribili di per se stesse”, hanno recato la morte per uno dei seguenti accidenti: 1) disposizione patologica preesistente del ferito; 2) mancanza di pronti soccorsi; 3) imperizia nella cura; 4) negligenza degli assistenti il ferito; 5) trascuratezza del ferito sia nella dieta che nella condotta.

Per opinione concorde di tutti gli scrittori, nelle ferite mortali di per se stesse il feritore è tenuto di omicidio; mentre nelle ferite mortali per accidente il feritore è tenuto *de vulnere* e non *de occiso*. A tale ultima regola venivano però apposte due limitazioni: l’attenuazione dell’imputazione non aveva luogo quando “fosse provato che il delinquente sapesse in stato di salute infermiccia l’offeso o dal di lui aspetto potesse facilmente comprenderlo”; nonché “se il delitto fosse stato commesso in luogo solitario, sicché fosse stato impossibile di avere i soccorsi pronti dell’arte” in quanto il feritore doveva prevedere la mancanza di assistenza.

In sintesi “le circostanze precedenti al reo ignote e quelle susseguenti sorte per cause non prevedibili, e puramente accidentali, non potevano senza ingiustizia esser poste a carico dell’offensore”. Nel solco della tradizione il Puccioni spiegava tale impostazione ricorrendo alla figura del caso fortuito: “l’accidente dice Giuliani, è sinonimo di caso, e il caso secondo il testo delle leggi romane è *quem nullum potest praevidere consilium*”.

In tale teorica, spiega ancora l’Autore, da un lato le circostanze accidentali hanno portato alla morte, ma dall’altro “causa principale” di essa è stato il fatto del feritore “dappoiché se non feriva niuna delle cause stesse avrebbe avuto vita”. Tale visione delle cose conduceva, allora, ad un’imputazione intermedia. L’imputazione di ferimento, come se il ferito avesse avuto guarigione, avrebbe determinato una misura non ragionevole, cioè insufficiente, di pena. “Quindi la pratica nostra sapiente creò nelle contingenze sopra accennate un delitto *sui generis*, chiamato ‘ferimento susseguito da morte’ al quale assegnava una pena media fra quella di ferimento e quella dell’omicidio”.

Come si vede, si è in presenza di una vera e propria teoria della causalità concausale, che affonda le radici nel diritto comune ed ancor prima, *in nuce*, nel diritto romano. Tale dottrina presentava alcune caratteristiche definite. In primo luogo essa trovava la sua radice teorica nel caso fortuito, nella imprevedibilità; anche se, in verità, alcune delle situazioni tipiche, come la trascuratezza della vittima o l’errore nelle cure, paiono a noi difficilmente collocabili nella categoria dell’accidente fortuito. Si tratta, piuttosto, delle cosiddette complicità, che

costituiscono un accidente solitamente per nulla straordinario ed imprevedibile.

Inoltre la teoria si collocava interamente nella fattispecie di omicidio, ma trovava applicazione solo in un ambito determinato: quello in cui la condotta umana aveva avuto in origine un effetto lesivo non letale, successivamente sviluppatosi in un decorso infausto a causa di un distinto fattore eziologico. Tale situazione fattuale consentiva di tentare di separare idealmente le diverse condizioni e le rispettive conseguenze. Si configurava così quella che efficacemente Rocco chiamava la causalità per quote. In effetti la teoria si fondava sulla ottimistica ed ingenua idea che ciascuna causa producesse propri effetti, nettamente separabili; e che fosse quindi possibile ascrivere all'agente solo le conseguenze tipiche, e non quelle derivanti da cause imprevedibili, inscritte, peraltro, entro categorie rigorosamente definite.

Nonostante si applicasse ad un definito, tipico scenario, la teoria dell'omicidio concausale era sentita come una dottrina profondamente radicata nella realtà e nel sentimento di giustizia; ed in tal senso pareva mostrare una base ontologica. Ad essa era affidato un importante ruolo nell'imputazione del fatto e nella determinazione della pena. Non sorprende quindi che tale approccio fu trasfuso nei codici preunitari e successivamente nel Codice Zanardelli; ed era presente, come si è visto, ancora all'epoca della redazione del Codice Rocco. Non solo. Esso permeò la dottrina, che – come si vedrà – ne propose l'applicazione anche in ambiti estranei a quelli definiti dalla disciplina positiva. Pure la giurisprudenza ne fece in qualche caso applicazione estensiva.

Tale visione del problema concausale, insomma, dominò la scena per tutto l'ottocento; fino a quando, sul finire del secolo, emerse un orientamento critico, "abolizionista" delle concause, basato sulla considerazione che esso determinava spesso una ingiustificata diminuzione di pena per gravi reati.

Si tratta di un incedere di temi e problemi piuttosto complesso ed anche confuso. Si tenterà di coglierne sommariamente il filo seguendo lo sviluppo della codificazione e le connesse dispute teoriche.

6. Il Codice per il Regno delle Due Sicilie

Il primo atto normativo in cui la concezione concausale della causalità trova applicazione con riferimento alla figura del ferimento susseguito da morte è il Codice per il Regno delle due Sicilie del 1819. Si tratta di un testo di indubbia qualità tecnica, che scolpisce chiaramente la conformazione della disciplina. Esso, dopo aver disciplinato negli artt. 348 e ss. gli omicidi volontari anche quando "sien mancati", rego-

la negli artt. 356 e ss. le ferite e le percosse volontarie che distingue in gravi e lievi a seconda che abbiano comportato o meno pericolo “di vita o di storpio”. Indi negli artt. 362 e 363 disciplina i casi in cui dalle ferite o percosse derivi la morte, distinguendo tra i casi in cui la morte sia seguita entro quaranta giorni da quelli in cui sia avvenuta in epoca successiva. In ambedue i casi il colpevole “sarà punito qual omicida” ma viene prevista una attenuazione della pena “se la morte dell’offeso non sia accaduta per sola natura delle ferite o percosse, ma per causa sopravvenuta”: la pena “discenderà di uno o due gradi” nel primo caso e di “tre gradi” nel secondo.

La normativa non prevedeva analogo meccanismo per il caso di lesioni inferte con dolo di omicidio, nel quale la morte fosse susseguita per effetto di una causa sopravvenuta; e neppure nell’ambito delle lesioni nelle quali l’aggravamento dell’evento di lesioni fosse dovuto ad una condizione sopravvenuta. La dottrina dell’epoca, tuttavia, come si è visto analizzando il pensiero di Puccioni, riteneva che norme come quella dell’art. 348 fossero espressione di un principio generale attinente alla struttura della causa ed applicabile quindi, con conseguente mitigazione della pena, anche a tali diverse situazioni non contemplate dalla legge.

Occupandosi dello storpio prodotto non solo dalle lesioni ma da causa sopravvenuta, lo Strigari¹⁹ enuncia il principio generale d’imputabilità: “niuno esser tenuto di ciò che non è la conseguenza del proprio fatto. ... Se lo storpio si presenta come effetto non della sola natura delle ferite, ma d’altra causa estranea alle ferite e al feritore, qual bisogno v’ha che la legge dichiari non essere questi tenuto di quella porzione di danno la quale non è conseguenza del fatto suo? qual bisogno di proclamare un principio che non potrebbe esser negato senza distruggere la realtà delle cose?”.

L’Autore spiega con acutezza ed in modo “moderno” sia l’origine storica della disciplina che la sua finalità pratica: essa serve a mitigare il rigore sanzionatorio dell’imputazione oggettiva dell’evento più grave sortito dal concorso di una condizione sopravvenuta: “Qui non trattasi di ammettere una scusa per via d’interpretazione, ma invero di escludere l’aggravamento di una pena che la legge poggia sopra elementi di fatto non concorrenti nella specie, di vedere se possa allo storpio derivato da ferite e da cause estranee applicarsi l’aggravazione dalla legge statuita contro quello storpio che sia tutto effetto dell’opera del feritore. Or se tale questione fu dalla legge risolta in riguardo alla morte, se

¹⁹ STRIGARI, *Teorica del Codice penale francese, riscontrata con le Leggi del Regno delle due Sicilie*, Altimari, 1859.

fu ivi dedotto per la pena un temperamento di transizione fra la totale impunità del tristo evento e l'immeritato rigore di una totale aggravazione, non vediamo qual necessità vi sia di una disposizione espressa per altro caso identico"²⁰. Tale principio implicava che, nel caso di lesioni inferte con intenzione di uccidere, l'intervento di un fattore causale sopravvenuto dovesse determinare l'imputazione di omicidio tentato.

La disciplina del Codice borbonico escludeva la rilevanza della condizioni (morbose) preesistenti quale causa di attenuazione dell'*imputatio facti*. Si è anche qui, già agli albori della codificazione, in presenza di un aspetto cruciale e dibattuto dell'imputazione giuridica dell'evento. La giustificazione di tale soluzione è scolpita dall'Impallomeni: "Pare a noi che la legge debba proteggere la vita di un infermo al pari che la vita di un uomo sano, per cui dovrebbe essere indifferente che l'agente conoscesse o no il preesistente stato morboso della vittima. La vita umana esige la protezione della legge tal qual'essa è, con tutti i suoi beni e con tutti i suoi mali; e lo stato morboso della vittima non dovrebbe mai dunque essere invocato come fortuito dall'agente, dovendo esser sempre considerato come una condizione della persona, intangibile qualunque sia il suo modo di essere"²¹.

Anche in questo ambito la giurisprudenza borbonica era tuttavia restia ad una applicazione rigorosa del principio; ed ammetteva che la limitazione dell'attenuante alle sole cause sopravvenute non fosse applicabile al caso che un vizio organico preesistente avesse reso mortale una ferita per sé medesima non mortale, ove il reo non avesse conoscenza di quel vizio e potesse provarsi che il reo non avesse potuto prevedere le funeste conseguenze del suo fatto. In tal caso si applicava la pena prevista dall'art. 391, che disponeva appunto dell'eccesso sul fine²². Si trattava, come si vede, di applicazioni del tutto coerenti della plurisecolare teoria delle concause.

La linea argomentativa di tali pronunzie era che la morte di un individuo, per effetto di una ferita senza la quale egli sarebbe in vita, è attribuita alla medesima ferita. La ferita "non è a guardarsi come oggetto di astrazione, isolata dalla persona offesa, ma la sua qualità è col rapporto dello stato fisico del ferito nel tempo alla medesima posteriore". "Lo stato dell'offeso debole per l'età o per malsania non allevia la colpa dell'offensore, anzi l'accresce. L'uomo che insensibile alla debo-

²⁰ STRIGARI, *Teorica del Codice penale francese*, cit., Appendice.

²¹ IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Utet, 1899, p. 26.

²² Corte Sup. Napoli, 23 novembre 1832, Ricciardi; 20 aprile 1838, D'Ambrosio; 23 aprile 1838, Greco.

lezza ed all'infermità rivolge il colpo omicida contro le persone fievoli ed inermi non può elevare a motivo di scusa la propria insensibilità". Tuttavia "se il feritore avesse ignorato lo stato debole o malsano del suo avversario, o l'ignoranza fosse tale che egli non prevede la conseguenza del colpo dato, né poteva affatto prevederla, allora sarebbe il caso dell'applicazione dell'art. 391 ed in conseguenza della diminuzione della pena dal medesimo stabilita"²³.

Ancora qui l'Impallomeni spiega bene le ragioni che giustificano la rilevanza della conoscenza delle condizioni avverse della vittima "Si esige che le condizioni medesime debbano essere ignote al colpevole nel momento dell'azione o della omissione delittuosa, giacché in caso contrario si presume che l'agente abbia contato sul concorso nocivo delle stesse, associando così nella sua mente al suo operato la causalità morbosa esistente nell'offeso"²⁴.

Nel complesso la disciplina, grazie anche alle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, si colloca nella tradizione. È da sottolineare, però, che la "causa sopravvenuta" che interrompe il processo d'imputazione delle conseguenze non è ulteriormente definita. Tuttavia senza dubbio il codificatore pensava alle situazioni tipiche, quali l'errore del medico, la trascuratezza o addirittura il dolo della vittima e simili. L'assenza di qualunque riferimento al fortuito o alla prevedibilità dell'evento sottolinea implicitamente che la norma era sorretta da una concezione della causalità in cui le conseguenze di ogni azione sono normalmente separabili: *l'imputatio facti* è limitata alle sole conseguenze interamente e direttamente prodotte dall'azione del colpevole. Il concorso di altri fattori causali determina, secondo i casi, l'attenuazione della pena o, nelle elaborazioni teoriche, l'esclusione dell'imputazione dell'evento più grave dovuto alla concausa. Insomma, il processo causale viene scomposto in "porzioni di danno" separate, per ripetere l'efficace espressione dello Strigari. È la teoria della causalità per quote allo stato puro.

Tale approccio implicava larghezza nell'individuazione di fattori causali rilevanti e conduceva ad un criterio d'imputazione, sotto il profilo squisitamente causale, meno severo di quello odierno. Qualunque errore del medico o della vittima determinava la limitazione dell'imputazione.

²³ Su tale giurisprudenza, IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 28 s.

²⁴ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 28.

7. I codici Sardo-piemontesi

Una soluzione simile si rinviene nei codici penali sardo-piemontesi del 1839 (artt. 590 e 591) e del 1859 (artt. 541 e 542). Anche qui, infatti, nel caso di morte seguita a ferite o percosse volontarie, era prevista la diminuzione della pena se la morte non era avvenuta “per la sola natura di dette ferite o percosse, ma per causa preesistente o sopravvenuta”.

Qui, però, si attribuisce rilevanza incondizionata anche alla causa preesistente, alludendo alla condizione morbosa della vittima che alteri l'andamento del processo causale. Nessuna precisazione viene fatta a proposito della conoscenza o conoscibilità di tale preesistente condizione. Tuttavia la giurisprudenza ritenne costantemente che fosse implicitamente richiesta la condizione della mancata conoscenza di tale affezione²⁵.

Da notare che nel Codice sardo, come in quello borbonico, nulla veniva specificato per caratterizzare le condizioni sopravvenute idonee ad attenuare l'imputazione dell'evento. La ragione è probabilmente duplice. Da un lato, erano saldamente scolpite nella tradizione le ragioni cui si alludeva: gli errori nella cura, la trascuratezza o l'intemperanza del ferito. Dall'altro, la norma richiedeva che la condizione sopravvenuta avesse avuto un proprio tangibile, oggettivo ruolo nell'aggravamento delle conseguenze del reato. Vi era quindi, idealmente, una quota numerica di causalità che andava per così dire sottratta rispetto al totale astrattamente addebitabile all'agente. Tale quota numerica, con la metaforica operazione aritmetica di sottrazione che ne conseguiva, era necessaria e sufficiente a giustificare il particolare criterio d'imputazione.

Il Codice sardo, al pari di quello borbonico, non attribuiva rilevanza alle concause nell'ambito del reato di omicidio volontario. Il principio venne ribadito anche dalla giurisprudenza: si ritenne che la prava intenzione diretta alla morte dovesse rendere responsabile l'agente di tutte le conseguenze letali, anche nel caso di concorso di altre cause preesistenti o sopravvenute²⁶. Il Brusa spiega così la scelta normativa: “Eguale beneficio esso non promette però, nel caso di omicidio. Al legislatore deve essere parsa una specie di contraddizione il voler dare peso alla circostanza della concausa, allorquando il colpevole si ebbe, dopo tutto, proprio ciò che desiderava. Mirare alla strage di un uomo,

²⁵ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 29.

²⁶ Cass. Torino, 21 agosto 1880, Oderda, in *Riv. pen.*, XIII, p. 786.

agire offendendolo e poi trovare che l'odiato nemico fu in realtà spacciato all'altro mondo, è quanto basta per imputare l'omicidio doloso, senza che vi sia una ragione morale per diminuire di un punto la relativa pena" ²⁷.

8. *Il Codice penale pel Granducato di Toscana*

Una soluzione opposta a quella adottata nel Codice borbonico ed in quello sardo-piemontese si rinviene, invece, nel codice penale pel Granducato di Toscana (1853). Dopo l'enunciazione dei reati di omicidio doloso e colposo (art. 307), si precisa (art. 308) che "si considera mortale qualunque lesione personale, in sequela di cui ha perduto la vita un uomo, ancorché si provi a) che la morte in altri simili casi è stata impedita, o nel caso presente, si sarebbe potuta impedire coi soccorsi dell'arte; o b) che la morte è derivata da altre cause suscitate dalla lesione; o c) che la morte è avvenuta per la natura particolare dell'offeso, o in virtù delle circostanze in cui fu arrecata la lesione".

Qui, come si vede, viene proposta una concezione della causalità che con linguaggio moderno potremmo definire di tipo condizionalistico; che ripudia espressamente e con puntiglio descrittivo la concezione concausale della causalità, escludendo che alcuna condizione antecedente o successiva potesse turbare la rilevanza eziologica della lesione inferta dall'agente.

La norma costituisce riproposizione di formule correnti nei codici germanici dell'epoca, influenzati dal pensiero dello Stubel all'inizio dell'Ottocento. L'Autore, in opposizione alle teorie inconcludenti volte a distinguere tra *laetalitas absoluta et relativa, in abstracto et in concreto et per accidens*, sostenne che l'azione umana non è mai causa esclusiva della morte, giacché è condizionata al concorso di circostanze indipendenti dall'agente. Tali circostanze, operando sempre, escludono la rilevanza delle cosiddette concause ²⁸.

Ancora il Brusa spiega che la disposizione è espressione dello sforzo di raziocinio e di chiarificazione compiuto dalla dottrina tedesca già agli inizi dell'ottocento, che "ha purgato la dottrina della causa, in ordine al delitto di omicidio, che ne era stranamente viziata, dalle capricciose distinzioni che vi spadroneggiavano intorno alla necessità o accidentalità della morte e all'essere questa piuttosto conseguenza

²⁷ BRUSA, *Della concausa nell'omicidio*, in *Riv. pen.*, XXX, 1889, p. 11.

²⁸ In proposito, BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 9 s.

immediata che mediata, piuttosto assoluta che individuale, della lesione”²⁹.

Dunque la formula del Codice Toscano perseguiva un attingimento di tipo concettuale, logico, della causalità; sia pure nel ristretto ambito della fattispecie di omicidio. Tale soluzione, tuttavia, conducendo ad escludere la rilevanza delle concause, eliminava uno strumento che, come si è visto, perseguiva, sia pure entro limiti angusti, un intento di moderazione sanzionatoria, volto a limitare l'indiscriminata imputazione oggettiva di tutte le conseguenze dell'azione.

Tale situazione metteva in conflitto teoria e prassi; e contrastava i tentativi compiuti dagli studiosi dell'epoca volti, come si è visto, ad estendere la rilevanza delle concause oltre l'ambito delle lesioni susseguite da morte, in nome di una concezione non meramente utilitaristica ma ontologica delle concause stesse.

Accadde così che la norma si trovò in contrasto radicale con le concezioni del tempo, e che si rese necessaria un'interpretazione atta a temperarne la portata.

Lo stesso Mori, autore della riforma e cultore delle dottrine tedesche, nella sua *Teorica* attenuò la portata della norma, riportandola nell'alveo della tradizione. Affermò infatti che “se la lesione personale non è stata causa efficiente della morte, che si debba piuttosto attribuire alla cura sconsigliata di un chirurgo ignorante, o ad altre cause consimili, indipendenti dalla volontà e dall'opera dell'offensore, non è più luogo a riferirne il fatto sotto il titolo dell'omicidio”³⁰.

Puccioni, incoraggiato proprio dall'opinione di Mori, sottopose la normativa ad una severa critica che pare assai interessante riferire in breve³¹. Si parte dalla constatazione che la disciplina sembra affermare che debba ritenersi autore di omicidio tanto colui che ha prodotto una lesione personale mortale di per se stessa, quanto colui che ha arrecato una lesione la quale per accidente è divenuta mortale. Una tale teoria sarebbe “sovversiva delle massime del diritto all'unanimità ritenute da tutti gli studiosi e perfino da Farinacio, bene a ragione qualificato come d'animo ferreo, apparirebbe severissima, perché violerebbe quella proporzione che essere deve fra il delitto e la pena, ponendo a carico dell'offensore fatti a lui ignoti o difficilmente prevedibili o provenienti dall'altrui operato”. Né pare condivisibile la giustificazione

²⁹ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 11.

³⁰ MORI, *Teorica del codice penale toscano*, Stamperia delle murate, Firenze, 1854.

³¹ PUCCIONI, *Il codice penale*, cit., *passim*.

dell'innovazione offerta dal Mori: evitare che gli artifici dei difensori riconducano sotto un titolo di delitto meno grave molti incolpati che erano stati causa efficiente della morte. Infatti tutti i repertori di giurisprudenza mostrano che il passaggio dall'omicidio al ferimento susseguito da morte è sempre avvenuto solo in presenza di cause preesistenti ma ignorate o posteriori ma indipendenti dalla volontà e dall'opera dell'offensore; in una parola di cause da tutti gli scrittori, sia antichi che moderni, ritenute mortali per accidente.

Su tali basi viene tentata una lettura delle situazioni riportate nel testo dell'art. 368 volta a ridimensionarne la portata. Allora, la possibilità di impedire l'evento per effetto di cure appropriate riportata nella lettera *a*) va intesa nel senso che la rilevanza della concausa deve essere esclusa solo quando la possibilità di guarigione per effetto delle terapie costituisce un'eventualità rara, magari dovuta alla straordinaria perizia del medico; o quando non è stato possibile prestare soccorso in quanto il ferimento è avvenuto in luogo solitario o privo di un medico. La rilevanza della concausa non sarebbe esclusa, invece, quando la mancanza di cure è dovuta a trascuratezza dei parenti o dei soccorritori. In tale caso sarebbe ingiusto "porre a totale carico dell'offensore questo funesto risultato, cui non ha contribuito direttamente né la volontà né l'opera dell'offensore".

La lettera *b*) contiene disposizioni "oscurissime" dalle quali si evince che si configura omicidio quando la morte deriva da altre cause suscitate dalla lesione. La norma va intesa nel senso che sono irrilevanti le concause che sono state una sequela, una conseguenza necessaria di tutti quei fenomeni che si sono prodotti nel corpo dell'offeso dopo il ferimento: tetano, trisma, gangrena, paralisi. Non possono perciò essere comprese fra queste cause quelle che provengono da fatto del terzo, o dell'offeso o dall'ignoranza dell'uno o dell'altro, perché queste non sono suscitate dalla lesione.

Quanto alla lettera *c*) che esclude la rilevanza concausale della condizione dell'offeso e delle circostanze nelle quali fu arrecata la lesione, il Puccioni reputa che vi si possano collocare i casi in cui "il ferito era un uomo malaticcio, di debole costituzione, soggetto a predisposizioni morbose tal che in lui ogni lesione, che in corpo sano sarebbe lievissima, diviene grave e quindi produce la morte"; o quelli in cui la vittima sia attaccato da malattia oppure convalescente. In tali casi, se l'agente era al corrente della patologie, o era in grado di conoscerle, non vi è dubbio che egli debba rispondere di omicidio. Ma se invece egli ignorava tali circostanze e non poteva facilmente conoscerle non sarebbe giusto chiamarlo a rispondere di omicidio.

In conclusione, sono estranee alla disciplina dell'art. 368, con conseguente possibilità di applicare la disciplina delle concause: – le lesioni

di per sé sanabili divenute letali per mancanza di soccorso quando questo soccorso era facile e pronto ed è stato trascurato da altrui ignavia o negligenza; – le lesioni non mortali divenute tali per cure errate, negligenza degli assistenti, intemperanze dell'ammalato e cause consimili; – le lesioni sanabili arrecate a corpo “infermiccio”, predisposto alle malattie o a persona convalescente, a condizione che l'offensore ignorasse lo stato della vittima e “il di lui aspetto non glie ne desse indizio”. In tali casi, osserva infine l'Autore, sarà applicabile la semplice pena delle lesioni personali non essendo stato previsto il delitto *sui generis* del ferimento susseguito da morte, punito con pena intermedia fra l'omicidio ed il ferimento. L'Autore scorge quindi un vuoto da colmare. Da segnalare, infine, che nei casi indicati non è configurabile l'omicidio oltre l'intenzione, giacché in tale ultimo reato l'evento è opera dell'agente; mentre nell'altro distinte cause cooperano con il ferimento.

Anche la giurisprudenza decise “l'inapplicabilità dell'art. 308, il quale prevede le circostanze non atte a togliere alle ferite il carattere mortale, al caso in cui la morte fosse derivata da inobbedienza alle cure prescritte dal medico, ravvisando qui un semplice ferimento”. Fu quindi cassata la pronuncia di merito che, in presenza di tale concausa, aveva ritenuto l'imputato autore di omicidio anziché di ferimento³².

La stessa Cassazione toscana affermò che il concetto di causa manifestato nell'art. 307 è quello di volere come condizione essenziale dell'omicidio che il fatto dell'offensore sia stato causa efficiente della morte dell'offeso, come appare dalle stesse parole usate³³.

9. Conclusioni sulla legislazione preunitaria

Il rapido sguardo alla codificazione preunitaria ed alle elaborazioni teoriche e giurisprudenziali dell'epoca mostra chiaramente che la teoria della causalità nasce come teoria delle concause. Anzi l'idea delle concause si propone nella legislazione prima di qualunque elaborazione teorica, nel solco di una antica tradizione.

La *ratio* applicativa è quella di corrispondere ad esigenze di mitigazione. Come si è visto, si trattava di attenuare, sul piano sanzionatorio, l'imputazione oggettiva di tutte le conseguenze dell'azione posta in essere con dolo di lesioni. Si parla, infatti, di ferimento susseguito da morte. Tale esigenza di mitigazione non si poneva, invece, nel reato di omicidio doloso, ove dominava l'elemento psicologico: come si è visto,

³² Cass. Firenze, 28 agosto 1868, Mattei, in *Legge*, VIII, 1869, p. 835.

³³ Cass. Firenze, 1° giugno 1859, in *Annali*, 1859.

gli studiosi e la giurisprudenza evidenziavano la pravit  delle intenzioni e la necessit  di imputare all'agente tutte le conseguenze della sua azione.

Il bisogno di attenuare il carico della responsabilit  spiega bene perch  l'effetto interruttivo di fattori causali diversi dalla condotta umana fosse riconosciuto con una certa ampiezza. Si   visto, ad esempio, che l'errore del medico era ritenuto sempre rilevante.

La causalit  per quote era definita con precisione soprattutto attraverso la puntuale individuazione delle categorie di fattori concausali che si sono viste: l'errore del medico, la colpa del paziente, ecc. Tuttavia, non mancava un'elaborazione teorica pi  sofisticata, sostenuta da alcune parole chiave: separazione, indipendenza. Si trattava, infatti, di stornare eventi cui non aveva contribuito n  la volont  n  l'opera dell'offensore.

Vediamo, allora, i caratteri di tale elaborazione. In primo luogo il contesto: il tratto obiettivo del reato di omicidio, sorretto perch  da dolo di lesioni. In secondo luogo la caratterizzazione dell'azione e delle sue conseguenze: il colpo che produce lesioni, per certo, da sole, tipicamente idoneo a determinare la morte; il concorso di un fattore causale "estraneo alla ferita ed al feritore" che conduce le cose ad un esito imprevisto, e che veniva quindi visto e definito come distinto, indipendente.

Come si vede, si   completamente fuori dagli schemi della causalit  condizionalistica. La concezione di cui si parla si disinteressa dell'aspetto logico ed   tutta focalizzata sulla individuazione di cause tangibili immediatamente in modo empirico attraverso i loro macroscopici effetti. Cos , vengono subito individuate come cause l'azione lesiva dell'uomo che produce la ferita non letale, nonch  la condizione cooperante costituita da un fattore che influenza l'andamento della lesione. L'azione lesiva viene colta come causa parziale, incompleta; bisognosa di essere integrata da una concausa indipendente, che spiega perch  l'andamento delle cose sia giunto ad un esito inatteso, atipico. Si   dunque in presenza di una concezione intuitiva, ingenua, materialistica, aritmetica della causalit , che contrassegna il tema nel corso di tutto il diciannovesimo secolo. Infatti, quando si parla di concause, la dottrina e la giurisprudenza unanimi evocano una causa parziale, incompleta, insufficiente; cui si associa un'altra causa che concorre, coopera. Insomma il processo causale viene scomposto in "porzioni di danno" separate.

  da aggiungere, per completezza del quadro di sintesi, che nelle situazioni indicate, lo sviluppo degli accadimenti veniva attribuito alla categoria del caso fortuito, *id est* dell'imprevedibile. Si   anche qui in presenza di un tratto che viene sovente evocato nelle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza. Tuttavia noi possiamo scorgere in tale approccio un'incoerenza che segna profondamente l'approccio al problema causale; giacch  da un lato si chiede che l'evento letale sia il

frutto di una contingenza straordinaria, e dall'altro si ritiene che possa parlarsi di concausalità in molte situazioni (l'errore del medico, la trascuratezza della vittima) che tuttavia straordinarie ed imprevedibili non sono. In breve, si trattavano alle stesso modo situazioni che noi oggi scorgiamo come nettamente distinte: da un lato i casi di "ordinario" errore di cura o di insipienza della vittima, dall'altro le situazioni nelle quali tali errori o trascuratezze danno luogo effettivamente ad una contingenza straordinaria che innesca un nuovo fattore di rischio o porta l'originario rischio a conseguenze del tutto esorbitanti. Tale confusione di distinte situazioni sarà scorta solo alla fine dell'ottocento; condurrà alla formulazione dell'art. 41, capoverso, ed all'introduzione dell'idea di interruzione del nesso causale.

Si è pure fatto cenno al fatto che la concezione concausale non solo appariva "aritmeticamente corretta", visto che attribuiva a ciascuno la propria quota dell'evento; ma era anche sentita come moralmente giusta. Appariva addirittura "ripugnante" che chi aveva cagionato solo in parte un evento fosse punito con la medesima pena riservata a chi quello stesso evento aveva cagionato per intero³⁴. È quindi naturale che, così individuata la base teorica, ontologica, della causalità concausale, ne venisse proposta l'applicazione in ambiti diversi ed ulteriori rispetto a quello del ferimento susseguito da morte. Tale era la situazione che si prospettava al codificatore postunitario. Si tratta, allora, di proseguire nell'indagine ripercorrendo le discussioni ed i progetti che precedettero il Codice Zanardelli.

10. Il Codice Zanardelli

La disciplina delle concause fu oggetto di ampie dispute nell'ambito dei numerosi studi e progetti che si susseguirono in vista della formazione del codice penale postunitario³⁵. Colpisce in tali progetti la varietà degli argomenti e delle soluzioni prospettate, a volte anche antitetiche. Pare interessante proporre una sintesi di tali discussioni, che mostrano quanto arduo fosse il compito di dare veste normativa alle intricate questioni teoriche ed applicative che stavano sullo sfondo.

La Commissione del 1868 probabilmente per la prima volta propose con forza la necessità di estendere la disciplina delle concause all'ambito dell'omicidio volontario; non apparendo sufficiente la previ-

³⁴ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 19.

³⁵ La documentazione è raccolta presso la Biblioteca centrale giuridica in Roma, insieme ad un pregevole indice analitico.

sione dell'omicidio preterintenzionale, atteso che, anche con l'intenzione di uccidere, può accadere che la lesione causata non produca la morte ma "avvenne per causa ignota al feritore e da lui indipendente"; e non essendo sufficiente la disciplina dell'omicidio preterintenzionale nel caso in cui la morte non dipendesse esclusivamente dalla ferita. Tale impostazione venne accolta e si discusse se la nuova previsione dovesse essere inquadrata nella fattispecie di omicidio o in quella di lesioni. Prevalse l'opinione del Carrara, il quale trovava "contraddittorio dire omicidio il ferimento commesso bensì con intenzione letale, ma che per sé non avrebbe causata la morte". Egli suggerì quindi la formazione di un capo a parte comprendente le figure intermedie dell'omicidio preterintenzionale e del ferimento seguito da morte³⁶.

La Commissione del 1870 approvò la scelta di prevedere il caso in cui, in presenza di volontà omicida, la morte sia prodotta non solo per effetto delle lesioni inferte, ma anche per il concorso di cause preesistenti o sopravvenute. Tale soluzione, si osservò, consentiva di superare la grande confusione determinata dalla disciplina vigente, che induceva a ricorrere all'ipotesi della lesione data senza volontà omicida in tutte le occasioni in cui la morte derivava non solo dalla natura della lesione, ma anche dal concorso di altre condizioni; così trascurando l'elemento differenziale del dolo che separa l'omicidio volontario da quello oltre l'intenzione. Tuttavia, si ritenne che, proprio per tali ragioni, la nuova disposizione dovesse essere collocata nell'ambito della disciplina dell'omicidio volontario e non della lesione. La stessa Commissione, tuttavia, non condivise il riferimento alle condizioni sopravvenute non previste, che introduceva un incerto fattore subiettivo suscettibile di differenti apprezzamenti. Si ritenne che un criterio certo ed obiettivo idoneo a determinare "il grado di imputabilità" fosse costituito dal "rapporto causale tra la lesione e le cagioni sopravvenute. Quando queste siano del tutto indipendenti dalla lesione, non potrebbero essere addebitate al colpevole; ma se per connessione immediata o mediata, le cagioni dipendono alla loro volta dalle lesioni, è giusto

³⁶ Lo stesso CARRARA formulò l'articolo: "Quando una lesione di natura non mortale abbia cagionato la morte dell'offeso per concorso di cause preesistenti o sopravvenute, non conosciute nè previste dall'autore della lesione e indipendenti dal fatto suo, questi si punisce come colpevole di lesione susseguita da morte: con la pena dell'omicidio mancato se risulti che abbia agito con l'intenzione di uccidere; con la pena dell'omicidio oltre l'intenzione diminuita di un grado, se non risulta che abbia agito con tale intenzione. Ma se la lesione era di sua natura mortale e le dette circostanze accidentali abbiano soltanto accelerato l'esito letale, il colpevole che abbia agito con l'intenzione di uccidere si punisce con le pene ordinarie dell'omicidio" (art. 296).

che siano a carico del colpevole, come effetto dell'azione punibile". Quanto alle cause preesistenti, si ritenne che esse potessero essere costituite solo da fatti morbosi da cui la vittima fosse affetta, non noti all'agente. Proprio per sottolineare tale ultimo dato, si ritenne di sostituire il termine "cause" con quello di "condizioni". Per effetto di tale impostazione l'articolato prevedeva, nell'ambito della disciplina dell'omicidio volontario la diminuzione della pena "quando la lesione cagionata con l'intenzione di uccidere produca la morte non per sola sua natura, ma anche per il concorso di condizioni preesistenti non conosciute dal colpevole o di cagioni sopravvenute non dipendenti dalla lesione medesima" (art. 337). Analoga previsione fu formulata nell'ambito dell'omicidio oltre l'intenzione. Tale impostazione venne sostanzialmente trasfusa nel Progetto del 15 aprile 1870.

Il progetto Vigliani del 1875, invece, ampliò moltissimo la portata della normativa, adottando la seguente formula: "Se alla lesione fatta con l'intenzione di uccidere è susseguita la morte dell'offeso non per solo effetto della lesione medesima, ma anche per il concorso di condizioni preesistenti o sopravvenute, il colpevole è punito ..." (art. 369). Analoga previsione venne introdotta nell'ambito dell'omicidio oltre l'intenzione (art. 376).

La evidente inadeguatezza di tale ultima formula indusse la Commissione del 1876 a reintrodurre la previsione che le condizioni preesistenti non fossero note al colpevole e che le cause sopravvenute fossero influenti sull'esito letale (art. 376).

Il primo progetto Zanardelli adottò il seguente articolato: "chiunque con l'intenzione di uccidere, cagiona la morte di alcuno, non per sola conseguenza del suo operato, ma anche per il concorso di condizioni preesistenti ignote al colpevole o di cause sopravvenute è punito ..." (art. 323). Analoga disposizione venne prevista per l'omicidio oltre l'intenzione (art. 324). Il secondo e l'ultimo progetto Zanardelli riproposero solo con qualche modesta variante lessicale la formula del primo progetto.

La Commissione della camera dei Deputati, nel condividere l'impostazione del progetto notò, però, che se le circostanze sopravvenute furono effettivamente previste, cessa ogni ragione di diminuzione della responsabilità e della pena. Si propose, ad esempio, il caso dell'agente che getta l'avversario in un burrone ove muore non per le lesioni ma per mancanza di cibo o per il freddo³⁷.

³⁷ Si propose quindi una formula che prevedeva la diminuzione della pena "Se la morte benché voluta dal colpevole non avvenne però per il solo effetto delle lesioni dal medesimo inferte o per sola diretta conseguenza del suo operato, ma bensì anche per il concorso di condizioni preesistenti e ignorate o di circostanze sopravvenute e non previste al momento del fatto".

Anche la Commissione presso il Senato discusse ampiamente la disposizione. Da alcuni ne venne proposta l'abolizione, ma tale tesi rimase soccombente. Si obiettò che "quando per insufficienza dei mezzi adoperati la morte non avrebbe potuto avvenire senza il concorso di circostanze ignote, sarebbe ingiusto tenere responsabile l'agente di conseguenze che, per quanto da lui volute, eccedevano quei limiti obiettivi che erano segnati dal suo modo di operare. In questo caso, a costituire gli elementi materiali del fatto ha concorso il caso fortuito; e del caso fortuito niuno può essere chiamato a rispondere".

Venne pure criticata l'introduzione dell'elemento della mancata previsione delle circostanze sopravvenute. Si osservò che esso si trasformerebbe facilmente, in pratica, nell'elemento soggettivo della prevedibilità e complicherebbe le condizioni nella quali la concausa può verificarsi. Si propose quindi di tornare al progetto ministeriale.

La materia venne pure ampiamente discussa dalla Commissione di revisione nella seduta del 12 marzo 1989. Si levarono diverse voci favorevoli alla radicale soppressione della norma. Arabia osservò che nel Codice del 1859 la disciplina delle concause riguardava solo le ferite volontarie seguite da morte e non l'omicidio e che tale soluzione era razionale: sarebbe difficile che i periti non trovino nella vittima la preesistenza di qualche condizione che sia concorsa col delitto a cagionare la morte, per modo che spesso rimarrebbe nella penalità priva d'influenza l'intenzione omicida. Puccioni osservò che il Codice toscano non ammette la scusante della concausa e ritenne che tale esempio dovesse essere seguito, essendo molto pericoloso lasciare tale questione in balia della giurisprudenza. Pure il Presidente Eula convenne in tal senso e propose la soppressione della disposizione. Solo il Lucchini perorò le esigenze di giustizia valorizzate dalla nuova normativa. La Commissione infine approvò la soppressione dell'articolo.

Tale soluzione estrema non venne condivisa da Zanardelli e la materia venne infine disciplinata negli artt. 367 e 368 del codice. L'art. 368 era così articolato: "Quando nei casi preveduti negli articoli precedenti la morte non sarebbe avvenuta senza il concorso di condizioni preesistenti ignote al colpevole, o di cause sopravvenute e indipendenti dal suo fatto, la pena è ...".

Lo stesso Zanardelli, nella Relazione al codice, dedica alla disciplina della concausa alcune notazioni illuminanti. Egli spiega di non aver potuto accogliere la proposta che mirava alla soppressione dell'art. 367, in primo luogo perché "la minorante delle concause è comunemente ricevuta nella dottrina giuridica italiana" ed ha radice negli artt. 541 e 542 del Codice del 1859 (benché concernenti le sole ipotesi di ferite mortali non configurate nel nuovo codice) ed è stata adottata senza controversia in tutti i precedenti schemi del codice. D'altra

parte, egli aggiunge, “sembra a me pure che l’ammetterla sia savio, prudente e giusto, ripugnando al concetto della giustizia il rendere l’agente responsabile del caso fortuito: di conseguenze cioè le quali, per quanto fossero nelle sue intenzioni, eccedevano i limiti obiettivi dei quali il suo fatto, per se stesso, era capace”. Subito dopo la relazione chiarisce che per concausa non deve intendersi qualsiasi circostanza preesistente o sopravvenuta al fatto che concorra con l’azione delittuosa a far conseguire l’evento letale, ma quelle “condizioni preesistenti ignote al colpevole” e quelle “cause sopravvenute e indipendenti dal suo fatto”, “senza il concorso delle quali la morte non sarebbe avvenuta”.

Dunque, infine, l’evocazione della tradizione, l’attenzione al senso di giustizia, il timore di una sanzione eccessiva nonché, su un piano più squisitamente dogmatico, l’evocazione del fortuito giustificarono la previsione della disciplina delle concause nell’ambito dei reati di omicidio doloso e preterintenzionale. Restava in atto l’equivoco già sopra segnalato: sebbene si attribuisse l’effetto limitativo della responsabilità all’intervento di un fattore fortuito ed indipendente, in realtà si configurava la concausalità anche in situazioni non propriamente eccezionali ed imprevedibili. In ogni caso, tale contingenza non determinava l’interruzione del nesso causale e l’esonero da responsabilità per l’autore della condotta che innescava la catena causale, bensì solo una diminuzione di pena.

11. *La teorica della causalità concausale: Impallomeni e Brusa*

La concezione “concausale” della causalità espressa dal Codice Zanardelli dopo tante dispute ed incertezze fu oggetto di elaborazioni dottrinali che, riprendendo in parte argomenti maturati nell’ambito della tradizione preunitaria, tentarono di conferire una compiuta veste teorica alla nuova disciplina.

Lo sforzo più approfondito fu tentato dall’Impallomeni in una importante monografia sul reato di omicidio. L’opera esordisce affermando che causa di un fenomeno è la totalità delle condizioni che l’hanno generato. Non quindi questa o quell’altra condizione concorrente alla produzione del fenomeno, isolatamente considerata, ma tutte insieme prese, giacché tutte sono ugualmente necessarie a dare origine allo stesso. Quando noi riferiamo un fenomeno alle sue origini, possiamo bensì mentalmente isolare l’una condizione dalle altre con le quali concorre a formare il processo di origine del fenomeno stesso, ma tale isolamento è contrario alla realtà. La loro inscindibilità dipende appunto dal fatto che tutte le condizioni concorrenti sono causali,

senza che alcuna di esse sia di per sé sola la causa del fenomeno³⁸.

Applicando questo principio all'omicidio si hanno due regole "l'una positiva e l'altra negativa: 1° autore, cioè causa di un omicidio è chiunque abbia messo in opera un fatto del quale sia stata conseguenza la morte di un uomo; 2° autore di un omicidio non è colui che ha messo in opera un fatto, che per sé solo non avrebbe avuta per conseguenza la morte. Queste due regole si completano a vicenda e giuridicamente si connettono al principio che ognuno risponde del fatto proprio. Il loro ufficio è di distinguere la causa dell'omicidio da ciò che nel linguaggio è detto concausa, per cui s'intende tutto ciò che indipendentemente dall'opera del colpevole concorre con essa per cagionare la morte; quantunque propriamente non si abbia allora un concorso di più cause ma di più condizioni causali, cioè, che per la loro connessione sono la causa della morte. Così autore di omicidio è comunemente detto colui che fu causa esclusiva della morte, mentre la verità è che egli non fu punto la causa della morte, ma soltanto colui che pose una condizione necessaria a che la morte avvenisse"³⁹.

Poco dopo la spiegazione prende maggiore concretezza. La concausa "importa che l'azione delittuosa è insufficiente a produrre l'effetto avvenuto della morte, e non è perciò la causa di quell'effetto, per ciò appunto che causa ... è la totalità delle condizioni da cui un fenomeno dipende. Quell'azione cioè è capace di cagionare una lesione personale, ma non la morte"⁴⁰.

Il contrassegno di tale concezione della causalità è dunque: ciascuno risponde del fatto proprio; o meglio, risponde delle conseguenze che ha direttamente ed immediatamente cagionato con la propria condotta.

L'individuazione di una base ontologia a tale concezione ne postula l'applicazione anche oltre l'ambito segnato dal Codice Zanardelli. Così, nell'ambito del reato di lesioni personali si argomenta che "Non prevedendo la legge nelle lesioni personali il concorso della concausa, non deve rispondere di lesione grave colui che con la sua azione ha cagionato una lesione divenuta grave soltanto per un fatto sopravvenuto, indipendente dal fatto del colpevole, ad esempio per cattiva cura chirurgica: la mancanza di una speciale disposizione invece di essere un motivo per applicare la pena delle lesione grave, deve indurre ad applicare la pena della lesione lieve, quella che sarebbesi potuta produr-

³⁸ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 8.

³⁹ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 8.

⁴⁰ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 13.

re dal fatto dell'agente, in applicazione della regola che ciascuno risponde del fatto proprio"⁴¹.

Il discorso si ripete con qualche variante nell'ambito del reato di omicidio colposo: "L'altra conseguenza che naturalmente deriva dagli esposti principi è che l'autore di una lesione colposa che per sua natura non può cagionare la morte non è responsabile di omicidio colposo ma di lesione colposa, se la morte sia avvenuta per il concorso di una concausa". "... Se può stabilirsi che la morte non sarebbe avvenuta per effetto della lesione cagionata da un fatto colposo, ma invece essa sia seguita per essere sopravvenuto un fattore indipendente dall'operato del colpevole, non può dirsi che la morte sia la conseguenza della sua azione od omissione e pertanto egli dovrà rispondere *de vulnere* e non *de occiso*"⁴². Tuttavia la disciplina non può trovare applicazione per le condizioni preesistenti: nei reati dolosi "può avvenire il caso che si tenga in calcolo la coefficiente aggravante della condizione, non mai nelle lesioni inferte per colpa ... ove non si calcola e non si può calcolare quella coefficiente, per la semplice ragione che non si vuole punto offendere"⁴³.

Quanto alle condizioni morbose preesistenti, come si è accennato, l'Autore critica la disciplina del Codice Zanardelli che ne prevede la rilevanza, dovendo la vita umana essere protetta in tutti i suoi modi di essere⁴⁴.

Interessante è pure l'elaborazione teorica del Brusa, anch'essa all'insegna della causalità concausale o per quote. Per l'Autore la disciplina delle concause trovava il suo fondamento, riconosciuto anche nella prassi, nella "ripugnanza" che "un omicidio bensì desiderato dal reo, ma da lui cagionato solo in parte, fosse punito con quella medesima pena che la legge riserbava all'omicidio voluto davvero e davvero interamente cagionato dal colpevole". L'idea di una compartimentazione delle sequenze causali è illustrata con un'immagine suggestiva: "un medesimo effetto può avere più cause ad un tempo" ... "La possibilità di più cause concorrenti è manifestata nell'ipotesi di più votanti in una deliberazione collettiva. Ciascuno di essi dispone del

⁴¹ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 18.

⁴² IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 24.

⁴³ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 25.

⁴⁴ IMPALLOMENI, *L'omicidio*, cit., p. 26. A tale proposito si evoca la tradizione remota: lo stesso diritto romano che faceva una menzione speciale della causa sopravvenuta, non ammetteva il beneficio della malattia preesistente: "*Si qui servum aegrotum leviter percusserit et si obierit, recte Labeo ait lege aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet*".

proprio voto; ma, per quel tanto che dipende da lui, egli col medesimo si è reso vera causa determinante del voto finale di maggioranza, se al voto stesso ha contribuito in modo positivo” ... “nelle votazioni noi supponiamo concause di eguale natura, ma di provenienza diversa. Nei delitti la concausa, fosse poi di natura inanimata o animale o umana, è essenziale del pari che sia indipendente dalla causa umana imputabile”⁴⁵.

Si chiarisce che il concetto di causa ha un connotato di valore. “Causa io dico una condizione necessaria, sufficiente e determinante della presenza o produzione conseguente del fenomeno denominato effetto. ... Effettivamente determinante perché qui sta tutta l'essenza della causa, che è di determinare in effetto il fenomeno. La determinazione effettiva apporta propriamente ciò, che provoca il cambiamento in una situazione conosciuta. Se una persona muore avvelenata, il momento e l'atto in cui l'effetto della morte si determina in realtà trovasi nel veleno, o nel suo modo speciale di agire su di un organo necessario alla vita”⁴⁶, dato che questo modo sia noto.

È di particolare interesse registrare che l'individuazione del concetto di condizione determinante induce il Brusa a prendere decisamente le distanze dalla concezione condizionalistica della causalità: “A torto Mill sostiene che l'ingerimento del veleno non sia causa della morte, di preferenza che gli altri antecedenti che l'hanno determinata senza dei quali la morte non sarebbe avvenuta. Che valgono cotali antecedenti? Si certo, la costituzione particolare del corpo, o un certo stato di salute o anche lo stato dell'atmosfera, ben possono concorrere all'evento e vi concorrono anche in moltissimi casi. Ma questi precedenti non rappresentano altro, nel caso speciale, che semplici condizioni necessarie e sufficienti ... Ciò che ha determinato la morte è il veleno, anzi quel particolare veleno”⁴⁷.

L'Autore prende pure posizione sulle condizioni preesistenti ignote all'insegna del principio *Voluntas non fertur in incognitum*: “io non ho ancora inteso che si giustificasse, nell'art. 348, la soppressione delle condizioni preesistenti ignote, per un motivo desunto dalla natura della forza morale, o dalla inesistenza del dolo esteso fino all'uccisione. In ogni modo, poiché l'ipotesi del concorso di codeste condizioni in una lesione riescita micidiale per ciò non tollera la presenza di un dolo serio all'omicidio, l'art. 348 va reintegrato in conformità” ... Non vi può essere “il caso né di vera concausa indipendente, né di una concausa

⁴⁵ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 15 s.

⁴⁶ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 18.

⁴⁷ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 13.

che, per essere ignota, tradisce la fatuità del supposto dolo all'omicidio"⁴⁸.

Quanto alle cause sopravvenute l'esposizione è rituale: "Il ferito era curato all'ospedale, ma il fulmine è caduto nell'edificio, e per lo spavento quell'infelice ebbe una rottura interna che aggravò d'un tratto la malattia o lo condusse al sepolcro. Un altro ferito impaziente di tornare ai sollazzi della caccia o al lavoro che gli procurava un guadagno, non s'attenne alle rigorose proibizioni del medico; la malattia si aggravò e ne venne la morte. In questi e altri casi, tra la causa della lesione e la causa della morte non c'è più alcun nesso di dipendenza". E poi "Per imputare l'evento per concausa ... esigiamo l'intenzione seria di uccidere e insieme una lesione non tanto grave che non sapremmo più distinguere dalla lesione mortale, ma sibbene di un tale grado o importanza che venga giudicata incapace di recare morte"⁴⁹.

Dunque, come si vede, in tali dottrine compare il rifiuto esplicito del principio di equivalenza causale proprio della causalità condizionalistica; ed al contempo vi è la ricerca di criteri di valore per distinguere diverse categorie di cause. Ciò determinò grande confusione oltre ad inutili sforzi classificatori.

12. Tentativi di classificare le cause: Stoppato e la causa efficiente

La stentatezza dell'elaborazione tentata sviluppando il requisito dell'indipendenza della condizione sopravvenuta previsto dall'art. 367 del Codice Zanardelli rende chiaro che esso era carico di ambiguità e fonte di fraintendimenti e confusione linguistica. Non a caso, proprio la constatazione di tale ambiguità indusse Arturo Rocco, come si è visto, a propugnare l'abolizione di tale termine nella formulazione dell'art. 41 del nuovo codice.

Per rendere tale stato delle cose pare sufficiente accennare alle distinzioni che si elaborarono, anche sulla base di analisi proposte dalla dottrina medico-legale dell'epoca, tra indipendenza assoluta e relativa. Si ha la prima, si affermava, quando la circostanza nuova non ha rapporto alcuno con l'azione del colpevole, come nel caso del tetano avvenuto per causa estrinseca alla ferita. E data l'indifferenza assoluta della causa sopravvenuta dall'azione del colpevole, non si può parlare di concausa ma di occasione o meglio di accidentalità, perché il nesso causale tra l'azione e l'evento non esiste. In tali casi il colpevole sarà re-

⁴⁸ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 16.

⁴⁹ BRUSA, *Della concausa*, cit., p. 19.

sponsabile di tentativo di omicidio. Si è infatti in presenza del caso fortuito, perché è rotto ogni nesso di causalità tra l'azione del colpevole e la morte. Si ha l'indipendenza relativa quando la causa sopravvenuta si connette in qualche modo col fatto del colpevole. Sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono che la cattiva cura, la disobbedienza ai precetti del sanitario, la condotta irregolare o la negligenza dell'offeso si debbano considerare come concause a termini dell'art. 367; ma che non si debbano ritenere tali la mancanza di cura per l'impossibilità di un pronto soccorso, l'insufficienza di cura⁵⁰.

Non meno confuse ed incerte le distinzioni che si andarono proponendo tra le diverse condizioni, alla ricerca di quella che potesse essere posta come "causa" in senso proprio sulla base di un criterio di valore. Si distinse, così, tra condizioni disponenti o facilitanti, cooperanti, distoglienti ed impellenti, positive e negative; causa immediata e mediata; causa determinante, causa diretta ed indiretta.

Si sosteneva, tra l'altro, l'idea che vera causa fosse solo la condizione prossima o immediata o la condizione ultima determinante l'effetto. In particolare, in presenza di più illeciti, si reputava che l'ultimo fosse la causa diretta ed immediata; mentre attribuire rilievo alla causa mediata condurrebbe all'ingiusta conseguenza di punire le cause più remote e quindi meno gravi⁵¹. Ovvio, ai nostri occhi, l'inaccettabilità e l'indecifrabilità di tali costruzioni, che conducevano, oltretutto, a risultati errati.

In tale temperie l'opera teorica dello Stoppato, che costituiva il contributo dottrinario più accreditato ed influente dell'epoca, proponeva una distinzione tra causa, condizione ed occasione sostanzialmente conforme al modello della scolastica⁵² ed imperniata sull'idea di causa efficiente: "la forza o l'essere che con la sua azione produce un fatto qualunque"⁵³.

Esorbita dalla funzione punitiva "l'evento che non si possa attribuire alla umana attività come a causa efficiente, per cui è causa la persona che con la sua azione produce un fatto". L'uomo sotto questo aspetto oggettivo produce l'evento non meno di una causa fisica qualunque,

⁵⁰ PUGLIA, voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, XII, Società editrice libraria, 1915, p. 358.

⁵¹ BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Candelotti, 1884, § 564; MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Bertero, 1896, p. 24 ss.

⁵² Così RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1936, p. 42, nt. 78 e 79; "ammette lo Stoppato la responsabilità penale delle condizioni quando queste si trasformano in cause 'a contatto dell'energia umana'. Ma come si fa a stabilire quando le condizioni, a questo contatto, si trasformano in cause?"

⁵³ STOPPATO, *L'evento punibile*, Drucker, 1898, p. 61.

come il fuoco produce l'incendio, come il calore produce il vapore. Anche l'incendio, per essere prodotto, ha bisogno di altre condizioni perché il fuoco non arde senza il concorso di altri elementi fisici, né il vapore si produce senza il concorso favorevole di circostanze atmosferiche. Perciò conviene distinguere dalla vera causa efficiente la condizione e l'occasione. "Condizione è ciò che permette alla causa efficiente di operare o disponendola alla operazione o togliendo gli ostacoli; occasione è una coincidenza, una circostanza più o meno favorevole, che invita all'azione". L'incapacità del medico è condizione della morte, la ferita ne è la causa. La suscettibilità del corpo umano per il veleno è una condizione di avvelenamento, il somministrare il veleno ne è la causa. La notte per il ladro è occasione per rubare ma non è la causa del furto⁵⁴.

L'occasione non ha con la causa che un rapporto di "adattamento o di impulsione"; la condizione ha un "rapporto di produzione". L'occasione favorevole e la condizione, anche la più indispensabile, non potranno mai essere confuse con la causa efficiente. "L'effetto è intimamente connesso con l'attività di quest'ultima"⁵⁵.

Ancora, "Il rapporto di causa determinante con l'effetto è molto vago e può essere assai discutibile, al contrario di quello della causa efficiente che è vero rapporto di produzione e di intima dipendenza. Mi pare assurdo supporre un effetto punibile prodotto da una causa, la quale non abbia una virtualità proporzionata ad essa"⁵⁶.

Infine, il rapporto fra l'atto umano e l'evento dannoso "deve essere quello di una causa efficiente in rapporto all'effetto, rapporto di produzione e di intima dipendenza". "Se io vengo a contesa con un tale il cui abito apoplettico è così accentuato che un turbamento d'animo, uno scoppio di collera può produrgli la morte immediata ... e se egli per la sua condizione patologica muore, non sono io la causa della sua morte e nemmeno una concausa. Se io copro di contumelie un altro che, vinto da grande sconforto, corre a gettarsi nel fiume, il mio atto sarà stata occasione più o meno favorevole ... ma io non sono causa del dannoso evento. Così non esiste nesso vero di causalità quando vi è sproporzione manifesta fra l'azione e il suo successo, come quando si inframmette tra l'energia impulsiva e l'evento una attività nuova, indipendente sciolta da quella che inizialmente si è mossa. E nell'uno e nell'altro caso manca il nesso, perché quando si parla di causa in riguardo all'effetto, si intende parlare di un processo di generazione, che

⁵⁴ STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 62 s.

⁵⁵ STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 63.

⁵⁶ STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 67.

suppone proporzionalità ed esclude deviazioni conseguenti da un'attività diversa operante con fine proprio"⁵⁷.

“Per concludere, è certo che molte condizioni possono concorrere a generare l'evento dannoso, in modo da rappresentare come gli anelli di una catena. Queste condizioni giacciono inerti assai spesso nel loro naturale riposo. Ma risalendo lungo le loro fila è dato, mercè un lavoro logico, non sempre disagiata, arrivare al fatto umano, considerato per ora come energia meccanica, fatto che le rende effettive ed operanti. L'uomo considerato come forza motrice di altre condizioni precedenti o predisponenti, sviluppa un movimento con conseguenze, che prendono corso ulteriore indipendentemente da lui come volontà, ma dipendente da lui come causa. A questa deve attribuirsi l'effetto se un fatto umano non si inframmette a interrompere o spezzare il nesso di causalità”⁵⁸.

Questi frammenti rendono chiaro che nessun elemento definito e plausibile chiarisce cosa concretamente sia la causa efficiente⁵⁹. La teoria ha così subito plurime critiche distruttive; ed anche quando è stata riproposta da dottrina relativamente più recente, non si è potuto far altro che ammettere che il giudizio in proposito è rimesso all'occhio clinico del giudice ...⁶⁰.

13. *La teoria abolizionista delle concause: Alimena e Antolisei*

In quella medesima epoca, forse proprio a causa della scarsa persuasività delle elaborazioni teoriche cui si è fatto cenno, prese corpo una corrente di pensiero che perorava l'abolizione delle concause. La tesi fu sostenuta da B. Alimena con argomenti di cui può scorgersi l'influenza sulle discussioni che si tennero nel corso dell'elaborazione del Codice Rocco.

⁵⁷ STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 92 s.

⁵⁸ STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 102.

⁵⁹ Essa è illustrata anche da alcuni esempi che dovrebbero essere chiarificatori, ma che suscitano perplessità: un cavallo lasciato incustodito dal padrone scappa e rischia di recare danni. Un giovane generosamente si adopera per fermarlo ma rimane ferito. Qui non è possibile imputare al padrone le lesioni a meno di giungere all'assurdo di rendere responsabile non la causa ma la mera condizione. Il genitore si getta dal treno e muore nel tentativo di salvare il figlio che rischia di cadere a causa dell'apertura della portiera dovuta ad errore del conduttore. Erroneamente – si afferma – è stata attribuita al conducente la responsabilità dell'evento, confondendo la causa con la condizione.

⁶⁰ Così, testualmente, G. BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Giuffrè, 1954, p. 35.

L'Autore censura in primo luogo l'uso stesso del termine concausa "parola inesatta per quanto legittimata dall'uso, poiché se la causa è l'insieme dei fattori, non può dirsi che ogni fattore sia concausa dell'altro"; ed aggiunge: "Si suole definire concausa come una condizione, senza la quale la lesione non avrebbe potuto produrre la morte; di guisa che la lesione non possa dirsi causa esclusiva della morte, così come causa esclusiva della morte non può dirsi l'altra condizione. La morte è dunque l'effetto comune di due elementi che, fondendosi, diventano causa, né può avere valore il determinare le diverse intensità della loro efficacia reciproca"⁶¹.

Quanto alle cause preesistenti riconducibili alle condizioni atipiche o patologiche della vittima, si osserva che "Se egli conosceva l'esistenza della preesistente condizione e quella prevede come un anello della catena dei suoi mezzi diretti alla morte, l'omicidio è per consenso universale imputabile"⁶². Ma anche quando tale condizione sia ignota, si tratta comunque "di un fortuito che ha efficacia soltanto per l'azione del reo. Quindi la causa è tutta opera del reo: è sua opera nel primo momento, poiché egli cagiona una lesione; è sua opera nel secondo momento, poiché la sua lesione rende efficace uno stato di cose che, altrimenti, non sarebbe stato efficace. Che si vuole di più? Dal punto di vista del diritto chi aggredisce un uomo aggredisce l'uomo con tutte le sue malattie, al pari che l'uomo con tutte le sue funzioni fisiologiche"⁶³.

Anche l'ambito delle cause sopravvenute è oggetto di una critica piuttosto radicale. Pure qui si ha un fortuito che fa proseguire l'iter del processo causale, "e questo in tanto ha efficacia in quanto il reo gliela ha data. Dunque anche in questo caso, la morte appartiene tutta a lui"⁶⁴. La connessione causale viene meno per l'Autore solo in presenza di una situazione di indipendenza assoluta della condizione sopravvenuta. "Quando vi sia indipendenza assoluta, non può parlarsi di concausa. Si risponde soltanto di tentativo, perché l'indipendenza assoluta spezza, del tutto, il vincolo di causalità, e fa sorgere una causa nuova, di fronte a cui la causa preesistente si trasforma in semplice occasione"⁶⁵.

L'esposizione viene illustrata con alcuni esempi. Quando alla ferita

⁶¹ B. ALIMENA, *L'omicidio volontario*, in *Enc. dir. pen. it.*, Società editrice libraria, 1909, p. 387 s.

⁶² B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 389.

⁶³ B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 390 s.

⁶⁴ B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 394.

⁶⁵ B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 394.

all'addome segue la peritonite non si è mai parlato di concausa. Invece "quando il ferito si strappi le bende, quando il chirurgo adoperi una cura insufficiente o nociva, quando nell'ospedale scoppi una malattia infettiva o nociva, il reo risponde soltanto di tentativo, perché è sorta una causa nuova. Né sembri strano che di cause nuove si parli: troppo lontano è il rapporto tra ciò che avviene e ciò che il reo ha fatto. Finalmente quando una suppurazione abbia reso mortale una ferita che, altrimenti, non sarebbe stata mortale, si suole invocare il beneficio della concausa. Ma una condizione così fatta non dovrebbe esercitare alcuna influenza per diminuire la pena perché la suppurazione è un infortunio, che acquista efficacia soltanto per la ferita cagionata dal reo"⁶⁶.

L'Autore chiarisce ulteriormente il suo pensiero introducendo il concetto, cruciale anche nell'elaborazione successiva, di interruzione del nesso causale: "In conclusione noi vorremmo veder cancellata dai codici ogni nozione relativa alle concause. ... O il nesso causale è spezzato e si risponde di tentativo, perché non si può rispondere di ciò che non si è cagionato, ovvero il nesso di causalità non è spezzato, e si risponde di tutta la morte, perché la così detta concausa è costituita da una condizione che diventa efficace soltanto per l'opera del reo. Dunque io dico: o tentativo d'omicidio, a cui poi segue la morte per causa nuova e diversa; ovvero omicidio consumato senz'altro"⁶⁷.

È interessante notare che in questo stato dell'elaborazione teorica ha inizio la consapevole scissione tra due categorie concettuali nel passato confuse o trattate in modo promiscuo. Da un lato le concause che producono distinti effetti che vengono tra loro separati: la cosiddetta causalità per quote. Si tratta di categoria che viene contestata in radice: le condizioni si fondono nel processo causale né è possibile determinare il peso ed il rilievo della loro interazione. Dall'altro lato, però, si delinea la categoria costituita da condizioni che traggono origine da una catena causale storicamente indipendente dalla preesistente condotta illecita: la trascuratezza della vittima, l'errore del medico, l'incendio fortuito. In tale ambito si ammette per implicito che la condotta illecita preesistente non sia "logicamente" indipendente rispetto alla nuova catena causale; e si chiarisce, come si è visto, che si parla di "causa nuova" solo perché "troppo lontano è il rapporto tra ciò che avviene e ciò che il reo ha fatto". La causa nuova determina una cesura, che spezza la connessione causale; con la conseguenza che l'autore non risponde dell'evento bensì di tentativo.

Come si vede, si introduce qui il concetto di interruzione del nesso

⁶⁶ B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 394.

⁶⁷ B. ALIMENA, *L'omicidio*, cit., p. 395.

causale ancora oggi presente nell'elaborazione teorica e giurisprudenziale. È importante annotare che l'interruzione è chiaramente frutto di un criterio di valore che si tenta di definire in modo assai incerto ed intuitivo con concetti vaghi: indipendenza, novità, lontananza.

Il medesimo tema della distinzione tra concausalità ed interruzione del nesso causale viene analizzato in un'opera giovanile dell'Antolisei, edita nel 1913, focalizzata sulla disciplina del Codice Zanardelli. In essa vengono prospettati alcuni spunti che saranno sviluppati nell'opera successiva. L'Autore parte dalla considerazione che la dottrina condizionalistica conduce, in ambito applicativo, a soluzioni inaccettabili quando nel processo causale s'inserisce il concorso di un elemento fortuito. In casi del genere due sono le situazioni possibili. Può darsi che la condizione fortuita cooperi con l'azione dell'uomo per la determinazione dell'evento, come nel caso della malattia preesistente che rende letale una ferita che altrimenti non avrebbe determinato la morte. In siffatta ipotesi è facile constatare che la catena causale realizzante l'effetto è quella medesima sviluppata dall'uomo con la sua azione criminosa, mentre l'elemento fortuito si è limitato a cooperare con questa azione. In tale ambito si può parlare di concause. Diversa la situazione quando il fortuito non coopera con l'azione per la determinazione dell'effetto, ma sviluppa una catena causale nuova ed indipendente, come nel caso dell'incendio che determina la morte di una persona che si trova all'ospedale per curarsi di una ferita. In questa fattispecie l'evento non è stato realizzato dalla catena causale messa in moto dall'agente, vale a dire dalla ferita con tutti gli effetti che ne derivano d'ordinario, ma da una catena causale nuova ed indipendente, suscitata da un avvenimento fortuito. In questo caso si può parlare di interruzione del nesso causale⁶⁸.

La concausalità ha luogo quando l'azione dell'uomo concorre con una condizione fortuita, cioè anormale o atipica, che non è in alcun modo imputabile all'agente, perché non può riferirsi neppure indirettamente alla sua volontà. L'uomo deve essere in tali casi considerato soltanto causa parziale dell'evento; egli è quindi solo in parte responsabile dell'evento criminoso. Tale principio è accolto dagli artt. 367 e 368 c.p. in tema di omicidio volontario e preterintenzionale che prevedono una diminuzione di pena. Analoga previsione manca, invece, per il reato di lesioni personali o per l'omicidio colposo e per tutti gli altri casi in cui è configurabile. Ciò costituisce una manchevolezza del sistema. Delle due l'una: o il principio della concausa è esatto e allora

⁶⁸ ANTOLISEI, *Rapporto causale, concausa ed interruzione di causalità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1913, p. 82 s.

non c'è ragione di applicarlo in due casi soltanto; o non è esatto, ed allora la minorante deve essere soppressa. “La mezza misura” del nostro diritto positivo non può giustificarsi in alcun modo⁶⁹.

Diversa la situazione in cui si verifica l'interruzione del nesso causale. Qui si richiede in primo luogo che tanto l'azione quanto il fatto sopravvenuto siano condizioni dell'evento. L'interruzione si determina quando il fortuito sviluppa una catena causale nuova ed indipendente che dà vita ad una serie di movimenti che nulla abbiano a che fare con quella suscitata dall'azione. Qui l'effetto è la conseguenza diretta o meglio specifica dell'avvenimento fortuito, il quale ha agito indipendentemente dall'azione. L'azione umana si limita a creare una situazione favorevole e, il più delle volte, a renderlo possibile per ragioni di tempo e di luogo. L'azione, cioè, ha determinato una coincidenza favorevole all'evento. Essa rappresenta una parte così secondaria del processo causale che non è né logico né equo attribuire ad essa la causalità del danno. Non soli i fatti naturali ma anche le azioni umane possono dar corpo ad una causa nuova ed indipendente⁷⁰. Verificandosi l'interruzione del nesso causale, l'uomo non risponde dell'evento concreto, sibbene dell'evento che si sarebbe verificato senza il sopravvenire del fortuito⁷¹.

Entro questo quadro generale l'Autore prospetta l'imperfezione della formula del legislatore per ciò che riguarda le condizioni preesistenti: non basta che siano ignote all'agente per riguardarsi come fortuite, poiché la condizione non conosciuta ma normalmente ricorrente in casi simili non può ritenersi casuale e quindi estranea al colpevole⁷².

Anche l'elemento dell'indipendenza non è idoneo a caratterizzare la condizione fortuita sopravvenuta, perché una condizione indipendente non è casuale se fu calcolata dal colpevole o se era calcolabile. D'altra parte, questa definizione porta a confondere il concetto della concausa con quello dell'interruzione causale. Anzi si potrebbe dire che il nostro Codice non ammette l'interruzione di causalità, facendo rientrare tutti i casi in cui questa si verifica nella nozione della concausa. Ciò non era certamente nelle intenzioni del legislatore né alcuno nella pratica oserebbe giungere a tale risultato. Appare dunque anche per questo lato l'opportunità di modificare gli articoli relativi alla concausa⁷³.

Possono cogliersi in tale elaborazione alcune rilevanti chiarificazioni

⁶⁹ ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 87 s.

⁷⁰ ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 98 s.

⁷¹ ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 145.

⁷² ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 137.

⁷³ ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 137.

concettuali. La causalità giuridica ha la sua base nella concezione condizionalistica. Perché esista rapporto causale nel senso del diritto tra un'azione ed un evento basta che l'azione sia una condizione dell'evento: basta cioè che si possa affermare che, senza l'azione, l'evento nella sua forma concreta non si sarebbe avverato. Questa nozione deve essere integrata con i concetti di concausa e di interruzione di causalità.

Il lavoro tenta di affrontare il punto cruciale, quello dell'individuazione del fattore che determina l'interruzione del nesso causale. Esso viene individuato nel fortuito che sviluppa una catena causale nuova ed indipendente, specifica; rispetto alla quale la precedente condotta umana costituisce una mera occasione. L'elaborazione sembra tuttavia cogliere l'inadeguatezza e la vaghezza del concetto di causa indipendente, se non altro per la confusione che crea tra concausa e fattore interruttivo. Si tratta della questione che, come è noto, sarà sviluppata nella nota dottrina della causalità umana.

Qui pare interessante registrare che l'Autore tenta di testare la sua elaborazione sulla causa indipendente nell'ambito delle situazioni in cui l'entità delle lesioni è aggravata dalla condotta della vittima o del medico. Si afferma che la colpa lieve della vittima o del sanitario non è certo anormale e si verifica frequentemente; essa quindi non modifica il rapporto causale e non diminuisce quindi la responsabilità dell'agente. La colpa grave è invece un fatto anormale che non si verifica ordinariamente, essa costituisce un fatto fortuito che si riannoda all'azione dell'agente cooperando per la realizzazione dell'evento: vi è quindi non l'interruzione ma la concausa; l'azione dolosa infine ha un'individualità tutta propria, essa non dipende in alcun modo dalla primitiva azione del feritore, si verifica quindi l'interruzione del nesso causale⁷⁴.

Si tratta di elaborazione nel complesso meno radicale di quella di Alimena, poiché tenta di salvare, per così dire, la categoria della concausalità. Essa sarà piuttosto radicalmente mutata nell'opera fondamentale che introdurrà la nota dottrina della causalità umana. È tuttavia facile scorgere nell'opera giovanile alcuni spunti oggetto di successivo sviluppo, anche se – come si è accennato – appare particolarmente stentato lo sforzo di definire il fattore interruttivo del nesso causale.

In conclusione, le dissertazioni di tali Autori e gli esempi proposti rendono chiaro che il concetto di concausalità o causalità per quote era in crisi; che appariva invece la necessità di limitare gli effetti del principio condizionalistico con l'introduzione dell'idea di interruzione del nesso causale che, tuttavia, non si riusciva ancora a definire. Si

⁷⁴ ANTOLISEI, *Rapporto causale*, cit., p. 140.

tratta esattamente della situazione presente ai codificatori del 1930 e particolarmente ad Arturo Rocco. Questi, quando parla del fattore sopravvenuto che costituisce la vera causa, sembra ripetere quasi testualmente l'idea della "causa nuova" espressa da Alimena. Pare così spiegata la genesi e la formulazione dell'art. 41 capoverso. Si tratta ora di proseguire lungo l'itinerario, analizzando le teorie che hanno tematizzato la configurazione giuridica della causalità.

CAPITOLO IV

LA CAUSALITÀ GIURIDICA

SOMMARIO: *Sezione I. LE TEORIE TRADIZIONALI.* – 1. Causalità logico-naturalistica, causalità giuridica, imputazione oggettiva dell'evento. – 2. La causalità adeguata. – 3. La causalità umana. – 4. La selezione dei fattori causali alla luce delle leggi scientifiche e delle generalizzazioni esperienziali. – *Sezione II. LA TEORIA DEL RISCHIO.* – 5. La teoria del rischio. – 6. La prima radice: la creazione del pericolo. – 7. La seconda radice: la realizzazione del rischio. – 8. La compresenza di fattori eziologici illeciti. – 9. La rilevanza dell'errore colposo del medico quale concausa dell'evento a seguito di lesioni colpose o dolose. – 10. La volontaria esposizione al pericolo. – 11. Il comportamento della vittima e l'aggravamento dell'evento. – 12. I danni secondari. – 13. Una questione problematica: la teoria nei reati dolosi e colposi. – 14. Rapporto di rischio, imputazione oggettiva del fatto, comportamento alternativo lecito, causalità alternativa. – 15. Qualche riflessione di sintesi sulla dottrina del rischio. – 16. Una prospettiva interessante: la distinzione di sfere di rischio e di responsabilità professionale. – 16.1. L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce della disciplina della sicurezza del lavoro. – *Sezione III. LA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 41 CAPOVERSO ALLA LUCE DELLA TEORIA DEL RISCHIO.* – 17. La giurisprudenza sull'art. 41, capoverso, c.p. – 17.1. Le formule teoriche. – 18. La giurisprudenza che ha riconosciuto l'interruzione del nesso causale. – 19. La volontaria esposizione al pericolo: il caso del soccorritore imprudente. – 20. La successione delle sfere di responsabilità: il caso del manufatto difettoso. – 21. I differenti contesti di rischio: i pericoli connessi con l'ingresso abusivo nell'altrui proprietà. – 22. L'interruzione del nesso causale nell'ambito di infortuni sul lavoro. – 23. Il caso del conducente dello scuolabus. – 24. L'interruzione del nesso causale nell'ambito dell'attività di cura. – 24.1. Il caso dell'errore nell'individuazione del gruppo sanguigno. – 24.2. L'attività di cura alla luce della teoria del rischio. – 25. Il caso della moglie maltrattata. – 26. Il caso delle Fosse ardeatine. – 27. Il comportamento autodistruttivo della vittima. – 28. Un'analisi della causalità giuridica ispirata dalla prassi: separazione dei rischi diversi. – 29. La diversità dei rischi nei contesti classici. – 30. Le condizioni preesistenti, concomitanti e sopravvenute. – 31. La prospettiva riformatrice. – 32. I contrasti da superare. – 33. Un'ipotesi di articolato. – 34. Verso l'imputazione oggettiva non condizionalistica.

Sezione I

LE TEORIE TRADIZIONALI

1. *Causalità logico-naturalistica, causalità giuridica, imputazione oggettiva dell'evento*

Il dibattito di cui si è sin qui dato conto rende evidente che vi sono due modi di intendere l'ambito dell'imputazione che viene tradizionalmente raccolto sotto il segno della causalità. Da un lato stanno gli studiosi che, come si è visto, ritengono che l'unica concezione possibile della causalità sia quella condizionalistica pura. Si tratta di un'imputazione che si muove tutta sul piano logico, in modo da poter corrispondere senza attenuazioni o sfumature ad un'esigenza di certezza e di obiettività quale s'impone – appunto – nell'ambito del giudizio di attribuzione di un fatto alla condotta di un uomo. Si riconosce che tale modello d'imputazione conduce ad una eccessiva estensione dell'attribuzione causale del fatto all'azione dell'uomo, ma si ritiene che le conseguenze negative di siffatto modo d'intendere la causalità possano essere limitate facendo leva su correzioni operate nell'ambito dell'elemento soggettivo del reato.

Dall'altro lato si collocano gli autori che, sin da epoca storica, hanno ravvisato la necessità di apportare, già sul piano dell'imputazione giuridica del fatto all'agente, attenuazioni all'indiscriminato effetto estensivo del principio di equivalenza causale, che tengano conto delle esigenze e delle finalità dell'ordinamento penale. Si tratta di una scuola di pensiero che, in sintesi estrema, introduce nella causalità elementi di carattere normativo: l'esigenza di delimitazione in chiave riduttiva della sfera di rilevanza causale della condotta umana ha generato la congerie di dottrine che si è soliti denominare come teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento. Si tratta di un'esigenza già presente nella dottrina più remota ed ancor più nel presente.

L'istanza teoretica che sorregge la dottrina dell'imputazione oggettiva è stata efficacemente evidenziata raffrontando le esigenze dell'ordinamento penale con gli indicati limiti della teoria della *condicio sine qua non*, che finisce con l'interrogarsi solo sulle condizioni epistemologiche sufficienti per ritenere la prova del nesso di condizionamento. Questa tendenza favorisce ed anzi impone la costruzione di una categoria normativa dell'imputazione oggettiva, giacché una volta dissanguato il concetto giuridico di causa delle funzioni più specifiche ad esso proprie di offrire una selezione normativa delle condizioni naturali

o logiche, sociali, ecc. alla luce di criteri teleologici, diventa inevitabile recuperare quelle funzioni in ulteriori categorie sistematiche diverse dalla colpevolezza¹.

L'idea di fondo, assai persuasiva, della concezione normativa della causalità è quella che i concetti della scienza del diritto penale debbano essere costruiti in modo da corrispondere alle esigenze dell'ordinamento, riflettere lo scopo delle norme ed il sistema di valori cui esse s'ispirano. Si tratta di uno stile di elaborazione teorica che, come è stato posto in luce, risulta attuato con successo dalla concezione normativa della colpevolezza e dell'azione. Accade solitamente che il diritto si avvalga di concetti che possono essere espressi in termini cognitivi e che rispecchiano direttamente contrassegni reali. Tuttavia, ciò non sempre è possibile, giacché talvolta situazioni diverse, eterogenee, devono essere considerate come equivalenti ai fini dell'applicabilità di un regime giuridico. In tali casi, se si vuole evitare la piatta elencazione casistica che rischierebbe d'essere incompleta, occorre perseguire l'obiettivo di elaborare un concetto normativo che riduca ad unità situazioni eterogenee sul piano naturalistico ma che corrispondono alle medesime esigenze teleologiche. La normatività di un concetto non è un atto di arbitrio, ma si compone secondo la visione teleologica incorporata nell'ordinamento². Si tratta di uno stile dell'elaborazione che trova un significativo compimento anche nell'ambito della teoria normativa della colpevolezza, che coglie un contrassegno unificante, in termini di rimproverabilità personale, di differenti entità naturalisticamente eterogenee ed irriducibili ad unità.

Prima di procedere oltre, sintetizzando le dottrine normative della causalità, occorre fornire un chiarimento di tipo linguistico. Come è stato posto in luce, la scelta di trattare i contrassegni delimitanti l'imputazione all'interno del rapporto causale nel senso del diritto, ovvero nell'ambito di una costruzione concettuale autonoma (appunto l'imputazione oggettiva) da affiancare al rapporto causale nel senso pre-giuridico, è frutto di un'opzione di convenienza terminologica: perché in entrambi i casi i contenuti effettivi delle dottrine rimangono i medesimi. Ciò che cambia è l'aderenza linguistica al disposto legislativo vigente in Italia (per questo aspetto la prima alternativa si avvantaggia dato che i nostri artt. 40 e 41 c.p. riportano all'interno del rapporto causale le principali delimitazioni allo schema condizionalistico), nonché la maggiore o minore evidenza con la quale risulta che delimi-

¹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 414, nt. 160.

² PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 784 s.

tare il nesso di condizionamento non è se non uno dei profili nei quali si manifesta il *quid proprii* della scienza giuridica, cioè la sua componente teologico-normativa (sotto questo si avvantaggia la teoria dell'imputazione oggettiva)³. Insomma, parlare d'imputazione oggettiva è come dire causalità vista dal punto di vista del diritto, cioè causalità giuridica.

Di fronte a questa alternativa scolpita con chiarezza si è ritenuto, in questo lavoro, di seguire una strada intermedia. L'opera è intitolata "causalità giuridica" sia per rispettare la tradizione, sia per sottolineare che tutto ciò che attiene in qualche guisa alla causalità assume necessariamente una conformazione che è modellata dalle esigenze del diritto⁴. Tuttavia, nell'esaminare in questo capitolo le dottrine che hanno tematizzato gli aspetti giuridici della causalità, è parso preferibile evocare l'imputazione oggettiva dell'evento: formula che meglio rende l'idea dell'ampiezza del tema e delle diverse questioni che vi convergono.

Detto ciò, non resta che entrare nel mezzo delle cose esponendo le teorie cui si è ripetutamente fatto cenno; non prima di aver chiarito, o forse ribadito, che esse, oltre a rispondere ad un'esigenza di chiarificazione concettuale e di organizzazione del pensiero quanto alla relazione tra l'uomo e gli eventi che gli si vogliono ascrivere, tentano pure di risolvere il problema enunciato ma non risolto dall'art. 41, capoverso, c.p., quello dell'individuazione delle situazioni che rendono giuridicamente irrilevante la relazione logica tra la condotta umana e l'evento illecito.

2. La causalità adeguata

La prima, compiuta dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento in funzione di limitazione dell'area dell'attribuzione causale del fatto è quella della causalità adeguata. Essa emerge storicamente nella letteratura ottocentesca sul terreno dei reati aggravati dall'evento⁵ e si pone successivamente come teoria di carattere generale. La prima origi-

³ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 780, nt. 2.

⁴ Diffusamente in proposito, DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 13 s. Persuasivamente si osserva che la stessa definizione di causalità condizionalistica accertata secondo un determinato grado di certezza probatoria, attenendo all'imputazione, reca un punto di vista giuridico diverso da quello del biologo o del medico legale.

⁵ DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.

ne della teoria è probabilmente più remota. Da più parti⁶ si è attribuita la primogenitura al Perroni Ferranti⁷ e, ancor prima che venisse proposta dal Von Kries in Germania, al pensiero di Romagnosi⁸ e Carrara⁹.

Tale teoria ha assunto nella letteratura germanica varie configurazioni¹⁰, era sulla scena all'epoca della redazione del Codice Rocco ed è stata in passato accolta in Italia da diversi studiosi¹¹. Essa non trova alcun accoglimento nella dottrina penalistica; sebbene sia curiosamente evocata in una recente sentenza delle Sezioni Unite civili (*amplius*, cap. VI, sez. III) che la utilizzano quale chiave di volta per l'individuazione del danno risarcibile¹².

Non vi è dubbio, tuttavia, che la causalità adeguata abbia avuto un

⁶ GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 31, nt. 2; FINZI, *Rapporto di causalità e concorso di cause nel codice penale italiano*, Selci, 1936, p. 7 s.

⁷ PERRONI FERRANTI, *Del nesso causale e della sua imputazione*, 1888.

⁸ In effetti diversi brani dell'opera fondamentale (ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (1791), IX ed., Sanvito, 1857, p. 401 ss.) sembrano giustificare questa tesi. "La società è costretta a far valere presunzioni fondate sul corso ordinario e conosciuto delle cose e degli uomini, per attribuire ad ognuno la cognizione delle conseguenze di un dato atto. Allorché un dato effetto, giusta il comune modo di giudicare, non si trova proporzionato ad una data causa, ma deriva dal concorso di combinazioni estranee che comunemente non si potevano prevedere, in tal caso il fortuito si mescola col deliberato. Provocato ad ira getto un frutto contro il provocatore. Per evitare il colpo egli si abbassa sdrucchiola e si spezza una gamba. Sarò mai io responsabile della pena irrogata contro coloro che rompono le membra altrui? Tu puoi imputarmi di aver vibrato il frutto; ma non puoi rendermi responsabile della rottura suddetta. E perché ciò? Perché questa rottura non può venire giudicata come effetto ordinario proporzionato dell'atto unico, ma del caso fortuito a cui ho dato occasione".

⁹ Il saggio sul caso fortuito cui si è già fatto cenno (cap. III, § 4) ed alcuni passaggi del Programma accreditano in effetti la tesi (CARRARA, *Programma*, spec. I, § 1093). "Se il fatto dell'uomo fu malvagio e diretto a nuocere, ma di per sé stesso non era capace di produrre la morte, e la produsse soltanto per la mescolanza di una causalità esteriore, simile causalità non può far sorgere il titolo di omicidio a carico del feritore, quando egli difficilmente poteva conoscerla o difficilmente prevederla".

¹⁰ In proposito, diffusamente, TRIMARCHI, *Causalità*, cit., p. 32 ss.

¹¹ GUARNERI, *In difesa della causalità adeguata*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, p. 609 ss.; MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 48; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, Giuffrè, 1947, p. 106 s.; BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, 1966, p. 232 ss.; PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Morano, 1955, p. 301; DALIA, *Le cause sopravvenute interrutive del nesso causale*, Jovene, 1975.

¹² In proposito, BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 69.

importante ruolo nello sviluppo del dibattito sulla causalità¹³; ed abbia influenzato le teorie successive. La sua connotazione essenziale è quella di conseguire il più volte indicato risultato limitativo individuando come causali solo le condizioni che sono tipicamente adeguate a produrre l'evento in base ad un criterio di prevedibilità basato sull'*id quod plerumque accidit*. Essa si fonda, quindi, su un criterio di normalità, adeguatezza, proporzione; e non si pone, tuttavia, come una alternativa alla teoria della *condicio*, ma come un correttivo con finalità di ridefinizione della sua portata in termini riduttivi. La teoria trova giustificazione in ragioni di equità, giacché eventi imprevedibili per la loro anormalità non possono essere evitati neppure dall'uomo prudente e giudizioso. Inoltre la punizione di chi abbia cagionato un evento imprevedibile non soddisfa né esigenze retributive né preventive, giacché non merita castigo chi non poteva prevedere l'evento seguito alla sua azione; e d'altra parte la minaccia della pena nei confronti di chi cagioni un determinato evento può trattenere dall'agire solo chi possa prevedere le conseguenze del suo operare.

La causalità adeguata si propone come un modello generalizzante, giacché richiede una tipica idoneità della condotta a cagionare eventi come quello verificatosi in concreto. L'idoneità è categoriale o astratta, non è in relazione al caso concreto ma alla generalità di casi simili. È causale solo la condizione che è in generale idonea a determinare l'evento. Non si considerano invece causati dall'azione gli effetti atipici, che si sono cioè verificati in modo difforme dal corso ordinario degli avvenimenti.

I criteri di accertamento di tale generale attitudine causale sono costituiti dai giudizi di probabilità che vengono espressi nella vita pratica: le probabili conseguenze di un'azione rappresentano normalmente il fondamento per la valutazione di una condotta come utile o pericolosa. E quindi il diritto penale vieta solo le azioni che sono condizioni di un evento e che appaiono *ex ante* come idonee a produrlo, nel senso che aumentano in misura non irrilevante la probabilità di sua verifica. Dunque, la teoria in questione sottrae all'area della causalità gli eventi atipici, imprevedibili, anormali, singolari.

Il giudizio di improbabilità viene compiuto sulla base delle circostanze del fatto conoscibili *ex ante* da una persona avveduta, dall'uomo medio, con aggiunta delle eventuali maggiori conoscenze dall'autore.

¹³ Per ragguagli su tale teoria, ad es. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 93 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 184; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 140 s.; STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1257 ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 32 ss.

Si tratta di una prognosi postuma che si fonda su una base nomologica, costituita da una o più leggi di natura; ed una base ontologica, costituita da alcune determinate circostanze di fatto. Nei suoi più compiuti affinamenti, non basta che l'azione sia in generale idonea a determinare l'evento. Occorre pure che i fatti intermedi si riallaccino l'uno agli altri regolarmente. L'adeguatezza è indispensabile non solo rispetto al risultato finale, ma anche in relazione agli anelli intermedi. Tutto il processo causale, nel suo complesso, deve essere adeguato nei confronti dell'azione: occorre porre a raffronto il decorso causale effettivamente verificatosi con quelli che erano prevedibili. Ad esempio, nel caso in cui il pedone investito da un automobilista è morto per sanguinamento o per l'investimento da parte di un'altra auto sopravvenuta, si è in presenza di un rapporto di causalità adeguata perché quei decorsi causali non erano improbabili. Se invece il pedone investito muore in ambulanza a seguito di un altro incidente stradale, il rapporto di causalità dovrebbe considerarsi escluso per il carattere anormale del concreto decorso causale.

Alla teoria sono state rivolte diverse critiche. Alcune si muovono in ambito applicativo e riguardano il fatto che essa si basa sulle conoscenze ed esperienze dell'uomo medio e sull'*id quod plerumque accidit*, su ciò che accade normalmente o probabilmente. Vengono quindi trascurate le eventuali conoscenze speciali dell'agente, con la conseguenza di escludere l'imputazione quando questi si avvalga di modalità atipiche di produzione dell'evento¹⁴. D'altra parte si è rilevato che la possibilità di sostenere che l'azione che ha recato un evento non era in generale, in astratto, idonea a determinarlo, può estendere eccessivamente l'area dell'irresponsabilità attribuendo rilievo a qualunque anomalia nel processo causale; come nell'esempio della vittima di un grave ferimento che, insofferente, si strappa le bende così anticipando di poco l'esito letale¹⁵.

Altre critiche riguardano la confusione che essa determina tra cau-

¹⁴ Così, ad esempio, MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 889; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 115, il quale paventa che la teoria venga ad aggiungere una nuova causa d'impunità "... perché per effetto di essa, non si punisce l'agente quando, pur essendo in dolo o in colpa, e pur avendo compiuto un'azione senza la quale l'evento non si sarebbe verificato, non ha posto in essere un'attività in generale idonea a determinare l'evento stesso ... Il lettore rifletta che il delinquente per quella imprevidenza o quell'audacia che così frequentemente caratterizzano il suo modo di agire, non poche volte tenta l'attuazione di disegni criminosi che hanno scarsissima probabilità di successo. Se egli consegue l'intento, dovrà negarsi il rapporto causale sol perché l'azione non era in generale idonea a determinare il risultato?"

¹⁵ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 177 s.

salità e colpevolezza in riferimento al parametro della prevedibilità dell'evento. Il procedimento cui la teoria dell'adeguatezza ricorre somiglia "quasi come una goccia d'acqua" a quello che riflette l'elemento soggettivo del reato. L'indagine sull'idoneità generale dell'azione in fondo è l'indagine sulla prevedibilità dell'evento, vale a dire la ricerca specifica del requisito della colpevolezza. L'evento inadeguato, atipico, fortuito, non è che il risultato imprevedibile. Così l'indagine sulla causalità e quella sulla colpevolezza finiscono con il sovrapporsi, mescolarsi e confondersi¹⁶.

Ancora, si è rilevato che la prevedibilità o imprevedibilità *ex ante* dell'evento è inconciliabile con l'accertamento della causalità che dovrebbe avvenire con valutazione *ex post*¹⁷ sulla base di tutte le informazioni e conoscenze disponibili nel momento del giudizio, con criteri oggettivi che prescindano dalla capacità di previsione dell'agente modello o dell'agente concreto. Inoltre, si è sottolineato che il concetto di adeguatezza, in quanto fondato su giudizi di probabilità propri della vita sociale, è inevitabilmente soggetto ad applicazioni incerte¹⁸.

Si è pure obiettato che la dottrina in questione non trova una giustificazione soddisfacente né in astratto né in base al nostro ordinamento, non rinvenendosi una disposizione che ne permetta la sua formulazione nei termini di un istituto di diritto positivo e non come semplice istanza di politica legislativa o giudiziaria. Essa non giustifica le ragioni per le quali il nesso viene escluso quando sopravviene un fattore atipico, mentre si configura allorché l'evento è dipeso da un fattore preesistente o concomitante¹⁹.

Nell'ambito della dottrina civilistica è stato criticato il porsi della teoria in questione quale strumento applicabile a tutti i problemi di responsabilità, perdendo il suo collegamento funzionale con uno scopo. Essa, in apparenza, conduce a risultati soddisfacenti per il solo fatto che, col suo riferimento indeterminato ad un aumento di probabilità

¹⁶ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 116; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 187.

¹⁷ STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1259: "La disciplina del rapporto di causalità ... è previsione dell'imputazione di questo evento concreto a questa causa concreta, è codificazione dell'esigenza di spiegare causalmente l'evento verificatosi *hic et nunc*; nessun riferimento, per quanto lontano ed indiretto, è reperibile, il quale induca a pensare ad un rapporto causale astratto, svincolato dal riferimento all'*hic et nunc*".

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 187.

¹⁹ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 146; GALLO, *Appunti*, cit., p. 106.

non del tutto trascurabile, si presta ad essere elasticamente adattata a giustificare soluzioni già raggiunte per intuizione²⁰.

Altra parte della dottrina, pur riscontrando una eccessiva semplicità della causalità adeguata, ne evidenzia i meriti storici: essa contiene un'intuizione molto importante che costituisce lo spunto base della dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento, cioè la necessità di uno stretto rapporto fra la pericolosità della condotta e la pericolosità attuata nell'evento concreto conforme al modello legale²¹. Rispetto alla concezione condizionalistica, la causalità adeguata cerca di corrispondere all'esigenza di un'imputazione del fatto che appaia umanamente ascrivibile all'autore della condotta, ridimensionando l'effetto di dilatazione impresso al rapporto causale dalla teoria dell'equivalenza delle condizioni. Dal modello causale dell'adeguatezza è germinata la configurazione della regola obiettiva di diligenza rilevante ai fini del giudizio di colpa: da tale angolo visuale la colpa ha ricevuto quell'essenziale sostrato di tipicità e di delimitazione sul piano strutturale che si è proteso sino ai giorni nostri²².

L'elaborazione in questione è stata anche analizzata in riferimento ai successivi svolgimenti dottrinali espressi dalla dottrina dell'imputazione oggettiva normativa. Si è rilevato che essa esprime una delimitazione dell'imputazione obiettiva agli avvenimenti prevedibili e in ciò è ampiamente meritoria, costituendo un importante passo avanti nel precorrimento della teoria dell'imputazione obiettiva, anche se solo nei reati colposi. Infatti nei reati colposi la regola cautelare, la cui violazione è necessaria per la configurazione dell'illecito, si fonda in maniera diretta o indiretta proprio sulla circostanza che, in base all'esperienza della vita, il compimento o non compimento di certe azioni si accompagna ad una prevedibilità, non proporzionata alle esigenze della vita, di conseguenze lesive non volute dal soggetto. In questi casi il venir meno della prevedibilità fa venir meno la ragione stessa dell'illecito: perciò la mancanza dell'adeguatezza causale è già un modo per indicare, nei reati colposi, quello stesso concetto che è espresso dalla teoria dell'imputazione obiettiva. Tale dottrina viene però ritenuta limitata e grossolana, perché non può spiegare la liceità del rischio consentito, l'irrelevanza penale del rischio che, originariamente illecito, si sviluppa poi in un evento diverso da quello in vista del quale era stato vietato, il blocco dell'imputazione a seguito della prospettabilità di un comportamento alternativo lecito. Essa, neppure con l'aiuto della teo-

²⁰ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 39 ss.

²¹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 371.

²² G.A. DE FRANCESCO, *Modelli scientifici*, cit., p. 460.

ria dalla colpa, trova acconcia sistemazione ai temi della causa da sola sufficiente a produrre l'evento (essendo tale causa talora non imprevedibile, come nel caso in cui il nipote spinge lo zio a prendere un aereo di linea che fa servizio verso una zona ove si svolgono azioni di guerra e qui viene colpito da un missile). È più grossolana perché si trova a dover richiedere il contrassegno della prevedibilità oggettiva dell'evento anche nei reati dolosi dove invece l'evento, in quanto voluto e realizzato, non ha bisogno di ulteriori requisiti di attribuzione²³.

In termini non molto dissimili, ma in una prospettiva allargata anche agli illeciti dolosi, si è osservato che l'aumento del rischio era il contrassegno della causalità adeguata. Esso selezionava, tra le cause accertate *ex post*, quelle che erano anche pericolose *ex ante*, che realizzavano fattori di rischio i quali, al momento della condotta, risultavano aumentare le possibilità di verificazione dell'evento. Tale esigenza di adeguatezza è poi confluita nel parametro del superamento del rischio consentito: nella colpa e successivamente nel dolo, quando il rischio consentito ha assunto una valenza più generale. In breve, nell'idea di adeguatezza si rinveniva il concetto di superamento del rischio consentito che appare oggi requisito generale di tipicità dei fatti penalmente rilevanti²⁴.

Questo sommario di opinioni critiche consente di cogliere infine, in sintesi estrema, gli aspetti che paiono indubitabilmente positivi e negativi della teoria. Da un lato, in positivo, per la prima volta, l'istituzionale connessione tra il "dopo" già tante volte rimarcato dalla dottrina sotto l'insegna del fortuito, dell'imprevedibile, ed il prima: ciò che era nella sfera di rischio innescata dalla condotta illecita. Dall'altro, in negativo, l'astrattezza della comparazione tra rischio ed evento, del resto colta ed in qualche modo rimediata anche da qualche autore che a quella dottrina si ispirava²⁵.

²³ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 794.

²⁴ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 101.

²⁵ GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 25 ss. Il giudizio di idoneità non va dato astrattamente, cioè considerando la condotta in sé e per sé, per decidere se essa sia capace in generale a produrre un determinato evento. Ma tale giudizio va dato in concreto, in rapporto alle reali circostanze della singola fattispecie e cioè tenendo conto di tutti gli elementi esterni preesistenti, simultanei e prevedibilmente sopravvenuti che potranno unirsi alla condotta formando insieme con essa la totalità delle condizioni necessarie e sufficienti per la produzione dell'evento. Una valutazione da compiere *ex ante*, conformemente alla teoria della causalità adeguata e cioè come prognosi postuma, prescindendo da tutti gli elementi causali intervenuti dopo la condotta ed imprevedibili al momento della condotta stessa.

3. *La causalità umana*

Sulla stessa linea della teoria dell'adeguatezza si muove la teoria della causalità umana elaborata dall'Antolisei, che viene da taluni ritenuta una derivazione della prima. Essa, infatti, riconosce che la teoria dell'adeguatezza costituisce lo sforzo migliore per superare gli effetti distorsivi della teoria della *condicio*, ma presenta i limiti che si sono prima detti.

La monografia dell'Antolisei, edita subito dopo l'ingresso del Codice Rocco, costituisce la prima compiuta lettura dei temi della causalità elaborata dalla dottrina italiana: uno studio che rimane altamente interessante ed istruttivo non solo per la plausibile soluzione data al centrale problema dell'interruzione del nesso causale evocata dall'art. 41, capoverso, ma anche per la corretta, nitida distinzione del livello naturalistico, logico e giuridico che interagiscono nella causalità giuridica. L'opera ha esercitato una grande influenza sulla dottrina e soprattutto sulla giurisprudenza in Italia. Sfogliando i repertori di giurisprudenza si coglie con insistenza la ripetizione di passaggi fondamentali di quel lavoro. Occorre quindi qualche cenno un po' esteso. La teoria muove da una serrata analisi delle disposizioni del codice e particolarmente da quella cruciale di cui all'art. 41, capoverso, e giunge alla conclusione che essa, se intesa alla lettera, è contraddittoria ed inapplicabile. Vi è quindi bisogno di "un ordine di idee" che serva a spiegare la disposizione ed a renderla applicabile in un modo che non contrasti con la logica e con il sentimento giuridico.

La teoria parte dalla considerazione che ciò che a noi interessa di sapere non è se l'azione sia o no causa dell'evento, ma se un uomo possa considerarsi autore dell'evento medesimo. Trattandosi di un problema d'imputazione, non è l'azione che deve essere considerata, ma l'uomo, poiché solo l'uomo può essere imputato di qualche cosa. L'imputazione, infatti, non è altro che il giudizio che riferisce il fatto ad una persona e più precisamente il giudizio mediante il quale un fatto è considerato "proprio" di un essere umano²⁶.

L'uomo senza dubbio non può produrre modificazioni del mondo esterno se non mediante la sua condotta, la quale perciò entra sempre nell'indagine. Essa, tuttavia, non va considerata come uno dei due termini del rapporto ma solo come il mezzo mediante il quale l'uomo influisce nel causalismo esteriore. La sua posizione nel quesito è secondaria, subordinata, poiché il giurista non cerca la causa ma l'autore di un avvenimento esterno. Ne discende che, mentre senza dubbio il se-

²⁶ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 179.

condo termine del rapporto è l'evento, il primo termine è l'uomo e non la sua azione. Il legame che deve essere spiegato e definito non è un rapporto tra un evento ed un'azione ma tra un evento ed un uomo²⁷.

Per giungere ad un concetto di causa che corrisponda alle esigenze del diritto bisogna partire dal fatto che la causalità a cui partecipa l'uomo presenta caratteristiche speciali, fundamentalmente dovute al fatto che l'uomo stabilisce relazioni con il mondo esteriore che sono in rilevante misura influenzate dal fatto di essere fornito di coscienza e volontà: la coscienza consente all'uomo di cogliere le circostanze che interferiscono con la sua azione e di prevederne le conseguenze; la volontà consente di influenzare lo sviluppo causale. La coscienza e la volontà consentono all'uomo di utilizzare i fattori esterni per il conseguimento dei suoi scopi, di porli al suo servizio. Quando questa possibilità esiste, il fattore esterno non può considerarsi estraneo all'uomo. Ne deriva che nei giudizi causali riferiti all'uomo l'azione e l'omissione non vanno considerate isolatamente; ma occorre anche considerare i fattori esterni che si imputano al soggetto. Si tratta, quindi, di individuare i fattori esterni che si considerano "propri" dell'uomo²⁸.

Saranno sicuramente imputabili i fattori di cui l'uomo ha tenuto conto nell'operare. Ma non solo. Esiste una sfera di signoria dell'uomo che si estende sul mondo esteriore, abbracciando un notevole numero di elementi che vi si trovano. In conseguenza, solo i risultati che rientrano in tale sfera di signoria possono considerarsi causati dall'uomo giacché, anche se non voluti, potevano comunque essere impediti, erano dominabili. Solo i risultati dominabili possono essere oggetto d'imputazione causale. Al contrario, gli altri effetti, quelli non controllabili dall'uomo, non sono opera sua: si tratta di elementi non controllabili perché non conoscibili o, anche se conoscibili, non è possibile sottrarli²⁹.

Così posto il problema causale, appare di decisivo rilievo individuare gli effetti che sfuggono al dominio umano: essi non sono tutti quelli anormali o atipici, giacché anche essi possono essere spesso previsti e prevenuti. Veramente non dominabili sono solo i fatti che hanno una probabilità minima, insignificante di verificarsi, cioè quelli rarissimi, eccezionali³⁰.

In conseguenza, per l'esistenza del nesso causale occorrono due elementi: uno, positivo, è che l'uomo abbia posto con la sua condotta una

²⁷ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 180.

²⁸ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 183.

²⁹ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 185 ss.

³⁰ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 188 s.

condizione dell'evento; l'altro, negativo, è che il risultato non sia dovuto a fattori eccezionali. È così escluso il nesso causale nel caso del ferito che muore per l'incendio dell'ospedale, della persona lievemente ferita che muore per emofilia, della persona che, curata per una semplice frattura, muore per una gravissima imprudenza del medico; esso è pure escluso se la vittima, insofferente per i patimenti, si strappa le bende e muore dissanguata o se, dopo aver subito una lieve ferita, si applica alle ferite delle tele di ragno e viene a morte per un'infezione tetanica. Inoltre il nesso causale è escluso se A bastona con intenzione omicida B che fugge e viene schiacciato da un masso che cade dall'alto; o se C impreca la morte di D oppure fa gli esorcismi invocandone il decesso e D, che è assai superstizioso, muore per paralisi cardiaca. Il nesso non è invece escluso se A, dopo aver ferito gravemente B, lo abbandona in un luogo solitario in una rigida notte d'inverno e questi muore di freddo; né se il vetturino lascia incustodito un cavallo in una pubblica via mentre infuria il temporale, scoppia un fulmine e il cavallo, spaventato, fugge travolgendo un passante. La connessione causale non è neppure esclusa se la colpa del sanitario curante è di lieve entità. Il criterio discretivo è sempre quello dell'eccezionalità dell'evento. Esso è altresì valido, nei reati colposi, nell'ambito del concorso di cause colpose indipendenti: si tratta di valutare se la causa più prossima all'evento aveva rispetto all'altra una qualche probabilità di verificarsi. In caso affermativo l'evento s'imputerà anche alla causa remota; in caso negativo, quando cioè la causa prossima presenta un carattere di vera eccezionalità, la causa remota non risponderà del risultato³¹.

In presenza di fattori eccezionali, si configura una relazione di mera occasionalità, che esclude la configurabilità della causazione giuridica. Tale relazione di occasionalità ricorre solo quando sia la condotta umana che il fatto eccezionale sono condizioni dell'evento ed hanno quindi influito sulla determinazione del risultato concreto. Esiste la relazione condizionalistica, ma essa non è sufficiente a fondare il vero e proprio rapporto causale giuridicamente rilevante definito in termini di dominabilità³².

La teoria viene ritenuta idonea pure a risolvere il problema della causalità nell'omissione: se si ammette che nei giudizi sulla causalità umana il comportamento del soggetto non va considerato da solo ma in unione con le forze esterne che egli può dominare; se si riconosce che queste forze, lungi dall'essere estranee all'uomo, formano un tutto inscindibile con la sua condotta, appare palese che l'uomo può render-

³¹ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 192 ss.; 215 ss.

³² ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 193 ss.

si autore di un risultato tanto con l'azione che con l'omissione. Anche rimanendo inattivo, anche non compiendo alcun movimento corporeo, egli può conseguire i suoi scopi se lascia liberamente svolgere ed operare le forze che sono nel raggio d'azione del suo potere, nella sfera della sua signoria. Naturalmente, tale relazione di dominabilità non può essere scissa dalla violazione di un particolare obbligo di agire³³.

Lo schema della causalità umana è riferibile non solo alle condizioni sopravvenute ma anche a quelle concomitanti e preesistenti, giacché non vi è una ragione per un loro diverso trattamento³⁴. L'accertamento del nesso di condizionamento avviene attraverso il classico metodo di eliminazione mentale, che costituisce applicazione del noto metodo di differenza che è una forma del sistema generale delle esclusioni che la logica, secondo l'insegnamento di S. Mill, indica da tempo per l'accertamento delle connessioni causali tra i fenomeni della natura³⁵.

L'ambito causale così delineato viene ritenuto sufficientemente distinto da quello inerente alla colpevolezza. Tutti i tentativi compiuti per delineare la relazione causale in termini esclusivamente naturalistici sono naufragati. Il ricorso a profili conoscitivi è ineliminabile, perché non si tratta di stabilire se un'azione sia causa di un evento, ma se un evento possa imputarsi ad un uomo. Ciò, tuttavia, non implica alcuna confusione con le problematiche inerenti alla colpevolezza: per quanto in ambedue le questioni figuri l'elemento della conoscenza, le indagini sono diverse. In quella che riguarda la causalità, infatti, non si considera il singolo individuo, ma si valuta in astratto; nell'indagine sulla colpevolezza, invece, si ha presente una determinata persona, si tiene conto delle speciali capacità e possibilità di tale soggetto³⁶.

La teoria, infine, viene ritenuta marcatamente distinta da quella della causalità adeguata. Essa muove dalla considerazione della natura speciale della causalità umana, ed offre quindi di sé una giustificazione razionale che manca alla teoria della causalità adeguata. In secondo luogo e soprattutto, essa lascia completamente da parte il criterio dell'idoneità generale che conduce in pratica a confondere l'indagine sulla causalità con quella sulla colpevolezza, essendo impercettibile il divario che passa tra la probabilità e la prevedibilità dell'evento. Ciò che rileva, infatti, è solo il concorso di fattori rarissimi, che hanno un'insignificante probabilità di verificarsi. Si produce, quindi, un effetto limi-

³³ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 198 s.

³⁴ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 221.

³⁵ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 228.

³⁶ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 205.

tativo dell'imputazione del fatto assai più modesto rispetto a quello determinato dalla teoria della causalità adeguata³⁷.

Pure la dottrina della causalità umana non è andata esente da critiche di diverso segno. Una prima obiezione si muove sul terreno del sistema normativo vigente: la logica della causalità adeguata e di quella umana è nel senso di attribuire rilievo anche al fattore eccezionale preesistente e concomitante. Non si vede perché la natura eccezionale del fattore concorrente dovrebbe operare come motivo di esclusione del nesso eziologico solo quando questo fattore fosse sopravvenuto. Non sarebbe esclusa l'analogia *in bonam partem*, ma il contesto in cui è collocata la regola del capoverso dell'art. 41 impedisce che all'estensione analogica si addivenga. Il ricorso all'analogia risulta impossibile non per ragioni di carattere generale afferenti alla praticabilità di tale istituto in campo penale, ma per una precisa intenzione del legislatore che ha voluto circoscrivere ai fattori eccezionali sopravvenuti l'efficacia interruttiva del nesso causale. Né questa limitazione deve apparire arbitraria. Il fatto è – si osserva – che il nostro ordinamento non accoglie né la teoria della causalità adeguata né quella della causalità umana. Alla stregua di entrambi gli ordini di idee non vi sarebbe stato motivo di distinguere tra le condizioni eccezionali sopravvenute e le altre. Ogni processo causale influenzato da siffatte condizioni pone in crisi l'adeguatezza della condotta o la signoria umana sul processo eziologico messo in moto. Invece dalla regola dell'art. 41, capoverso, non può evincersi una disciplina che concerna anche i fattori precedenti o simultanei alla condotta. Ne discende che la regola in questione va letta come puro e semplice limite alla condizionalità *sine qua non*. Essa sta solo a significare che, accertato il rapporto di *condicio sine qua non* tra condotta ed evento, il nesso causale tra i due termini intercorrente sul piano logico-naturalistico cessa di avere rilevanza giuridica allorché nella catena causale s'inserisca, sopravvenendo all'azione od omissione, un fattore eccezionale. La dialettica tra regola ed eccezione esige che quest'ultima vada ravvisata soltanto nei casi in cui sulla assoluta imprevedibilità del fattore concorrente non possano sorgere dubbi. L'accertamento del rapporto causale è uno dei momenti dell'accertamento del fatto oggettivo; ciò vuol dire che il fattore non prevedibile deve essere tale per chiunque: la non prevedibilità che agisce sulla causalità è un dato che tende a presentarsi come assoluto. In conclusione, attribuire efficacia di esclusione del nesso causale soltanto a quei fattori sui quali, essendo successivi alla condotta, è più sicuro il giudizio di non conoscenza, di non calcolabilità, equivale ad

³⁷ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., pp. 208 s., 210 s., 231 s.

una conferma del principio condizionalistico, con un correttivo rispetto al quale il margine d'incertezza sia il più esiguo possibile³⁸.

Sul piano applicativo si è rilevato che la teoria, oltre ad essere inutile, approda talora a conseguenze paradossali ed insostenibili: nell'esempio dell'emofiliaco essa esclude il nesso causale quando la morte sia dovuta all'intervento di questo fattore causale, statisticamente rarissimo, e quindi esclude qualsiasi responsabilità penale a titolo doloso o colposo, con la conseguenza che l'agente non dovrebbe rispondere di omicidio doloso, anche se era a conoscenza della rarissima malattia della vittima e lo ha ferito con l'intenzione di ucciderlo, sfruttando proprio quella vulnerabilità³⁹.

Si è inoltre osservato, con critica simmetrica a quella che riguarda la causalità adeguata, che essa introduce nell'ambito della causalità la valutazione della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, così anticipando sul piano eziologico-descrittivo la valutazione dell'elemento soggettivo, attraverso uno "scambio di etichette", con il rischio di lasciare in ombra l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale su basi oggettive e scientifiche⁴⁰.

D'altra parte si è considerato che mentre l'adeguatezza o idoneità *ex ante* si misura nei confronti di un evento-tipo astratto e generalizzato, e può quindi ricavarci dalla norma, il fattore eccezionale non è descritto in alcun modo; inoltre il concetto di eccezionalità è relativo, può esserlo per un agente e non per un altro. Il criterio si rivela così eccessivamente approssimativo⁴¹. In tale ordine di idee si è pure sostenuto che la teoria della causalità umana costituisce solo un mal riuscito tentativo di perfezionamento della teoria della adeguatezza; giacché vanta la pretesa di distinguere ciò che è atipico da ciò che è eccezionale senza in realtà riuscire a definire un criterio discrezionale, tanto che essa finisce, sul piano applicativo, col produrre risultati non dissimili da quelli della teoria della causalità adeguata⁴².

Le critiche che sottolineano una certa vaghezza dell'elaborazione di cui si parla colgono il segno. Tuttavia anche tale teoria reca la positiva intuizione che il legame d'imputazione è interrotto quando l'evento

³⁸ GALLO, *Appunti*, cit., p. 121 ss.

³⁹ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 143.

⁴⁰ MORSELLI, *Il problema della causalità*, cit., p. 889; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 188; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 150; PALAZZO, *Corso*, cit., p. 264; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 126.

⁴¹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 372; nello stesso senso, STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1261 ss.

⁴² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 188.

non costituisce la concretizzazione del rischio creato dall'agente. D'altra parte, come è stato perspicuamente osservato, proprio la approssimatività del criterio dell'eccezionalità è probabilmente alla base del suo successo in ambito giurisprudenziale: la teoria consente di conciliare il rigore di fondo di un rapporto causale basato sull'equivalenza delle condizioni con l'esclusione dell'imputazione dell'evento da ottenere, tramite il concetto elastico di eccezionalità, a seconda delle esigenze di giustizia del caso concreto⁴³.

In effetti, come si è accennato, il pensiero dell'Antolisei ha dominato sin dall'inizio la scena ed esercita ancora una rilevantissima influenza soprattutto in ambito giurisprudenziale. La teoria della causalità umana, come si è visto, è pure evocata, in un inciso non poco oscuro, dalla pronuncia delle Sezioni Unite. Essa fornisce una equilibrata concretizzazione del criterio di selezione delle cause sopravvenute cui impropriamente si riferisce l'art. 41, comma 2, c.p. e consente quindi soluzioni appaganti anche in ambito applicativo.

Una più complessa analisi critica della dottrina è partita dalla considerazione che essa si muove con cautela sul terreno della introduzione di elementi di valutazione *ex ante* in ordine alla pericolosità della condotta concreta, volendo rifuggire dal pericolo di contaminare l'imputazione causale con elementi attinenti alla prevedibilità, propri dell'elemento soggettivo del reato: in conseguenza, il punto di vista *ex ante*, già posto in luce dalla teoria dell'adeguatezza, viene utilizzato ma soprattutto a fini teorici, per spiegare le ragioni della mancata imputazione di alcuni fattori eziologici; ma, a livello della concretizzazione dei criteri atti a rendere possibile la selezione delle cause, pone nei fatti un parametro di tipo statistico e quindi di carattere tendenzialmente oggettivo. In effetti il riferimento a fattori eccezionali trova applicazione solo alla luce di intuizioni di tipo statistico. Da questo punto di vista la teoria della causalità umana non differisce sensibilmente da quella dell'adeguatezza e sollecita, nell'ambito della dottrina dell'imputazione oggettiva, la critica di "povertà culturale"⁴⁴ di un criterio che dà una spiegazione troppo parziale e unilaterale delle ragioni della mancata imputazione di un evento, a fronte della molteplicità dei casi considerati; anche se essa costituisce pur sempre un'anticipazione di aspetti delle moderne teorie dell'imputazione oggettiva.

Pare che alcune delle critiche prospettate colgano nel segno. Come si è accennato, la teoria per la sua vaghezza, per la sua eclettica adattabilità, ha esercitato ed esercita notevole influenza sulla giurispru-

⁴³ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 373.

⁴⁴ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 297 s.

denza, consentendo di dare rivestimento teorico a pronunzie ispirate da esigenze di equità. Essa, tuttavia, non fornisce quasi mai uno strumento penetrante per la spiegazione delle reali ragioni della decisione. Questa affermazione sarà meglio chiarita nel prosieguo, quando saranno analizzate le più importanti sentenze che, facendo applicazione dell'art. 41, capoverso, hanno ritenuto l'interruzione del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento. Tuttavia, appare importante evidenziare sin da ora che il concetto di eccezionalità si fonda su un approccio di tipo statistico (la condizione rarissima) che non dice nulla sulle relazioni esistenti tra le condizioni considerate. Esso è quindi vuoto di contenuto e rischia di divenire persino fuorviante quando viene utilizzato in modo astratto, categoriale; come, ad esempio, quando si afferma che gli errori del medico non sono mai eccezionali e quindi mai interrompono il nesso di condizionamento. Non stupisce quindi che la teoria della causalità umana, confrontata con le sue applicazioni, si riveli deludente; e finisca col tradire le potenzialità espresse nel capoverso dell'art. 41 c.p. nella direzione della riconduzione della causalità alla sua dimensione giuridica. In realtà i fattori interruttivi non sono quasi mai eccezionali, ed anche quando lo sono non è nella loro improbabilità che risiede la chiave del giudizio causale. D'altra parte, il carattere eccezionale della condizione sopravvenuta non vale ad escludere la relazione causale quando l'agente è chiamato a fronteggiare proprio un rischio eccezionale: il tecnico che ha installato in modo improprio un parafulmine non potrebbe invocare l'eccezionalità del fulmine per escludere l'imputazione oggettiva delle conseguenze determinate da un evento del genere.

4. La selezione dei fattori causali alla luce delle leggi scientifiche e delle generalizzazioni esperienziali

L'eccezionalità quale chiave di volta per l'individuazione dei casi nei quali la condizione sopravvenuta abbia effetto interruttivo del nesso causale è stata ripresa su diverse basi nella dottrina più recente. Si è partiti dall'adesione alla concezione scientifica della causalità, sorretta da generalizzazioni scientifiche universali o statistiche o altrimenti dal sapere probabilistico, non sorretto da irreperibili leggi statistiche e tanto meno universali, ma pur sempre scientifico perché razionalmente fondato sulle conoscenze di specifiche scienze quali quelle sociali o su esperienze generalizzanti, cioè le cosiddette massime d'esperienza. L'azione è causa dell'evento quando, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, l'evento è conseguenza certa o altamente probabile dell'azione. In tale quadro, per aversi im-

putazione causale dell'evento, occorre che esso, anche quando l'azione umana ne sia *condicio sine qua non*, non sia conseguenza altamente improbabile della stessa, cioè eccezionale. Infatti, si sostiene, l'azione può essere condizione necessaria, certa di un evento che rispetto ad essa si presenta pur sempre, secondo le leggi di successione dei fenomeni, del tutto eccezionale. Così, ad esempio, nel caso del ferimento e morte da crollo dell'ospedale per terremoto; o dell'evento infausto da *shock* anafilattico da Tac con mezzo di contrasto, in percentuale di due per diecimila. Il ricorso al sapere generalizzante consente di "obiettivizzare" la causalità distinguendola dalla colpa e di soddisfare, quindi, il principio di tassatività e di certezza giuridica e di ridurre il libero apprezzamento del giudice fondato sul metodo individualizzato o su inaffidabili generalizzazioni del senso comune⁴⁵.

Nello stesso ordine di idee si è considerato che, per chi adotta la soluzione della spiegazione causale degli eventi mediante la sussunzione sotto leggi di copertura, l'art. 41, capoverso, può essere interpretato come espressione di un'esigenza di delimitazione dell'equivalenza delle condizioni proprio attraverso il ragionevole impiego delle leggi scientifiche. È quindi esclusa la riferibilità dell'evento a quei fattori condizionanti che rimangono estranei ad una spiegazione scientifica, esauriente e ragionevole, dell'evento stesso. Così, nel caso di processo flogistico seguito da setticemia dovuta a trascuratezza del ferito, tale ultimo evento non sarebbe spiegabile senza risalire alla superficiale ferita che ha innescato il processo flogistico; mentre, nel caso del ferito che muore per errore trasfusionale, l'evento è spiegabile senza ricorrere al ferimento⁴⁶.

Sezione II

LA TEORIA DEL RISCHIO

5. *La teoria del rischio*

Rispetto alle elaborazioni sin qui prospettate, la teoria del rischio costituisce un'innovazione che pare persuasiva e feconda sotto diversi punti di vista. Essa consente in primo luogo di tematizzare il compo-

⁴⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 154 ss.

⁴⁶ PALAZZO, *Corso*, cit., p. 269.

to ambito confusamente adombrato dal capoverso dell'art. 41 c.p. Si è visto che è da escludere che il codificatore intendesse fare riferimento ad una serie causale del tutto autonoma; giacché, attesa la logica autonomia di tale distinta catena causale, la norma apparirebbe un'inutile ripetizione: se la causa sopravvenuta da sola sufficiente fosse quella che opera a prescindere da ogni connessione logica con l'azione del responsabile, l'esclusione del nesso causale deriverebbe dalla mera applicazione del criterio della *condicio* ai sensi dell'art. 40, comma 1. Occorre dunque ritenere che l'imperfetto riferimento ad un fattore da solo sufficiente debba essere inteso come l'evocazione di una condizione che, sia pur operando congiuntamente con la precedente condotta umana e con le altre condizioni preesistenti, nel concreto sviluppo dell'iter causale assume una rilevanza preponderante, travolgendo, per così dire le implicazioni causali insite nell'andamento delle precedenti condizioni. La norma, dunque, assolve ad una funzione di limitazione della portata del principio di equivalenza causale enunciato nel precedente art. 41, comma 1 (*amplius*, cap. II, § 3).

Le dottrine che tentano di spiegare e definire tali cause "preponderanti" come atipiche o eccezionali, se colgono il ruolo limitativo della disposizione, apportano criteri quanto mai vaghi per sceverare i casi dubbi; e non offrono uno strumento comparabile con la teoria del rischio nell'analisi, in chiave normativa, delle sequenze delle catene causali in un modo che consenta di soppesarle nell'ottica delle finalità dell'ordinamento e dell'equità e razionalità delle soluzioni applicative.

Il *quid pluris* di tale teoria, pur nelle sue incertezze applicative, è comunque quello dell'individuazione del rischio quale chiave di volta per la lettura degli intrecci causali, nella prospettiva di giungere ad un'analisi del fatto che spieghi gli eventi alla luce del punto di vista che interessa all'ordinamento; e consenta di stabilire se l'agente considerato di volta in volta ne sia l'autore, ne porti la paternità dal punto di vista del diritto e quindi con un'inflexione normativa, valutativa.

Si tratta di un approccio che è stato efficacemente condensato ravvisando la necessità di superare una visione monistico-deduttiva del problema della concause e di prendere consapevolezza della tassatività solo apparente di nozioni come eccezionalità, imprevedibilità, rarità di una causa o di un rischio. Infatti tutto e nulla è prevedibile a seconda del grado di concretizzazione delle conoscenze nomologiche ed ontologiche *ex ante*, in relazione alla descrizione dell'evento e del concreto rapporto causale. La prevedibilità è massima al livello astratto, perché anche la caduta di un fulmine o il verificarsi di un terremoto si possono astrattamente prevedere. Lo stesso impiego di criteri statistici è impraticabile, perché di troppi fenomeni non possediamo una misura statistica; ed è fallace perché resta ancorato al piano dell'essere che

non aiuta a risolvere problemi d'imputazione che attengono alla sfera del dover essere: per chi ha male installato o manomesso un parafulmine evidentemente non vale nessun argomento sulla eccezionalità statistica del verificarsi dell'evento reso possibile dalla sua condotta. In conseguenza, pensare che la giurisprudenza, nel giudicare ciò che è eccezionale o imprevedibile, utilizzi veramente parametri statistici è un grave abbaglio. Spesso il punto di vista *ex ante*, lo stesso giudizio di prevedibilità compiuto riportandosi al tempo della condotta concreta, non riesce a fornire elementi validi se non viene ulteriormente concretizzato attraverso diversi punti di vista, per valutare l'imputazione di rischi insorti soltanto dalle conseguenze dell'azione, anziché dall'azione stessa e non prevedibili in concreto al tempo di questa. Si tratta di un aspetto fondamentale di tutta la problematica dell'imputazione oggettiva che più inerisce ai casi pratici; e che può essere analizzato ricorrendo alla tipizzazione interpretativa di ipotesi quale procedimento necessario per concretizzare norme di grande vaghezza come l'art. 41, comma 2, c.p.⁴⁷.

Del resto, come si avrà modo di evidenziare meglio in prosieguo (sez. III), la giurisprudenza si è trovata moltissime volte davanti al problema della portata dell'art. 41 capoverso, sempre tematizzando la disposizione in termini di atipicità, imprevedibilità o eccezionalità. Formule ripetute con insistenza quale sommaria premessa per escludere che le cause dalle difese ritenute "preponderanti", e tali quindi da superare la rilevanza del fattore causale costituito dalla condotta dell'imputato, lo fossero effettivamente. In alcuni casi, tuttavia, la Corte è giunta a ritenere che la condotta sopravvenuta avesse un effetto interruttivo ed assumesse su di sé tutto il peso della causalità, ed ha argomentato, secondo consuetudine, in termini – appunto – di eccezionalità ed imprevedibilità. Tuttavia, come si accennato e sarà meglio chiarito più avanti, se ci si spinge ad esaminare con qualche attenzione i casi concreti esaminati, ci si avvede che tali argomentazioni sono insoddisfacenti. Proprio partendo dall'analisi della giurisprudenza, si tenterà di dimostrare che ben più utile appare la chiave di lettura indicata dalla teoria del rischio.

Occorre aggiungere che vi sono situazioni nelle quali si evidenziano istanze di limitazione dell'imputazione che, neppure con un grande sforzo, possono essere ricondotte all'ambito del concorso di cause e di fattori eccezionali sopravvenuti. Si tratta dell'ambito del rischio lecito e soprattutto delle aree di rischio e di responsabilità nelle situazioni complesse: contesti nei quali l'esigenza di giungere ad un giudizio di

⁴⁷ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 368 ss.

attribuzione di paternità dell'evento che rifugge dalla ricerca di capri espiatori richiede di definire le sfere di competenza e le connesse sfere di responsabilità. Emblematico al riguardo il contesto della sicurezza del lavoro (*amplius*, § 16). Qui la dottrina del rischio manifesta un ruolo di interpretazione della realtà le cui potenzialità non sono state ancora pienamente colte. Essa opera già sul piano dell'imputazione oggettiva dell'evento, consentendo di separare, appunto, ruoli e responsabilità.

Si tratta, allora, di tratteggiare le linee di tale teorizzazione che, ampiamente diffusa nella dottrina tedesca ove è sorta⁴⁸, trova ormai crescente accoglienza in Italia⁴⁹; con la precisazione che, sebbene ne siano consolidati i tratti essenziali, vi è su aspetti specifici diversità di opinioni. L'esposizione che segue tenterà di dare conto anche di talune diversità, senza pretesa di completezza, ma solo per tratteggiare sommariamente gli ambiti nei quali la dottrina del rischio si presenta quale utile chiave di analisi.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, si è rilevato che la normativa che in via generale fornisce una definizione del rapporto causale e tenta di delinearne i limiti di rilevanza svolge una importante funzione orientativa, ma non può precludere integrazioni desumibili dalle esigenze di una funzione repressiva avvertita come giusta ed equilibrata. A tale fine tende la teoria dell'imputazione oggettiva fondata sulla valutazione del rischio. La constatazione dell'esistenza del nesso di condizionamento non è sufficiente, sul piano oggettivo, all'attribuzione del fatto, essendo invece necessario che la condotta abbia determinato o incrementato un pericolo giuridicamente riprovato; e che tale pericolo si sia effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell'evento. Creazione del pericolo e realizzazione del rischio sono –

⁴⁸ L'iniziatore riconosciuto ne è ROXIN. Le sue linee di pensiero sono sintetizzate in *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Esi, 1998, p. 83. Recentemente, una efficace sintesi dell'origine e degli sviluppi della teoria in FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, p. 945.

⁴⁹ Senza pretesa di completezza, DONINI, *Lettura sistematica delle teorie della imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1115; ID., *Illecito e colpevolezza*, cit.; ID., *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, 1996; ID., *Imputazione oggettiva*, cit.; CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 881; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989; CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Indice pen.*, 2001, p. 1063; ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit.; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 376 ss.

quindi – i due requisiti dell'imputazione oggettiva; ed il nesso d'imputazione si caratterizza come nesso di rischio⁵⁰. L'ordinamento giuridico, in quanto finalizzato a prevenire eventi offensivi, mira ad orientare il comportamento degli uomini; ma la vita stessa mostra che è spesso necessario affrontare alcuni rischi che sono quindi leciti. Il diritto penale non può vietare la produzione di eventi che siano lo sviluppo di un rischio lecito.

La delimitazione del rapporto meramente condizionalistico e quindi l'imputazione oggettiva si lascia ricondurre (per ripetere un'espressione particolarmente felice) ad una doppia radice teleologica: lo scopo di prevenzione generale proprio delle norme penali nel loro complesso; lo scopo specifico della singola norma nel quadro del sistema⁵¹.

La prima radice di esclusione dell'imputazione obiettiva sta nell'impossibilità di attualizzare la funzione preventiva delle norme nei confronti del comportamento tenuto dal soggetto. Il rischio è lecito sin dall'origine, secondo una valutazione che si può indicare come *ex ante*. Al contrario, la seconda radice può essere apprezzata solo con riguardo all'evento specifico che si è poi verificato. Una condotta che in principio appariva illecita perché rischiosa risulta poi inoffensiva in rapporto alla causazione dell'evento concreto, perché alla luce di questo – dunque in una valutazione *ex post* – si avverte che non vi è stato sviluppo della situazione originaria di rischio. In tali casi l'agente potrà rispondere a titolo di tentativo o per la violazione della norma cautelare, e non potrà invece rispondere per l'evento⁵².

Così delineate le linee essenziali di tale dottrina, occorre un poco approfondirne le coordinate e soprattutto individuare gli ambiti di situazioni problematiche cui essa si rivolge, fornendo una chiave di lettura per l'analisi e la soluzione di contesti incerti di grande interesse anche pratico. Non prima di aver chiarito la collocazione dell'indagine sul rischio che fonda l'imputazione oggettiva sia rispetto alla causalità condizionalistica, sia rispetto alla sfera della colpevolezza: dopo l'accertamento della causalità in senso nomologico-condizionalistico e prima che si pongano problemi di concause sopravvenute in senso stretto, occorre avere chiarito se la condotta concreta abbia posto in essere “un rischio già qualificabile come illecito, secondo una prospettiva *ex ante*”. Dopo la causalità nomologica, quindi, viene al livello dell'elemento oggettivo della tipicità, la valutazione della rilevanza del rischio attivato e solo successivamente, sul piano logico, si può porre la

⁵⁰ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 376 s.

⁵¹ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 780.

⁵² PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 784.

questione della realizzazione nell'evento di quello specifico rischio disapprovato: che costituisce il tema centrale delle moderne teorie dell'imputazione oggettiva⁵³.

La dottrina del rischio sembra in grado di resistere alle critiche che più frequentemente le vengono mosse. Una censura è quella di elaborare una costruzione attorno ad un problema, quello della causalità giuridica volta a ridimensionare l'imputazione condizionalistica, che nell'ordinamento italiano è però affrontato dall'art. 41, capoverso⁵⁴. A tale obiezione sembra possibile replicare richiamando la già ripetutamente prospettata indecifrabilità della formula codicistica. Essa evoca, intuisce, un problema (quello della causalità giuridica, appunto) che tuttavia non riesce né a definire né a risolvere. E si confida che l'inutilizzabilità della formula legale emerga in modo ancora più chiaro dall'analisi delle applicazioni giurisprudenziali (*amplius*, sez. III). D'altra parte, proprio l'esistenza della disposizione in questione pare segnali un'esigenza del sistema: quella di una più penetrante definizione del criterio normativo d'imputazione del fatto che superi, corregga gli effetti del criterio rigidamente condizionalistico.

L'altra critica già accennata è quella di anticipare impropriamente sul piano della causalità un problema che riguarda invece l'imputazione soggettiva, quello della prevedibilità dell'evento nella colpa. Si tratta di una tesi che, per quanto autorevole, non sfugge ad un'obiezione cui si è già fatto cenno (cap. III, § 2): la difficoltà di trasferire sul piano applicativo una sofisticata teorica che riconduce il dolo alla colpa, nonostante si sia in presenza di figure che presentano irriducibili diversità strutturali.

La dottrina del rischio ha, tuttavia, un aspetto sicuramente criticabile, costituito dalla sua complessità. Come è stato osservato⁵⁵, vi sono confusamente raccolti molteplici argomenti, come se fossero criteri legali, elementi di diritto positivo, mentre essi non costituiscono altro che meri luoghi argomentativi, figure di un pensiero problematico che muove dai casi. Tutto ciò ha condotto ad eccessi di normativismo. Vi è dunque un'esigenza di semplificazione della materia.

Il contributo che qui si intende dare a tale istanza è quello di leggere alla luce della teoria gli esiti della giurisprudenza, i casi che si sono prospettati nella realtà, per comprendere se la dottrina del rischio possa corrispondere ad esigenze di razionalità ed equità del sistema per ciò che attiene all'imputazione dell'evento in situazioni e contesti alta-

⁵³ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 414, 418 s.

⁵⁴ Così, particolarmente, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 130.

⁵⁵ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 149.

mente problematici. La dimostrazione che si spera di dare è che la capacità di tematizzare situazioni tradizionalmente controverse, risolvendo problemi teorici ed applicativi, accredita la validità complessiva della teoria.

Ancor prima, però, preme di segnalare l'importanza della teoria del rischio ed i diversi ruoli che essa è chiamata ad interpretare. Lo stato delle cose è stato recentemente colto con sintesi efficace. Si è in primo luogo evidenziato che non è tanto una precisa nozione sistematica che collega le principali questioni che attengono all'imputazione oggettiva, ma un principio: quello di responsabilità per fatto proprio. Perché il principio diventi diritto è però necessario che sia tradotto in qualche regola e in qualche categoria. L'imputazione oggettiva è stata pensata per rendere giuridicamente operativa la valenza politica di quel principio⁵⁶. Essa riguarda la produzione di un rischio illecito quale premessa della responsabilità penale e la sua realizzazione nell'evento quale requisito per l'imputazione del fatto: suo oggetto specifico è dunque il rapporto di rischio tra una condotta ed un evento. La dottrina studia l'attribuzione di un risultato al soggetto come opera sua e quindi come fatto proprio, e si propone di distinguere l'ambito di responsabilità di chi agisce rispetto alle sfere di competenza del caso, della vittima o di terzi, tali da attrarre a sé la spiegazione giuridica esclusiva di un evento lesivo o pericoloso pur prodotto o condizionato dal soggetto agente⁵⁷. La portata pratica della categoria e dei problemi che affronta è circoscritta ad incriminazioni specifiche: lesioni ed omicidio, altri reati colposi di evento, reati fallimentari, delitti dolosi a forma vincolata o con evento a distanza. In tali ambiti essa presenta aspetti di sicura rilevanza pratica anche se non ricorrenti nella quotidianità del processo: non si accertano questioni di imputazione oggettiva con la costanza con cui si accerta l'elemento oggettivo essenziale ad ogni reato. La stessa causalità emerge come problema solo in poche fattispecie⁵⁸. Peraltro, se si parte dal principio di responsabilità per fatto proprio e se ne individua la piena autonomia dal principio di colpevolezza, si apre uno scenario nuovo. Sul piano dogmatico l'imputazione oggettiva affronta in parte alcune questioni relative a tutti i reati e nel far ciò eredita alcune funzioni delle vecchie teorie dell'azione, della causalità adeguata, dell'adeguatezza sociale ed alcuni temi in passato trattati nell'ambito della colpa. La colpa non ne risulta svuotata ma solo depu-

⁵⁶ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 12.

⁵⁷ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 154.

⁵⁸ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 156.

rata dell'ingombrante fardello del rischio consentito e per il resto più soggettivizzata⁵⁹.

Sul piano politico la teoria mira a definire, col principio di responsabilità per fatto proprio, spazi di libertà di fronte alla minaccia di responsabilità per la causazione, circoscrivendo il penalmente rilevante in modo da affrancarlo da forme di responsabilità maggiorata in ragione della malvagità delle intenzioni, in aderenza al principio di laicità. Vengono così individuate, sia nei reati omissivi che in quelli omisivi, le sfere di competenza dell'autore di un reato e quelle che appartengono alla vittima o ai terzi, promuovendo la soluzione di tematiche come quelle dei danni a distanza e del principio di autoresponsabilità della vittima⁶⁰.

Sul piano culturale l'elaborazione della categoria si è accompagnata ad uno stile argomentativo articolato, che utilizza diversi *topoi*, diversi magazzini di argomentazioni per la soluzione dei casi, ben oltre la cultura statistica del rischio concepito dalle teorie dell'adeguatezza; e privilegia questo stile nuovo rispetto a quello logico-deduttivo della tradizione tecnico-giuridica. Tuttavia non si tratta solo di un insieme di *topoi*, perché questa impressione era vera al sorgere della teoria, quando aumento del rischio, diminuzione del rischio, rischio generico dell'esistenza, atipicità dei decorsi causali, scopo di tutela della norma, principio di autoresponsabilità, divieto di regresso, erano tutti modi per argomentare la soluzione di casi che ponevano problemi di valutazione normativa del rischio, non dell'elemento soggettivo, e per questo sono stati allocati nel contenitore dell'imputazione oggettiva. La trattazione ha però dimostrato che vi è un nucleo di dogmatica fondamentale che l'imputazione oggettiva aiuta a valorizzare, rendendo possibili mediazioni insospettite fra la tradizione e le evoluzioni più moderne. E tuttavia lo stile argomentativo della teoria è più vicino alla giurisprudenza degli interessi che non a quella dei concetti, è aperto e sensibile al problema più che al sistema⁶¹.

Infine, sul piano pratico ed operativo la teoria non mira solo ad inquadrare meglio i casi facili, ma anche a risolvere un ventaglio di casi problematici importanti, relativi ad alcune fattispecie o tipologie di reati, ovvero a questioni di impatto pratico modesto solo per la minore frequenza dei casi, come ad esempio i problemi di interruzione dell'imputazione causale rispetto a cause sopravvenute⁶².

⁵⁹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 156.

⁶⁰ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 157.

⁶¹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 158.

⁶² DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 159.

Si tratta di riflessioni dalle quali è difficile dissentire. Esse esprimono la multiforme attitudine della teoria: la capacità di ricondurre ad unità i *topoi*, in un denso nucleo dogmatico; al contempo, l'attitudine a fornire una chiave di lettura di casi complessi, con una speciale attenzione alla prassi ed ai reali problemi che essa genera; la capacità d'interpretare la vocazione del moderno diritto penale ad esprimere già sul piano dell'illiceità obiettiva un giudizio di paternità, di attribuzione dell'evento alla condotta umana.

Lo stesso tema è stato altrettanto persuasivamente letto mostrando che la teoria elabora nuovi paradigmi per analizzare difficili casi pratici che scaturiscono dalla prassi e dalla società contemporanea. Ma essa non rielabora solo *topoi* eterogenei. Piuttosto, combinando insieme presupposti ontologici della responsabilità penale e punti di vista a carattere normativo-valutativo, mostra in modo esplicito la dimensione valutativa della causalità giuridica: non essendo il penalista un fisico o un epistemologo di professione, il nesso causale interessa pur sempre quale presupposto di un'ascrizione giuridica che si sintetizza nell'attribuzione di un evento all'uomo come sua opera. È quindi inevitabile l'intrusione di componenti valutative: il rapporto causale in senso condizionalistico, se riflette di regola il potere di dominio dell'agente sull'evento, non lo esprime sempre, essendovi casi problematici nei quali il nesso condizionalistico non rispecchia l'idea che l'evento è opera dell'agente o è comunque di ardua ricostruibilità⁶³.

6. *La prima radice: la creazione del pericolo*

Il riferimento al primo requisito cui si è fatto cenno, quello della natura del rischio, consente di escludere l'imputazione quando la condotta non ha determinato un pericolo obiettivamente riprovato dall'ordinamento, oppure quando l'azione ha influito sulla produzione dell'evento ma rimane entro i limiti di un rischio non giuridicamente apprezzabile o comunque consentito dall'ordinamento.

La persuasività della dottrina di cui si parla si mostra completamente per l'attitudine a spiegare le ragioni dell'irrilevanza penale della condotta nei casi, cui si è già fatto cenno, del servo e del padrone nel bosco e del nipote che manda in viaggio lo zio: in tali casi, si configura senz'altro il nesso di condizionamento ed è altresì presente il dolo, tuttavia l'imputazione è esclusa poiché si è in presenza della produzio-

⁶³ FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, cit., p. 946 s.

ne di un rischio (il viaggio aereo o la gita nel bosco) privo di una qualche consistenza, un rischio ordinario della vita⁶⁴. D'altra parte, le obiezioni mosse contro l'inverosimiglianza delle ipotesi in questione non pare colgano veramente nel segno. La teoria dell'imputazione normativa nasce proprio per offrire una razionale spiegazione di casi atipici, per la copertura di spazi vuoti, cui la teoria condizionalistica non è in grado di piegarsi. D'altra parte l'esame della prassi mostra casi (il caso delle Fosse ardeatine, quello della moglie maltrattata – §§ 25 e 26 –) in cui, pur in presenza del dolo, le aberrazioni nell'andamento del processo causale sviluppatosi a distanza determinano una cesura tra rischio iniziale e rischio realizzato, così mostrando anche in tale ambito l'utilità dell'analisi degli accadimenti alla luce del rischio.

Il rischio è consentito in situazioni tipiche quali l'incontro di pugilato, le cui regole ammettono la liceità di comportamenti che possono essere pericolosi per la salute e perfino per la vita. In tale caso, se si verifica un evento lesivo nonostante l'osservanza delle regole, non vi è alcun reato, neanche se il pugile ha agito con lo scopo di provocare il danno. Allo stesso modo, nell'ambito della professione medica, il chirurgo che operi in presenza di tutte le indicazioni per l'intervento e rispettando le regole dell'arte non risponde della morte del paziente, neppure se l'evento era prevedibile o addirittura previsto⁶⁵.

Un analogo rischio consentito viene ritenuto quello comune della vita, che si può incontrare nel compiere le più svariate condotte non disciplinate espressamente dal diritto e perciò soggette soltanto ai giudizi di conformità alle regole sociali di diligenza, prudenza e perizia⁶⁶. L'area coperta da tale sfera di rischio è stata delineata osservando che c'è un complesso di rischi che, visti *a posteriori*, altro non sono che concause di un possibile evento, i quali vengono esclusi da ogni selezione finalizzata ad un giudizio di responsabilità penale, senza che per spiegare ciò siano invocabili precise cause di giustificazione codificate, le quali fungono talora solo da presupposto in ordine alla liceità di base dell'attivazione del rischio, ma non rispetto alla liceità dell'evento derivatone, che resta un risultato impedibile e non consentito. Esiste cioè una soglia di rischio lecito o consentito la quale non giustifica, tuttavia, l'evento lesivo come fatto legittimo o "giusto" cioè "giustificato" e non impedibile, a differenza del risultato lesivo cagionato nel-

⁶⁴ Così ad esempio, ROMANO, *Commentario*, cit., p. 375; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 781.

⁶⁵ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 780.

⁶⁶ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 781.

l'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (o di una scriminante in senso stretto). Non si tratta perciò dell'intervento di scriminanti. Il miglior criterio euristico per individuare la soglia di rilevanza di un rischio attivato è quello che rinvia o meno all'esistenza di norme sociali di prudenza o diligenza (esigibili da qualcuno al più elevato e obiettivo livello, non necessariamente esigibili dal singolo agente) oppure, in ogni caso, all'esistenza di centri d'imputazione istituzionali ed esclusivi rispetto a quel tipo di rischi. Questi criteri valgono già a selezionare *ex ante* i rischi che non possono fondare nessun tipo d'imputazione in un contesto lecito e come tale atipico. Ad esempio: il suicidio prevedibile rispetto ad un ingiusto abbandono da parte del coniuge; l'abuso di alcolici o psicofarmaci rispetto alla loro vendita legittima; il verificarsi (statisticamente prevedibile) di incidenti automobilistici, risse, violenze, ecc. connessi alla inevitabili condizioni alcoliche di alcuni partecipanti ad una sagra del vino, rispetto agli organizzatori della manifestazione; rispetto ai responsabili della società autostradale, il verificarsi di morti o lesioni a seguito di incidenti prevedibili in occasione di un esodo per le vacanze⁶⁷.

Per esemplificare ulteriormente: un prodotto farmaceutico può produrre effetti collaterali debitamente segnalati e conformi alle valutazioni di accettabilità dell'autorità di controllo; un intervento chirurgico eseguito *lege artis* ed oggetto di consenso può determinare effetti collaterali lesivi. In ambedue i casi la vendita o l'intervento rimangono leciti perché si è in presenza di una condotta pericolosa autorizzata: è quindi preclusa l'ascrizione dell'evento ancor prima che venga in questione una causa di giustificazione⁶⁸.

Ancora, chi vende regolarmente alcool in una festa può prevedere che alcuno ne abusi, ma non è competente per il rischio nella circolazione stradale che ne deriva. Chi, essendovi istituzionalmente tenuto, trascuri i controlli sulla velocità dei veicoli potrà avere una responsabilità politico-amministrativa, ma non penale per i singoli eventi, salve ipotesi particolari di violazione di specifici obblighi⁶⁹.

All'area del rischio consentito viene pure ricondotto il principio di affidamento: anche se l'esperienza insegna che gli altri uomini commettono errori, e magari agiscono dolosamente, rimane in larga misura lecito affidarsi alla convinzione che essi agiranno in modo corretto. Il rischio che ne deriva è un rischio lecito. Perciò, salvi casi nei

⁶⁷ DONINI, *Teoria generale del reato, un'introduzione*, Cedam, 1996, p. 267 s. e nt. 21 a p. 268.

⁶⁸ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 48 ss.

⁶⁹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 49.

quali l'agente, a causa della particolare posizione rivestita, aveva un obbligo di prevenire anche il comportamento illecito altrui, l'aver reso possibile ad altri, fuori dei casi di concorso doloso o colposo, la realizzazione di un reato non comporta responsabilità per il soggetto⁷⁰. Il principio si articola, in breve, attorno ad un intreccio di aspettative, che si presta ad esser letto proprio come la delineazione di una serie di sfere di competenza e di responsabilità in relazione alla gestione, ammessa dall'ordinamento, di situazioni rischiose. Tipico di questa tendenziale separazione di ruoli e responsabilità è il contesto del lavoro in *équipe*.

Una limitazione di responsabilità dovuta alla liceità del rischio si rinviene anche nell'impossibilità d'imputare certi rischi a chi non sia garante del bene posto in pericolo. Di tale principio è espressione il capoverso dell'art. 40 c.p. per il quale alla positiva causazione di un evento è equiparato il non impedirlo, quando però sussista un obbligo giuridico d'impeirlo, cioè di garantire il bene protetto⁷¹. Tale questione si pone anche in una prospettiva ben più ampia. In alcuni contesti, come sarà meglio evidenziato nel prosieguo, il ruolo del garante viene evocato anche al di fuori della causalità omissiva: qui il termine designa un soggetto che è per così dire gestore esclusivo del rischio ed al quale l'evento può essere ascritto (*amplius*, § 16).

Il medesimo risultato di esclusione dell'imputazione oggettiva si consegue nell'ambito delle condotte che hanno influenzato il concreto prodursi dell'evento, ma hanno agito su un decoro causale in atto, evitando o ritardando il prodursi di un evento più grave. Qui si è in presenza di una diminuzione del rischio e quindi la condotta non è conforme al tipo, poiché il senso delle norme non è quello di vietare condotte che restringono il rischio di eventi dannosi. La soluzione di tali situazioni può quindi rinvenirsi già sul piano della tipicità, ancor prima che su quello dell'antigiuridicità e della colpevolezza. L'esempio è quello di chi avverte la vittima del colpo letale che sta per colpirla, consentendole di spostarsi e di subire quindi una ferita lieve; o di chi devia la pietra che sta per colpire la vittima in modo che essa resti colpita in una parte del corpo meno delicata. Oppure, un automobilista tampona un ciclista che, a seguito dell'urto, è diretto verso un burrone e quindi a morte sicura, quando sopraggiunge un'altra auto che lo investe a sua volta procurandogli lesioni, ma evitando la fatale caduta nel baratro. In tali casi non si può dire che l'autore abbia realizzato l'aspetto obiettivo di una lesione personale. La ragione è che il rischio

⁷⁰ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 782.

⁷¹ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 782.

creato è un rischio lecito, in quanto sostituisce un rischio più grave. Perciò la funzione di prevenzione della norma non può imporre di astenersi dalla condotta⁷².

Si è rimarcato che in tali casi la collocazione appropriata del problema è quella della prospettiva *ex ante*: tutti i casi di solito riportati alla figura della diminuzione del rischio si risolvono in realtà in situazioni in cui l'agente ha posto in essere un diverso rischio, anche se di minore entità: pertanto a tale agente va ascritto solo l'evento meno grave. Quanto invece al problema dell'imputazione nei confronti del primo agente che ha innescato il rischio più grave poi non concretizzatosi, si pone il problema se gli possa essere imputato l'evento meno grave realizzatosi in concreto. Qui, si afferma, interviene la prospettiva *ex post* focalizzata sullo scopo di protezione della norma: l'imputazione sarà consentita nei casi in cui il risultato concretamente verificatosi appartiene comunque al novero di quegli eventi che la norma cautelare violata era diretta ad evitare e costituisce, quindi, sviluppo di uno dei rischi che la regola di diligenza trasgredita si proponeva di scongiurare⁷³.

Tale soluzione dei casi di diminuzione del rischio, collocata nell'ambito dell'imputazione oggettiva, non è tuttavia concorde neppure tra gli autori che in tale teoria si riconoscono. Si osserva che il caso dell'azione salvifica non può essere risolto sul piano della tipicità, giacché essa non postula che si debba accertare altresì, in via puramente oggettiva, se l'azione non abbia per ipotesi contribuito ad alleviare le conseguenze quali sarebbero derivate, secondo una causalità alternativa, dalla mancanza della condotta medesima. La diminuzione del rischio desunta da un accertamento di causalità ipotetica non elide certo la realtà di un contributo causale adeguato al verificarsi di una lesione effettiva e non ipotetica. Si sostiene, quindi, che la problematica deve trovare soluzione sul piano della colpevolezza, sulla base di valutazioni che tengano conto dell'atteggiamento soggettivo dell'agente. Ad esempio, qualora l'intenzione fosse solo salvifica, manca il dolo nel caso in cui l'agente confidava di poter impedire del tutto il verificarsi dell'evento; oppure si configura una scriminante (soccorso di necessità, consenso presunto del soggetto passivo) reale o putativa. La colpevolezza non è comunque certamente esclusa nel caso di condotta destinata solo a ridurre la portata delle lesioni, giacché la circostanza che l'azione sia stata sostenuta anche dal fine di evitare un

⁷² PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 782; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 375.

⁷³ CORNACCHIA, *Il concorso di cause*, cit., p. 691.

danno più grave che, in sua assenza, si sarebbe sicuramente prodotto, non elimina il dolo di cagionare comunque un evento tipico, per quanto meno lesivo⁷⁴.

Le critiche di cui si è fatto cenno sono state recentemente di nuovo prospettate osservando che la formula “diminuzione del rischio” é ambigua, giacché si dovrebbe chiarire con quale fine il soggetto ha agito: se si diminuisce un rischio lecito, ad esempio individuando accorgimenti per attenuare il pericolo di incidenti sul lavoro, ma senza regolarizzare veramente gli impianti, per meglio continuare nella situazione antiggiuridica, si risponde ugualmente dell’evento che ne sia conseguito. In sintesi, nelle vere azioni di salvataggio non si è in presenza di un criterio oggettivo di imputazione di tipo generale, giacché la soluzione muta radicalmente a seconda del fine con il quale la condotta è posta in essere⁷⁵.

Comunque, l’imputazione non è invece esclusa nel caso in cui l’agente, pur con l’intenzione di salvare un terzo da un danno maggiore incombente, lo espone ad altro pericolo da lui autonomamente creato che si realizza nel concreto evento; come nel caso in cui una persona, per salvare un bambino dall’incendio della casa, non potendo portarlo con sé nella fuga per ragioni insuperabili, lo getta nelle braccia dei vicini che si trovano in strada, con il risultato di lesioni solo assai lievi. In tale caso il fatto del soccorritore è opera sua e presenta quindi i tratti di un fatto tipico, che rimane scriminato per effetto di una causa di giustificazione⁷⁶.

7. La seconda radice: la realizzazione del rischio

Come si è accennato, può darsi che la funzione di prevenzione generale sia stata violata ponendo in essere un rischio illecito e tuttavia l’evento si sia verificato non tanto come sviluppo di quel rischio quanto, secondo la considerazione sociale, per effetto di un rischio diverso e concorrente proveniente da un fatto naturale oppure da un fatto lecito o illecito altrui.

Ai fini dell’imputazione oggettiva, occorre quindi verificare se l’evento concreto si è prodotto con un decorso causale in cui si concretizza il rischio per il bene giuridico tutelato che la regola di diligenza violata si proponeva di contrastare. Solo in tale caso sarà configurabi-

⁷⁴ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 488 ss.

⁷⁵ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 150; ID., voce *Imputazione oggettiva*, cit.

⁷⁶ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 376.

le l'imputazione obiettiva. Tale secondo aspetto dell'imputazione trova quindi il suo fulcro in una valutazione finalistica, nella considerazione dello scopo di protezione della norma⁷⁷. La considerazione dello scopo di protezione della norma viene tradizionalmente ricondotta ad una dimensione politico-criminale: evitare l'inflizione della pena per un fatto al quale non era dedicata la norma penale. L'identificazione dell'ambito di tutela avviene attraverso un doppio canale. Occorre risalire al momento della creazione della regola cautelare violata per analizzarne gli scopi di prevenzione, a tal fine utilizzando il criterio della prevedibilità dell'evento, manipolato in modo alquanto elastico, rientrandovi tutte le conseguenze che non siano situate completamente fuori dell'esperienza umana. Si tratta di porsi in una prospettiva *ex ante*, oggettivata.

Un ulteriore criterio ermeneutico è rappresentato dal parametro della dominabilità, che trova applicazione nei contesti in cui l'evento finale si verifica a seguito di avvenimenti che sfuggono al controllo di chi li ha mediatamente procurati. La dominabilità viene riferita soprattutto alle ipotesi in cui è intervenuto il comportamento illecito del terzo: nessuno è responsabile, tranne ipotesi eccezionali, dell'operato illecito altrui. Il requisito della dominabilità finisce col combaciare con il principio dell'autodeterminazione del terzo, presupposto in ogni individuo capace di intendere e di volere⁷⁸.

In breve, dunque, pure quando si sia di fronte ad un rischio *ex ante* significativo e non consentito, si tratta di accertare se, dopo la realizzazione della condotta, vi sia l'intervento di fattori la cui concausalità è determinante e di significato tale da assorbire la spiegazione giuridica esclusiva dell'evento: fatti sopravvenuti dolosi o gravemente colposi di terzi o della vittima, circostanze fortuite imponderabili e di valore assorbente rispetto alla adeguatezza specifica della condotta iniziale, verificarsi dei nuovi fattori nell'ambito di competenza autonoma di distinti centri d'imputazione che hanno il compito istituzionale di governare tali rischi, come presidi sanitari ed imprese specializzate⁷⁹.

L'esempio più caratteristico è quello della "causa sopravvenuta" secondo il lessico dell'art. 41, capoverso: è il caso ormai ripetuto del ferito vittima di un attentato che muore durante il trasporto in ospedale a causa di un incidente stradale o di un incendio sviluppatosi nell'ospedale. Il rischio implicito in un ferimento non è, salvo casi del tutto particolari, quello che la vittima muoia in un incidente stradale o durante

⁷⁷ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 377; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 434 ss.

⁷⁸ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 914 ss.

⁷⁹ DONINI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 257.

un incendio. Per meglio dire, non si può pensare che la norma che vieta i ferimenti abbia come scopo anche quello di salvare le vittime del ferimento dai normali incidenti stradali o dagli incendi che possono verificarsi negli ospedali. Questa diversa rilevanza dello scopo della norma si riscontra anche quando si è in presenza di una norma cautelare con una finalità specifica. Ad esempio, il conducente di un'auto non tiene la destra e in conseguenza investe un bambino che cade improvvisamente da un balcone. L'investimento non si sarebbe verificato se il conducente avesse occupato l'opposta semicarreggiata, tuttavia un evento di tale genere non costituisce uno dei possibili pericoli che costituiscono la ragion d'essere della norma sulla circolazione stradale. Analogamente nel caso dell'autista che, circolando in modo irregolare, ad esempio spostandosi sulla sinistra, fa schizzare un sasso che colpisce alla testa un pedone; o nel caso del conducente che sorpassa con manovra audace un altro automobilista che, spaventatosi, muore d'infarto. In tali casi si presenta la corrispondenza tra la norma cautelare violata ed il tipo astratto di evento, ma il decorso causale che ha portato all'evento stesso non è ricompreso nella regola di diligenza violata. Il raffronto tra rischio ed evento deve dunque avvenire non con riguardo al tipo astratto di evento, ma allo specifico evento verificatosi, appurando se il decorso causale è ricompreso nella regola di diligenza violata⁸⁰. L'imputazione obiettiva sarà invece configurabile nel caso di lesioni cagionate con dolo omicida oppure a seguito di incidente stradale, quando la vittima muoia in ospedale per una complicità della ferita. Qui si realizza uno dei rischi delle lesioni personali⁸¹.

Dunque, il secondo requisito dell'imputazione oggettiva, quello *ex post*, richiede che il pericolo giuridicamente riprovato, creato o aumentato dalla condotta del soggetto, si sia effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell'evento. Infatti, non può obiettivamente attribuirsi sul piano normativo un evento che deriva causalmente anche dalla condotta esaminata, ma si è in concreto prodotto con un decorso del tutto accidentale, che non costituisce estrinsecazione del rischio originario. Occorre quindi verificare di volta in volta se l'evento, nelle concrete modalità di verifica, è compreso tra quelli che la norma violata si riprometteva di impedire. Nel caso in cui, nell'*iter* causale si inseriscano fattori di rischio ulteriori, che abbiano sopravanzato quello originario, l'imputazione sarà esclusa⁸².

⁸⁰ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 378. Diffusamente FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 507 ss.

⁸¹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 378.

⁸² FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 434 ss.

L'interazione dei due momenti rilevanti ai fini dell'imputazione oggettiva, quello della creazione del pericolo e quello della realizzazione del rischio, è stata delineata con una ricchezza di tratteggio che mostra tutte le potenzialità della dottrina di cui si parla ai fini di una analisi penetrante rispetto alle irripetibili caratterizzazioni delle relazioni causali: la valutazione della pericolosità va concretizzata sulla condotta reale con un giudizio *ex ante* con riguardo al momento dell'inosservanza ed *ex post* con riguardo alla inquadrabilità del risultato concreto nello spazio di quelli contemplati nello scopo della norma. Tale valutazione attiene alla sfera dell'imputazione oggettiva quando (a prescindere dall'atteggiamento della volontà del soggetto) la valutazione concerne sia *ex ante* che *ex post* la selezione dei rischi che non possono venire in considerazione, sia in caso di colpa che di dolo e senza che si tenga ancora conto di una concretizzazione *in bonam partem* della percepibilità di quei rischi, secondo i vari tipi di agente modello⁸³. Non è comunque possibile una rigida separazione dei due momenti *ex ante* ed *ex post*, poiché prima dell'accertamento della sussistenza di un evento almeno apparentemente tipico in rapporto causale con una determinata condotta, un'indagine per così dire teorica sui rischi disapprovati che la condotta attiva e quindi sulla rilevanza del realizzarsi di quei rischi distinti in una pluralità di risultati diversi da quello cagionato sarebbe del tutto scolastica. È per questo che nella tipicità oggettiva tutto il tema dell'imputazione abbraccia contemporaneamente entrambi i detti punti di vista⁸⁴.

8. La compresenza di fattori eziologici illeciti

Volendo tentare di generalizzare gli accenni in tema di compresenza di fattori eziologici illeciti, il criterio guida è sempre costituito dalla congruenza tra i rischi: il fatto illecito altrui non esclude in radice l'imputazione dell'evento al primo agente, che avrà anzi luogo fino a quando l'intervento del terzo, in relazione all'intero concreto decorso causale dalla condotta del primo agente all'evento dannoso conclusivo, non abbia soppiantato il rischio originario creato dal primo agente. Tale sequenza di condotte illecite può atteggiarsi in classi diverse. Una è quella della sequenza tra condotta colposa e dolosa. Sarà configurabile l'imputazione oggettiva ad entrambi gli agenti quando l'origi-

⁸³ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 404 s.

⁸⁴ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 419 s.

naria condotta colposa ha creato un rischio non consentito sul quale si è innestata la condotta dolosa: un albergatore non rispetta la normativa sulle uscite antincendio, sicché quando un estorsore insoddisfatto dà fuoco all'edificio, un ospite muore per la mancanza di vie di fuga. Nel medesimo quadro, l'imputazione al primo agente è esclusa quando la sua condotta colposa costituisce una mera occasione rispetto alla successiva condotta dolosa; quando ad esempio abbia suscitato l'interesse o la decisione del terzo: un cacciatore lascia incustodito il fucile carico, ed un suo compagno l'afferra e lo usa per sparare ad altra persona con la quale ha un alterco. L'imputazione non sarebbe invece esclusa se il cacciatore avesse manifestato già in precedenza propositi violenti⁸⁵.

Altra dottrina, pur riconoscendo una certa utilità del concetto di occasione per decidere casi controversi, riporta la soluzione alla circostanza che il fatto del terzo di per sé non costituisca realizzazione del rischio creato con la condotta del primo agente, nel senso che questa, nelle sue caratteristiche concrete, non permetteva di attendersi con sufficiente probabilità (o comunque con un grado di probabilità rilevante come base di una regola di diligenza) un altrui intervento doloso. Si tratterà di verificare la pericolosità intrinseca della condotta del primo agente in relazione al tipo di evento finale realizzatosi e di verificare in concreto la realizzazione del rischio, prendendo in considerazione non solo gli estremi della catena causale, ma anche gli stadi essenziali dell'accadimento concreto. Ad esempio, se un imprenditore trasgredisce un regolamento che gli impone di schermare dei cavi elettrici ad alta tensione, sarà responsabile della morte di una persona che vi sia stata scagliata contro volontariamente da un omicida? La risposta sarà positiva solo se sarà possibile rinvenire una regolarità causale in base alla quale con una certa probabilità la mancata schermatura dei cavi dell'alta tensione è causa di fatti dolosi di terzi. La risposta negativa a questo interrogativo porterà a concludere che la condotta del terzo ha interrotto la connessione di rischio tra la prima condotta dell'agente e l'evento finale⁸⁶.

Nel caso in cui la condotta del terzo sia di carattere colposo, come si è già accennato, essa non escluderà l'imputazione al primo agente quando questi abbia accresciuto con la sua condotta le probabilità di successo dell'altrui fatto colposo, o più in generale quando l'evento risultante dal fatto del terzo possa dirsi realizzazione sinergica anche del rischio creato dal primo agente: il primo agente lascia incustodito il fu-

⁸⁵ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 383.

⁸⁶ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 588 ss.

cile, che viene per gioco manovrato da un bambino che lascia partire un colpo che colpisce una persona ⁸⁷.

9. *La rilevanza dell'errore colposo del medico quale concausa dell'evento a seguito di lesioni colpose o dolose*

L'approccio sintetizzato, infinitamente più caratterizzato e fecondo rispetto a quello anodino e vago espresso dalla giurisprudenza in termini di eccezionalità od imprevedibilità, è stato esemplificato nel classico contesto problematico dell'attività medica: il tema è quello dell'errore colposo del medico quale concausa dell'evento mortale a seguito di lesioni colpose o dolose. Se si resta nell'ambito della prevedibilità generica ed astratta, la colpa del medico non è sicuramente un fatto eccezionale o imprevedibile. Ma anche la prevedibilità in concreto non contiene in sé in modo esclusivo la chiave per la soluzione. Vengono allora tipizzate alcune ipotesi: A) le lesioni originarie non avevano creato un pericolo per la vita, ma l'errore del medico attiva un decorso mortale che si innesta sulle lesioni di base e le conduce a processi nuovi e letali. B) La colpa del medico consiste in un omesso trattamento, come nel caso di un intervento colpevolmente ritardato o della mancata prestazione delle cure necessarie. C) la colpa del sanitario determina un decorso causale autonomo che interviene nell'ambito di un trattamento diretto ad eliminare il già esistente pericolo per la vita creato dalle lesioni di base, come nel caso in cui, a fronte di un pericolo di morte per dissanguamento, il decesso consegua all'allergia all'anestetico colposamente somministrato, oppure ad un'operazione imperita o particolarmente complessa. D) la colpa interviene nell'ambito di un trattamento reso necessario dalle lesioni, ma si verifica dopo che il pericolo per la vita era già stato debellato da precedenti cure. Tutte tali costellazioni di casi possono verificarsi in modo concretamente imprevedibile al tempo della condotta, cioè prima della possibilità di rendersi conto dell'effettivo rischio realizzato dalle lesioni provocate, ma ciò non è sufficiente per giungere ad un giudizio di irrilevanza eziologica. Nei casi *sub* A e D l'imputazione dell'evento attuerebbe una responsabilità per fatto altrui: in quello *sub* A la causa sopravvenuta non introduce una serie eziologica autonoma, ma crea un pericolo prima inesistente ed è tale rischio che si realizza nell'evento. Una congruenza con il rischio originario inerente alle lesioni potrebbe ravvisarsi solo nel caso in cui la colpa del medico fosse preventivabile, ad esempio

⁸⁷ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 383.

perché le lesioni furono prodotte in un luogo isolato con un solo medico inesperto. Del tutto speculare l'occasionalità delle lesioni originarie nel caso *sub D*, in cui il rischio originario era stato neutralizzato e l'instaurarsi di un nuovo pericolo attribuibile alla colpa esclusiva dei medici equivale ad aver prodotto per la prima volta un rischio mortale nel trattamento di una lesione non pericolosa per la vita. Quando un soggetto passivo entra in una sfera di competenza deputata istituzionalmente alla restituzione del bene offeso, si attiva un trasferimento di responsabilità con riguardo ai rischi del tutto nuovi che dipendono da tale ambito. La colpa della struttura sanitaria non può essere accollata al primo agente come fatto proprio, a meno che la stessa colpa non trovi nelle lesioni di base una particolare giustificazione, ad esempio perché la perizia del medico è stata messa a dura prova a causa della complessità dell'intervento resosi necessario.

Nei casi riconducibili all'ipotesi *sub C* la colpa del sanitario si inserisce in un contesto di rischio per la vita già riconducibile alle lesioni di base. La possibilità di imputare al primo agente la causa sopravvenuta può essere connessa alla valutazione della colpa del sanitario: è inaccettabile l'attribuzione al primo agente del nuovo rischio mortale creato dal medico che dimentica le bende nel ventre del ferito. Mentre tale imputazione può essere esclusa nel caso di intervento chirurgico che la lesione originaria ha reso necessario perché il comportamento del reo ha attivato una specifica pericolosità delle lesioni, quella appunto del rischio connesso ad un intervento operatorio complesso, un rischio che contiene in sé anche la possibilità di una imperizia non grave del medico.

Infine, nell'ambito della categoria *sub B* di condotta meramente omissiva, il rischio esiste già al momento della condotta e l'autore di questa deve necessariamente sopportare tale rischio, perché la scelta di operare in un contesto inadeguato o pericoloso per la possibilità di guarigione della vittima non può essere posto a carico di questa: in linea con la scelta in favore della vittima sottesa all'art. 41, comma 2, c.p.⁸⁸.

Con impostazione sostanzialmente coincidente nelle sue linee generali si è rilevato che il sanitario interviene su lesioni la cui evoluzione sarà realizzazione del rischio originario creato dal primo agente cui, in conseguenza, andrà pure imputato l'evento. A meno che il fatto illecito del sanitario abbia soppiantato, annullato, scavalcato, il rischio originario, o abbia per così dire agito per conto suo. L'imputazione del primo agente sarà così esclusa, ad esempio, solo nel caso in cui il chirurgo, intervenuto a seguito di una ferita, abbia agito con crassa impe-

⁸⁸ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 368 ss.

ria. Non vi sarà invece interruzione nel caso in cui la condotta sia negligente e si concretizzi in condotte meramente omissive o inappropriate. Naturalmente, l'evento graverà solo sul primo agente nel caso in cui una persona subisca una lieve lesione e muoia in ospedale per l'infezione della ferita rispetto alla quale ogni appropriata cura si sia rivelata vana⁸⁹.

Peraltro, non manca pure sul punto qualche opinione divergente secondo cui, nel caso della persona lievemente ferita che, ricoverata in ospedale perisce a causa della errata operazione praticata dal chirurgo o per l'imprudente rifiuto di seguire il trattamento sanitario prescritto, l'imputazione oggettiva è esclusa perché manca un potere di dominio sull'operato altrui, in virtù del principio dell'autodeterminazione; né si ritiene possibile distinguere tra colpa lieve e colpa grave⁹⁰.

Il tema sarà ripreso più avanti, anche alla luce della giurisprudenza nella materia (§§ 24 e 28).

10. *La volontaria esposizione al pericolo*

Come traspare da quanto sin qui esposto, la dottrina del rischio si propone come un complesso programma di analisi e distinzione di sfere di rischio e di connesse sfere di responsabilità personale, che appare estremamente utile in un diritto penale in cui si assiste ad una continua crescita di complessità delle situazioni. Tale impostazione offre una efficace chiave di analisi anche in un altro contesto problematico, non di rado presente nell'esperienza giudiziaria, quello in cui nella serie causale si inserisca un atto di volontaria autoesposizione al pericolo da parte di un soggetto, che segue ad una altra condotta che pure ha contribuito a dar corpo alla situazione pericolosa. In tale caso, a determinate condizioni, è esclusa la riferibilità dell'evento ad un primo agente che ha dato un contributo alla altrui autoesposizione al pericolo stesso. La chiave di volta per tale opzione è costituita dal principio di libera autodeterminazione, che impone di considerare l'evento come effetto della scelta da parte di un soggetto, ed esclude la riferibilità anche ad altri. Tale contesto è esemplificato efficacemente dal classico caso del vaiolo, effettivamente verificatosi nella giurisprudenza tedesca, che è stato peraltro risolto nel senso dell'imputazione dell'evento ad entrambi gli agenti, suscitando critiche in ambito dottrinario: un medico di ritorno dall'India avverte i sintomi del vaiolo ma omette di

⁸⁹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 387.

⁹⁰ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 921.

farsi visitare e riprende servizio in ospedale, infettando diverse persone, tra le quali un sacerdote che, pur consapevole del rischio, ha tenuto contatti con i malati nel reparto di isolamento. In tale caso l'evento che colpisce il sacerdote costituisce senza dubbio estrinsecazione del rischio avviato dal medico, tuttavia l'imputazione è esclusa proprio perché il contatto con le persone malate è frutto di una libera scelta. Analogo il caso di chi cede eroina ad altra persona che l'assume e ne muore⁹¹.

In tali casi l'esclusione dell'imputazione nei confronti di chi ha contribuito causalmente alla sua produzione (magari con una condotta di istigazione o consiglio) si fonda sulla piena consapevolezza del rischio affrontato in proprio da persona che si assume totalmente capace d'intendere e di volere. L'imputazione non è invece esclusa quando la determinazione di affrontare il rischio non è frutto di una deliberazione completamente libera e consapevole come, ad esempio, nel caso in cui la persona che si inietta la droga sia in stato di intossicazione cronica; o quando chi espone a pericolo altri non lo informa adeguatamente su circostanze particolari di rischio⁹². Il limite all'imputazione oggettiva viene individuato nella sfera di autoesposizione responsabile della vittima, vagliata alla luce dello scopo di protezione della norma e concretizzata analizzando le particolarità del caso concreto, al fine di riscontrare l'esistenza di un reale potere di autodeterminazione⁹³.

Un caso particolare di autoesposizione al pericolo è quello di chi subisce un evento nell'ambito di un'azione di soccorso svolta volontariamente o per professione, ad esempio un vigile del fuoco. C'è da chiedersi se in tale caso l'evento possa essere imputato al soggetto che ha dato vita alla situazione pericolosa che ha determinato l'intervento di soccorso. A tale riguardo l'opinione prevalente è orientata nel senso di escludere la rilevanza della condotta che ha creato la fonte di pericolo. Anche qui la chiave di lettura è l'autodeterminazione del soccorritore, che agisce sulla base di una scelta per lo più professionale compiuta con la piena consapevolezza dei rischi relativi. La decisione di autoesporre al pericolo, che sia espressione di umana solidarietà o esercizio di un mestiere o entrambe le cose, oltrepassa la condotta del primo agente esonerandolo in linea di principio dall'accollo dell'evento. Non

⁹¹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 384. Nello stesso senso, CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 919, secondo cui la decisione del tutto consapevole del sacerdote esclude il nesso con lo scopo di protezione della norma, per l'assenza del requisito della dominabilità.

⁹² ROMANO, *Commentario*, cit., p. 384.

⁹³ CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., p. 204 ss.

si possono imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire. D'altra parte, chi intraprende un'attività sportiva o lavorativa in una società organizzata deve poter contare, se occorre, anche in caso di sua imprudenza, sull'azione di corpi istituzionali di salvataggio, senza dover temere di vedersi imputare gli eventi lesivi derivati dalle sue azioni. Non rilevano, quindi, ai fini dell'imputazione, né la gravità della negligenza del soccorritore, né il carattere spontaneo o professionale dell'attività di soccorso⁹⁴.

Secondo altra dottrina, invece, l'imputazione al primo agente sarà consentita quando la condotta dei soccorritori ha messo in azione una catena causale i cui eventi ulteriori possano considerarsi realizzazione del rischio creato dalla condotta dell'agente medesimo. Ai fini di tale ulteriore imputazione occorrerà, inoltre, che gli interventi di salvataggio costituiscano una cautela doverosa alla luce di una regola di diligenza prospettabile *ex ante* a carico dell'agente. Non potranno comunque essere accollate le conseguenze derivanti da una manifesta imprudenza del soccorritore o da un'insufficiente perizia nel portare a compimento l'intervento di salvataggio⁹⁵.

L'imputazione oggettiva ha sempre luogo in presenza di una decisione di autoesporre al pericolo da parte della vittima quando, a fronte di tale autoesposizione, vi è un altro soggetto che mantiene in ogni momento il controllo della situazione, al quale tocca di decidere se agire, se continuare a farlo, se recedere. L'evento è in tale caso opera sua. Ad esempio, il barcaiolo con tempo pessimo, dopo aver spiegato chiaramente al passeggero i rischi di un attraversamento del fiume agitato, accetta egualmente di traghettarlo determinandone la morte per annegamento a seguito del rovesciamento della barca; oppure, il conducente avverte il passeggero che, a causa dell'assunzione di alcool, non è in grado di guidare con sicurezza ma cede infine alle insistenze e, nel corso di una imprudente manovra di sorpasso, determina un grave incidente. Si deve ammettere la responsabilità per l'evento finale cagionato colposamente al soggetto passivo nonostante il suo consenso. È il contesto della messa in pericolo della vittima dietro suo consenso: la finalità della regola cautelare violata si estende sempre anche alle lesioni provocate dietro consenso della vittima. Tale consenso non esclude l'imputazione oggettiva, ma può validamente scriminare il fat-

⁹⁴ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 385; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., p. 220.

⁹⁵ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 607 ss.

to tipico, mentre qualora il consenso sia prestato su base indisponibile, se ne potrà egualmente tener conto ai fini della commisurazione della pena⁹⁶.

Più concreto e delicato il caso di chi, affetto da AIDS, dopo aver avvertito il partner, accetta rapporti non protetti. Il fatto che il partner acconsenta a correre il rischio significativo del contagio non esclude che il malato, conoscendo la gravità del pericolo, possa e debba decidere per il rifiuto⁹⁷.

Sempre per restare al concorso di cause visto sotto il profilo della sovrapposizione di condotte umane, vi è un ulteriore contesto che può essere letto alla luce della dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento. È quello in cui compaiono condotte di un soggetto che professionalmente svolge funzioni di soccorritore, oppure ha compiti istituzionali di prevenzione, di specifica tutela di beni o di sorveglianza di fonti di pericolo. Nel caso in cui tale soggetto, nello svolgimento del suo ruolo istituzionale, tenga una condotta non appropriata e produca un evento lesivo, ci si chiede se esso possa essere imputato anche al primo agente che ha dato un contributo, ad esempio, determinando una situazione pericolosa con una condotta negligente. È il classico caso dell'automobilista che viaggia di notte con le luci malfunzionanti; il poliziotto lo multa, accende una lampada per segnalare la presenza del veicolo; invita il conducente a raggiungere un vicino parcheggio scortato dall'auto di servizio per ragioni di sicurezza; in quel frangente allontana la lampada dalla sede stradale ed a quel punto un altro veicolo in strada si schianta contro la prima auto ferma. In tale caso si ritiene che, quando il secondo agente subentra appieno ed ha in mano la situazione, l'evento non può essere imputato al primo agente ma solo al secondo che assume su di sé la responsabilità esclusiva. Il contesto di cui si parla è quello del rimando ad un campo di competenza altrui⁹⁸.

11. *Il comportamento della vittima e l'aggravamento dell'evento*

La dottrina del rischio consente pure d'inquadrare razionalmente la possibile rilevanza del comportamento della vittima quale fattore d'interruzione del nesso causale, quando esso conduce l'esito ad un

⁹⁶ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 386; CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 920.

⁹⁷ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 386.

⁹⁸ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 387.

risultato più grave, ulteriore o diverso⁹⁹. Al riguardo si è rilevato che la vittima non ha nessuna posizione istituzionalmente deputata all'eliminazione dell'offesa penale, tale da consentire di fare affidamento sulla sua diligenza o perizia nell'eliminare gli effetti del danno ricevuto, al punto di attrarre tutta su di sé la spiegazione e l'imputazione di un mancato colposo salvataggio del bene di sua appartenenza. Pertanto, in linea di principio la colpa della vittima, sia commissiva che omissiva, non può sottrarle la protezione penale solo perché, ad esempio le carenze di socializzazione, cultura, intelligenza, mezzi, ecc. determinano una sua imprudenza o negligenza magari anche grave nella condotta *post factum*. Tuttavia, tale enunciazione non è senza limite: il primo criterio di concretizzazione del principio della responsabilità personale per fatto proprio richiede che si distingua tra i rischi creati dal fatto del soggetto attivo e quelli attivati dalla condotta successiva della vittima. Occorre quindi ricostruire l'eziologia, tenendo conto di quali rischi si sono realizzati nell'evento rispetto ai rischi specificamente attribuibili alla condotta del reo. Se la condotta del soggetto passivo ha soltanto condizionato il verificarsi di conseguenze già contenute in potenza negli effetti immediati della condotta del soggetto attivo, anche la colpa grave della vittima non appare sufficiente ad escludere l'imputazione oggettiva dell'evento: per l'autore del fatto che ha posto in pericolo il soggetto passivo, non può valere la scusa che, se la vittima fosse stata più diligente, non sarebbe successo nulla di così grave, proprio per la mancanza – come si è accennato – di un principio di affidamento sul comportamento diligente del soggetto passivo. Diversamente, invece, nel caso in cui la vittima ponga in essere un rischio prima inesistente, ad esempio producendosi con un comportamento attivo un'infezione mediante un trattamento insensato alla leggera: qui nell'evento non si realizza il rischio prodotto dal soggetto attivo del reato, ma soltanto la grossolana ignoranza della vittima, che ha trovato occasione di manifestarsi in concomitanza con il fatto illecito altrui. La vittima è quindi cautelata "ma sempre sul presupposto di un adeguato congruente, proporzionato rapporto di rischio con il fatto proprio del soggetto attivo"¹⁰⁰.

Analogamente nel caso in cui l'automobilista, colposamente investi-

⁹⁹ Sul tema diffusamente, anche se con accenti critici in ordine alla possibilità di inquadrare il comportamento della vittima nell'ambito dell'imputazione oggettiva, DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003, p. 327 ss.

¹⁰⁰ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 381 ss.

to, perisce perché, uscito dal mezzo, cerca di spegnere l'incendio della vettura con un'attività palesemente sconsiderata alla quale si è autode-terminato. In casi del genere le regole cautelari e le norme incriminatrici violate dall'investitore non contemplano l'attribuzione di tali rischi resi attuali dalla condotta della vittima¹⁰¹. Una situazione in fondo non dissimile da quella prospettata con riferimento alla condotta del soccorritore.

12. *I danni secondari*

Il criterio dell'imputazione oggettiva fondata sullo scopo di protezione della norma consente anche di risolvere il problema dei cosiddetti danni secondari, cioè quelli ulteriori provocati a terzi in aggiunta a quelli prodotti nei confronti della vittima. Classico il caso del conducente che determina per imprudenza un incidente nel quale perde la vita una persona. Un familiare della vittima, appresa la notizia, viene colto da infarto. In tale caso vi è un nesso di condizionamento tra la condotta colposa e tale secondo evento. Tuttavia l'imputazione è esclusa alla luce dello scopo di protezione della norma, giacché il fine della regola che impone prudenza in materia di circolazione stradale è quello di prevenire incidenti in tale ambito e non quello di evitare sofferenze a persone emotivamente fragili¹⁰². Altra dottrina perviene alla medesima conclusione rilevando che le ulteriori conseguenze in questione non potrebbero in generale annoverarsi tra quelle il cui rischio di verifica- zione è stato posto alla base della ricostruzione della regola di diligenza, per la solitamente bassa probabilità del loro prodursi al momento della condotta; e sempre che una tale remota possibilità non sia contraddetta da cognizioni supplementari tali da suggerire tendenzialmente l'adozione di cautele dirette a prevenire anche questo genere di lesione a carico del terzo¹⁰³.

13. *Una questione problematica: la teoria nei reati dolosi e colposi*

L'esposizione delle linee della dottrina dell'imputazione oggettiva ha evidenziato aspetti problematici che, in qualche caso, conducono a soluzioni controverse in dottrina. Vi sono tuttavia alcune questioni che

¹⁰¹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 88.

¹⁰² CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 917.

¹⁰³ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 577 ss.

denotano differenze piuttosto radicali. La più complessa questione riguarda la possibilità o la necessità di concepire differenti letture del rischio a seconda delle diverse categorie soggettive di illeciti. Si registra al riguardo una divergenza di opinioni tra due studiosi che, nella dottrina italiana, hanno dato importanti contributi alla materia.

Si è visto che parte della dottrina concepisce una soglia di rischio rilevante unitaria, che si pone sul piano dell'imputazione oggettiva del fatto e che precede la tipicità dolosa o colposa. Tale soglia corrisponde, nel reato doloso, al livello di idoneità della condotta nel tentativo. Si è osservato che, sul piano culturale e politico, l'utilità di un livello d'imputazione oggettiva precedente l'accertamento del dolo o della colpa discende dall'esigenza di individuare correttivi sociali alla tentazione irrazionale d'imputare più rischi a chi vuole l'evento, scoraggiando tentativi temerari ed avventurosi di affidare al caso la realizzazione di propositi criminali nell'intenzione. Una parte significativa dell'universo soggettivo è solo prodromica all'idea di colpevolezza, non avendo nulla a che vedere con i tratti specifici del dolo o della colpa. Se il dolo e la colpa trovano sul piano della volontà il criterio discriminante di tipo soggettivo, esistono momenti di rappresentazione e anche di volizione della condotta che restano estranei alla tipicità soggettiva specifica del dolo e della colpa. Alcune concezioni volontaristiche del dolo rifiutano di sottoporre le realizzazioni dolose ad un filtro che selezioni la componente rappresentativa del reato doloso consumato, mediante parametri di prevedibilità che sono una componente decisiva per la valutazione della rilevanza sociale dei rischi. Che nel delitto tentato vi sia questa selezione è del tutto incontestabile, dovendo essere gli atti, che il dolo riflette e dei quali è altresì la causa psichica, idonei ed univocamente diretti all'evento; ed appare quindi inaccettabile che, se si giunge alla consumazione, questo requisito di idoneità non sia più richiesto, con la conseguenza che sarebbero ammissibili delitti dolosi consumati i cui atti, *ex ante*, erano inadeguati a cagionare l'evento agli effetti della norma sul tentativo¹⁰⁴.

Il tema è stato illustrato con un esempio suggestivo: il caso in cui il soggetto agisce confidando, per credenza in una causalità fantastica, nel verificarsi dell'evento voluto attraverso l'attuazione di un rischio che in realtà non esiste. "Se tizio intende determinare una malattia nel corpo o nella mente di un suo nemico personale mediante un rito *woodoo* e a tal fine gli invia lo strumento malefico del suo piano (una bambolina) al ricevere il quale il destinatario resta colpito da infarto non

¹⁰⁴ DONINI, *Teoria generale*, cit., p. 261 ss.

mortale, è chiaro che nell'evento non si è verificato quel che l'agente si era rappresentato, e che l'ordinamento non può ritenere idoneo". Invece, nel caso in cui il soggetto attivo sapeva la credenza del nemico nell'efficacia del rito e la sua suggestionabilità o persino la sua salute malferma, si potrebbe giungere a ritenere idonea la condotta *ex ante* rispetto all'evento reale. In tale caso sarà configurabile lesione dolosa o colposa? Riconoscere le lesioni dolose significa ricostruire il dolo in chiave soggettivistico-intenzionale, perché lo si definisce in realtà a prescindere dalla rappresentazione dell'idoneità della condotta, che si perviene a valutare come dolosa esigendosi qualcosa di meno che nel tentativo, dove il soggetto deve essersi rappresentata l'idoneità degli atti. Nel caso ipotizzato, infatti, se l'evento "infarto non mortale" non si fosse verificato, a nessuno sarebbe venuto in mente di elevare un'imputazione per tentate lesioni dolose, ciò che tuttavia dovrebbe conseguire logicamente dal riconoscimento del dolo nell'ipotesi del verificarsi dell'evento. Va quindi configurata un'imputazione per mera colpa: la causazione di un evento da parte di una condotta che sul piano dell'idoneità non è mai stata coperta da una volontà e rappresentazione sufficienti per l'imputazione del tentativo non può integrare il reato doloso consumato¹⁰⁵.

Profondamente divergente altra dottrina: affermare che i principi dell'imputazione obiettiva siano validi anche con riguardo ai fatti dolosi non significa che i presupposti siano assolutamente identici per i reati dolosi e colposi. Il tema dell'imputazione obiettiva è totalmente dominato dallo scopo della norma: ne discendono tutte le differenze secondo che si tratti di reato doloso o colposo. La dottrina prevalente ritiene che la diminuzione del rischio, il verificarsi di un evento diverso da quello in vista del quale la regola cautelare era stata posta ed il comportamento alternativo lecito non possano escludere la responsabilità per un reato doloso, mentre è ferma sull'opinione opposta per ciò che riguarda la prevedibilità dell'evento. Si pensa cioè che di un evento imprevedibile il soggetto non possa rispondere neanche se, oltre ad averlo (ovviamente) causato, lo ha anche voluto. Invece, ci si deve chiedere se nei reati dolosi la prevedibilità dell'evento occupi lo stesso ruolo, rispetto alla funzione preventiva, che essa occupa nei reati colposi. La risposta deve essere negativa: *ceteris paribus*, una condotta colposa deve essere prevenuta perché e prevedibile che essa cagioni l'evento; una condotta dolosa deve essere prevenuta perché l'evento vi è voluto. Prevedibilità e volontà stanno nei due tipi di condotte come requisiti tra loro alternativi. Richiedere la prevedibilità

¹⁰⁵ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 485 ss.

dell'evento nei delitti dolosi ha lo stesso non senso che richiedere la volontà dell'evento nei delitti colposi. Nel reato colposo il volere e la realizzazione non possono essere tipici se non c'è la violazione delle regole cautelari e, dunque, per implicito, la prevedibilità dell'evento. Nel reato doloso, al contrario, volere e realizzazione sono tipici quando è voluto l'evento significativo del reato e questo evento è proiettato nel mondo esterno. Nel reato doloso, dunque, basta che l'evento si sia verificato, anche se imprevedibile, purché sia stato voluto. L'errore della dottrina dominante deriva dall'aver sostituito il rischio all'azione nel nucleo centrale della dottrina del reato. La teoria ha un senso solo all'interno dell'analisi della condotta illecita e deve essere vista come un approfondimento di aspetti particolari di questa. La funzione preventiva del diritto richiede la prevedibilità nei confronti degli eventi colposi, ma non la richiede nei confronti degli eventi dolosi. Qui, anziché la prevedibilità, si esige quel contrassegno molto più incisivo che è la volontà dell'evento, a prescindere dalla sua prevedibilità. Pertanto, ad esempio, se Tizio con volontà omicida graffia leggermente Caio, il quale ne muore, egli deve essere ritenuto responsabile di omicidio doloso, anche se la morte di Caio derivi dal concorso di circostanze non conosciute e non conoscibili, come la preesistente emofilia o la sopravvenuta infezione tetanica. Così pure risponderà di omicidio Tizio che, volendo uccidere Caio, gli spara un colpo da distanza eccessiva, quando il proiettile, per un caso eccezionale, abbia ancora la forza di uccidere. Negli stessi casi, se mancasse la volontà di uccidere, Tizio non potrebbe rispondere di omicidio colposo, perché l'imputazione del delitto colposo esige la prevedibilità dell'evento¹⁰⁶.

Il tema è stato recentemente riconsiderato da Donini, con un taglio che mostra una parziale revisione del precedente approccio, con l'intento di comporre almeno in parte i contrasti. Si è evidenziato che, anche storicamente, si sono configurate in realtà due distinte accezioni o configurazioni dell'imputazione, che vengono denominate imputazione oggettiva in senso stretto o in senso lato.

L'imputazione oggettiva in senso stretto racchiude i profili di rilevanza giuridica del rischio penalmente rilevante e del suo materializzarsi nell'evento. Un'imputazione che è oggettiva perché opera in modo uguale a prescindere dal carattere doloso o colposo della condotta: vi sono rischi che non sono ascrivibili, alcuni doveri che sono di competenza di terzi, alcune concause che non possono essere accollate, senza distinguere tra dolo e colpa. Questo livello è dunque oggettivo in

¹⁰⁶ PAGLIARO, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 797 ss.

un'accezione sistematica, precede l'accertamento del dolo e della colpa e conosce quindi soluzioni unitarie. Tale livello connota l'idea originaria della dottrina, che riguarda i profili del rischio e della sua realizzazione nel fatto tipico e nell'evento, rilevanti indistintamente rispetto al dolo ed alla colpa: superamento del rischio consentito, causalità, cause sopravvenute¹⁰⁷.

Invece, l'imputazione oggettiva in senso lato riguarda il nesso di rischio tra la condotta, già soggettivamente qualificata come dolosa o colposa, ed il risultato: i temi dell'aumento del rischio, dello scopo di tutela della norma, del comportamento alternativo lecito nel reato colposo di evento, dell'*aberratio causae*, rientrano tutti in questo discorso allargato sull'imputazione oggettiva e sono tutti aspetti della realizzazione del rischio, non della creazione di un rischio illecito che è invece già presupposta. Parlare del dolo prima della compiuta realizzazione dell'elemento oggettivo tipico non è erroneo se conserva un significato provvisorio, per far capire che in concreto non emergono problemi di accertamento dell'elemento psicologico, che questo è, nella fattispecie, fuori discussione, mentre è problematico il nesso di rischio fra condotta ed evento. Si tratta in sostanza di accertare la congruità del rapporto di rischio, affinché alla condotta già colposa o già dolosa sia accollato un evento che costituisca l'effettiva materializzazione del rischio illecito attivato dalla condotta¹⁰⁸.

L'ambito dell'imputazione oggettiva in senso lato mette in luce aspetti peculiari degli illeciti dolosi, particolarmente nell'ambito di quelli a forma vincolata, nei quali le modalità espresse o implicite del tipo selezionano anche un rischio. La selezione normativa della condotta, come ad esempio abuso d'ufficio, truffa, infedeltà patrimoniale, individua un rapporto di rischio che è decisivo per attribuire l'evento, nel senso che solo attraverso un rapporto di causalità particolare è possibile che venga ascritto il risultato lesivo o pericoloso. È dunque la legge prima dell'interprete a stabilire che non basta la generica causazione volontaria del risultato, né una semplice modalità colpevole, ma occorre un *modus operandi* espressivo di un rischio illecito¹⁰⁹.

Il tema dell'imputazione oggettiva in senso lato rileva altresì nell'ambito di situazioni abbracciate dal *dolus generalis* e dall'*aberratio causae*, nelle quali si configura una divergenza tra il voluto ed il realizzato. Si tratta di situazioni nelle quali si intrecciano profili del lato og-

¹⁰⁷ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 13.

¹⁰⁸ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., pp. 14 s.; 155.

¹⁰⁹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., pp. 128, 136.

gettivo e di quello soggettivo del reato: nesso di rischio ed identificazione del titolo soggettivo di responsabilità ¹¹⁰.

Ancora, il tema rileva nell'ambito delle fattispecie dolose nelle quali l'evento è per sua natura futuro ed incerto rispetto al tempo della condotta, nonché negli eventi a distanza. In tali contesti si verifica una potenziale divergenza tra il punto di vista *ex ante* e quello *ex post*, che si accentua quanto maggiore è la distanza temporale tra condotta pericolosa ed evento: casi di inondazioni, naufragio eccetera. Qui diviene centrale il momento dell'imputazione oggettiva, ciò che segna la concretizzazione nell'evento del rischio illecito attivato. Occorre disporre di parametri per distinguere tra i rischi dei quali si resta competenti e responsabili da quelli che non ci riguardano più, quelli che assorbono le nostre precedenti colpe da quelli che non potranno mai farlo neppure cinquant'anni più tardi. La regola generale è che, quanto più un evento di lesione o di pericolo concreto è distante dalla condotta incriminata, tanto più la responsabilità per fatto proprio impone un nesso di rischio tra i due elementi che una componente solo soggettiva o psicologica non riesce a colmare. Ciò è particolarmente evidente nell'ambito dei reati dolosi. L'aver voluto soggettivizzare la soluzione del problema, dicendo che è questione di colpa o di dolo, è il grave limite della cultura penalistica italiana, che ha rifiutato di elaborare il parametro d'imputazione oggettiva ¹¹¹.

Nell'ottica prescelta per la trattazione della materia, ispirata dalla prassi, pare di poter contribuire al dibattito evidenziando che la teoria del rischio ha di fatto trovato applicazione anche in alcuni casi di illecito doloso, nei quali è stata ritenuta l'interruzione del nesso causale.

Si proporrà l'esame di tali casi che mostrano come (per dirla nel modo più vago e comprensivo) l'intreccio degli accadimenti possa svuotare di peso l'originaria condotta dolosa rispetto all'insorgere di un nuovo fattore di rischio (*amplius*, §§ 25 e 26).

14. *Rapporto di rischio, imputazione oggettiva del fatto, comportamento alternativo lecito, causalità alternativa*

Da quanto sin qui esposto emerge che la teoria del rischio propone la necessità di una penetrante analisi del fatto, per riscontrare nell'evento la realizzazione del rischio innescato dalla condotta illecita. Tale raffronto tra il prima ed il dopo avviene lungo diverse linee. Da un

¹¹⁰ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 135.

¹¹¹ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 143 ss.

lato, come si è già evidenziato, si tratta di dimostrare che l'evento, come concretamente prodottosi, sia estrinsecazione del rischio originario, sia compreso tra quelli che la regola cautelare violata intendeva governare. Dall'altro lato, però, occorre pure riscontrare se vi sia un nesso tra disvalore di azione e disvalore evento, se la colpa si sia materializzata nell'evento. Il tema, come si vede, è proprio dei reati colposi: in breve, si tratta di verificare se nella situazione data la norma cautelare violata avrebbe avuto la possibilità di svolgere concretamente il suo ruolo, proteggendo il bene giuridicamente rilevante. Nel caso in cui, operando il processo di simulazione mentale costituito dalla sostituzione del comportamento colposo con quello osservante, si appuri che la lesione del bene si sarebbe comunque verificata, viene esclusa la colpa perché manca un nesso di antigiuridicità tra condotta ed evento. Il tema, come si vede, è quello della evitabilità dell'evento nei reati colposi, della rilevanza del comportamento alternativo lecito. La colpa esiste dal punto di vista *ex ante* e tuttavia si tratta di compiere pure un accertamento *ex post* per verificare se, per ventura, nella situazione concretamente verificatasi, l'osservanza della regola cautelare si sarebbe rivelata inutile.

Il tema costituisce uno dei punti di maggiore complessità dell'indagine, giacché si colloca in uno snodo in cui s'intrecciano causalità naturalistica, causalità logica, colpa, imputazione dell'evento nei reati omissivi. La ragione principale di tale complessità, ricca di importanti conseguenze anche sul piano applicativo, può essere colta considerando che, come si è già accennato (cap. I, § 7), l'indagine finalizzata all'imputazione oggettiva e soggettiva del fatto richiede il compimento di un atto immaginativo, controfattuale: ci si chiede, cioè, cosa sarebbe accaduto se l'agente avesse tenuto un comportamento diverso da quello effettivamente posto in essere. Del controfattuale si è parlato a proposito della verifica in ordine alla causalità condizionalistica (cap. II, § 6). Al controfattuale si farà riferimento pure nell'ambito della causalità omissiva. Un atto immaginativo controfattuale è altresì richiesto nell'indagine inerente alla evitabilità dell'evento nella colpa. Tuttavia, le analogie rischiano di nascondere differenze nel metodo e nello scopo dell'indagine; e di smarrire chi si muove nell'incerta materia. Allora, è essenziale che qualunque ragionamento chiarisca preliminarmente il contesto in cui ci si muove.

Dipanare l'intreccio non è semplice. Procedendo con ordine, si può partire dalla considerazione che la dottrina del rischio ritiene che l'indagine sulla rilevanza ed utilità del comportamento alternativo lecito sia importante ai fini dell'imputazione oggettiva. Si vogliono mettere in luce situazioni nelle quali si configura la causalità condizionalistica; si concreta l'obiettiva violazione di una regola cautelare; l'evento costi-

tuisce la realizzazione del rischio che presiede alla norma cautelare; tuttavia, *ex post*, l'osservanza della regola si rivela certamente inutile e quindi il rischio illecito non è stato concretamente significativo ai fini della verifica dell'evento. In questo senso l'evento non è normativamente opera dell'agente. Il tema viene illustrato da alcuni classici esempi: il medico somministra per errore cocaina invece che novocaina, producendo la morte del paziente, ma le indagini consentono di appurare che il paziente sarebbe morto lo stesso per una ipersensibilità ai narcotici in genere. Oppure: il farmacista vende senza prescrizione medica un farmaco che provoca la morte del paziente ma si accerta che, poiché non vi era motivo di interrompere la terapia, il paziente sarebbe morto lo stesso poiché il medico avrebbe rilasciato la ricetta senza difficoltà. Ancora: un autocarro sorpassa un ciclista senza osservare la distanza prescritta ma si accerta che questo, in quanto ubriaco, sarebbe stato travolto anche se la distanza fosse stata rispettata¹¹². In tutte tali situazioni il rischio illecito è creato e si realizza nell'evento ma lo scopo cautelare della norma non aveva, in quella situazione, alcuna possibilità di essere attuato. Qui, nella prospettiva teleologica, la condotta non è *condicio sine qua non*, anche se lo è dal punto di vista naturale¹¹³.

Il perno intorno al quale ruota la valutazione del comportamento alternativo lecito nella dottrina del rischio è appunto il *quantum* di pericolo provocato dalla condotta negligente: se questo grado, rispetto al rischio *standard* adottato dal legislatore come parametro guida, rimane invariato anche in ipotesi di azione diligente, non può imputarsi l'evento all'autore, in virtù del principio di eguaglianza che impone di considerare allo stesso modo comportamenti diversi quanto al disvalore, ma incidenti in egual misura sull'evento. In sintesi, si compara il comportamento illecito con quello alternativo lecito, se il primo non ha aumentato il pericolo, non è giustificabile un intervento punitivo: "un insostituibile strumento pratico per una verifica immediata e oltretutto semplice della presenza o meno della responsabilità dell'autore"¹¹⁴.

La valutazione sull'aumento del rischio, come si è accennato, va compiuta *ex post* e quindi sulla base di tutte le conoscenze sia scientifiche che fattuali disponibili al momento del giudizio. Può infatti accadere che la violazione di una norma cautelare si presenti in concre-

¹¹² ROMANO, *Commentario*, cit., p. 379; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 783.

¹¹³ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 783.

¹¹⁴ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 908 ss.

to priva di rilievo ai fini della produzione dell'evento che era deputata a scongiurare, a causa di particolari circostanze, come eloquentemente evidenziato negli esempi prima proposti.

È discusso se sia sufficiente, ai fini dell'imputazione oggettiva, un qualunque anche tenue aumento del rischio o se invece occorra un aumento significativo o addirittura la certezza di evitare l'evento. Così posto, il problema non consente una risposta calibrata. In realtà, come sarà meglio evidenziato nel prosieguo, s'impone una rigida distinzione tra condotte commissive ed omissive. Solo nell'ambito delle prime ha senso interrogarsi sulla misura di incremento del rischio che consente l'imputazione. Nell'ambito delle condotte omissive, invece, il tema dell'evitabilità dell'evento è ad un tempo un problema afferente alla causalità ed alla colpa. La conseguenza è che, in tale ultimo ambito, lo standard della certezza proprio (secondo l'opinione prevalente) della causalità condizionalistica richiede che l'imputazione dell'evento abbia luogo solo quando sia dimostrato che la condotta omessa avrebbe sicuramente evitato l'evento.

Dunque, solo nell'ambito della causalità commissiva ha senso definire quale probabilità di scongiurare l'evento per effetto della condotta rispettosa della regola cautelare ne consenta la giuridica imputazione all'agente. In proposito si prospetta un amplissimo ventaglio di opinioni, di cui non è qui possibile dare conto diffusamente. La tesi estrema assume che si sia in presenza di un falso problema, giacché il rischio tollerabile misurato alla stregua del comportamento diligente è il limite massimo definito dall'ordinamento penale; qualsiasi aumento, seppur minimo, varca il confine di accettabilità, trattandosi per l'appunto del superamento di una soglia già individuata nel livello estremo¹¹⁵.

Sul versante opposto, si afferma che il problema della cosiddetta causalità della colpa è nell'ordinamento italiano governato dall'art. 43 che richiede che l'evento si sia verificato a causa di negligenza, imprudenza, imperizia o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Tale dato normativo preclude soluzioni come quelle che si accontentano di una qualsiasi maggiore probabilità di salvezza, valutata *ex post*, in caso di comportamento alternativo lecito. In realtà la colpa è causale se spiega l'evento e ciò accade quando esso è stato comunque cagionato dalla condotta inosservante di cautele esigibili e dovute; la condotta alternativa diligente o prudente obbediva ad una *ratio* preventiva adatta al caso, anche se non assicurava *ex ante* nessuna certezza di evitare quel tipo di evento; l'evento era dunque evitabile da parte

¹¹⁵ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 911.

del comportamento conforme alla cautela doverosa. Si richiede, quindi, che la condotta appropriata avrebbe avuto significative probabilità di evitare l'evento, da quantificare in misura superiore al 50%, sicché la salvezza del bene risulti più probabile che non¹¹⁶.

La situazione di dubbio che riguardi l'effettiva rilevanza in termini di rischio del giudizio sul comportamento alternativo lecito (il dubbio cioè su ciò che sarebbe accaduto se il farmacista avesse somministrato la medicina giusta, a causa di un'idiosincrasia del paziente al medicamento prescritto in ricetta), non esclude, secondo qualche autore, l'imputazione oggettiva poiché attiene ad un evento ipotetico la cui rilevanza è condizionata alla certezza della sua esistenza ed influenza. Si è in presenza di un possibile aumento del rischio sufficiente ai fini dell'imputazione oggettiva. Diverso il discorso nel caso in cui il dubbio riguardi il concreto sviluppo del processo eziologico: ad esempio, nello stesso caso, se sia dubbia la connessione causale tra l'assunzione del farmaco e l'effetto letale¹¹⁷. In senso contrario, invece, si ritiene che il dubbio sull'aumento del rischio rilevi ai fini dell'esclusione dell'imputazione oggettiva: l'aumento del rischio è un elemento costitutivo della tipicità e deve essere quindi accertato¹¹⁸.

La problematica cui si è sin qui fatto cenno riguarda comunque la ponderazione di condizioni che si pongono all'interno della catena causale che ha concretamente determinato l'evento. L'imputazione oggettiva, invece, non è mai esclusa nelle situazioni riconducibili alla causalità alternativa ipotetica (*amplius*, cap. II, § 9). Si tratta dei casi in cui, se non fosse operante la connessione causale innescata dall'agente, l'evento si verificherebbe comunque per effetto di un distinto, concomitante fattore sostitutivo. Si è visto che il diritto penale si interessa alla causalità con riferimento all'evento storico, definito nello spazio e nel tempo con tutti i suoi connotati caratteristici. In conseguenza, nell'ambito della valutazione del rischio che, come pure si è visto, costituisce una progressione rispetto al primo ideale passaggio costituito dal nesso di condizionamento, non potrà che prendersi in considerazione la situazione pericolosa concretamente determinatasi. Non rileva quindi l'ipotizzabilità di una causa alternativa, sia che essa sia costituita da un evento naturale o da una condotta umana lecita o illecita. Ad esempio, l'imputazione si configura nel caso in cui la vittima muore per effetto di un colpo di fucile, ma sarebbe comunque venuta meno subito dopo per effetto di una dose letale di veleno sommi-

¹¹⁶ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 117 ss.

¹¹⁷ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 913.

¹¹⁸ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 381.

nistrata poco prima da un altro sicario. Analogamente nel classico caso del boia: il padre sale sul patibolo e anticipando il boia uccide l'assassino del figlio¹¹⁹.

Tale opinione largamente prevalente non è però unanime. Si è infatti sostenuto che il tema merita una rilettura alla luce dello scopo di protezione della norma. In primo luogo, il giudizio di equivalenza causale fa riferimento ad un parametro temporale, che si configura quando vi sia una coincidenza cronologica o al più una lievissima diversità; nonché ad un parametro contenutistico, occorrendo che l'evento sia dello stesso tipo anche in relazione all'intensità della lesione o del pericolo. Non è invece richiesto un parametro modale ed il giudizio di eguaglianza va condotto soltanto sull'evento concreto realizzatosi e non sul decorso causale. In tale ambito occorre considerare che lo scopo della norma è la protezione del bene giuridico da aggressioni. Questa protezione ha un senso se il bene poteva essere salvato; qualora il fatto si sarebbe egualmente verificato, la punizione del comportamento vietato assumerebbe l'aspetto di un'inutile dimostrazione di forza. Tale considerazione, fondata esclusivamente sul disvalore di evento, deve essere integrata da quella fondata sul disvalore d'azione. Da qui la necessità di distinguere: nel dolo dove esiste la volontà di cagionare l'evento, e pertanto un intenso disvalore d'azione, la repressione del comportamento sarà giustificata in base a considerazioni attinenti all'autore, e prevalenti sull'innocuità di un evento inevitabile. Nella colpa, invece, dove è la trasgressione della regola cautelare a cagionare l'evento, la punizione del comportamento suonerebbe eccessiva data la tenuità del disvalore d'azione. La rilevanza dei decorsi ipotetici è quindi annullata nel delitto doloso, e vale in quello colposo. In sintesi, ai fini dell'imputazione deve sempre sussistere la realizzazione di un rischio significativo da parte dell'autore¹²⁰.

Il problema dei decorsi causali ipotetici è stato messo a fuoco osservando che il problema della evitabilità, che è in realtà l'anima della teoria della *condicio* nel momento in cui opera chiedendosi se l'evento avrebbe potuto essere scongiurato in assenza della condotta illecita, presuppone che alla domanda si risponda sostituendo al comportamento illecito quello lecito. Ma nei reati commissivi dolosi questo procedimento resta bloccato al livello eziologico ove non si dà rilievo a decorsi alternativi ipotetici. Molteplici e riconosciute ragioni, sia retributive che preventive, si oppongono a dare spazio ai decorsi ipotetici al riguardo. Il significato sociale e criminologico del fatto della volonta-

¹¹⁹ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 376.

¹²⁰ CASTALDO, *Linee politico-criminali*, cit., p. 905 ss.

ria lesione di un bene giuridico non può essere neutralizzato invocando a scusa che, per sua disgrazia quel bene era già compromesso perché lo stesso evento si sarebbe verificato comunque anche in assenza del fatto doloso e per l'intervento di fattori naturalistici o comportamenti illeciti altrui. Nella misura in cui quell'evento è comunque il prodotto di quell'azione, la malasorte della vittima non giova al soggetto attivo, che continua a portare il peso e la responsabilità della spiegazione sociale del fatto lesivo. Alla logica del sacrificio della vittima perché "già condannata" si oppongono altresì rilevanti considerazioni generalpreventive: la rinuncia alla punibilità nei casi in oggetto, per una malintesa esaltazione del disvalore d'evento, avrebbe un pericolosissimo significato culturale: quello per cui i beni più deboli e più compromessi, più destinati al sacrificio, sono meno meritevoli di tutela e quindi possono più di altri essere oggetto di aggressioni dolose. Non è che nella colpa questi principi di politica criminale vengano meno. Non è consentito essere più distratti o più avventati nel rapporto con beni o interessi che minacciano di soccombere. Tuttavia è la stessa logica del principio di evitabilità, nella colpa, che impone un necessario riferimento a questioni ipotetiche. Solo mediante la costruzione di un decorso eziologico irrealizzato pensato sul presupposto dell'osservanza della cautela, è possibile accertare, insieme con l'evitabilità, la stessa realizzazione del rischio illecito nell'evento reale. È vero quindi che il procedimento conduce, in definitiva, ad acclarare l'effettività della realizzazione del rischio realmente attivato dalla condotta inosservante. Non-dimeno, questo accertamento deve necessariamente passare attraverso la costruzione di un'eziologia meramente pensata, ipotetica: esattamente come nell'omissione¹²¹.

Gli accenni che precedono danno probabilmente conto della complessità dei problemi, del resto testimoniati pure nella prassi, ove i piani della causalità e della colpevolezza spesso si sovrappongono e confondono in modo non sorvegliato. Tale confusione può essere in qualche modo governata solo acquisendo piena consapevolezza degli intrecci cui si è fatto cenno.

Occorre quindi, in primo luogo, distinguere le discussioni sul comportamento alternativo lecito da quelle che riguardano la causalità alternativa ipotetica e cioè la possibile rilevanza di una distinta catena causale che non ha concretamente assunto rilievo.

Nell'ambito dell'indagine sul comportamento alternativo lecito, il discorso riguarda, sia pure in chiave ipotetica, la catena causale concretamente sviluppatasi ed i suoi immaginabili sviluppi. Qui, nei reati

¹²¹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 441 ss.

colposi, si manifesta il già indicato intreccio tra causalità e colpevolezza, dovuto in parte al fatto che nella colpa assumono rilievo, in modo più o meno accentuato, componenti omissive: è la stessa idea di colpa che evoca qualche cosa che avrebbe dovuto esser fatta e che è invece mancata. È quindi del massimo interesse, nelle situazioni problematiche, aver chiaro se le discussioni in chiave ipotetica, controfattuale, si pongano sul piano della causalità condizionalistica, dell'imputazione oggettiva del fatto o su quello contiguo del rimprovero personale giacché, come si è accennato, differenti sono, nei diversi contesti, i criteri di "attribuzione" del fatto.

In questo denso nodo problematico acquista grande importanza la distinzione tra causalità commissiva e causalità omissiva. Il tema sarà trattato un poco più dettagliatamente nella sua sede naturale, quella della causalità omissiva (cap. V, § 14). Qui, tuttavia, per completezza e chiarezza del discorso pare opportuno proporre qualche cenno preliminare. Noi solitamente ragioniamo come se tra causalità commissiva e causalità omissiva vi fosse un confine netto. Si tratta invece di una mera semplificazione della realtà. L'esperienza giudiziaria mostra un quadro assai variegato. Vi sono situazioni sicuramente riconducibili alla causalità omissiva: il medico che sarebbe tenuto ad accorrere in ospedale per un urgente intervento chirurgico preferisce restare a casa. Vi sono poi molti casi di incerta collocazione: il medico interviene, si adopera anche con sollecitudine, ma manca di compiere un atto che era essenziale, come stilare una corretta diagnosi o prescrivere una terapia appropriata. Oppure, il chirurgo trapianta un organo affetto da tumore, senza compiere le indagini preliminari che potrebbero scongiurare tale evenienza; o ancora l'imprenditore espone i lavoratori a dosi elevate ed incontrollate di amianto, mancando di adottare le misure idonee ad eliminare o ridurre la diffusione delle polveri nocive.

Il tema ha trovato differenti soluzioni in dottrina; mentre la giurisprudenza sembra non percepire il problema e la sua rilevanza: si parla sempre di causalità omissiva, anche se spesso si fanno ragionamenti di causalità commissiva. Pare che la risposta, spesso comunque problematica, debba tenere conto dell'ottica giuridica di attribuzione di paternità del fatto e di ciò che assume significato in questo senso. Allora, nel caso dell'errore nella terapia il fatto che l'agente si sia in qualche modo attivato è alquanto insignificante. Occorre quindi ragionare in termini di causalità omissiva. Invece, nei casi del taglio dell'arteria o del trapianto il comportamento attivo assume un significato preponderante nella spiegazione. Si tratta quindi di causalità commissiva. Che dire della delicata materia delle esposizioni lavorative? Qui la causalità può essere plausibilmente ricostruita in ambedue i modi; anche se pare preferibile ritenere che si sia in presenza di causalità commis-

siva alimentata dalle scelte aziendali che determinano uno stato delle lavorazioni che espone a livelli dannosi delle sostanze trattate¹²².

Occorre pure riflettere che questa discussione non è solo una disquisizione teorica ma ha rilevanti implicazioni applicative: basti pensare che la giurisprudenza anteriore alle Sezioni Unite ha affermato per un ventennio che la causalità omissiva, per la sua astrattezza, è aperta ad ampi margini per giudizi solo vagamente probabilistici. Ciò da un lato semplificava la risoluzione del problema causale; dall'altro erodeva in modo più o meno inconsapevole il principio della causalità condizionalistica. Questa situazione è superata dalla già evocata sentenza delle Sezioni Unite. Tuttavia la distinzione tra causalità commissiva ed omissiva è ancora ricca di notevoli implicazioni applicative. Qui il discorso diventa piuttosto complicato. Tentando di semplificare, si può partire dalla considerazione che la causalità omissiva è dal punto di vista naturalistico per definizione un nulla. Per dimostrare il nesso di condizionamento dobbiamo inserire nell'atto immaginativo controfattuale qualcosa che è mancato in natura e che noi descriviamo in modo idealizzato. In particolare nei reati colposi noi dobbiamo inserire nel controfattuale il comportamento perito, diligente; e chiederci se esso avrebbe consentito di evitare l'evento con la ragionevole certezza richiesta dallo statuto della causalità condizionalistica. Giungere ad una risposta positiva, solitamente, non è per nulla facile, specialmente in alcuni classici contesti particolarmente complicati come quelli della responsabilità medica e dell'esposizione lavorativa, caratterizzati dalla complessa interazione tra fattori di diverso segno. Ma ciò che interessa di più è che causalità e colpa tendono a sovrapporsi. E, come si è accennato, il problema della cosiddetta causalità della colpa, o della utilità del comportamento alternativo lecito, diventa un problema causale e si carica quindi del connotato di ragionevole certezza proprio della causalità. Di qui la comprensibile ma pur sempre criticabile confusione che regna in giurisprudenza tra causalità e colpa in tali contesti.

Invece, nell'ambito della causalità commissiva, il ragionamento probatorio è solitamente più semplice: il problema della causalità viene risolto ponderando la rilevanza del comportamento attivo. Allora, il problema dell'evitabilità dell'evento per effetto della condotta diligente e perita si colloca nella sua sede propria, quella della rilevanza del comportamento alternativo lecito, ed è quindi aperto per definizione e senza dubbi a valutazioni di tipo probabilistico.

Per entrare nel concreto: se si ritiene che l'esposizione del lavoratore all'amianto sia un caso di causalità commissiva si dovrà dimostrare so-

¹²² Diffusamente sul tema, DONINI, *La causalità omissiva*, cit.

lo che la malattia è determinata dall'esposizione stessa, ed il problema dell'attitudine delle cautele omesse ad evitare l'evento attiene alla colpa e consente valutazioni probabilistiche. Viceversa, ove si ragioni in termini di causalità omissiva, occorrerà dimostrare non solo la causalità dell'esposizione ma si dovrà compiere un altro passo: dimostrare che le cautele avrebbero con certezza evitato la malattia (*amplius*, cap. VII).

15. *Qualche riflessione di sintesi sulla dottrina del rischio*

Terminata la breve analisi dello strumentario teorico della teoria del rischio e di alcune sue importanti implicazioni applicative, è possibile trarre alcune considerazioni di sintesi. Si è visto che la concezione condizionalistica, con la sua struttura logica, costituisce un indiscusso punto di partenza; ma solo un punto di partenza. L'esigenza di apportare limitazioni all'estensione del criterio d'equivalenza sotteso al condizionalismo traspare con forza ed è alimentata dalla disciplina dell'art. 41, capoverso, che, come si è visto, sia pure in modo alquanto infelice, è ispirata proprio dalla considerazione di situazioni in cui un fattore causale, pur essendo logicamente equivalente, assume un rilievo tanto preponderante da apparire, dal punto di vista della valutazione giuridica, come se fosse da solo sufficiente alla produzione dell'evento. Si è pure visto che parte della dottrina italiana, all'epoca della codificazione, aveva espresso una qualche adesione alla teoria della causalità adeguata che in quell'epoca fronteggiava l'esigenza di un'imputazione oggettiva che esprimesse le ragioni ed il metodo dell'indicata esigenza limitativa. Tale esigenza assunse forma piena nell'opera dell'Antolisei, che con la sua teoria della causalità umana ha ininterrottamente dominato la scena, almeno nell'ambito giurisprudenziale. Due direttrici fondamentali sembrano alimentare quell'opera: da un lato quella di configurare un sistema per l'imputazione oggettiva (l'espressione ricorre frequentemente) che trascenda il piano naturalistico; da un altro elaborare una teoria "semplice", capace di adattarsi alle esigenze applicative. Un risultato che può dirsi, a posteriori, pienamente realizzato se, come si vedrà, il parametro dell'eccezionalità costituisce ancora la guida nell'analisi delle situazioni che possono configurare l'interruzione del nesso causale.

Come pure si è accennato, tuttavia, tale risultato è stato conseguito elaborando un criterio di selezione dei fattori causali estremamente vago, che ha funzionato proprio perché tale e per la capacità di dare un qualche formale supporto teorico a soluzioni applicative spesso ispirate ad esigenze di equità ed equilibrio del sistema. Tale criterio, tuttavia, se si analizzano a fondo le situazioni considerate in ambito applicativo, non

dà quasi mai una vera spiegazione delle reali ragioni della decisione nelle situazioni problematiche. La verità è che, come si è evidenziato, le ragioni che giustificano l'esclusione dell'imputazione oggettiva sono molteplici ed irriducibili ai tradizionali concetti naturalistici di imprevedibilità dell'evento o rarità delle concause, che sono comunque insufficienti a fondare in termini argomentativi le stesse ipotesi che si vorrebbero escludere dall'imputazione causale: la gestione di un'autostrada dà causa in maniera statisticamente prevedibilissima a stragi periodiche, avendo i responsabili di tale attività dominio sull'accesso alle fonti di rischio, cioè ai caselli autostradali; l'incidente dell'ambulanza non è per nulla rarissimo o eccezionale; d'altra parte anche l'intervento di un fulmine, per quanto eccezionale, non vale a giustificare il responsabile dell'impresa che abbia erroneamente costruito o montato il parafulmine¹²³. Tale insufficienza sarà riscontrata nell'esame della giurisprudenza.

D'altra parte, si è visto che la teoria del rischio offre una tematizzazione ben più profonda, penetrante delle situazioni altamente problematiche sintetizzate negli esempi classici cui pure si è fatto riferimento. La verità è che tale dottrina presenta un aspetto positivo che da solo vale a legittimarne la diffusione e che deve essere sottolineato con forza: l'inserimento all'interno della teoria del reato delle esigenze e finalità espresse dalle norme. Tali finalità non restano sullo sfondo, mera chiave ermeneutica, ma entrano nell'armamentario degli strumenti teorici che regolano l'attribuzione del fatto all'uomo già sul piano della tipicità oggettiva. La teoria presenta senza dubbio anche qualche aspetto meno accattivante: soprattutto, come si è già accennato, una certa complessità, che s'accompagna ad una inevitabile varietà di opinioni quanto alla soluzione di alcuni contesti problematici tipici. Si tratta di quella complicatezza che già l'Antolisei paventava. Tuttavia, sembra che tale complessità meriti di essere governata; e possa esserlo in concreto, in una proiezione che privilegi la considerazione delle esigenze applicative. Da questo punto di vista emergono due aspetti di grande attualità. Da un lato, in situazioni complesse che sempre più frequentemente si registrano nella recente esperienza giuridica, l'individuazione di distinte, autonome sfere di responsabilità gestionale che consenta al contempo di definire, separandole, le diverse sfere di responsabilità penale. Dall'altro, giungere finalmente a comprendere quale sia il significato dell'enigmatico art. 41, capoverso, c.p.; e quali siano le potenzialità di tale norma nel progetto di scrittura del principio di responsabilità per fatto proprio.

A tali questioni è dedicata la trattazione che segue.

¹²³ Così ad es. DONINI, *Teoria generale*, cit., p. 269.

16. *Una prospettiva interessante: la distinzione di sfere di rischio e di responsabilità professionale*

Un aspetto della materia sin qui analizzata che merita di essere colto e valorizzato già nella sfera dell'attribuzione del fatto è quello della distinzione delle differenti sfere di rischio e delle connesse responsabilità. Si tratta di un'analisi dei comportamenti umani particolarmente utile a definire in modo ragionevole le sfere di competenza, specialmente nell'ambito di attività complesse, assai spesso anche molto specializzate. Si tratta di un aspetto che tocca da vicino i temi del principio di affidamento e della posizione di garanzia, che la dottrina del rischio riconduce alla sfera dell'imputazione del fatto.

Il tema delle sfere di responsabilità è stato accennato in riferimento al concorso di cause colpose indipendenti. Si è osservato che il classico parametro della creazione o dell'aumento di un rischio non consentito appare troppo generico per offrire un valido ausilio allo scopo della selezione dei contributi eziologici colposi rilevanti. Più proficuo viene ritenuto un criterio fondato sul riparto di competenza, inteso quale limite oggettivo del rischio inteso a definire la sfera entro cui questo è da considerarsi a priori ed *ex ante* lecito. Sono individuabili sfere di competenza per un rischio in capo ad alcuni soggetti, idonee ad escludere il coinvolgimento di terzi, il cui contributo si riduca alla mera consapevolezza generica del rischio stesso: tali sfere concretizzano un limite all'imputazione ulteriore rispetto a quello dato dalla mera connessione eziologica e dalla prevedibilità. Esiste ed è individuabile, dunque, un reticolato normativo di riparti di competenza atto a circoscrivere l'ambito dei rischi, impermeabile anche alle concrete condizioni particolari dell'agente. La stessa prevedibilità e persino l'accertata previsione del danno non vale a surrogare l'assenza di competenza del soggetto, né può obliterare la pertinenza dell'evento alla sfera di responsabilità professionale altrui, qualora l'agente si sia mantenuto all'interno del rischio consentito. Tale parcellizzazione delimita la responsabilità fino al punto in cui non intervengano ulteriori situazioni che siano tali da giustificare un trasferimento o un'estensione di quelle competenze, costituite dall'assunzione da parte di uno dei soggetti concorrenti di un potere di fatto assolutamente dominante, oppure del ruolo di garante legale rispetto ai reati commissivi mediante omissione. Lo stesso accade quando uno dei concorrenti apporti un contributo più specifico, tale da azzerare il ruolo assunto dagli altri nella commissione del fatto¹²⁴.

Il tema è in divenire; e non può essere qui analizzato compiutamente.

¹²⁴ CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose*, cit., p. 683 ss.

te in tutti i suoi risvolti. In breve, si tratta di individuare, soprattutto nelle organizzazioni complesse o nei contesti comunque complessi, una sfera di responsabilità gestoria che governa in modo esclusivo il rischio o una sua articolazione. Tale sfera di responsabilità può definire l'ambito in cui, parallelamente, si estende la possibile sfera di responsabilità penale; ove, naturalmente, sia ravvisabile una condotta colpevole. La materia sembra assai ricca di implicazioni applicative, particolarmente nell'ambito di una disciplina di settore complessa per eccellenza, quella della sicurezza del lavoro.

16.1. *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce della disciplina della sicurezza del lavoro*

La materia della sicurezza del lavoro è da sempre più o meno esplicitamente imperniata su alcune classiche figure cardine del sistema, chiamate a governare i differenti rischi di quel contesto. La materia è stata recentemente riscritta dal d.lgs. n. 81 del 2008¹²⁵, integrato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, che recepisce in larga parte orientamenti giurisprudenziali; ma reca anche rilevanti innovazioni, alcune espresse, altre non appariscenti, che influenzano notevolmente la disciplina dell'imputazione oggettiva dell'evento.

Il sistema è tradizionalmente fondato su diverse figure di garanti che incarnano distinte funzioni e diversi livelli di responsabilità organizzativa e gestionale. Queste figure sono per la prima volta definite in modo compiuto.

La prima e fondamentale figura è quella del datore di lavoro. Si tratta del soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione dell'azienda o dell'unità produttiva, in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Si tratta di definizione simile a quella contenuta nella normativa degli anni '90 e che tuttavia sottolinea il ruolo di *dominus* di fatto dell'organizzazione ed il concreto esercizio di poteri gestorii. L'ampiezza e la natura dei poteri è anche indirettamente definita dall'art. 16 che, con riferimento alla delega di funzioni, si occupa del potere di organizzazione, gestione, controllo e spesa.

Il dirigente costituisce il livello di responsabilità intermedio: è colui

¹²⁵ In proposito, BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2767; DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1325; PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 827; PUGNOLI, *Sicurezza sul lavoro: delega di funzioni*, in *Dir. prat. lavoro*, 2008, p. 1833; PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 102.

che attua le direttive del datore di lavoro, organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa, in virtù di competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli.

Infine, il preposto è colui che sovrintende alle attività, attua le direttive ricevute controllandone l'esecuzione, sulla base e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico.

Per ambedue le ultime figure rileva da un lato il riferimento ai poteri gerarchici e funzionali, che costituiscono base e limite della responsabilità, e dall'altro la sottolineatura del ruolo di vigilanza e controllo. Sembra di poter dire, in breve, che si tratta di soggetti la cui sfera di responsabilità è conformata sui poteri di gestione e controllo di cui concretamente dispongono.

Come si vede, queste definizioni tratteggiano grandi contenitori concettuali che subiscono specificazioni in relazione a diversi fattori quali il settore di attività, la conformazione giuridica dell'azienda, la sua concreta organizzazione, le sue dimensioni. Ed è ben possibile che in un'organizzazione di qualche complessità vi siano più persone, con diverse competenze, chiamate a ricoprire i ruoli di cui parliamo. Già queste prime considerazioni aiutano a comprendere che l'individuazione della responsabilità penale che voglia essere personalizzata, in conformità ai sommi principi che governano tale ordinamento, passa attraverso una accurata analisi delle diverse sfere di responsabilità gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione. Dunque: da un lato le categorie giuridiche, i modelli di agenti, dall'altro i concreti ruoli esercitati da ciascuno.

L'analisi dei ruoli e delle responsabilità viene solitamente tematizzata, sia in dottrina che in giurisprudenza, sotto l'insegna della posizione di garanzia. Si tratta, come è ben noto, di espressione che esprime in modo condensato l'obbligo giuridico di impedire l'evento che fonda la responsabilità in ordine ai reati commissivi mediante omissione, ai sensi dell'art. 40, capoverso, c.p. Questa prospettiva deve essere in parte rivista. Come si è già accennato, noi siamo abituati a pensare ai reati colposi come ad illeciti omissivi. Questa visione è alimentata soprattutto dal fatto, oggetto di immediata e forte percezione intuitiva, che in tale categoria di reati si individua sempre qualcosa che è mancato, che è stato omesso appunto. Si tratta di un modo di vedere le cose non sempre corrisponde pienamente alla realtà. Pensiamo, ad esempio, al preposto che consegna una scala rotta al lavoratore che conseguentemente cade; oppure al dirigente che invia un dipendente in un ambiente saturo di sostanze venefiche. In tali situazioni è difficile negare che si sia in presenza di condotte attive eziologicamente rilevanti.

Tutto ciò rende chiaro che quando nell'ambito di reati colposi commissivi parliamo di "garante" per definire la sfera di responsabilità di un soggetto usiamo il termine in un significato più ampio e diverso rispetto a quello richiesto dall'art. 40, capoverso, c.p. La domanda è allora: qual è questo significato?

Per rispondere occorre richiamare, nel modo più breve, tutto quanto si è sin qui esposto: la causalità condizionalistica (o dell'equivalenza causale) è caratterizzata dalla costitutiva, ontologica indifferenza per il rilievo, per il ruolo qualitativo delle singole condizioni, che sono tutte per definizione equivalenti. Di qui l'esigenza di limitare l'eccessiva ampiezza dell'imputazione del fatto determinata dal condizionalismo, che è alla base della causalità giuridica; e che si manifesta lungo il corso della plurisecolare storia del diritto penale moderno. Questa esigenza è alla base di note elaborazioni teoriche: la causalità adeguata, la causa efficiente, la causalità umana, la teoria del rischio. L'istanza di limitazione dell'imputazione oggettiva dell'evento si esprime altresì nel controverso art. 41, capoverso, c.p. L'esigenza cui si tenta di corrispondere talvolta in forme ingenui, talaltra con costruzioni raffinatissime, è sempre al fondo la medesima: tentare di limitare, separare le sfere di responsabilità, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito.

Nel contesto di cui qui ci si occupa, la teoria del rischio propone una soluzione convincente: la chiave di volta è l'individuazione di distinte aree di rischio e distinte sfere di responsabilità. La complessità di alcuni contesti organizzativi e la presenza di differenziate figure di soggetti, investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati, suggeriscono di configurare, già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire, garante è il soggetto che gestisce il rischio.

Questa esigenza di delimitazione delle sfere di responsabilità è tanto forte che – come sarà più diffusamente evidenziato nel prosieguo – si è fatta strada nella giurisprudenza, attraverso l'utilizzazione dell'art. 41, capoverso, c.p. Così, ad esempio, nel caso di abusiva introduzione notturna nel cantiere irregolare, si è distinto implicitamente tra rischio lavorativo e rischio da ingresso abusivo (anche se il datore di lavoro aveva violato le prescrizioni antinfortunistiche). Oppure, si è esclusa la responsabilità del datore di lavoro quando il lavoratore ha tenuto un comportamento completamente esorbitante rispetto al rischio lavorativo tipico definito dalla lavorazione in corso.

Questo approccio richiede, però, un importante chiarimento: occor-

re guardarsi dall'idea ingenua, e foriera di clamorosi fraintendimenti, che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere sempre definita e separata con una rigida linea di confine; e che questa stessa linea crei la sfera di competenza e responsabilità di alcuno escludendo automaticamente quella di altri. Purtroppo le cose sono quasi sempre assai più complesse di quanto sarebbe desiderabile. Basti considerare la transitività delle condizioni che si susseguono all'interno di una catena causale; l'intreccio di obblighi che spesso coinvolgono diverse figure e diversi soggetti nella gestione di un rischio; la complessa figura della cooperazione colposa. Questa serie di differenti intrecci, con il suo carico di complessità, rende chiaro quanto delicata sia l'individuazione di aree di competenza pienamente autonome che giustifichino la compartimentazione della responsabilità penale; tanto più in un contesto come quello del diritto penale del lavoro imperniato sulla figura del datore di lavoro che è gravato da una pervasiva "posizione di garanzia".

Lo scopo del diritto penale, tuttavia, è proprio quello di tentare di governare tali intricati scenari, nella già indicata prospettiva di ricercare responsabilità e non capri espiatori. Alla luce di tale prospettiva, è possibile esaminare alcune norme del T.U. sulla sicurezza che aiutano a capire come nasce e si conforma la posizione di garanzia, *id est* la responsabilità gestoria che, in caso di condotte colpose, può fondare la responsabilità penale.

Di grande interesse è l'art. 299: dalla sua formulazione si evince che l'acquisizione della veste di garante può aver luogo per effetto di una formale investitura, ma anche a seguito dell'esercizio in concreto di poteri giuridici riferiti alle diverse figure.

Pure rilevante per individuare in concreto i diversi ruoli è l'art. 28, relativo alla valutazione dei rischi ed al documento sulla sicurezza, che costituisce una sorta di statuto della sicurezza aziendale. Una prima indicazione solo apparentemente banale ci perviene dall'enunciazione che la valutazione di cui si parla riguarda solo "tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori". Dunque, non è possibile inferire dal sistema prevenzionistico delineato dal Testo unico indicazioni direttamente cogenti per ciò che attiene all'obbligo di governare altri rischi presenti nell'organizzazione. Basti pensare, ad esempio, ai rischi (di cui molto si discute nel presente) relativi ad un'altra istituzione complessa come quella sanitaria.

Il documento deve contenere la valutazione dei rischi per i lavoratori, l'individuazione di misure di prevenzione e protezione, l'individuazione delle procedure, nonché dei ruoli che vi devono provvedere, affidati a soggetti muniti di adeguate competenze e poteri. Si tratta quindi di una sorta di mappa dei poteri e delle responsabilità cui ognuno dovrebbe poter accedere per acquisire le informazioni pertinenti.

Mettendo insieme le indicazioni che pervengono dalle norme fin qui indicate sembra di poter concludere che ruoli, competenze e poteri segnano le diverse sfere di responsabilità gestionale ed al contempo definiscono la concreta conformazione, la latitudine delle posizioni di garanzia. Dunque, non solo l'art. 28 costituisce norma cardine del sistema prevenzionistico; ma si accorda perfettamente con la teoria che definisce le sfere di responsabilità penale partendo dalla sfera di competenza in ordine alla gestione dei rischi.

La sfera di responsabilità organizzativa e giuridica così delineata è per così dire originaria. Essa è generata dalla investitura formale o dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garanti. Lungo l'indicato itinerario di ricerca della responsabilità reale, delle condotte rimproverabili, occorre avere ben presente che quanto maggiore è la complessità dell'organizzazione tanto più necessaria ed approfondita deve essere l'indagine sul ruolo svolto da ciascun agente. Potrebbe quindi non essere sufficiente l'indagine sbrigativa che spesso viene compiuta; ed occorre invece comprendere la reale conformazione dell'organizzazione alla luce delle cosiddette investiture, del documento sulla sicurezza e tenendo altresì conto del reale funzionamento dell'apparato. Si tratta di un approfondimento che spesso manca nel processo ed al quale le parti sono chiamate a contribuire.

In breve, nell'individuazione del garante, occorre partire dall'identificazione del rischio che si è concretizzato, del settore, in orizzontale, e del livello, in verticale, in cui si colloca il soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva. Ad esempio, semplificando nel modo più banale, rientrerà nella sfera di responsabilità del preposto l'incidente occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa; in quella del dirigente il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa; in quella del datore di lavoro, invece, l'incidente derivante da scelte gestionali di fondo.

Il quadro proposto è molto semplificato ed idealizzato e diviene non di rado assai più complesso nella realtà; come si è sopra segnalato.

Il sistema della sicurezza del lavoro si fonda altresì sulla delega di funzioni disciplinata dall'art. 16, in larga misura recependo orientamenti della giurisprudenza di legittimità. La delega deve essere specifica, deve conferire poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa ben definiti, ad un soggetto qualificato per professionalità ed esperienza. Essa deve essere espressa ed accettata in forma scritta.

La materia della delega richiede un chiarimento di fondo piuttosto importante. È diffusa l'opinione che i poteri e le responsabilità del dirigente e del preposto nascano necessariamente da una delega; e partendo da questa premessa si è ritenuta l'incompatibilità logica tra l'art.

16 e l'art. 299, giacché il primo richiede un atto scritto e l'altro, invece, attribuisce rilievo anche all'assunzione in via di fatto della veste di garante. In realtà questa contraddizione pare che non esista. Essa scompare se si ritiene, come si è accennato, che le figure dei garanti abbiano una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma che deriva direttamente dall'investitura o dal fatto. La delega, è invece qualcosa di diverso: essa opera la traslazione dal delegante al delegato di poteri e responsabilità che sono proprie del delegante medesimo. Questi, per così dire, si libera di poteri e responsabilità che vengono assunti a titolo derivativo dal delegato. La delega, quindi, determina la riscrittura della mappa dei poteri e delle responsabilità.

Naturalmente non è qui possibile accennare alle numerose complesse questioni che si connettono al tema della delega. Pare utile solo qualche considerazione sui temi che riguardano gli effetti che essa determina nella distribuzione delle sfere di responsabilità. A tale riguardo occorre rilevare che la delega non è consentita per la valutazione dei rischi e l'elaborazione del documento sulla sicurezza, nonché per la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi. Inoltre, essa non esclude l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. Il tema della vigilanza presenta particolare interesse; anche perché in passato si è discusso se una delega piena determinasse il venir meno dell'obbligo di vigilanza e, soprattutto, se in ogni caso essa, implicando solo un ruolo di sorveglianza, determinasse il permanere di una posizione di garanzia. Pare che queste incertezze siano fugate dalla nuova normativa che colma una lacuna di quella precedente. L'art. 16 fa naturalmente riferimento ad una vigilanza "alta", che riguarda il corretto svolgimento delle proprie funzioni da parte del soggetto delegato, che si attua anche attraverso il sistema di verifica e controllo previsto dall'art. 30, comma 4, che a sua volta disciplina il modello di organizzazione e gestione idoneo ad avere efficacia esimente dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Tale interpretazione in chiave istituzionale e non strettamente personale del ruolo di alta vigilanza, desumibile dal d.lgs. n. 81, è stata formalizzata dal d.lgs. n. 106 che ha disposto, all'art. 12, che l'obbligo di vigilanza "si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4".

Tale rinvio costituisce una norma assai rilevante, che introduce nel sistema della responsabilità penale un importante frammento del sistema di responsabilità degli enti. In questo richiamo vi sono alcune particolarità: la disposizione determina una rilevante asimmetria rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231 sulla responsabilità degli en-

ti. Infatti, in ambito penale, il sistema di verifica e controllo non esime da responsabilità altrimenti attribuita al datore di lavoro (come invece accade per la responsabilità degli enti), ma è una importante chiave di valutazione per fondare in positivo la responsabilità penale, nel caso in cui l'evento illecito possa essere fatto risalire al mancato controllo sull'esercizio della delega. È di particolare interesse sottolineare che l'obbligo di vigilanza (la cui violazione può fondare la responsabilità penale della persona fisica), strutturato con le modalità di cui all'art. 30 e quindi attraverso un adeguato modello di organizzazione e gestione, si estende tanto quanto l'area di applicazione del Testo unico sulla sicurezza.

Questa asimmetria risulta tanto più rilevante se si considera che il criterio di ascrizione previsto dall'art. 5 del d.lgs., costituito dall'"interesse o vantaggio" dell'ente, appare altamente problematico nell'ambito dei reati colposi. Con uno sforzo interpretativo può anche giungersi a ritenere che interesse o vantaggio ispirino la condotta e non l'evento e coprano, quindi, comportamenti dettati dalla logica del risparmio e del profitto; ma essi certamente non coprono un'area assai rilevante dell'illecito colposo, quella della trascuratezza, dell'insipienza. Dunque, sarebbe stato razionale, in concomitanza con l'introduzione della responsabilità dell'ente per gli illeciti colposi di cui si discute, prevedere un distinto meccanismo d'imputazione, basato proprio sull'inosservanza delle regole sull'organizzazione della sicurezza e sulla gestione del rischio.

In ogni caso, non appare dubbio che questa complessiva situazione normativa configuri in capo al datore di lavoro delegante un residuo ruolo di garante al livello alto della responsabilità organizzativa, a conferma dell'intreccio di ruoli che non sempre e non automaticamente consente la geometrica separazione delle sfere di responsabilità. Il tema è importante e suggerisce qualche breve approfondimento. L'art. 30 propone una lunga lista di adempimenti che, in parte, ricalca nella sostanza quelli richiesti per il documento sulla sicurezza. La differenza fondamentale è, forse, che non si tratta di un mero documento programmatico, che si è sin qui definito come uno statuto, una mappa; ma di una struttura dell'organizzazione che non solo deve essere prevista ma anche efficacemente attuata. In particolare si richiede (comma 1, lett. f), la vigilanza sul rispetto delle procedure per la sicurezza e sulla loro efficacia; nonché (comma 3) l'articolazione di funzioni con i relativi poteri e competenze, necessari per la valutazione e la gestione del rischio. Queste disposizioni, come si vede, ricalcano quelle previste per il documento sulla sicurezza. Tuttavia il comma 4 dell'art. 30 richiede anche un sistema di controllo sull'attuazione del modello organizzativo e sul mantenimento della sua idoneità, in vista del suo riesa-

me e della sua modifica in relazione al riscontro di violazioni significative della normativa ed a mutamenti della organizzazione dovuti al progresso scientifico e tecnico. In breve, pare di poter dire che sia previsto un apparato di tipo ispettivo, che verifichi in permanenza l'efficienza dell'organizzazione nell'ottica della sicurezza e ne promuova l'adeguamento. In questo modo si delinea un secondo livello di disciplina dell'organizzazione, rispetto al livello costituito dal documento per la sicurezza; e viene introdotta, sul piano della responsabilità delle persone fisiche, la logica del controllo attivo e permanente dell'efficienza dell'organizzazione della sicurezza, seguendo il modello già delineato dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231.

Si è sin qui parlato del datore di lavoro al singolare. In realtà la complessa responsabilità demandata al datore di lavoro non è solitaria ma si avvale della collaborazione istituzionale di due importanti figure tipiche: il medico competente ed il servizio di prevenzione e protezione.

Il medico, che può essere anche un soggetto estraneo all'azienda, è un professionista di elevata qualificazione che, come emerge dagli artt. 2, 38 e ss., ha due importanti funzioni: la sorveglianza sanitaria dettagliatamente disciplinata dall'art. 41; nonché la collaborazione con il datore di lavoro nella valutazione dei rischi, come previsto dall'art. 29, comma 1. Ne emerge che il medico competente trasferisce al datore di lavoro importanti, aggiornate informazioni tecnico-scientifiche, che svolgono un ruolo essenziale nella individuazione e nel controllo dei rischi, tanto più nell'ambito delle attività più rischiose ed aperte a nuove acquisizioni scientifiche.

Il servizio di prevenzione e protezione, che può essere anche esso esterno, deve essere composto da persone munite di specifiche capacità e requisiti professionali, adeguati ai bisogni dell'organizzazione; ed ha importanti compiti, previsti dall'art. 33, che consistono nella individuazione e valutazione dei rischi, nonché nel proporre le misure preventive e protettive di cui all'art. 28.

Queste due figure hanno quindi importanti funzioni di supporto informativo, valutativo e programmatico ma sono prive di autonomia decisionale: esse, tuttavia, cooperano in un contesto che vede coinvolti diversi soggetti, con distinti ruoli e competenze. In breve, un lavoro in *équipe*.

Alla luce di tali considerazioni pare sia possibile rispondere alla domanda se tali soggetti assumano la veste di garante nel senso ampio che si è detto. La questione è controversa anche in giurisprudenza, ed è stata molto discussa soprattutto per ciò che riguarda il Servizio di prevenzione e protezione. Si trae argomento negativo dal fatto che i soggetti componenti dell'organo non sono destinatari in prima persona di obblighi sanzionati penalmente; e svolgono un ruolo non opera-

tivo ma di mera consulenza. In realtà l'assenza di obblighi penalmente sanzionati si spiega agevolmente proprio per il fatto che il servizio è privo di un ruolo gestionale, decisionale, e svolge solo una funzione di supporto alle determinazioni del datore di lavoro.

L'assenza di sanzioni penali, tuttavia, non costituisce un argomento risolutivo per escludere il ruolo di garante. Ciò che importa è che i componenti del SPP siano destinatari di obblighi giuridici; e non può esservi dubbio che, con l'assunzione dell'incarico, essi assumano l'obbligo giuridico di svolgere diligentemente le funzioni che si sono viste.

D'altra parte, il ruolo svolto da costoro è parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito. Si pensi al caso del Servizio di prevenzione e protezione che manchi di informare il datore di lavoro di un rischio la cui conoscenza derivi da competenze specialistiche. In situazioni del genere pare ragionevole pensare di attribuire, in presenza di tutti i presupposti di legge ed in particolare di una condotta colposa, la responsabilità dell'evento ai soggetti di cui parliamo. Una diversa soluzione rischierebbe di far gravare sul datore di lavoro una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica.

Queste considerazioni mostrano una tematizzazione di problemi che, come si accennava all'inizio, prescinde dal carattere commissivo od omissivo della condotta di cui ci si occupa. Dunque, appare più chiara l'enunciazione che si poneva all'inizio: noi parliamo impropriamente di soggetto garante, mentre intendiamo riferirci al gestore di un rischio. Si tratta di un approccio che si iscrive perfettamente nella teoria del rischio e ne interpreta le finalità: l'accurata individuazione e separazione delle responsabilità nella prospettiva di un diritto penale umanizzante che ricerca soggetti responsabili e non capri espiatori.

Sezione III

LA GIURISPRUDENZA SULL'ART. 41 CAPOVERSO ALLA LUCE DELLA TEORIA DEL RISCHIO

17. La giurisprudenza sull'art. 41, capoverso, c.p.

Sono state sin qui tratteggiate le linee del dibattito sui temi centrali della causalità, con particolare riferimento a quella fondata sulla

condotta commissiva; essendo trattati nel capitolo seguente i temi specificamente attinenti alla causalità "omissiva". Il raffronto tra le diverse letture della materia ha indotto a cogliere, nel complesso e pur nella varietà delle prese di posizione su singole questioni, l'utilità dell'approccio fondato sulla teoria del rischio. Esso offre alcuni vantaggi che paiono di immediata percezione. Il più importante, come si è accennato, è quello del trasferimento all'interno della dogmatica del reato della prospettiva finalistica insita nelle scelte di politica legislativa. Pure importante è la possibilità di dare concretezza alla prospettiva umanizzante che, già nella fase dell'imputazione oggettiva, tenta di cogliere in qualche modo il significato della condotta, al fine di verificare se sia corretto, equo, il giudizio di attribuzione di paternità all'uomo. Non a caso, la teoria del rischio propone una chiave di lettura puntuale e per nulla vaga di diverse situazioni tradizionalmente problematiche nell'ambito del concorso di condizioni (o di cause) che, nell'ordinamento italiano, sono tradizionalmente elaborate attorno alla disciplina dell'art. 41, capoverso, c.p.

A tale ultimo proposito, si è visto che le tradizionali costruzioni in termini di atipicità, imprevedibilità, eccezionalità del fattore sopravvenuto che sovrasta e travolge il rilievo logicamente condizionante della condotta umana, sono storicamente meritorie ma non soddisfacenti. Esse, a volerle considerare con realismo, sono eccessivamente vaghe. Soddisfano l'ideale antoliseiano della semplicità, dell'eclettica adattabilità alle diverse situazioni problematiche, al prezzo – però – di una eccessiva genericità: come è stato da più parti osservato, tutto e nulla è in realtà eccezionale o imprevedibile. Tali valutazioni devono essere però confrontate, infine, con i fatti, con la giurisprudenza.

Dell'approccio giurisprudenziale a proposito della teoria condizionalistica si è già detto (cap. II, § 13). Si tratta ora di comprendere in particolare in che modo sia stata intesa in ambito applicativo la controversa norma del capoverso dell'art. 41 c.p. che, come si confida sia ormai chiaro, costituisce tradizionalmente il luogo problematico di maggiore evidenza del dibattito sulla causalità in Italia. Questa studio della giurisprudenza si collega direttamente, costituendone la prosecuzione, a quanto sin qui esposto a proposito del ruolo e delle origini storiche della norma (cap. II, § 3; cap. III).

Si tratta di raffrontare l'approccio giurisprudenziale con le elaborazioni teoriche e di comprendere, al di là delle enunciazioni di principio, quali soluzioni siano state date alle problematiche inerenti al concorso di "cause" *id est* di condizioni, soprattutto quando esse sono costituite da una pluralità di condotte umane poste in essere dall'agente, da terzi o dalle vittime. Soprattutto, si tratta di comprendere se la seducente prospettiva umanizzante sottesa alla teoria del rischio sia sta-

ta mai, consapevolmente o non, colta ed utilizzata in ambito giurisprudenziale; e se essa sia effettivamente capace di orientare in modo persuasivo la soluzione di casi critici che si muovono negli spazi (apparentemente) vuoti del sistema.

17.1. *Le formule teoriche*

Procedendo con ordine, occorre in primo luogo mettere a fuoco le enunciazioni di principio afferenti alle cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento evocate dall'art. 41, capoverso. Uno sguardo d'insieme alla copiosissima giurisprudenza di legittimità negli ultimi cinquanta anni consente di ritenere che il tema non è mai stato affrontato per intero, in una prospettiva teorica d'insieme che considerasse le sue complesse implicazioni poste in luce dal dibattito dottrinale. In particolare, non risulta mai affrontato esplicitamente, consapevolmente, il nodo centrale ampiamente – come si è visto – trattato in dottrina e riconducibile, al fondo, a due possibili opzioni. La prima considera il capoverso in questione come una mera riscrittura delle disposizioni degli artt. 40 e 41 che designano l'adesione al principio condizionalistico: le cause sopravvenute evocate dal codice sono quindi condizioni completamente slegate, sul piano logico, da quelle precedenti e costituiscono quindi parte di una catena causale del tutto indipendente; sicché le condizioni preesistenti appaiono ipotetiche, causalmente virtuali, come nel classico caso del sicario che somministra una dose di veleno che, però, non ha tempo di agire perché nel frattempo un altro killer sopprime la vittima con un'arma da fuoco. L'altra opzione, invece, considera che la disposizione faccia riferimento a situazioni nelle quali la condotta umana, considerata da un punto di vista logico-naturalistico, ha un sicuro rilievo condizionante verificato attraverso il giudizio controfattuale, e tuttavia la condizione sopravvenuta, sebbene connessa alle altre precedenti sul piano del condizionamento, assume una rilevanza talmente preponderante da travolgere le condizioni precedenti che assumono il ruolo, dal punto di vista giuridico, di mere insignificanti occasioni; mentre la condizione sopravvenuta, sempre dal punto di vista giuridico, assume la valenza di vera ed unica "causa" dell'evento.

In giurisprudenza è assai difficile trovare discussioni che tengano conto consapevolmente di tale problematica contrapposizione di tesi. Si rinvengono, invece, più o meno sintetiche enunciazioni di principio, spesso ripetute pigramente, poste come premessa di maniera per escludere che una condotta sopravvenuta possa comunque azzerare il rilievo condizionalistico di altra precedente. In conseguenza, una classificazione di tali enunciazioni, che voglia scorgervi accezioni real-

mente diversificate della disciplina legale, risulta assai difficile. Semmai, la comprensione delle indicate formule giurisprudenziali risulta meno anodina analizzando i casi cui esse si riferiscono.

Pare allora utile partire dalle formule. A proposito dell'individuazione delle cause da sole sufficienti a determinare l'evento, in alcune pronunzie assolutamente minoritarie si riscontrano formule che sembrano alludere ad una serie causale del tutto autonoma, non legata alla precedente condotta neppure da un tenue filo di occasionalità: "sono cause sopravvenute o preesistenti da sole sufficienti a determinare l'evento, quelle del tutto indipendenti dalla condotta dell'imputato. Ne consegue che non possono essere considerate tali quelle che abbiano causato l'evento in sinergia con la condotta dell'imputato, atteso che, venendo a mancare una delle due l'evento non si sarebbe verificato". Nessun riferimento, come si vede, ai tradizionali criteri selettivi costituiti dall'eccezionalità, atipicità, ecc. L'enunciazione sembra accedere alla dottrina che si raccoglie attorno alla prima opzione dottrinale sopra indicata, e riferirsi anche alle cause preesistenti e concomitanti. Il caso, non problematico, è quello di un'imputazione di omicidio preterintenzionale, nel quale l'evento letale era giunto a seguito di percosse inferte ad una persona anziana ed in non buone condizioni di salute¹²⁶.

Lungo la stessa linea si è pure affermato che la legge accoglie il principio di equivalenza delle cause, riconoscendo il valore interruttivo della seriazione causale solo a quelle che sopravvengono del tutto autonomamente, svincolate dal comportamento del soggetto agente. Anche qui il contesto è quello delle lesioni che conducono alla morte di una persona affetta da pregresse patologie, anche a causa di complicazioni seguite ad un'operazione chirurgica resa necessaria dalla condotta lesiva dell'agente. La Corte Suprema esclude che vi sia un'interruzione del nesso di condizionamento¹²⁷.

In altra pronunzia, infine, è stato affermato, questa volta sembra con piena consapevolezza, l'interpretazione secondo cui il capoverso dell'art. 41 non costituisce un'eccezione alla regola dell'equivalenza causale di cui al comma 1, ma ne rappresenta solo una specificazione: la disposizione contenuta nell'art. 41, comma 2, sta a significare che si deve escludere la sussistenza di un nesso di causalità tra il comportamento dell'agente e l'evento soltanto quando al comportamento, anche se astrattamente idoneo a produrre l'evento, è preclusa l'esplicazione della propria efficacia causale in virtù di un fattore sopravvenuto, che non abbia da esso origine, il quale impedisce che si svolga quella effi-

¹²⁶ Cass. 13 febbraio 2002, Izzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 222055.

¹²⁷ Cass. 20 giugno 2000, Aloisi, in *C.E.D. Cass.*, n. 216904.

cacia causale sostituendovi la propria. E poiché in questo caso l'evento è stato in realtà prodotto soltanto dal fatto indipendente sopravvenuto, la disposizione del capoverso dell'art. 41 non dà vita ad un'eccezione, ma costituisce unicamente la riaffermazione, in forma diversa, del principio che per l'attribuzione di un determinato evento criminoso ad un individuo è sufficiente che l'evento stesso sia verificato anche in conseguenza del suo comportamento¹²⁸.

In altra giurisprudenza l'indicato criterio di piena autonomia, e di non interdipendenza, della condotta idonea ad interrompere il nesso causale è integrato dal classico criterio della prevedibilità e dominabilità che sembra assumervi rilievo preminente: la causa sopravvenuta da sola sufficiente alla produzione dell'evento è quella del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, avulsa totalmente dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità. L'esclusione del nesso di causale è attribuita solo all'intervento di fattori anomali, eccezionali ed atipici, che interrompono il legame d'imputazione del fatto alla condotta colposa che vi assume il ruolo di mera occasione. Il nesso causale non può in ogni caso essere escluso quando la causa sopravvenuta è legata a quella preesistente da un nesso di interdipendenza: in tale caso le cause concorrenti sono tutte e ciascuna causa dell'evento in base al principio della causalità materiale fondato sull'equivalenza delle condizioni. L'enunciazione è riferita spesso al contesto della circolazione stradale ed alla classica situazione in cui un'azione innesca una serie di collisioni a catena¹²⁹. Qui s'evidenzia tutta l'ambiguità e l'assenza di un corretto assetto teorico nelle elaborazioni giurisprudenziali: si parla di serie causali autonome, ma al contempo non si rinuncia ad evocarne l'eccezionalità e l'imprevedibilità.

Tale approccio è scolpito più chiaramente in altre sentenze: la causa da sola sufficiente non è soltanto quella appartenente ad una serie causale completamente autonoma, ma anche quella che, pur inserendosi nella serie causale dipendente dalla condotta dell'imputato, agisce per esclusiva forza propria nella determinazione dell'evento, cosicché la condotta dell'imputato, pur costituendo un precedente necessario per l'efficacia della causa sopravvenuta, assume rispetto all'evento

¹²⁸ Cass. 30 novembre 1971, Piccini, in *C.E.D. Cass.*, n. 120878.

¹²⁹ Cass. 19 dicembre 1996, Fundarò, in *C.E.D. Cass.*, n. 206646; Cass. 21 ottobre 1997, Lini, *ivi*, n. 210098; Cass. 12 luglio 1990, Gotta, *ivi*, n. 185234 e n. 185235; Cass. 27 marzo 1991, Rossini, *ivi*, n. 187141, e in *Riv. pen.*, 1991, p. 1082; Cass. 11 marzo 1980, Tenaglia. Nello stesso senso, più vagamente, Cass. 12 dicembre 1997, Inserillo, *ivi*, n. 209158; Cass. 5 febbraio 1991, Navone, *ivi*, n. 188198; Cass. 21 luglio 1989, Miccichè, *ivi*, n. 184166; Cass. 6 dicembre 1977, Valentini, *ivi*, n. 137966.

stesso non il ruolo di fattore causale, ma di semplice occasione¹³⁰. Qui è chiaro che il fulcro è costituito dalla occasionalità della condotta precedente: essa è logicamente condizionante, è un antecedente necessario, ma è insignificante, essendo soppiantata da un altro fattore che agisce “per esclusiva forza propria”.

In altre pronunzie la sottolineatura dell'autonomia della causa sopravvenuta è sfumata: il concetto di causalità sopravvenuta, anche se non postula necessariamente la completa autonomia del fattore causale prossimo rispetto a quello più remoto, esige comunque che il primo non sia strettamente dipendente dall'altro e che si ponga al di fuori di ogni prevedibile linea di sviluppo dello stesso. Qui, dunque, assume rilievo preponderante il generico criterio di prevedibilità dell'evento¹³¹. La causa sopravvenuta da sola sufficiente alla produzione dell'evento e quindi avente efficacia interruttiva del nesso di causalità è quella del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, avulsa totalmente dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente medesimo. Tale non può dirsi la causa sopravvenuta legata a quella preesistente da un nesso di interdipendenza: in tal caso le cause concorrenti che non siano da sole sufficienti a determinare l'evento – per il necessario porsi della prima come condizione necessaria antecedente – sono tutte e ciascuna causa dell'evento in base al principio accolto dal nostro legislatore della causalità materiale fondata sull'equivalenza delle condizioni¹³². La prevedibilità deve essere riferita all'uomo di media prudenza, con riferimento alle condizioni ambientali, temporali ed alle altre conosciute o conoscibili, per cui tale condotta abbia l'ulteriore e conseguente carattere di eccezionalità rispetto al normale sviluppo della serie causale antecedente¹³³. In tale quadro è stato ritenuto che il nesso di condizionamento non è interrotto dalla mancata eliminazione di una situazione di pericolo e segnatamente dalla mancata diagnosi di una patologia medica¹³⁴.

In qualche pronunzia, ancora, il problema dell'interruzione viene risolto attingendo alla normalità dello sviluppo del processo causale.

¹³⁰ Cass. 23 gennaio 1990, Cavalieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 183479; Cass. 5 febbraio 1991, Navone, *ivi*, n. 188198; Cass. 26 maggio 1987, *ivi*, n. 177274; Cass. 16 maggio 1989, Esposito, *ivi*, n. 183577.

¹³¹ Cass. 30 settembre 1987, Federici, in *C.E.D. Cass.*, n. 176931; Cass. 3 ottobre 1988, Nardi, *ivi*, n. 179735; Cass. 8 ottobre 1981, Campa, *ivi*, n. 151004.

¹³² Cass. 12 novembre 1997, Insirello, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3245.

¹³³ Cass. 9 luglio 1979, in *C.E.D. Cass.*, n. 143703.

¹³⁴ Cass. 10 ottobre 1998, Ceraudo, in *C.E.D. Cass.*, n. 211606.

In un caso in cui un pedone era stato investito da un'auto che lo aveva scaraventato in mezzo alla strada ove era stato nuovamente investito da altra auto che ne aveva determinato la morte, la Corte ha ritenuto la responsabilità anche del primo automobilista. Infatti le cause concorrenti che non siano da sole sufficienti a determinare l'evento sono tutte e ciascuna concausa dell'evento stesso. Il rapporto di causalità materiale, determinato dal principio della equivalenza delle condizioni, è interrotto solo quando il fattore sopravvenuto abbia alterato il normale sviluppo del processo causale¹³⁵.

In altro dominante filone giurisprudenziale, infine, il fattore atto ad interrompere il nesso causale è solo quello vagamente definito come anomalo, anormale, atipico, imprevedibile, preponderante, ed in quanto tale eccezionale. Si tratta di criteri evocati isolatamente oppure in varia combinazione tra loro¹³⁶.

In qualche caso la Corte tenta di esplicitare il criterio dell'eccezionalità che, come si è visto, compare frequentemente quale chiave di volta per concretizzare l'idea di occasionalità: causa sopravvenuta sufficiente alla produzione dell'evento è quella del tutto indipendente dal fatto del reo, che si ponga al di fuori delle normali linee di sviluppo delle serie causale attribuibile alla condotta dell'agente, che costituisca cioè un fattore eccezionale tale che, malgrado il più alto grado di previdenza e prudenza, non sia possibile predisporre alcuna misura atta ad evitarlo. Non è tale la causa che si trovi in una situazione d'interdipendenza. Non integrano, pertanto, cause sopravvenute escludenti il rapporto di causalità, rispetto ad un fatto di lesioni volontarie, le omissioni e colpe dei sanitari, gli errori diagnostici, le complicanze operatorie e postoperatorie, così come lo stesso comportamento della vittima di rifiuto di cure e terapie¹³⁷.

In alcune sentenze viene evocata l'abnormità del fattore sopravvenuto: una causa sopravvenuta può interrompere il nesso eziologico solo quando si ponga al di fuori di ogni normale e prevedibile linea di sviluppo della serie causale dipendente dalla condotta dell'agente, e co-

¹³⁵ Cass. 1° dicembre 1981, Currò, in *C.E.D. Cass.*, n. 152268.

¹³⁶ Cass. 16 ottobre 1998, Di Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 212407; Cass. 28 settembre 1984, Granelli, *ivi*, n. 168324; Cass. 4 novembre 1985, Rotunno, *ivi*, n. 172309; Cass. 12 dicembre 1985, Rinaldi, *ivi*, n. 173620; Cass. 3 giugno 1988, Claveri, *ivi*, n. 179423; Cass. 26 marzo 1976, Di Iorio, *ivi*, n. 134503; Cass. 28 novembre 1975, Tagliavini, *ivi*, n. 134851; Cass. 4 maggio 1979, Collecutori, *ivi*, n. 143001; Cass. 12 dicembre 1980, Gamberi, in *Cass. pen.*, 1983, p. 47; Cass. 8 marzo 1983, Quartana, in *C.E.D. Cass.*, n. 158138; Cass. 9 febbraio 1974, Pagni, *ivi*, n. 127625; Cass. 18 aprile 1966, Fragni, *ivi*, n. 101975.

¹³⁷ Cass. 12 luglio 1989, Lamanne, in *C.E.D. Cass.*, n. 184131.

stituisce quindi un fattore abnorme avente una propria potenzialità autonoma. Così in un caso in cui, di fronte all'estrema gravità delle lesioni, il mancato tempestivo ricovero in ospedale poteva tutt'al più aver contribuito alla produzione dell'evento, ma giammai aver assunto il ruolo di fattore sufficiente da solo a determinarlo¹³⁸.

Talora, infine, il principio dell'autonomia della serie causale ed il criterio dell'eccezionalità ed imprevedibilità della condizione sopravvenuta s'integrano in modo incomprensibile, come ad esempio quando si afferma che le cause sopravvenute da sole sufficienti a cagionare l'evento, che a norma dell'art. 41 escludono il nesso causale con l'evento delle condotte preesistenti, sono solo quelle costituenti serie causali autonome, identificabili in fattori sopravvenuti del tutto avulsi dalla condotta del reo, operanti con assoluta autonomia, eccezionali, imprevedibili ragionevolmente e di per sé capaci, per esclusiva forza propria, di produrre l'evento, anche senza la situazione creata dalla serie causale già posta in essere dalla condotta precedente. Conservano invece rilevanza causale le condotte precedenti con le quali la causa sopravvenuta risulti in una condizione d'interdipendenza, sicché disgiunta ed isolatamente considerata, non si rivela capace di realizzare l'evento, stante il collegamento derivativo ed integrativo esistente con la serie causale antecedente, di cui la causa sopravvenuta appare uno sviluppo evolutivo¹³⁹.

Il tema è pure trattato nella già citata sentenza delle Sezioni Unite¹⁴⁰. Come si è visto, la Corte aderisce alla concezione condizionalistica, ma non manca di porla in relazione con la controversa formula dell'art. 41 capoverso. Si tratta di un breve passaggio, un inciso, che, non risulta molto chiaro. Infatti, in riferimento alle serie causali sopravvenute di cui all'art. 41 comma 2, si afferma che la teoria condizionalistica è allo stesso tempo temperata e ribadita dal riferimento normativo alla "causalità umana" che riguarda le serie sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento (*amplius*, cap. II, § 15).

18. *La giurisprudenza che ha riconosciuto l'interruzione del nesso causale*

Quanto alle implicazioni applicative di tale composito quadro, può senz'altro affermarsi che la giurisprudenza di legittimità è da sempre

¹³⁸ Cass. 21 ottobre 1980, Limitone, in *Cass. pen.*, 1982, p. 459.

¹³⁹ Cass. 2 luglio 1973, Di Bono, in *C.E.D. Cass.*, n. 126397.

¹⁴⁰ Sez. Un. 10 luglio 2002, Franzese, cit.

orientata ad intendere in termini estremamente riduttivi la portata dell'eccezione al principio dell'equivalenza causale espressa dall'art. 41, capoverso. Tale atteggiamento può essere colto esaminando la soluzione data ad un caso di scuola, cui si è ripetutamente fatto cenno, quello della vittima che dopo essere stata ferita muore nel corso di un secondo incidente occorso durante il trasporto in ospedale. Si è visto che l'incidente dell'ambulanza viene ritenuto un esempio paradigmatico di interruzione del nesso causale. La Corte, invece, ha affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 41, capoverso, che esclude la punibilità dell'autore della causa anteriore solo nel caso in cui la causa sopravvenuta abbia avuto efficienza e capacità propria in grado tale da doversi considerare assolutamente disgiunta dalla precedente, non può mai prescindere dal complesso delle condizioni che, in qualche modo, abbiano partecipato al meccanismo della causazione dell'evento; né può essere trascurato, quindi, il collegamento integrativo e derivativo esistente con la serie causale antecedente, di cui la causa sopravvenuta appare uno sviluppo evolutivo. È stato perciò escluso che vi fosse stata interruzione del nesso causale tra le lesioni riportate nel primo incidente e la morte dovuta al secondo incidente occorso durante il trasporto in ospedale ¹⁴¹.

Si potrebbero proporre numerosi casi simili (qualcuno sarà segnalato più avanti), ma pare più interessante prestare attenzione ai casi nei quali l'interruzione è stata riconosciuta. Infatti è importante comprendere quali giustificazioni teoriche abbiano sorretto le decisioni; e soprattutto cogliere se tali elaborazioni di principio possano essere considerate appaganti.

19. *La volontaria esposizione al pericolo: il caso del soccorritore imprudente*

Una delle pronunzie più interessanti riguarda un caso ¹⁴² in cui, a seguito di condotte colpose dei conducenti, un'auto ed un'autocisterna erano entrate in collisione. L'autocisterna aveva preso fuoco. In quel frangente i conducenti di alcune auto si fermavano e si prodigavano per prestare soccorso. Alcuni di essi si avvicinavano all'auto riuscendo a liberare il conducente e la sorella, che vi erano rimasti prigionieri. Improvvisamente il fuoco si propagava al serbatoio dell'autocisterna

¹⁴¹ Cass. 14 dicembre 1984, Cavalieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 170114.

¹⁴² Cass. 4 giugno 1990, Patricera, in *C.E.D. Cass.*, n. 185562; e in *Cass. pen.*, 1992, p. 1514.

che esplodeva provocando una violenta onda d'urto che investiva i soccorritori. Uno di essi, che si trovava a circa sessanta metri dal punto dell'esplosione, subiva in tale contingenza lesioni letali.

Si discuteva se, oltre che di incendio colposo, i conducenti dovessero pure rispondere di omicidio colposo del soccorritore. La Corte, condividendo l'assunto dei giudici di merito, ha escluso il nesso causale tra la condotta imprudente dei conducenti e la morte del soccorritore, affermando che la condotta della vittima (il soccorritore) è del tutto eccezionale ed imprevedibile, indipendente dal fatto del reo e si inserisce in una serie causale come fattore determinante ed autonomo dell'evento. Per corroborare la sua tesi la Corte giunge ad affermare che "il dovere civico di prestare soccorso non deve essere compiuto indiscriminatamente e con incosciente sprezzo del pericolo e perciò la condotta del soccorritore che non tiene conto di tali essenziali condizioni è al di fuori da ogni normale prevedibilità. In sostanza, l'incendio addebitato agli imputati fu la mera occasione del successivo evento, ma non ne fu la causa in senso giuridico, poiché la condotta del soccorritore, inseritosi autonomamente nell'iter causale dell'evento, fu da sola sufficiente a produrlo, spezzando il nesso causale tra la condotta degli imputati e l'evento stesso".

Tale pronunzia è esemplare di come una decisione equa e ragionevole possa essere sorretta da premesse teoriche vaghe e da valutazioni della realtà difficilmente condivisibili. Infatti, per giungere ad escludere la responsabilità dell'autore dell'incidente che ha dato luogo all'incendio anche in ordine alle conseguenze subite dall'estraneo soccorritore, non fa altro che evocare il classico criterio d'eccezionalità della condizione sopravvenuta quale fattore d'interruzione del nesso di condizionamento; e per dare un qualche corpo, nel caso concreto, a tale evocazione teorica, impietosamente sottolinea il carattere eccessivamente generoso e quindi imprudente del comportamento del soccorritore. Appare evidente che in questa vicenda non vi è nulla di imprevedibile ed eccezionale. Quello di prestare soccorso a seguito di un incidente è comportamento socialmente atteso, talvolta addirittura doveroso, e non infrequente. Nel caso di specie, poi, tale plateale imprudenza neppure si configurava. Al momento dell'esplosione il soccorritore si trovava a circa sessanta metri dal veicolo in fiamme e quindi ad una distanza per nulla sconsiderata.

Il fatto, poi, che tale comportamento di soccorso sia più o meno audace non muta sostanzialmente lo stato delle cose. Con ogni probabilità, infatti, la decisione della Corte non sarebbe stata diversa se il soccorritore fosse stato un professionista e si fosse attenuto ai protocolli d'intervento in tali situazioni, che tendono a gestire ragionevolmente il pericolo, ma non azzerano il rischio. Del resto, la cronaca ci mostra

frequentemente immagini di personale di soccorso che si avvicina non senza pericolo ad auto date alle fiamme; e in questo modo di agire nessuno ha colto nulla di eccezionale.

Constata la scarsa plausibilità della motivazione ispirata alla dottrina della causalità umana, occorre cercare altrove un'elaborazione che consenta di sorreggere razionalmente la decisione. Emerge così la persuasività della dottrina del rischio. Essa, con il suo complesso programma di analisi, distinzione, separazione di sfere di rischio e di connesse sfere di responsabilità personale, offre un'efficace chiave di lettura di un contesto problematico non di rado presente nell'esperienza giudiziaria ed esemplificato dal caso di cui si parla: nella serie causale si inserisce un atto di volontaria autoesposizione al pericolo da parte di un soggetto, che segue ad un'altra condotta che pure ha contribuito a dar corpo alla situazione pericolosa.

Come si è già evidenziato (§ 10 s.), a determinate condizioni, può essere esclusa la riferibilità dell'evento al primo agente che ha dato un contributo alla altrui autoesposizione al pericolo. La chiave di volta per tale soluzione è costituita dal principio di libera autodeterminazione, che impone di considerare l'evento come effetto della scelta da parte di un soggetto che esclude la riferibilità anche ad altro agente. L'esclusione dell'imputazione si fonda sulla libera scelta, sulla consapevolezza del rischio liberamente affrontato da persona pienamente responsabile, la cui determinazione non possa essere influenzata, governata dal primo agente. Tale "impermeabilità" della libera sfera d'azione della vittima determina una cesura, una separazione dei rischi, una distinzione delle sfere di responsabilità che esclude l'imputazione oggettiva al primo agente. L'imputazione non è invece esclusa quando la determinazione di affrontare il rischio non è frutto di una deliberazione completamente libera e consapevole.

Come pure si è accennato, la separazione delle sfere di responsabilità può aver luogo solo ove la condotta della vittima non sia influenzabile dall'esterno. Pertanto, l'imputazione oggettiva si configura sempre in presenza di una decisione di autoesporsi al pericolo da parte della vittima, quando vi è un altro soggetto che mantiene in ogni momento il controllo della situazione, al quale tocca di decidere se agire oppure recedere.

Infine, tale analisi fondata sulla volontaria autoesposizione al pericolo trova applicazione anche nel caso in cui il soccorritore sia un professionista della sicurezza, come ad esempio un vigile del fuoco: ciò che rileva è sempre l'autodeterminazione del soccorritore, che agisce con la piena consapevolezza dei rischi relativi. La decisione di autoesporsi al pericolo, che sia espressione di umana solidarietà o esercizio di un mestiere o entrambe le cose, supera e separa la condotta del primo agente

esonerandolo in linea di principio dall'accollo dell'evento: non si può imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire.

In conclusione, il caso esaminato consente di cogliere la profonda diversità qualitativa tra la teoria della casualità umana che, per poter essere applicata, richiede difficili forzature della realtà e la teoria del rischio che giunge a separare con innegabile plausibilità differenti sfere di responsabilità già sul piano dell'imputazione del fatto, proprio sulla base di una penetrante e realistica analisi degli accadimenti.

20. La successione delle sfere di responsabilità: il caso del manufatto difettoso

Le considerazioni svolte a margine del caso del soccorritore generoso aiutano ad analizzare un altro caso che, nonostante la radicale diversità del fatto, presenta qualche interessante analogia strutturale.

L'appaltatore ha realizzato una tensostruttura per coprire il cortile interno di un importante monumento ed ha consegnato l'opera. Successivamente il committente non consente all'appaltatore di apportare al manufatto alcune modifiche tecniche ritenute necessarie per accrescerne la resistenza contro il rischio derivante dalla pioggia. Il rifiuto è determinato dal costo dell'intervento ed è assolutamente reciso; tanto che, quando l'appaltatore, visto l'intensificarsi della pioggia, inizia a realizzare a sue spese le modifiche, ne dispone addirittura lo smontaggio. La struttura effettivamente cede causando lesioni ad alcune persone. La Corte Suprema ha ritenuto l'interruzione del nesso causale tra la condotta dell'esecutore del manufatto e l'evento; ed ha affermato che, in ambito di lesioni colpose, allorché l'appaltatore si attivi per rimuovere una situazione di pericolo collegata all'opera dal medesimo fornita e il committente impedisca la realizzazione di tale intervento adeguato, quest'ultimo comportamento ha carattere anomalo ed atipico e, in quanto tale, costituisce evento eccezionale atto ad interrompere il nesso di causalità tra la fornitura dell'opera e l'incidente verificatosi per il difetto di funzionamento della struttura¹⁴³.

Anche qui è difficile cogliere un che di veramente eccezionale ed imprevedibile nel comportamento del committente che, dopo aver preso in consegna l'opera, si rifiuta di consentire che vi siano apportate modifiche. Si tratta, anzi, in linea di principio, di una scelta criticabile ma non priva di qualche razionalità, soprattutto se guardata dal punto

¹⁴³ Cass. 16 ottobre 1998, Di Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 212407.

di vista negoziale: emerge dalla pronunzia che l'opera veniva normalmente montata senza le strutture aggiuntive suggerite nel caso di specie ed era idonea a sopportare pesi notevoli; sicché sembra d'intendere che il committente reputava (a torto) la modifica in questione non indispensabile e temeva che essa comportasse maggiori costi: nulla di straordinario, dunque.

Appare invece più utile argomentare sul piano dell'imputazione giuridica, considerando le fasi della gestione del rischio. Infatti, con la consegna del manufatto e con la consapevole rivendicazione da parte del committente della propria autonomia decisionale (concretizzatasi con il rifiuto di consentire interventi modificativi dell'opera), la gestione del rischio è stata assunta completamente dal committente medesimo con piena ed informata autonomia decisionale, che non è stata influenzata dalle profferte o proposte dell'appaltatore che ha ormai completamente esaurito il suo ruolo. Dunque, come nel caso precedente, si determina una cesura, una separazione di sfere di gestione del rischio e di responsabilità connesse, che impedisce l'imputazione dell'evento al primo agente.

21. *I differenti contesti di rischio: i pericoli connessi con l'ingresso abusivo nell'altrui proprietà*

Appaiono non meno interessanti altri due casi assai simili, nei quali è stata riconosciuta l'interruzione del nesso causale.

Un lavoratore si era introdotto abusivamente in un cantiere edile fuori dall'orario di lavoro, dopo aver praticato un foro nella rete di recinzione; aveva rimosso lo sbarramento a croce di Sant'Andrea posto a protezione del varco destinato al montaggio della porta dell'ascensore; era inciampato su un pannello ed era caduto nel vuoto riportando gravi lesioni.

La Corte ha annullato la sentenza di condanna emessa dal giudice di merito, ed ha ritenuto l'interruzione del nesso causale tra l'evento costituito dalle lesioni personali e l'eventuale violazione di prescrizioni antinfortunistiche riferibile al datore di lavoro, poiché la vittima, con comportamento gravemente imprudente, aveva violato consapevolmente le cautele disposte allo specifico scopo di prevenire la presenza di persone in un'area tipicamente ed inevitabilmente pericolosa, introducendosi arbitrariamente nel sito¹⁴⁴. Per la Corte si è determinata

¹⁴⁴ Cass. 25 settembre 2001, Intrevado, in *Foro it.*, 2003, c. 163, ed in *C.E.D. Cass.*, n. 221149.

l'“intrusione” nello svolgersi degli accadimenti di un fattore sopravvenuto ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p. di per sé capace ed idoneo a produrre l'evento. Ed è interessante notare che la pronunzia sottolinea ripetutamente che l'effetto interruttivo non viene meno per l'eventuale inosservanza di disposizioni cautelari da parte del responsabile del cantiere.

Anche qui è agevole cogliere che nel comportamento della persona che si introduce abusivamente in un cantiere edile o in qualunque altra proprietà privata non vi è nulla di eccezionale o imprevedibile. Anzi, si tratta di un illecito tra i più ricorrenti nell'esperienza giudiziaria. Il vero problema – allora – è sempre quello di analizzare e distinguere i differenti contesti di rischio e le connesse responsabilità. La vittima è occasionalmente un lavoratore, ma la situazione pericolosa nella quale si è verificato l'incidente non è riferibile al contesto della prestazione lavorativa, sicché non entrano in questione la violazione della normativa antinfortunistica e la responsabilità del gestore del cantiere.

Probabilmente, visti dal punto di vista della disciplina antinfortunistica, i presidi apprestati a protezione dal pericolo di caduta nel vano ascensore erano inadeguati; mentre erano state adottate le cautele (recinzione dell'area) atte ad escludere l'ingresso di terzi. Tuttavia, al momento dell'incidente non era in corso un'attività lavorativa. Pertanto, il caso andava esaminato dal differente punto di vista delle cautele che devono essere approntate dal responsabile del sito per inibire la penetrazione di estranei in un'area pericolosa come un cantiere edile.

In tale distinto contesto di rischio extralavorativo, da un canto l'accesso abusivo nel cantiere è frutto di una non governabile determinazione assunta dal lavoratore, nonostante la recinzione dell'area; dall'altro la mancata predisposizione di una più robusta e stabile protezione del vano ascensore non è soggettivamente rimproverabile. Non si rinviene, quindi, una condotta omissiva rilevante eziologicamente.

Discorso analogo può esser fatto a proposito dell'altro caso in cui pure è stata ritenuta l'interruzione del nesso causale¹⁴⁵. Un dipendente di un albergo in una località termale, terminato il turno di lavoro, si era diretto verso l'auto parcheggiata nei pressi e, per guadagnare tempo, invece di percorrere la strada normale, si era introdotto abusivamente in un'area di pertinenza di un attiguo albergo ed aveva percorso un marciapiede posto a margine di una vasca con fango termale alla temperatura di circa 80 gradi. L'area era protetta da ringhiere metalliche ed il passaggio era sbarrato da due catenelle, mentre non esisteva alcuna protezione all'interno dell'area stessa, sui passaggi che fian-

¹⁴⁵ Cass. 7 maggio 1985, Bernardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 171215

cheggiano le vasche. In prossimità dell'area si trovavano segnali di pericolo. L'uomo, che conosceva molto bene la zona, aveva scavalcato le catenelle e si era incamminato lungo i marciapiedi, ma aveva messo un piede in fallo cadendo nella vasca e perdendovi la vita. Il proprietario dell'albergo era stato condannato dal giudice di primo grado ed assolto dalla Corte d'appello. L'accusa era di omicidio colposo in relazione alla violazione dell'art. 242 del D.P.R. n. 547/1955, per la mancata predisposizioni di adeguati parapetti ai margini della vasca.

La pronuncia assolutoria era motivata dal fatto che il lavoratore conosceva benissimo i luoghi ed era ben consapevole dei pericoli derivanti dal fango ad alta temperatura, dai vapori che ne emanavano e dal buio. Tale condotta era stata ritenuta illecita e del tutto anomala, eccezionale, atipica, imprevedibile e quindi assorbente e tale da interrompere il nesso di causalità rispetto alle carenze riscontrabili nelle misure di prevenzione adottate dall'imputato. Tale assunto è stato confermato dalla Corte Suprema. Anche qui occorre brevemente ripetere che l'ingresso abusivo in un sito altrui difficilmente può essere ritenuto eccezionale ed imprevedibile. Semplicemente, si era al di fuori del contesto lavorativo ed il proprietario non era tenuto ad adottare misure ulteriori rispetto a quelle poste in essere, consistite nella protezione dell'area dall'accesso indiscriminato e nell'apposizione di cartelli di pericolo. Anche qui, pertanto, non si configura una condotta omissiva eziologicamente rilevante; e la chiave di volta per la soluzione del caso è parimenti costituita dalla distinzione tra contesto lavorativo ed extralavorativo. Si tratta di una distinzione molto netta in questo caso, poiché il lavoratore aveva terminato la sua attività nell'albergo e si era introdotto nel terreno di pertinenza di un altro complesso alberghiero.

22. *L'interruzione del nesso causale nell'ambito di infortuni sul lavoro*

Il tema dell'interruzione del nesso causale ricorre con insistenza nell'ambito di processi inerenti ad infortuni sul lavoro. L'effetto interruttivo è stato riconosciuto in due casi.

Un operaio addetto ad una pala meccanica che si era improvvisamente bloccata era sceso dal mezzo senza spegnere il motore e, sdraiato sotto di essa tra i cingoli, aveva sbloccato a mano la frizione difettosa sicché il veicolo, muovendosi, lo aveva travolto. La Corte Suprema¹⁴⁶ ha annullato con rinvio la pronuncia di condanna del titolare dell'impresa in ordine al reato di omicidio colposo, al fine di valutare

¹⁴⁶ Cass. 10 novembre 1999, Addesso, in *C.E.D. Cass.*, n. 183633.

se il comportamento del lavoratore di disinserire la frizione senza curarsi di spegnere il motore della macchina presentasse il carattere di fattore sopravvenuto atipico, interruttivo della serie causale precedente. La Corte ha pure affermato il principio che la responsabilità dell'imprenditore deve essere esclusa allorché l'infortunio si sia verificato a causa di una condotta del lavoratore inopinabile ed esorbitante dal procedimento di lavoro cui è addetto, oppure a causa di inosservanza di precise disposizioni antinfortunistiche. Ai sensi dell'art. 41, capoverso, il nesso eziologico può essere interrotto da una causa sopravvenuta che si presenti come atipica, estranea alle normali e prevedibili linee di sviluppo della serie causale attribuibile all'agente e costituisca, quindi, un fattore eccezionale.

La possibilità d'interruzione del nesso causale è stata altresì ravvisata dalla Corte Suprema in un caso ¹⁴⁷ in cui un lavoratore, addetto ad una macchina dotata di fresatrice con il compito di introdurre manualmente degli elementi di legno, aveva inserito ("eseguendo una manovra tanto spontanea quanto imprudente") la mano all'interno dell'apparato per rimuovere residui di lavorazione, subendone l'amputazione. L'imputazione riguardava il reato di cui all'art. 590 c.p. in relazione all'art. 68 del D.P.R. n. 547/1955 per la mancata adozione di idonei dispositivi di sicurezza. La Corte d'appello aveva affermato la responsabilità del titolare della ditta e del preposto ai lavori. La Corte di Cassazione ha invece annullato con rinvio al giudice di merito perché verificasse se l'inc congruo intervento del lavoratore fosse stato richiesto da particolari esigenze tecniche, osservando che l'operazione compiuta era rigorosamente vietata; che la macchina era dotata di idoneo strumento aspiratore; che il lavoratore era perfettamente consapevole che la fresatrice era in movimento; che qualunque accorgimento tecnico volto ad obbligare l'operatore a tenere ambo le mani impegnate per far andare la macchina avrebbe dovuto fare i conti con il tipo di lavorazione, nel quale la manualità dell'operatore era totalmente assorbita nell'introduzione del legno nell'apparato. Nell'occasione è stato ribadito il noto principio che le norme dettate in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro perseguono il fine di tutelare il lavoratore persino in ordine ad incidenti derivati da sua negligenza, imprudenza ed imperizia, sicché la condotta imprudente dell'infortunato non assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento quando sia comunque riconducibile all'area di rischio inerente all'attività svolta dal lavoratore ed all'omissione di doverose misure antinfortunistiche da parte del datore di lavoro; ma si è aggiunto che il datore di lavoro è esonerato da responsabilità

¹⁴⁷ Cass. 25 settembre 1995, Dal Pont, in *Cass. pen.*, 1997, p. 67.

quando il comportamento del dipendente presenti i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive organizzative ricevute. Qui compare la classica evocazione dell'eccezionalità della condizione sopravvenuta, costituita dalla condotta incongrua del lavoratore. Tuttavia, al fondo, la pronunzia trae ispirazione dalla considerazione della riconducibilità o meno dell'evento e della condotta che vi ha dato causa all'area di rischio propria della prestazione lavorativa: linea argomentativa che viene del resto espressamente enunciata a fianco di quella tradizionale afferente – appunto – all'eccezionalità ed abnormità della condotta del lavoratore.

Si tratta di impostazione che non è del resto dissimile da quella esposta in diverse altre pronunzie nelle quali la Corte Suprema, pur senza ritenere l'interruzione del nesso causale, ha affermato che le norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro hanno la funzione di evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica intrinsecamente connaturali all'esercizio di talune attività lavorative, anche nell'ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuale imprudenza e disattenzione dei lavoratori subordinati, la cui incolumità deve essere sempre protetta con appropriate cautele. La condotta del lavoratore può tuttavia determinare l'interruzione del nesso causale quando sia del tutto anomala, inopinabile in quanto esorbitante dal procedimento di lavoro cui egli è addetto, oppure si concreti nell'inservanza di precise norme antinfortunistiche. In tale caso la condotta colposa del lavoratore esclude la responsabilità dell'imprenditore, dei dirigenti e dei preposti¹⁴⁸.

In alcune sentenze il principio è stato ribadito e si è altresì sottolineato che la condotta esorbitante deve essere incompatibile con il sistema di lavorazione¹⁴⁹; in altre si è affermato che l'inopinabilità può essere desunta o dalla estraneità al processo produttivo e alle mansioni attribuite¹⁵⁰; o dal carattere del tutto anomalo della condotta del lavoratore¹⁵¹.

Il principio è stato affermato anche¹⁵² per escludere l'interruzione

¹⁴⁸ Cass. 8 novembre 1989, Dell'oro, in *C.E.D. Cass.*, n. 183199. Il caso riguardava il ribaltamento di alcuni pesanti rotoli di filo di ferro incongruamente accatastati.

¹⁴⁹ Cass. 11 febbraio 1991, Lapi, in *C.E.D. Cass.*, n. 188202; Cass. 18 marzo 1986, Amadori, *ivi*, n. 174222.

¹⁵⁰ Cass. 14 giugno 1996, Ieritano, in *C.E.D. Cass.*, n. 206012.

¹⁵¹ Cass. 13 novembre 1984, Accettura, in *C.E.D. Cass.*, n. 172160.

¹⁵² Cass. 3 giugno 1999, Grande, in *C.E.D. Cass.*, n. 214997, ed in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 986.

del nesso causale in un caso in cui un lavoratore, per sbloccare una macchina a circa 5 metri d'altezza, anziché servirsi dell'apposita scala, aveva fatto un uso improprio di un carrello elevatore. La Corte ha affermato in tale pronuncia che vi è la possibilità di configurare l'interruzione del nesso causale per un comportamento imprevedibile ed anormale posto in essere anche dal lavoratore mentre è dedito al compito affidatogli. In tale caso, però, occorre che il datore di lavoro abbia adempiuto a tutti gli obblighi che gli sono imposti in materia di sicurezza del lavoro (doveri in tema di prevenzione tecnica ed organizzativa; doveri di prevenzione informativa e formativa; doveri di vigilanza e controllo), e che inoltre il lavoratore, per eseguire i suoi compiti, si avvalga di accorgimenti diversi da quelli imposti dalla legge o suggeriti dalla migliore ricerca.

In sintesi, sembra di poter cogliere in tale orientamento della giurisprudenza l'implicita tendenza a considerare interruttiva del nesso di condizionamento la condotta anormale del lavoratore quando essa si collochi, in qualche guisa, al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Come si è già accennato, la materia della sicurezza del lavoro si presta particolarmente, naturalmente con tutte le limitazioni e le precisazioni del caso, alla separazione dei rischi e delle sfere di responsabilità.

In dottrina è stata colta tale tendenza della giurisprudenza, che viene condivisibilmente ritenuta di fatto espressione della teoria del rischio: distinzione delle diverse sfere di competenza, a seconda che il comportamento possa essere ascritto rispettivamente al centro decisionale esclusivo del lavoratore o a quello del datore di lavoro. Rileva l'utilizzo di fattori di rischio ordinario rispetto alle mansioni svolte o, viceversa, l'introduzione di fattori di rischio eccedenti la sfera delle competenze assegnate; e quindi la necessità della condotta del lavoratore rispetto alle mansioni espletate oppure, al contrario, la non riconducibilità della condotta medesima all'area di rischio inerente all'attività del lavoratore. Tale tendenza viene ritenuta espressione della complessa compartimentazione di aree di organizzazione delle attività rischiose e di competenza (per la produzione di rischi stessi) che circoscrivono l'*an* ed il *quantum respondeatur*. L'elemento caratterizzante è, in sintesi estrema, che vi sono settori in cui l'intervento di una condotta colposa, ulteriore rispetto ad una prima assunta come punto di riferimento, assorbe integralmente l'imputazione già sul presupposto, riguardato *ex ante*, di quella scansione in distinti settori di rischio che tratteggiano le singole aree in cui il rischio stesso è consentito dall'ordinamento¹⁵³.

¹⁵³ CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose*, cit., p. 686 s.

23. *Il caso del conducente dello scuolabus*

Al tema della separazione dei rischi può essere pure ricondotto un caso in cui è stata esclusa la connessione causale tra la condotta del conducente di uno scuolabus e l'investimento mortale di un bambino che, sceso dal mezzo senza incidenti, attraversò la strada senza cautela. La Corte ha osservato che il conducente, pur dovendo usare speciale prudenza e diligenza nella condotta di guida e nelle fasi di salita e discesa dei bambini, assicurando che anche tali operazioni si svolgano senza pericoli per la loro incolumità, risponde delle sole situazioni pericolose per l'incolumità personale dei minori che egli stesso abbia determinato con una condotta colposa inerente alle fasi del trasporto, ivi comprese quelle preparatorie ed accessorie di salita e discesa dal veicolo, ma non anche delle situazioni di pericolo che nelle fasi precedenti o successive al trasporto siano determinate da causa diversa attribuibile alla vittima od a terzi, non ricollegabili causalmente ma solo occasionalmente al comportamento del conducente medesimo. Qui l'evocazione dell'occasionalità può forse apparire ambigua. Ma pare sostanzialmente corretta l'individuazione dell'area di responsabilità del conducente dello scuolabus, che riguarda le fasi del trasporto vero e proprio e della salita e discesa dei bimbi. Le fasi antecedenti e susseguenti non entrano nella sfera di governo e responsabilità del conducente. Sicché rispetto ad esse non si configura un obbligo d'impedire l'evento e non è quindi ipotizzabile una condotta inosservante per omissione, eziologicamente rilevante¹⁵⁴.

24. *L'interruzione del nesso causale nell'ambito dell'attività di cura*

L'ambito che ha determinato le maggiori discussioni sulla portata dell'art. 41, capoverso, è sicuramente quello in cui l'attività di cura interagisce con gli effetti determinati dalla precedente condotta illecita, aggravandoli.

La Corte Suprema ha ripetutamente escluso che, nel caso di lesioni personali seguite da decesso della vittima dell'azione delittuosa, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici possa elidere il nesso di causalità tra la condotta lesiva dell'agente e l'evento morte. La colpa dei medici, infatti, anche se grave, non può ritenersi causa autonoma ed indipendente rispetto al comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei sanitari. Infatti la negli-

¹⁵⁴ Cass. 22 aprile 1988, Valeri, in *C.E.D. Cass.*, n. 179154.

genza o imperizia dei medici non costituisce di per sé un fatto imprevedibile, eccezionale, atipico rispetto alla serie causale precedente, di cui costituisce uno sviluppo evolutivo normale anche se non immancabile¹⁵⁵. In tale approccio l'eccezionalità viene colta in modo categoriale, astratto: per definizione essa non si configura, indipendentemente dalle contingenze del caso concreto.

L'interruzione del nesso causale è stata pure esclusa in numerose occasioni nelle quali l'attività di cura di lesioni illecite è stata complicata da preesistenti condizioni morbose da cui la vittima era affetta: cardiopatie, malferme condizioni di salute, diabete ed altre malattie sono sempre insufficienti a produrre da sole l'evento, ma solo coagenti con il fattore causale radicato nella condotta illecita del primo agente¹⁵⁶.

La Corte Suprema ha pure ripetutamente escluso che il comportamento incongruo della vittima nel corso dell'attività di cura possa costituire fattore idoneo ad interrompere il nesso causale¹⁵⁷.

Il principio rigorista è stato affermato in un caso in cui una persona, rimasta coinvolta nello scontro tra autoveicoli, era venuto meno non solo a causa della malferma salute ma soprattutto per errori dei medici testualmente definiti assurdi¹⁵⁸.

L'interruzione è stata pure esclusa in un caso in cui la vittima di un incidente stradale veniva ricoverata in ospedale, era sottoposta ad intervento chirurgico ad un occhio e subiva un'anestesia totale soggettivamente controindicata che ne determinava la morte¹⁵⁹.

In altro caso una persona colpita con una coltellata che penetrava nell'emitorace sinistro, veniva sottoposta a ripetuti interventi chirurgici, l'ultimo dei quali determinò collasso cardiaco letale. La vittima era affetta da preesistente malformazione cardiaca congenita con indicazione di sostituzione valvolare. I giudici di merito avevano attribuito a tale malformazione il ruolo di concausa dell'evento. La Corte, discutendo dell'applicabilità dell'art. 41, comma 2, preso atto della ambiguità ed inesattezza della formula della "sufficienza" a produrre l'even-

¹⁵⁵ Cass. 9 ottobre 1995, La Paglia, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2539; Cass. 19 gennaio 1998, Van Custem, *ivi*, 1998, p. 2916; Cass. 10 marzo 1983, Di Martino, in *Giust. pen.*, 1984, II, c. 63.

¹⁵⁶ Cass. 24 marzo 1986, Catalano, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1924; Cass. 1° marzo 1989, Maestri, in *Cass. pen.*, 1990, p. 838; Cass. 17 giugno 1985, Pellegrino, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1884.

¹⁵⁷ Cass. 14 luglio 2000, Falvo, in *C.E.D. Cass.*, n. 217149; Cass. 2 marzo 2000, Troiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 217479 ed in *Cass. pen.*, 2002, p. 574; Cass. 4 dicembre 1986, Rapisarda, in *C.E.D. Cass.*, n. 175429.

¹⁵⁸ Cass. 1° marzo 1989, Maestri, in *C.E.D. Cass.*, n. 181098.

¹⁵⁹ Cass. 4 luglio 1980, Brandino, in *C.E.D. Cass.*, n. 147167.

to, visto che un evento è sempre il risultato di più antecedenti, rileva che “il ferimento da un lato e la cardiopatia dall’altro sono condizioni che, se considerate ciascuna a sé, si dimostrano insufficienti a determinare l’evento, il quale è insorto in dipendenza della cooperazione (c.d. efficacia combinata) delle due condizioni di cui sopra. La vittima è morta in ospedale a seguito di intervento chirurgico strettamente consequenziale al ferimento. La malformazione aortica ha indubbiamente concorso nella produzione dell’evento a cui, però, non è rimasta estranea la condotta del reo. La morte, cioè, è la risultante di due forze combinate. Si tratta di due forze indivisibilmente cooperanti nella verifica dell’evento. E in tal caso non è esclusa la responsabilità del feritore”¹⁶⁰.

Pure in un caso di investimento di un ciclista che veniva meno a causa delle lesioni coagenti con le malferme condizioni di salute e con errori dei sanitari, la Corte ha affermato che le condizioni di salute della vittima e gli errori dei sanitari si pongono solo come concausa dell’evento letale, l’una preesistente, l’altra sopravvenuta, ma pur sempre coagenti con il fattore causale radicato nella condotta addebitata al prevenuto, trattandosi di circostanze di per sé inidonee ed insufficienti a produrre, da sole, il detto evento¹⁶¹.

In altro caso in cui una ferita cutanea procurata da un proiettile determinava una flogosi settica diffusa originata dalla lesione, in presenza di malattia diabetica, la Corte ha affermato che nei confronti delle concause non solo sopravvenute ma anche preesistenti e simultanee, la presunzione di pari valenza nel rapporto di causalità può essere vinta, con preminenza di una sola causa, a condizione che vi sia prova che essa sia stata da sola sufficiente a determinare l’evento. In conseguenza, la malattia diabetica costituisce solo una concausa patologica preesistente, che non esclude il rilievo causale della lesione cutanea¹⁶².

Neppure la condotta imprudente del paziente che abbia richiesto con ritardo le cure esclude il concorso di cause ove il sanitario, anziché contrastare il processo patologico, differisca l’intervento terapeutico che si prospetti come necessario: il medico aveva avviato a diverso nosocomio una paziente che, sia pure con ritardo, aveva richiesto le cure per il distacco della placenta, così omettendo un immediato intervento che avrebbe potuto salvare la vita del feto¹⁶³.

¹⁶⁰ Cass. 24 marzo 1986, Catalano con nota di TERRUSI, *Precisazioni in tema di concorso di cause*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1924.

¹⁶¹ Cass. 1° marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 838.

¹⁶² Cass. 17 giugno 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 884.

¹⁶³ Cass. 14 luglio 2000, Falvo, in *C.E.D. Cass.*, n. 217149.

Nello stesso senso si è affermato che, una volta accertato che il paziente, se tempestivamente e ben curato, avrebbe avuto un alto grado di probabilità di salvezza, sono irrilevanti le ragioni che hanno determinato il ricovero; e non può essere riconosciuto il concorso di condotta colposa della vittima in qualunque modo questa si sia procurate le lesioni¹⁶⁴.

La condotta della vittima non rileva neppure quando sia successiva a quella dell'agente: in tema di lesioni personali, la mancanza di cure appropriate, anche se causata dal comportamento della persona offesa, non può ricondursi nella sfera delle concause sopravvenute e quindi non interrompe il nesso di causalità tra l'azione antigiuridica del reo e l'aggravamento o il prolungamento della malattia da tale comportamento provocato¹⁶⁵.

Questa sommaria indicazione di tendenze della giurisprudenza mette in evidenza un atteggiamento nel complesso rigorista, per nulla propenso ad ammettere l'interruzione del nesso causale. Tale giurisprudenza, soprattutto, sembra difettare in radice degli strumenti necessari ad analizzare in modo penetrante gli eventi: quegli stessi strumenti di feconda ponderazione di cui la teoria del rischio sembra ampiamente dotata.

24.1. *Il caso dell'errore nell'individuazione del gruppo sanguigno*

Il nesso causale è stato escluso in un solo caso in cui si ravvisava un errore macroscopico del sanitario: una persona che viaggiava come passeggero a bordo di un'auto subiva lesioni non molti gravi (frattura del femore e stato commotivo) a seguito di un incidente stradale nel quale si evidenziava la colpa del conducente; ricoverata in ospedale, veniva sottoposta ad intervento chirurgico di osteosintesi gravato da errori di esecuzione (applicazione al femore fratturato di viti che, per la loro eccessiva lunghezza determinavano emorragie, infezione e cancrena); tale situazione determinava la necessità di tre emotrasfusioni; nell'esecuzione di tali trasfusioni il medico errava nell'individuazione del gruppo sanguigno, con esito letale. La Corte ha ritenuto che tale finale condotta erronea, pur inserendosi nella serie causale dipendente dalla condotta dell'automobilista che provocò l'incidente, agì "per esclusiva forza propria" ed interruppe il nesso di condizionamento. Rispetto all'evento morte l'originaria condotta colposa dell'automobili-

¹⁶⁴ Cass. 2 marzo 2000, Troiano, in *C.E.D. Cass.*, n. 217479 ed in *Cass. pen.*, 2002, p. 574, con nota di CAVALLO.

¹⁶⁵ Cass. 4 dicembre 1986, Rapisarda, in *C.E.D. Cass.*, n. 175429.

sta, pur costituendo un antecedente necessario per l'efficacia delle cause sopravvenute, assume non il ruolo di fattore causale ma di semplice occasione ¹⁶⁶.

Si tratta di una decisione senza dubbio condivisibile, visto che da un lato si è in presenza di un rischio non particolarmente grave, innescato dall'incidente; dall'altro si evidenzia non solo un errore di esecuzione dell'intervento di osteosintesi, ma anche e soprattutto un errore gravissimo costituito dall'erronea individuazione del gruppo sanguigno, originatosi in una situazione in cui non si provvedeva alla cura della frattura ma si tentava di rimediare agli errori commessi dal chirurgo.

Una soluzione corretta, dunque, nella quale – tuttavia – piuttosto che la generica evocazione della occasionalità della condotta colposa del conducente del veicolo, appare assai più persuasiva e razionale la considerazione dell'incongruenza e dell'incommensurabilità tra l'originario rischio attivato dall'incidente automobilistico e quello realizzatosi a causa del gravissimo errore consistito nella fallace individuazione del gruppo sanguigno.

24.2. *L'attività di cura alla luce della teoria del rischio*

Come si vede, la vasta giurisprudenza in tema di interruzione del nesso causale nell'ambito dell'attività di soccorso o cura è quanto mai rigorosa. Non solo. Esso sembra difettare degli strumenti concettuali per analizzare con finezza gli intrecci causali che caratterizzano i vari casi. Un segno tangibile dell'inadeguatezza delle elaborazioni tradizionali è costituito dal fatto che la giurisprudenza è stata proposta anche in alcuni casi in cui non sarebbe stato per nulla irragionevole configurare l'interruzione del nesso causale.

Anche in questo ambito pare che la dottrina del rischio offra strumenti di analisi e ponderazione meno vaghi e più penetranti rispetto a quelli offerti dalla tradizione: in breve, e richiamando quanto sopra esposto, l'individuazione del rischio quale chiave di volta per la lettura degli intrecci causali; l'intervento di fattori la cui concausalità è preponderante ed assorbente; la congruenza tra i rischi. Il fatto illecito altrui non esclude in radice l'imputazione dell'evento al primo agente, che avrà luogo fino a quando l'intervento del terzo, in relazione all'intero concreto decorso causale dalla condotta iniziale all'evento, non abbia soppiantato il rischio originario. L'imputazione non sarà invece esclusa quando l'evento risultante dal fatto del terzo possa dir-

¹⁶⁶ Cass. 27 gennaio 1976, Nidini, in *C.E.D. Cass.*, n. 133819.

si realizzazione sinergica anche del rischio creato dal primo agente.

Tale approccio è utile anche nei casi che qui interessano, nei quali la condotta illecita ha già prodotto conseguenze lesive, ma esse vengono portate ad esiti ulteriori e più gravi da condizioni sopravvenute, che possono essere costituite da comportamenti umani o da fatti naturali. Si tratta dell'ambito efficacemente tratteggiato dai casi già citati della vittima di un attentato che muore durante il trasporto in ospedale a causa di un incidente stradale, o di un incendio sviluppatosi nell'ospedale. In tale contesto si collocano le situazioni sin qui esaminate, nelle quali il fattore aggravante insorge nell'ambito dell'attività di cura ed è costituito dall'errore terapeutico.

L'approccio fondato sulla comparazione dei rischi consente di escludere l'imputazione al primo agente quando le lesioni originarie non avevano creato un pericolo per la vita, ma l'errore del medico attiva un decorso mortale che si innesta sulle lesioni di base e le conduce a processi nuovi e letali: viene creato un pericolo inesistente che si realizza nell'evento. Discorso analogo può esser fatto quando la condotta colposa del medico interviene dopo che il pericolo originario era stato debellato da precedenti cure: anche qui viene prodotto un rischio mortale nuovo. È particolarmente interessante sottolineare che in tali casi, nei quali durante l'attività di cura viene creato un pericolo nuovo, l'imputazione al primo agente attuerebbe una responsabilità per fatto altrui. Nel caso di condotta meramente omissiva da parte del sanitario, di regola non si può parlare di interruzione del nesso causale: si configura una normale ipotesi di cause colpose indipendenti, giacché chi lede beni come la vita o l'integrità fisica non può fare affidamento sulla sicurezza dell'intervento di terzi.

I casi più frequenti e realmente dubbi sono peraltro quelli in cui la colpa del medico interviene nell'ambito del trattamento di un rischio grave determinato dalla precedente condotta illecita. In tali casi la possibilità d'imputare al primo agente la causa sopravvenuta viene solitamente connessa alla valutazione dell'entità della colpa del sanitario: potrà essere esclusa solo quando il medico abbia agito con crassa imperizia¹⁶⁷.

La teoria del rischio spiega bene l'esclusione dell'imputazione del fatto nel caso dell'emotrasfusione sbagliata: vi è una tragica incommensurabilità tra la situazione non grave di pericolo determinata dall'incidente, che aveva comportato la rottura del femore, e l'esito mortale determinato dal macroscopico errore nell'individuazione del grup-

¹⁶⁷ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 371 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 387.

po sanguigno. Viene pure impostato in modo razionale il caso (cui pure si è fatto un rapido cenno più sopra) dell'errore nell'anestesia. Il rischio originario non era grave, tanto che si richiedeva (solo) un intervento oculistico; mentre l'anestesia impropria ha generato un pericolo mortale nuovo. Vi sarebbero state dunque, verosimilmente, tutte le ragioni per escludere l'imputazione al primo agente. Ancora, sarebbe stata con ogni probabilità da escludere l'imputazione oggettiva nel caso, cui pure si è fatto cenno, in cui la stessa pronuncia di condanna dava conto di assurdi errori nella terapia. Il tema sarà ripreso più avanti nel quadro di una conclusiva rilettura della teoria del rischio.

25. *Il caso della moglie maltrattata*

L'interruzione del nesso causale è stata ritenuta in una risalente sentenza¹⁶⁸ che si rivela particolarmente interessante, giacché si presta ad essere analizzata alla luce della teoria del rischio, sebbene si sia in presenza di un illecito doloso. Una donna ripetutamente maltrattata dal marito decise di sopprimerlo. Nel corso del pomeriggio, mentre l'uomo dormiva in casa, aprì la bombola del gas e si allontanò dopo aver chiuso le imposte. Dopo qualche tempo alcuni familiari dell'uomo si recarono nell'abitazione e lo trovarono in stato soporifero. Si accertò successivamente che il gas uscito dalla bombola non era idoneo a cagionare la morte, in quanto non avrebbe permesso di raggiungere una concentrazione sufficiente a tal fine. Il marito, riavutosi, sentì il bisogno di fumare ed accese una sigaretta. Ne seguì una deflagrazione per effetto della quale alcuni dei presenti riportarono ustioni che risultarono letali per un bambino.

Il primo giudice condannò la donna per lesioni gravi continuate in danno del marito; ed il marito stesso, invece, per il reato di omicidio colposo del minore. Il giudice d'appello, al contrario, ritenne la moglie colpevole di omicidio doloso aberrante per la morte del bambino, nonché di lesioni volontarie in danno del marito.

La Corte Suprema osserva che la Corte d'appello ha applicato il principio di equivalenza delle cause nella sua massima estensione, individuando la presenza del gas come condizione di ambedue gli eventi. Questa soluzione, si afferma, semplifica all'estremo il problema causale e non tiene conto dell'art. 41, capoverso. Si sarebbe invece dovuto analizzare il ruolo avuto dall'accensione del fiammifero da parte del marito. La Corte territoriale ha ritenuto che esistesse nesso di ade-

¹⁶⁸ Cass. 2 dicembre 1963, in *Riv. pen.*, 1963, p. 133.

guatezza tra l'apertura del gas e l'esplosione, essendovi una relazione di prevedibilità astratta, normale e quindi addebitabile. Così ragionando, però, non si è considerato che anche nell'ordine della prevedibilità astratta non si può prescindere dallo stato delle cose nel corso degli eventi; e che è perlomeno discutibile il criterio utilizzato, quando fra la condizione iniziale e l'evento finale intervenga, come fatto imprevedibile, l'atto cosciente e colpevole di un terzo che, con la sua volontà devia il corso naturale dei fatti e dà inizio ad un nuovo processo causale. La concatenazione causale è interrotta quando la volontà colpevole di un uomo intervenga a far deviare il corso naturale del processo causale con un atto che gli è addebitabile. In questo caso non si tratta più di prevedibilità o meno; ma, invece, della possibilità di vedere l'atto del terzo come fatto interruttivo del processo causale, in quanto il terzo medesimo, con il suo atto cosciente e responsabile, diede inizio ad un nuovo determinismo causale che partiva dai residui di una situazione esaurita perché ormai conosciuta. Si è quindi innescato un nuovo processo causale che è autonomamente addebitabile all'autore. Di qui l'annullamento con rinvio della sentenza d'appello.

Il caso è assai interessante. La causalità condizionalistica della condotta della moglie è evidente. Tuttavia, con un giudizio di valore tipico della teoria del rischio, è possibile valorizzare il fatto che il rischio della morte per asfissia innescato dalla donna non solo non si era realizzato ma era stato annullato grazie all'intervento dei familiari del marito. Fu proprio il marito, con autonoma condotta imprudente costituita dall'accensione della sigaretta, ad avviare un nuovo rischio concretizzatosi nell'esplosione e nella morte del bambino. Anche qui, dunque, un caso di separazione dei rischi.

26. *Il caso delle Fosse ardeatine*

L'interruzione del nesso causale è stata ritenuta dal Tribunale supremo militare¹⁶⁹ in un processo a carico di un sottotenente che, per aiutare le forze armate tedesche, aveva arrestato alcune persone, ben consapevole di esporle alla morte. Egli non voleva esclusivamente l'evento morte, ma agiva in previsione che questo potesse conseguire alla sua azione: agiva quindi con dolo indeterminato. Alcuni degli arrestati persero la vita nell'eccidio delle Fosse ardeatine, che fu determinato a sua volta dal sabotaggio di via Rasella.

L'imputato ha posto in essere una condizione dell'evento. Tuttavia

¹⁶⁹ Tribunale supremo militare, 29 marzo 1949, in *Riv. pen.*, 1949, p. 556.

nessuno degli arrestati fu condannato e fucilato per il fatto originariamente addebitato; e non tutte le persone arrestate furono condotte a morte. Tra l'arresto e la rappresaglia, secondo il Tribunale, c'è di mezzo il sabotaggio che nulla ha a che fare con la detenzione dei martiri. Manca l'anello di congiunzione tra la rappresaglia e lo stato di detenzione e questo costituisce una condizione e non la causa, un'occasione cioè, e non l'antecedente causale della fucilazione. Il sabotaggio e la rappresaglia sono stati, nella serie causale, così preponderanti e decisivi da doversi considerare come le sole cause produttive dell'evento, ai sensi dell'art. 41, capoverso, c.p.

Sebbene il caso presenti una drammatica unicità, anche qui la decisione può essere letta alla luce della teoria del rischio. Infatti, nessuno degli arrestati morì per effetto del rischio innescato dall'arresto e connesso agli illeciti addebitati. L'evento sopravvenne per effetto di un nuovo rischio: l'attentato e la rappresaglia e quindi una nuova, diversa scaturigine.

27. Il comportamento autodistruttivo della vittima

Infine la rassegna dei casi nei quali è stata ritenuta l'interruzione del nesso causale deve dar conto di due sentenze nelle quali, pur in presenza di una condotta per qualche aspetto colposa dell'imputato, si è escluso che potesse essere ritenuta una relazione giuridicamente rilevante con l'evento letale.

In un caso¹⁷⁰ una persona aveva subito lesioni craniche a seguito di un incidente stradale dovuto a colpa di un altro automobilista. Il ferito fu ripetutamente ricoverato in ospedale a causa delle patologie, venne infine dimesso ma qualche giorno dopo si tolse la vita. La Corte Suprema ha escluso la relazione causale. Si osserva che l'ordinamento si ispira alla teoria della *condicio sine qua non*, ma occorre considerare che, se essa si applicasse senza limiti, si avrebbero risultati sorprendenti e a volte anche assurdi, contrastanti con un'esigenza di giustizia. Vengono evocati i casi classici del ferito che muore in ospedale, della ballerina sfregiata che si toglie la vita perché non può esibirsi con successo, della banale ingiuria che determina l'offeso particolarmente sensibile ed emotivo al suicidio, ritenendosi menomato nel prestigio che costituiva, nel paese, la sua ragione di vita. In tutti tali casi la relazione condizionalistica esiste, ma ripugna alla coscienza giuridica e sociale addebitare questi risultati finali all'autore di remoti avveni-

¹⁷⁰ Cass. 10 aprile 1962, in *Riv. pen.*, 1963, p. 718.

menti. Il legislatore, certamente compreso degli inconvenienti derivanti dalla eccessiva estensione del concetto di causa, ha introdotto l'art. 41, capoverso. La condizione cessa di essere causa per degradare in semplice occasione, quando l'evento è prodotto dal sopravvenire di un avvenimento da solo sufficiente ed assolutamente eccezionale ed atipico, cioè anormale e rarissimo rispetto all'evolversi ordinario del processo produttivo al quale la causa remota ha dato inizio. Nel caso di specie, è stato escluso il suicidio patologico, sicché la violenza contro la propria persona resta un atto cosciente e volontario dovuto alla discrezionalità del soggetto e per ciò stesso del tutto anormale e rarissimo.

In un altro caso¹⁷¹, un farmacista aveva venduto una sostanza medicinale velenosa senza ricetta medica, che era stata però utilizzata dall'acquirente per togliersi la vita in un momento successivo. Anche in questo caso la Corte Suprema ha escluso la relazione causale tra il fatto remoto e l'evento, essendosi inserito nella relazione causale un fattore sopravvenuto che, per la sua anormalità, atipicità ed eccezionalità rispetto all'evolversi ordinario del processo produttivo, si presenta come un avvenimento imprevedibile e quindi fortuito.

Anche in questi casi l'esclusione del nesso causale trova razionale giustificazione, piuttosto che nell'eccezionalità dell'evento, nella libera e consapevole determinazione della vittima di togliersi la vita. Un rischio nuovo e diverso avviato dall'altrui libera determinazione.

28. *Un'analisi della causalità giuridica ispirata dalla prassi: separazione dei rischi diversi*

L'analisi dei fatti della giurisprudenza consente di trarre conclusioni che paiono di segno univoco. Il concetto di eccezionalità si fonda su un approccio di tipo statistico (la condizione rarissima) che non dice nulla sulle relazioni esistenti tra le condizioni considerate. Esso è quindi vuoto di contenuti e rischia di divenire persino fuorviante quando viene utilizzato in modo astratto, categoriale; come quando si afferma che gli errori del medico non sono mai eccezionali e quindi mai interrompono il nesso di condizionamento.

Non stupisce, quindi, che la teoria della causalità umana, confrontata con le sue applicazioni, si riveli deludente; e finisca col tradire le potenzialità espresse nel capoverso dell'art. 41 c.p. nella direzione della riconduzione della causalità alla sua dimensione giuridica cui si ac-

¹⁷¹ Cass. 8 aprile 1964, in *Riv. pen.*, 1965, p. 708.

cennava all'inizio. Si è visto, infatti, che i fattori interruttivi non sono quasi mai eccezionali, ed anche quando lo sono non è nella loro improbabilità che risiede la chiave del giudizio causale. D'altra parte, il carattere eccezionale della condizione sopravvenuta non vale ad escludere la relazione causale quando l'agente è chiamato a fronteggiare proprio un rischio rarissimo, eccezionale: come si è già accennato, il tecnico che ha installato in modo improprio un parafulmine non potrebbe invocare l'eccezionalità del fulmine per escludere l'imputazione oggettiva delle conseguenze determinate da un evento del genere.

In una prospettiva più ampia, è la stessa metafora dell'interruzione che appare insufficiente. Essa non riesce a coprire l'area delle diverse situazioni problematiche cui si è sin qui fatto cenno. E d'altra parte tali situazioni non sono frutto di un atto di fantasia ma sono state desunte dalla prassi. Esse da un lato mostrano i concreti bisogni di strumenti di analisi della realtà e dall'altro indicano i possibili itinerari dell'indagine teorica.

Allora, guardando sempre ai casi esaminati, sembra emergere con decisione la parola chiave "separazione"¹⁷² che può affiancare o forse sostituire la parola chiave "interruzione" che caratterizza le elaborazioni teoriche: separazione di contesti di rischio e, in corrispondenza, di soggetti cui la gestione del rischio fa capo, nonché di regole cautelari che governano i diversi ambiti. Tale separazione conduce – infine – a definire le diverse sfere di responsabilità e consente quindi di escludere, in determinati casi, l'imputazione del fatto ad alcuno degli agenti coinvolti nel vorticoso e spesso casuale concatenarsi di condizioni che conducono all'evento.

Il concetto di separazione entra in questione nel caso del soccorritore: si è visto che la libertà e la ingovernabilità (da parte di altri soggetti) della decisione di soccorrere determina una cesura delle sfere di responsabilità, che esclude l'imputazione al primo agente dell'evento occorso al soccorritore.

Pure i casi di introduzione abusiva nell'altrui proprietà mostrano la separazione tra la sfera di rischio connessa all'ingresso vietato e quella afferente all'attività lavorativa svolta all'interno del sito. Questa separazione aiuta a comprendere perché gli imputati, pur essendo per qualche verso in colpa sotto il profilo della violazione di prescrizioni antinfortunistiche, non debbano assumersi la paternità dell'evento. Il proprietario dell'albergo avrebbe dovuto probabilmente predisporre

¹⁷² L'importanza della separazione dei rischi è sottolineata, sia pure entro elaborazioni differenti, da TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 72 ss.; e da FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 468 ss.

una protezione sui margini della vasca a tutela dei lavoratori che in determinate situazioni vi operavano; ma nel caso considerato non era in questione il rischio lavorativo, bensì quello inerente all'ingresso abusivo, che era stato fronteggiato (in sentenza si assume esaurientemente) con gli avvisi di pericolo e con la delimitazione dell'area con una barriera. Qui, dunque, la separazione affonda le sue radici nella diversità dei tipi di rischio: una diversità categoriale. Questa diversità è confermata indiziariamente dal fatto che ciascuno dei tipi di rischio richiede distinte misure di cautela.

Ancora, il campo dell'infortunistica. Qui il concetto di separazione della sfera di rischio inerente all'attività lavorativa e di quella generata dal comportamento incongruo e completamente esorbitante del lavoratore è penetrata a fondo (anche se in modo "istintivo") nella giurisprudenza. In un caso, peraltro (quello del lavoratore che inserisce la mano nella fresatrice), il concetto di sfera di rischio è esplicitamente anche se fuggevolmente evocato. Si tratta – pare – di un'emergenza da non trascurare: il fatto che un simile approccio si sia imposto da solo nella prassi appare un buon indizio della utilità della chiave di analisi della realtà suggerita dalla teoria del rischio. Del resto, il comportamento dei lavoratori è forse statisticamente raro, ma questa improbabilità da sola non significa granché. Ciò che rileva è che si tratta di azioni esorbitanti e che quindi, umanamente, non può essere giustificata l'attribuzione di paternità dell'evento al datore di lavoro che si sia premurato di adempiere agli obblighi di sicurezza impostigli. La separazione dei differenti rischi non è preclusa in radice neppure nel caso in cui il datore di lavoro non sia immune da profili di colpa. Tale principio è stato ripetutamente enunciato nella giurisprudenza di legittimità. Esso, naturalmente, deve essere rettammente inteso: l'esclusione dell'imputazione non sarebbe di certo consentita nel caso in cui la condotta colposa del datore di lavoro avesse interagito sinergicamente con quella incongrua del lavoratore.

Infine, il contesto dell'attività di cura. Si è visto che il concetto di eccezionalità non ha aiutato la giurisprudenza a dare una soluzione equilibrata ai numerosissimi casi di cui si è occupata; e che, soprattutto, la Corte Suprema è propensa a considerare il rischio terapeutico come ontologicamente inseparabile dal rischio connesso alle condotte illecite lesive dell'integrità fisica cui la terapia tenta di sovvenire. Tale impostazione pecca di astrattezza e conduce in qualche caso a soluzioni inique.

Le ragioni di tale affermazione sono state già accennate ma devono essere approfondite, poiché colgono un punto centrale nell'intero discorso sulla causalità giuridica. In linea generale il rischio terapeutico non può essere separato da quello inerente all'originaria attività illeci-

ta. Tuttavia, in alcuni casi il rischio connesso alle lesioni è stato fronteggiato con successo: il processo morboso è stato guarito o avviato a guarigione. Può accadere, però, che nel corso della terapia il comportamento di un sanitario attivi un rischio completamente nuovo. Ad esempio, un terapeuta somministra un veleno al posto di un ricostituente. In casi del genere la sfera di rischio generata dalla terapia incongrua, pur non essendo diversa in senso categoriale (si è pur sempre all'interno del rischio terapeutico), è nuova in un senso talmente pieno ed immediatamente percepibile da non dover essere ulteriormente chiarito.

Più complessa ma concettualmente non molto dissimile appare la situazione quando il rischio inerente alle lesioni inferte è ancora in atto; e tuttavia su di esso si inserisce un rischio terapeutico che può essere separato concettualmente e concretamente, giacché non rappresenta un'evoluzione tipica del rischio originario. Il caso dell'emotrasfusione lumeggia bene tale contingenza. La frattura del femore include plausibilmente il rischio inerente all'errore chirurgico consistito nell'inserimento di chiodi inadatti, concretizzatosi in ulteriori lesioni ed in un'infezione interna. Invece il rischio inerente alla trasfusione di sangue di un gruppo diverso è nuovo, perché estraneo agli sviluppi tipici della frattura del femore; tanto più che esso è insorto non nell'ambito della cura dell'originaria lesione, ma per rimediare alle conseguenze dell'errore commesso dal chirurgo. Anche qui, dunque, si è in presenza di una novità del rischio, di una cesura che non consente l'imputazione al primo agente dell'evento letale; mentre non influenza l'imputazione delle lesioni originarie e di quelle derivanti dall'errore chirurgico. Una situazione analoga si configura nel caso della persona ferita e ricoverata per un intervento oculistico, che soccombe a seguito della somministrazione di un anestetico sbagliato.

Come si è già accennato, la novità del rischio di cui si è sin qui parlato può essere determinata non solo da un errore terapeutico, ma anche da un qualunque rischio insorto dopo l'effetto lesivo determinato dalla prima condotta illecita, a causa di un fattore naturale. Si pensi, ad esempio, al caso di una persona ferita che, nel corso del ricovero ospedaliero viene colpita da una malattia infettiva (influenza, morbillo, ecc.) in una situazione in cui il rischio di ammalarsi in ospedale non è maggiore di quella di contrarre il morbo recandosi in ufficio o andando a passeggio.

Dunque, in tutti i casi di aggravamento delle lesioni originarie, l'indagine inerente all'imputazione oggettiva implica il raffronto tra una condotta pericolosa, le conseguenze immediatamente derivatene, e quelle sopraggiunte per effetto di fattori eziologici ulteriori. Tale indagine deve quindi seguire lo sviluppo degli accadimenti, deve analizza-

re le concrete concatenazioni causali al fine di valutare se, infine, l'evento ultimo possa dirsi congruente con le tipiche potenzialità lesive della condotta, che l'ordinamento penale intende scongiurare; cioè se l'evento sia espressione, realizzazione del rischio che contrassegna e rende illecita la condotta. L'imputazione deve escludersi quando l'evento è espressione di un rischio diverso.

Il raffronto tra i rischi richiede che siano in primo luogo definite le concrete connotazioni del rischio illecito. Molto spesso questo rischio viene identificato solo in termini categoriali, astratti. Ciò può essere forse sufficiente (ma con qualche riserva, come evidenziato in appresso) in alcune situazioni semplici, nelle quali l'evento è espressione senza dubbio di un rischio categorialmente diverso, come nel caso in cui la persona ferita venga meno non per le complicazioni della ferita, ma per effetto di un rischio che viene immediatamente percepito come ontologicamente distinto (il classico caso della persona che muore in ospedale per effetto di un incendio). In altre situazioni, invece, un tale approccio appare semplicistico e rischia di condurre ad un'indagine vaga, non focalizzata sulle contingenze che caratterizzano ciascun caso concreto.

Il rischio di tale insoddisfacente semplificazione è particolarmente chiaro nel contesto dell'aggravamento delle lesioni nell'ambito dell'attività di cura. Si tratta, come si è accennato, di un punto che pare di decisivo rilievo ai fini dell'intero discorso sull'imputazione oggettiva dell'evento: una centralità testimoniata dalla presenza del tema già nelle più remote riflessioni sulla causalità giuridica. Il fatto è che la condotta illecita determina un processo morboso la cui evoluzione è solitamente influenzata dalla complessa interazione tra fattori distinti, talora di segno diverso. Si è qui nel campo delle scienze biomediche, che enfatizzano naturalmente la dimensione processuale della causalità: la causalità come influenza. Allora, per quel che qui interessa, può accadere senz'altro che l'aggravamento delle lesioni originarie sia influenzato dall'interazione sinergica di diverse condizioni. Ciò implica che, quando si parla di tipica pericolosità della condotta illecita, occorre riferirsi alla caratteristica tipicità sinergica del rischio illecito originario. Insomma, la definizione del rischio illecito non può prescindere dalla considerazione di ciò che può aggravare il processo morboso. Tale valutazione è senza dubbio illuminata dal sapere scientifico ed esperienziale.

Per sottrarre l'indagine al pericolo di inconcludente astrattezza già paventato, occorre considerare analiticamente le caratteristiche concrete che caratterizzano il fatto (cioè la condotta e le sue prime conseguenze) e ne evidenziano le potenzialità lesive¹⁷³. Il discorso può esse-

¹⁷³ Sul tema, diffusamente, FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 467 ss.; 562 ss.

re chiarito con qualche esempio. Si è fatto cenno al caso della persona che, ricoverata in ospedale a seguito delle lesioni subite, contrae una malattia infettiva. Per stabilire se tale affezione possa considerarsi aggravamento sinergico delle originarie lesioni occorrerà analizzare da un lato l'entità del rischio inerente a tale malattia in ambito ospedaliero; dall'altro le concrete potenzialità lesive delle originarie lesioni. Nel caso in cui tali lesioni abbiano determinato deperimento e grave abbassamento delle difese immunitarie, si potrà ragionevole pensare che tale condizione abbia influenzato l'insorgenza e lo sviluppo della malattia infettiva, abbia cioè avuto un ruolo sinergico. In una tale situazione ben difficilmente potrà giungersi alla conclusione che il rischio inerente alla malattia infettiva sia diverso da quello originario e non debba essere imputato al primo agente. Al contrario, la separazione di rischi potrebbe essere senz'altro ritenuta nel caso di una persona, accolta in ospedale per una banale affezione ortopedica, che contragga un'affezione influenzale in una situazione in cui il rischio di ammalarsi non è maggiore di quella di contrarre il morbo in condizioni ordinarie.

Questo discorso potrebbe essere applicato pure al caso dell'errore nell'emotrasfusione. Il rischio da emotrasfusione è stato considerato distinto rispetto a quello connesso alle tipiche complicanze della lesione al femore. Tale valutazione potrebbe essere però ribaltata nel caso in cui (in ipotesi teorica) fosse possibile ritenere, sulla base di conoscenze scientifiche, che la significativa compromissione delle condizioni del paziente dovuta alle conseguenze dell'incidente automobilistico ha avuto un ruolo sinergico nello sviluppo infausto del rischio trasfusionale.

Sempre per chiarire esemplificando: potrebbe ritenersi l'interruzione del nesso causale *id est* la diversità del rischio nel caso di una persona che, dopo aver subito una lieve escoriazione a seguito di un'aggressione, recatasi in un presidio sanitario per farsi medicare, contrae il tetano a causa del comportamento di un terapeuta che erroneamente applichi sulla ferita una benda infetta. Infatti, il rischio tetanico è assolutamente minimo nel caso di ferite superficiali non complicate, tanto che esse non vengono sottoposte a profilassi antitetanica. Diverso sarebbe il discorso nel caso in cui in cui un lavoratore, feritosi leggermente in una stalla, entri successivamente in contatto (sempre in quell'ambiente pericoloso) con escrementi infetti, contraendo un'infezione tetanica. Qui il concreto rischio tipico comprende l'interazione sinergica tra le lesioni e la contaminazione con gli escrementi. Tale tipica relazione sinergica è illuminata dall'esistenza di un dovere cautelare del datore di lavoro di assicurare condizioni igieniche adeguate.

Ancora, si pensi al caso del ferito che muore a seguito dell'incidente in ambulanza, che costituisce l'esempio tipico d'interruzione causale. Una tale conclusione è naturale nel caso in cui l'ambulanza, magari per l'eccesso di velocità, precipiti in un dirupo. L'interruzione, invece, non sarebbe configurabile nel caso in cui il paziente si trovi, per effetto della prima condotta illecita, in uno stato di grave compromissione cardiocircolatoria e venga meno a seguito di un lieve *shock* subito a causa di un urto del mezzo di soccorso¹⁷⁴. Qui, infatti, le prime gravi lesioni includono le potenzialità sinergiche attuate con il successivo *shock*.

Anche il caso della persona ferita che muore nell'incendio in ospedale potrebbe andare incontro ad una soluzione diversa da quella tradizionalmente proposta, nel caso in cui la persona fosse perita nel fuoco per l'impossibilità di sottrarsi alle fiamme dovuta all'immobilità indotta dalle originarie lesioni.

In conclusione, l'indagine sulla realizzazione del rischio richiede: la definizione del rischio originario nella sua concretezza; la descrizione degli accadimenti in modo sufficientemente idealizzato, al fine di sottrarne dettagli che potrebbero condurre a considerarlo comunque come il prodotto di particolarità irripetibili; infine un raffronto tra gli estremi dell'*iter* causale, compiuto seguendo lo sviluppo delle concatenazioni intermedie.

In conseguenza, in tutte le situazioni di aggravamento del rischio sin qui analizzate appare preferibile ritenere che la lievitazione del rischio originario, la gravità e quindi la sproporzione delle conseguenze inopinatamente derivatene, la gravità dell'errore del medico, non siano automaticamente risolutive del problema causale, ma piuttosto debbano essere considerate come possibili indizi da tenere presenti nell'ambito del complessivo giudizio che riguarda – appunto – la separabilità dei rischi. Si vuol dire che in alcuni casi il contrassegno di novità del rischio è frutto di un apprezzamento in qualche guisa valutativo, fondato sull'analisi penetrante dell'andamento dello sviluppo causale. Per questo non appare del tutto convincente l'orientamento dottrinale che attribuisce immancabilmente effetto interruttivo alla gravità dell'errore terapeutico o alla grande sproporzione tra il rischio originario e le conseguenze concretamente verificatesi. Tale indirizzo pare vada incontro a due generi di obiezioni. Da un lato i concetti di sproporzione del danno, di grossolanità dell'errore, rimangono un po' vaghi e suscitano quindi il timore che, sul piano applicativo, possano non essere go-

¹⁷⁴ In tal senso, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 64.

vernati con il necessario rigore. Dall'altro lato, la sproporzione tra rischio originario ed evento può non essere priva di tipicità sinergica in relazione alla concreta condotta posta in essere, come nel caso già proposto della ferita lieve nella stalla che va incontro a complicazioni tetaniche.

Discorso non dissimile può esser fatto nel caso in cui vi sia scarsa probabilità statistica dell'aggravamento dell'evento lesivo. La rarità della complicità può non essere sufficiente, da sola, a condurre alla separazione dei rischi ove si sia in presenza di un rischio tipico.

L'analisi sin qui proposta, come si è accennato, si fonda su un approccio alla causalità diverso da quello condizionalistico. Si tratta della causalità come influenza, attenta all'analisi dei meccanismi interni dei processi causali, alla complessa interazione tra i fattori. Tali fattori ben possono non essere condizionalistici; e possono essere addirittura casualmente inerti se considerati isolatamente. E tuttavia essi entrano nella spiegazione dello sviluppo degli accadimenti; come a ciascuno accade di constatare nei giudizi causali della vita ordinaria. Anche scienze complesse come quelle biomediche sono attente a cogliere i fattori in gioco e la loro interazione, senza preoccuparsi troppo se essi siano logicamente condizionalistici. Si è dunque in presenza di un approccio che può essere fruttuosamente utilizzato nell'ambito di cui si discute, visto che in esso il ruolo condizionalistico (cioè logicamente ineliminabile) della condotta umana (che rileva ai fini del giudizio sulla causalità logico-naturalistica) si assume come già accertato.

29. *La diversità dei rischi nei contesti classici*

L'approccio alla causalità giuridica in chiave di diversità dei rischi che ne consente la separazione, ispirato dall'analisi della giurisprudenza, trova piena applicazione ai contesti classici analizzati in letteratura. Essi sono illuminati dalla definizione del nesso d'imputazione come nesso di rischio. Una condotta che in principio appariva illecita perché rischiosa risulta poi inoffensiva in rapporto alla causazione dell'evento concreto perché, alla luce di questo, si avverte che non vi è stato sviluppo della situazione originaria di rischio.

Gli esempi sono ricorrenti: un motociclista porta con sé a bordo del mezzo due bambini; uno di essi si ammala di bronchite, affezione dovuta alle correnti d'aria che non è espressione del rischio che genera il divieto di trasportare più di una persona. Oppure, un automobilista compie una manovra di sorpasso, così impegnando l'opposta semicarreggiata ed investendo un bambino che in quel momento

cade accidentalmente da un balcone: il rischio che genera il divieto di sorpassi azzardati è diverso da quello concretizzatosi.

La separazione per diversità dei rischi non si configura, invece, nel caso dell'agente che lascia incustodito il fucile, che viene manovrato per gioco da un bambino: parte accidentalmente un colpo che colpisce una persona. Qui il rischio tipico contempla la possibilità che la condotta disattenta del primo agente interagisca sinergicamente con il comportamento incompetente di un altro soggetto. Tale interazione sinergica consente di escludere che si sia in presenza di rischi diversi.

Il discorso non è molto dissimile nel caso in cui la condotta colposa di omessa custodia dell'arma interagisca con il comportamento doloso di un terzo. Anche qui si tratta di definire l'area di rischio inerente alla mancata custodia di uno strumento altamente pericoloso. Essa è senz'altro, tipicamente, quella inerente all'uso improprio dell'arma da parte di soggetti immaturi, psichicamente alterati o inesperti. Tuttavia, come si è già avuto occasione di evidenziare, il rischio tipico non può prescindere dalla concreta configurazione del caso concreto e dei pericoli che vi si manifestano. Così, ad esempio, il rischio sarebbe diverso nel caso in cui il fucile, lasciato incustodito dal cacciatore, fosse utilizzato da un collega per ferire un terzo cacciatore a seguito di una accesa discussione. Vi sarebbe identità del rischio, invece, nel caso in cui il contrasto violento tra i cacciatori fosse già in atto al momento dell'abbandono dell'arma, ed uno dei cacciatori utilizzasse lo strumento per ferire l'avversario. In tale contingenza, infatti, la situazione concreta, caratterizzata dal conflitto in atto, implicava il rischio di utilizzo illecito dello strumento da parte di una persona psichicamente capace.

30. *Le condizioni preesistenti, concomitanti e sopravvenute*

Lo scenario tratteggiato deve essere completato con l'analisi di un tema sin qui accantonato, che riguarda la distinzione tra condizioni preesistenti, concomitanti e sopravvenute. Come si è visto (cap. III), la questione era già presente nel pensiero ottocentesco. Era senz'altro escluso che potessero elidere o attenuare l'effetto condizionalistico della condotta umana condizioni preesistenti "precognite" all'agente. Tale esclusione era determinata dalla necessità di evitare che il colpevole potesse strumentalizzare circostanze atipiche che gli erano comunque note, al fine di realizzare l'evento, invocando poi l'esclusione del nesso causale. Il timore di una nuova causa d'impuni-

tà¹⁷⁵ ha del resto costituito un'obiezione classica alla dottrina della causalità adeguata che, come è noto, fonda l'imputazione causale solo su condizioni tipicamente adeguate a produrre l'evento. La limitazione dell'effetto condizionalistico era riservata alle cause sopravvenute anche a causa dell'esigenza di tutela dei soggetti più deboli. Anche l'art. 41, capoverso, è frutto di una rigorosa scelta politica del nostro codice in favore del soggetto passivo. Si accollano al reo i rischi precedenti o simultanei alla realizzazione della condotta; e ciò allo scopo di tutela della vittima anche nelle carenze fisiche o sociali originarie, inerenti alla sua condizione personale o esistenziale al tempo del fatto criminoso. Lo scopo della regola è quello di affermare la relazione causale nelle ipotesi in cui il danno dipenda dalla costituzione imprevedibilmente anormale del danneggiato (emofilia, fragilità cranica, ecc.)¹⁷⁶.

Come si vede, si tratta di esigenze che si collocano sul piano squisitamente normativo e che riguardano da un lato l'incondizionata tutela dell'integrità fisica della vittima e dall'altro l'esclusione di possibili strumentalizzazioni di condizioni atipiche. Se si accantonano questi giudizi di valore, non pare che le condizioni preesistenti presentino un'ontologica diversità rispetto alle altre; né che esse siano chiaramente distinguibili da quelle concomitanti e successive; né, infine, che una distinzione sia veramente importante.

Per chiarire questa osservazione occorre considerare che le nostre discussioni sulla causalità riguardano sempre un comportamento umano e partono da esso. La condotta umana viene mentalmente collocata entro un metaforico crogiuolo, nel quale essa interagisce spesso con numerose altre condizioni. Tale interazione avviene in alcuni casi entro un lasso di tempo brevissimo, mentre in altre situazioni si verifica anche molto tempo dopo. Si parla, così, di condizioni concomitanti o successive, senza che ciò possa assumere un significato preciso sul piano descrittivo o esercitare una qualche influenza sul piano analitico. Si vuol dire che, guardando le cose dal punto di vista dinamico che interessa al diritto penale, tutte le condizioni rilevanti interagiscono con la condotta umana in un momento successivo rispetto ad essa.

Molte condizioni che da questo punto di vista dinamico sono suc-

¹⁷⁵ Ad esempio, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 115.

¹⁷⁶ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 373; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 376 s.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 804, nt. 38; DALIA, *Le cause sopravvenute*, cit., p. 43; TRIMARCHI, *Causalità*, cit., pp. 43 e 91.

cessive, si rivelano staticamente anteriori rispetto alla condotta umana. Come è stato acutamente osservato¹⁷⁷, di ogni concausa si possono mettere in evidenza radici preesistenti all'atto illecito. L'evocazione delle condizioni (staticamente) preesistenti corrisponde, allora, non ad una loro ontologica diversità, bensì alle esigenze giuridiche che si sono evidenziate più sopra e che riguardano, lo si ripete, la tutela della vittima e la strumentalizzazione di condizioni atipiche conosciute.

Per esemplificare, le malferme condizioni di salute della vittima sono anteriori all'aggressione, ma noi ce ne interessiamo nel momento in cui esse esercitano un concreto ruolo eziologico interagendo con le lesioni inferte in un momento (anche infinitesimamente) anteriore dall'agente. Noi ci interessiamo ad esse e le consideriamo anteriori solo in relazione all'esigenza di tutelare comunque la condizione esistenziale della vittima.

Tutto ciò conduce – pare – alla conclusione che non vi è un'esigenza ontologica di prevedere, nell'ambito dell'imputazione giuridica dell'evento, sempre un trattamento differenziato per le condizioni staticamente anteriori rispetto alla condotta umana. Un esempio potrà forse risultare chiarificatore. S'immagini che una persona lievemente sospinta nel corso di una banale discussione si poggi su una ringhiera metallica che, a causa di una bolla interna alla sua struttura, ceda improvvisamente determinando la caduta della vittima in un dirupo. La condizione di fragilità strutturale della ringhiera è preesistente rispetto alla condotta; e tuttavia non pare vi siano ostacoli a considerare ininterrottiva della relazione causale una circostanza così imprevedibile ed estranea alla tipica sfera di rischio propria della tenue condotta che si è descritta¹⁷⁸. Naturalmente, la situazione muterebbe radicalmente se, come pure evidenziato dalla dottrina più antica, l'agente fosse consapevole della condizione preesistente (la fragilità della ringhiera) e la strumentalizzasse.

31. *La prospettiva riformatrice*

Il discorso sin qui condotto implica qualche ulteriore riflessione a proposito della prospettiva riformatrice. Si tratta, in breve, di comprendere se la chiave di lettura della causalità giuridica proposta pos-

¹⁷⁷ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 114.

¹⁷⁸ Sembra in consonanza con questa conclusione la prospettazione della possibilità di disciplinare tali situazioni solo nella parte speciale, nell'ambito dei reati contro la persona (DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 377, nt. 119).

sa essere concretizzata in un modo capace di orientare esplicitamente la prassi.

Un primo dubbio riguarda la reale utilità della teoria del rischio che è stata sin qui evocata in alternativa alle tesi tradizionali. Il quesito si divarica in due direzioni che riguardano da un lato le esigenze di principio del sistema penale e dall'altro le istanze applicative.

Una riflessione anche breve sul corso della vita reale ci mostra che vi si incrociano continuamente, in modo casuale, innumerevoli catene causali la cui interazione segna il corso degli avvenimenti. Tale fortuito collegamento di fatti e circostanze ha un peso ben maggiore delle catene causali organizzate ed intelligibili. Insomma, il caso ha un ruolo molto importante nella nostra vita: ne è la parte più colorita. D'altra parte, i concetti di casualità e causalità sono versatili e vanno riguardati in riferimento ai diversi contesti. Tanto per esemplificare, le mutazioni genetiche spontanee sono casuali, e tuttavia tale casualità costituisce, pare, la base causale dell'evoluzione della specie.

Il diritto penale è scienza causale per eccellenza: tutto o quasi nella ricostruzione del fatto è lettura di intrecci causali. Esso si avvale di uno strumento classico ed indiscusso costituito dalla teoria condizionalistica, che ha una base logica ed implica che tutte le condizioni logicamente ineliminabili ai fini della spiegazione degli accadimenti sono tra loro eziologicamente equivalenti. Si tratta di una dottrina rigorosa, oggettiva, che corrisponde alle esigenze del pensiero scientifico e che sorge con esso. Essa, come si è ripetutamente posto in luce, è quindi particolarmente adatta a corrispondere alle esigenze di determinatezza, di oggettività, che sono alla base dell'ordinamento penale. In essa, tuttavia, è insito un limite la cui sottolineatura pure storicamente caratterizza la discussione sulla causalità: la rilevanza attribuita a condizioni logicamente necessarie e purtuttavia indubitabilmente insignificanti se guardate con l'occhio della sensatezza.

Si è visto che diversi studiosi hanno condivisibilmente paventato che l'uso di uno strumento meramente logico per giungere al giudizio di paternità del fatto, con la sua indifferenza a qualsiasi valutazione di congruenza tra la condotta e l'evento, si riveli inidoneo a compiere qualunque selezione tra le più differenti condizioni di un evento ed a corrispondere alle esigenze della legalità penale. In effetti, come si è già tentato ripetutamente di porre in luce, la causalità condizionalistica è incolore: non aiuta a comprendere il senso degli accadimenti, così frustrando le esigenze più profonde di una scienza umanissima come il diritto penale. Ciò, pare, vale a legittimare la dottrina della causalità giuridica come corrispondente profondamente ai bisogni del diritto penale. Si tratta di definire un modello teorico, un contenitore concettuale che consenta di analizzare la realtà multiforme che si è

mostrata sin dall'inizio, per scorgervi i caratteri degli accadimenti che consentono l'attribuzione di paternità del fatto all'agente.

In una prospettiva più ampia, occorre porre in luce che la pluriscolare discussione sull'estensione dell'imputazione oggettiva e sull'esigenza d'individuare criteri di selezione delle condotte trova la sua ragion d'essere in relazione a situazioni nelle quali valutazioni ispirate al senso comune ed all'equità segnalano l'eccessività di criteri rigidamente condizionalistici. In molti di tali casi riesce difficile individuare lo strumento giuridico, il profilo interno alla struttura del reato che abbia duttilità sufficiente per flettersi tanto da consentire una risoluzione del caso senza dar luogo ad innaturali forzature. Si tratta di spazi di confine nei quali è certamente interessante ricercare, in ambito applicativo, una soluzione che alla fine risulti comunque equa. Ma è non meno importante individuare la sfera dell'imputazione intimamente vocata a sorreggere in modo coerente lo sforzo interpretativo, cioè a proporre un ordine concettuale che orienti la prassi verso obiettivi di equilibrio. Si vuol dire che in alcuni casi, effettivamente, operando sull'elemento soggettivo (il cui apprezzamento, tra l'altro, è aperto nella sede dell'accertamento a maggiori margini di elasticità) si riesce ad argomentare in modo plausibile l'esclusione dell'imputazione. Tuttavia, talvolta una soluzione di tale tipo non appare soddisfacente. Si avverte intuitivamente che già sul piano oggettivo attribuire un evento all'azione dell'uomo non significa solo riconoscere una qualche formale efficienza nel complessivo meccanismo della catena causale all'azione medesima, ma anche e soprattutto riconoscere l'agente quale autore da un punto di vista che include elementi di valore, normativi, che tengano conto delle finalità dell'ordinamento, della specifica norma incriminatrice, delle norme cautelari. Da questo punto di vista la dottrina del rischio appare seducente, giacché tali considerazioni finalistiche non restano sullo sfondo ma penetrano nella struttura del reato; entrano nell'armamentario degli strumenti concettuali che regolano l'attribuzione del fatto all'uomo già sul piano della tipicità oggettiva.

L'utilità della teoria si mostra anche in ambito applicativo. Essa appare adeguata nelle situazioni in cui l'elemento soggettivo non può svolgere l'effetto limitativo di cui si è parlato prima, poiché il dolo in effetti non manca, come nei noti casi dello zio ricco o della passeggiata nel bosco. Tale classe di esempi può condurre in linea di principio a risultati che non sono accettabili e che, soprattutto, non possono essere ovviati attraverso aggiustamenti e correttivi compiuti operando sull'elemento soggettivo. Infatti, l'azione d'induzione al viaggio o alla passeggiata ha sicuramente un ruolo condizionante rispetto alla morte e, d'altra parte, non difetta l'elemento soggettivo giacché l'agente prevede

e vuole l'evento; e tuttavia non appare ragionevole l'imputazione giuridica dell'evento stesso. La dottrina del rischio propone invece una spiegazione assai lineare e semplice. I casi in esame mostrano rischi (il viaggio aereo o la gita nel bosco) lievi, non vietati: rischi ordinari della vita. Difetta, quindi, la prima radice dell'imputazione oggettiva: la creazione di un rischio illecito in assoluto o eccedente rispetto ai limiti fissati dall'ordinamento. La teoria risulta pure utile in casi, come quello della moglie maltrattata e delle Fosse ardeatine (§§ 25 e 26), in cui non manca una condotta dolosa e rischiosa, ma lo sviluppo degli accadimenti mostra un rischio diverso rispetto a quello originario

Più in generale, il rischio consentito spiega l'irrelevanza penale delle più svariate situazioni di rischio comune della vita, che si può incontrare nel compiere condotte non disciplinate espressamente dal diritto e perciò soggette soltanto ai giudizi di conformità alle regole sociali di diligenza, prudenza e perizia¹⁷⁹.

Il concetto di rischio consentito spiega pure – come si è già accennato – l'irrelevanza penale di sport rischiosi come il pugilato, le cui regole ammettono la liceità di comportamenti che possono essere pericolosi.

All'area del rischio consentito viene pure ricondotto il principio di affidamento, che consente altresì di definire distinte aree di competenza e sfere di responsabilità.

Ancora, una limitazione di responsabilità dovuta alla liceità del rischio si rinviene nell'impossibilità d'imputare certi rischi a chi non sia garante del bene posto in pericolo. Di tale principio è espressione il capoverso dell'art. 40 c.p.: alla positiva causazione di un evento è equiparato il non impedirlo, quando però sussista un obbligo giuridico d'agire, cioè di garantire il bene protetto. Ma, come si è tentato di dimostrare, la teoria del rischio consente di individuare la figura del gestore (esclusivo) di un rischio, che trascende l'ambito dei reati omissivi impropri e serve a selezionare e separare le diverse sfere di responsabilità gestoria che, in presenza di un coefficiente di colpevolezza, possono condurre all'affermazione di responsabilità di diversi soggetti che ricoprono distinti ruoli nelle organizzazioni complesse.

Nell'analizzare i fatti della giurisprudenza si è avuto modo di constatare che la dottrina del rischio si rivela utile in tutte le contingenze nelle quali va compiuto un raffronto tra il rischio insito nella condotta illecita e quello concretizzatosi nell'evento. Si tratta di contesti che sono stati già esposti e che qui è sufficiente richiamare nominativa-

¹⁷⁹ PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 781.

mente: le differenti sfere di rischio nell'ambito dell'ingresso abusivo nell'altrui proprietà; la distinzione tra rischi lavorativi ed extralavorativi; la separazione di differenti rischi nell'ambito dell'aggravamento di lesioni illecite. Un discorso a sé merita poi la materia dell'autoesposizione volontaria ad una fonte di pericolo: qui una equilibrata soluzione del problema della limitazione della responsabilità del primo agente pare possa basarsi solo su una separazione o cesura delle sfere di responsabilità a seguito dell'autodeterminazione libera e consapevole di chi si espone. Un discorso non dissimile si pone nel caso della successione delle sfere di responsabilità nella gestione di un manufatto difettoso.

32. *I contrasti da superare*

Le riflessioni sin qui proposte presentano elementi contraddittori. Da un lato l'incapacità di formule come quella di cui all'art. 41, capoverso, e di quelle fondate sul concetto antoliseiano di causalità umana, di esprimere e spiegare le ragioni che giustificano l'esclusione dell'imputazione causale pure in presenza del nesso condizionalistico; dall'altro l'insistenza nell'evocazione del concetto di eccezionalità non solo nella giurisprudenza ma anche in tutti i progetti di riforma.

A tale ultimo proposito occorre rammentare che la prospettiva riformatrice, in tutte le sue espressioni, ha configurato una dimensione giuridica della causalità, rinunciando al condizionalismo puro. La Commissione Pagliaro non è riuscita a trovare un accordo sul punto, a causa delle irriducibili disparità di vedute dei suoi componenti circa l'articolazione della disciplina. Così si è scelto di accogliere l'impostazione tradizionale del fattore eccezionale quale condizione concorrente che esclude la riconducibilità causale dell'evento al soggetto. Ma al contempo non è stata esclusa la possibilità di precisare ulteriormente i presupposti oggettivi dell'imputazione nella sede delegata.

Pure il testo del progetto Ritz evoca la causalità giuridica, sia pure solo riproducendo il controverso testo del vigente art. 41, capoverso, c.p.

Anche la Commissione Grosso, dopo l'enunciazione della causalità condizionalistica, ha introdotto un criterio limitativo di carattere normativo, stabilendo che l'imputazione dell'evento è comunque esclusa quando esso costituisce conseguenza eccezionale della condotta. Come esplicitato nella Relazione, si è voluto accedere alla teoria antoliseiana della causalità umana, nel solco della tradizione dottrinale e giurisprudenziale italiana.

La scelta in favore della causalità giuridica è presente anche nel te-

sto della Commissione Nordio, che esclude l'imputazione quando l'evento è conseguenza di un fattore eccezionale, senza il quale la condotta non lo avrebbe causato.

Infine, la considerazione del profilo normativo di cui si parla sembra emergere in modo più distinto, vicino alla tematizzazione che viene qui proposta, nel progetto Pisapia. Infatti, si stabilisce che nessuno sia punito se la sua condotta attiva od omissiva non sia stata condizione necessaria dell'evento dannoso o pericoloso; e che la responsabilità per l'evento sia esclusa quando esso sia stato conseguenza di un fattore eccezionale o di un fattore sopravvenuto riferibile all'altrui sfera di signoria, o non derivi dallo specifico rischio illecito creato dalla condotta.

Volendo tentare di trovare un senso nell'andamento del dibattito nella prospettiva riformatrice, potrebbe forse affermarsi che l'irriducibile diversità di vedute esistente nella dottrina italiana sul tema della causalità giuridica induce alla ricerca di un punto di mediazione che viene rinvenuto nella dottrina dell'eccezionalità del fattore sopravvenuto, che trova solido radicamento nella tradizione. Tale risultato di mediazione, tuttavia, non appare promettente giacché, come si è tentato di mostrare sin qui, la dottrina dell'eccezionalità non è appagante né sul piano concettuale né su quello applicativo.

Si è pure constatato che la teoria del rischio sembra corrispondere ai bisogni della prassi. Essa, infatti, consente di analizzare in modo fecondo il composito ambito confusamente definito dal capoverso dell'art. 41 c.p. Tuttavia, tale dottrina presenta alcuni aspetti problematici tra loro connessi, che occorre tenere in considerazione. Essa, al primo approccio, non è accattivante: presenta una certa complessità che si accompagna ad una disparità di opinioni sulla risoluzione di alcuni contesti problematici. Ciò ha negativamente influito sulla sua diffusione, nonostante i qualificati contributi esplicativi di autorevole dottrina. Si deve dunque prendere atto che la teoria non solo è avversata da parte di molti studiosi, ma non ha ancora un profondo ed indiscusso radicamento nella cultura giuridica del Paese, nonostante i preziosi contributi offerti nella riflessione più recente¹⁸⁰. Ciò, naturalmente, ostacola la prospettiva del suo inserimento nella codificazione. Si vuol dire che un ordine concettuale difficilmente potrebbe essere utilmente trasfuso nel codice senza essersi prima affermato nel pensiero giuridico.

Insomma, il problema delle prospettive di una dottrina della causalità giuridica fondata sulla teoria del rischio è fondamentalmente di ti-

¹⁸⁰ Si fa riferimento soprattutto all'opera di DONINI, *L'imputazione oggettiva*, cit.

po culturale, essendo legato alla diffusione in forma piana delle sue coordinate essenziali e soprattutto delle sue concrete attitudini esplicative.

A questa situazione problematica sembra voler corrispondere una proposta di articolato¹⁸¹ sulla causalità giuridica suggerita a margine del dibattito sul Progetto Grosso. Essa, infatti, pare voler integrare, conciliandole, l'enunciazione del rischio quale chiave di lettura degli intrecci causali con il lessico e le categorie concettuali della tradizione: una riscrittura dell'art. 41, capoverso, ispirata dal bisogno di rimediare l'oscurità che ne ha determinata la scarsa applicazione.

33. *Un'ipotesi di articolato*

Qui, per concludere, si vuol proporre un articolato più svincolato rispetto alla tradizione. Si tratta di un esercizio di stile che tenta di trarre coerenti implicazioni dall'analisi sin qui condotta. Le sue coordinate possono essere così enunciate.

La prassi e, talvolta, le stesse elaborazioni teoriche mostrano una certa confusione tra il piano (meramente) logico della causalità condizionalistica e quello normativo-valutativo della causalità giuridica. Una confusione di linguaggio e di categorie che è rimasta "babilonica" pure molti anni dopo la denuncia dell'Antolisei. La confusione è accresciuta dalla mancata distinzione tra causa sufficiente e condizione necessaria. Pare, quindi, che non sia inopportuno opporre un chiarificatore rimedio definitorio che parta dalla considerazione della causalità condizionalistica, come categoria logica ispirata dalle esigenze di certezza proprie del diritto.

I concetti di eccezionalità, atipicità, occasionalità, sono vaghi e soprattutto, in alcuni casi, non consentono di spiegare l'esclusione del nesso d'imputazione fattuale senza artificiose forzature della realtà. Conviene dunque rinunziarvi.

¹⁸¹ DONINI, *Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 250. Il testo è il seguente:

"Non è punibile chi ha commesso il fatto per l'intervento assorbente di cause sopravvenute che dipendono da fattori eccezionali, da sfere giuridiche di competenza esclusiva di terzi o da rischi ubiquestari.

È assorbente l'intervento delle concause di cui al comma precedente, quando esso riduce la causalità della condotta al significato di mera occasione, o determina un effetto manifestamente sproporzionato all'idoneità lesiva della condotta vietata.

La punibilità non è esclusa quando le concause sopravvenute costituiscono l'approfondimento dello specifico rischio illecito della condotta vietata".

Il concetto di rischio rimanda ad una sfera di possibili implicazioni pericolose insite in una condizione. Esso costituisce l'unità elementare per l'analisi della realtà. Questa prima chiave di lettura consente d'individuare rischi che non sono giuridicamente riprovati in assoluto, o entro determinati limiti, o per qualche agente. Si tratta di distinzione sottintesa in tutti i discorsi causali che noi facciamo, e che merita di essere formalizzata, in un'ottica di chiarificazione di concetti e principi.

La definizione della sfera di rischio implica la valutazione delle concrete potenzialità sinergiche della condotta e delle sue immediate conseguenze, illuminata dalla considerazione della causalità nella sua veste più ampia e prossima al senso comune: la causalità come influenza. Si tratta di considerare le possibili interazioni causali alla luce delle cognizioni esperienziali e scientifiche che governano i comportamenti ed i giudizi dell'uomo; non per complicare il già difficile giudizio d'imputazione condizionalistica, ma solo per limitarne gli effetti in contingenze straordinarie da individuare in modo rigoroso. Per escludere l'imputazione occorre dunque raffrontare la sfera di rischio originaria con il rischio realizzatosi. Tale raffronto, tuttavia, non può essere di tipo categoriale, astratto; cioè fondato solo sulle tipiche potenzialità di condotte del genere di quella considerata. Esso deve invece considerare le concrete potenzialità sinergiche della condotta e delle sue immediate conseguenze, nel suo specifico contesto.

La considerazione del rischio nella sua concretezza implica che non vi sono nel giudizio sulla causalità giuridica risposte precostituite, come si è tentato di mostrare: nei casi dell'ambulanza o dell'incendio in ospedale le lesioni originarie potrebbero ben avere un ruolo sinergico rispetto all'evento letale. Si richiede, dunque, un confronto che va compiuto analizzando tutto lo sviluppo delle interazioni causali. La formula proposta tenta di sottolineare la necessità di una concreta descrizione del rischio illecito e di un raffronto tra esso ed il rischio attuatosi, al fine di verificare le situazioni di separazione o diversità già evidenziate in precedenza.

Naturalmente, tale raffronto tra rischi implica una valutazione aperta a margini di flessibilità: il rischio realizzatosi potrebbe essere considerato diverso da quello originario anche quando la condotta illecita abbia un peso assolutamente trascurabile nello sviluppo degli accadimenti. Si tratta di un apprezzamento rimesso alla giurisprudenza; che, tuttavia, ben potrebbe essere formalizzato nella formula legale in termini di sproporzione tra l'evento finale e le potenzialità implicate nella condotta illecita: ciò richiederebbe una modifica del testo normativo proposta più sotto.

Pur avendo il concetto di rischio una multiforme capacità esplicati-

va (principio di affidamento, causalità omissiva) la disciplina legale dovrebbe evitare la trattazione in termini “eversivi” rispetto alla tradizione. Tuttavia l’analisi della giurisprudenza e di ricorrenti questioni problematiche mostra che solo il concetto di separazione dei rischi è idoneo a condurre ad una razionale esclusione del nesso giuridico d’imputazione in casi di volontaria esposizione al pericolo, nell’attività di soccorso ma non solo. D’altra parte, in questi casi la detta cesura deve essere sottoposta ad alcune necessarie precisazioni, per evitare effetti incongrui. Occorre che la scelta sia consapevole, libera e non governabile da altri. Ciò suggerisce una disciplina *ad hoc*. Tale disciplina potrebbe coprire, attribuendogli effetto “interruttivo”, il rifiuto delle cure da parte della vittima o atteggiamenti di fatto corrispondenti ad un tale scelta: si tratta di una delicata situazione di grande attualità nel presente dell’esperienza giudiziaria.

Infine, si è visto che le condizioni preesistenti, oltre a non essere spesso facilmente distinguibili dalle altre, non sono ontologicamente diverse da quelle concomitanti e da quelle sopravvenute. Gli unici caratteristici aspetti di diversità derivano da considerazioni normative che riguardano la loro conoscenza (e quindi la strumentalizzabilità) da parte dell’agente, nonché l’attinenza alle caratteristiche personali della vittima, che non possono condurre a forme di minore tutela nei confronti di persone più deboli. Questi specifici aspetti devono essere enunciati, senza che sia però necessario giungere ad una categoriale separazione delle condizioni preesistenti dalle altre.

Fatte queste premesse, si propone il testo seguente; con la precisazione che l’ipotesi di articolato è incompleta, giacché non comprende una previsione relativa alla causalità omissiva che, pure, sarebbe necessaria. Infatti, secondo la tesi che viene avanzata in questo lavoro, la causalità omissiva presenta una distinta identità e specifiche problematiche che saranno esaminate nel capitolo seguente.

“Rapporto di causalità.

1. La condotta umana è considerata causa di un evento quando ne costituisce una condizione logicamente necessaria.
2. È tuttavia esclusa l’imputazione delle conseguenze della condotta che sono espressione di un rischio non vietato all’agente.
3. È altresì esclusa l’imputazione delle conseguenze della condotta illecita che non sono espressione della concreta sfera di rischio ad essa inerente, ma costituiscono realizzazione di un rischio diverso.
4. Ai fini del comma precedente non rilevano le condizioni note all’agente e quelle inerenti alle caratteristiche personali della vittima.
5. È infine esclusa l’imputazione delle conseguenze della condotta illecita che derivano dall’assunzione del rischio ad essa inerente da

parte di un terzo o della vittima con determinazione libera, consapevole e completamente indipendente”.

34. Verso l'imputazione oggettiva non condizionalistica

Si confida che l'analisi della giurisprudenza abbia fornito qualche argomento concreto a conferma dell'insufficienza delle teorie dell'imputazione giuridica fondate su concetti vaghi come quelli di eccezionalità od atipicità di particolari condizioni che assorbono tutto intero il peso della spiegazione causale; ed abbia consentito di riscontrare come la teoria del rischio offra, invece, una chiave di tematizzazione assai più duttile e penetrante del processo d'attribuzione del fatto ad un agente.

Tuttavia, il discorso sulla causalità giuridica non è per nulla concluso. Si è visto che la dottrina dell'imputazione oggettiva non contesta, in linea di principio, il modello condizionalistico di imputazione causale ma vi apporta correzioni. Secondo l'orientamento largamente prevalente, tali correzioni costituiscono uno strumento esclusivamente limitativo della sfera d'imputazione naturalistica fondata sulla *condicio*. Si tratta, cioè, di ridurre l'area eccessivamente ampia dell'attribuzione del fatto definita dal criterio dell'equivalenza causale di tutte le condizioni logicamente condizionanti. Occorre però aggiungere che secondo un'opinione minoritaria ma assai convincente, le esigenze dell'ordinamento consentono d'individuare anche alcune situazioni tipiche nelle quali l'attribuzione del fatto avviene pur in mancanza di una autonoma relazione necessitata tra la condotta e l'evento, come nei casi della causalità addizionale e della causalità nel concorso di persone.

In proposito si è osservato che, se ci si interroga su come la funzione preventiva delle norme penali possa riconfigurare l'imputazione obiettiva dell'evento rispetto a quanto risulterebbe dal puro nesso condizionalistico, il principio base si sdoppia articolandosi in un aspetto positivo e un aspetto negativo. L'aspetto positivo consente di ammettere l'imputazione obiettiva dell'evento tutte le volte che, anche in mancanze del nesso condizionalistico, la funzione preventiva delle norme lo imponga. L'aspetto negativo, invece, consente di negare l'imputazione obiettiva pur in presenza del nesso condizionalistico, quando l'imputazione alla luce della funzione preventiva delle norme rimarrebbe priva di senso. L'aspetto positivo è sfuggito ai teorici dell'imputazione oggettiva. Esso si configura nell'ambito della causalità addizionale; e con forza ancor maggiore nell'ambito del concorso di persone, ove possono aversi contributi punibili i quali non siano stati

affatto indispensabili per la produzione dell'evento. La ragione per la quale nel concorso di persone l'imputazione si estende oltre il nesso condizionalistico è di carattere preventivo; e perciò ha la stessa radice normativa della teoria dell'imputazione obiettiva concernente il fatto commesso da una sola persona. Il profilo positivo dell'imputazione obiettiva non può essere spiegato né con il richiamo all'adeguatezza causale né con l'appello alla teoria della colpa. Solo un espresso riconoscimento del carattere normativo dell'imputazione obiettiva può dare ragione di una estensione della responsabilità¹⁸².

Si tratta di un orientamento che incide in modo dirimpante sulla teoria condizionalistica della causalità: esso individua non solo situazioni nelle quali la causalità condizionalistica viene riconosciuta ma temperata, ma anche altre nelle quali del nesso di condizionamento è necessario fare a meno. Si è visto che la causalità condizionalistica svolge un ruolo tanto importante quanto riconosciuto nell'ordinamento penale. Pertanto l'eversione, per così dire, del condizionalismo, sia pure in determinati e ben definiti contesti, richiede che siano individuate ragioni veramente forti. Con questa consapevolezza deve essere posto un interrogativo davvero cruciale che riguarda la causalità omissiva.

Come si è avuto modo di accennare e sarà meglio evidenziato nel prosieguo (cap. V), nell'ambito dei giudizi relativi alla responsabilità medica per un lungo tratto la giurisprudenza, per la verità in modo scarsamente consapevole, ha configurato l'imputazione causale anche in assenza di una relazione necessitata tra la condotta umana e l'evento, sulla base di un approccio di tipo probabilistico. Tale imputazione è non condizionalistica, sebbene ciò non sia mai stato avvertito o comunque enunciato espressamente. Occorre allora chiedersi se nell'ambito degli illeciti commissivi mediante omissione vi siano delle ragioni forti, interne al sistema ed alimentate dalla realtà, capaci d'imporre e giustificare, in alcune situazioni, una causalità non condizionalistica. Il tema sarà affrontato nel capitolo seguente.

¹⁸² PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, cit., p. 791 ss.

CAPITOLO V

CAUSALITÀ OMISSIVA

SOMMARIO: 1. Il reato omissivo improprio: un luogo carico di problemi. – 2. Causalità naturalistica, logica, normativa. – 3. La tesi della natura normativa ed ipotetica della causalità omissiva. – 3.1. Conseguenze applicative. – 4. La critica della causalità omissiva come causalità ipotetica e la tesi dell'identità tra causalità attiva ed omissiva. – 4.1. Il carattere doppiamente ipotetico della formula euristica della causalità omissiva. – 5. I caratteri dell'indagine nella causalità omissiva. – 6. La giurisprudenza probabilistica nell'ambito della responsabilità medica. – 7. Le deviazioni dal consolidato indirizzo probabilistico. – 8. Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo probabilistico: la tutela della vita umana e le difficoltà dell'indagine. – 9. Il mutamento d'indirizzo nella giurisprudenza di fine secolo: il ritorno al criterio di certezza espresso dal principio condizionalistico. – 10. La giurisprudenza sui danni da esposizione a sostanze dannose. – 11. Gli aspetti problematici dei diversi orientamenti giurisprudenziali e lo stato del dibattito prima dell'intervento delle Sezioni Unite. La causalità omissiva tra probabilismo e condizionalismo. – 12. La pronuncia delle Sezioni Unite. – 13. La possibilità di configurare un'imputazione oggettiva probabilistica. – 14. L'incerto confine tra colpa, causalità attiva e causalità omissiva.

1. Il reato omissivo improprio: un luogo carico di problemi

Nel commento all'art. 40, capoverso, c.p. (cap II, § 4) si è tentato di definire la struttura del reato commissivo mediante omissione e le categorie di illeciti nei quali esso si può configurare. In breve, si tratta di fattispecie che nascono da una clausola generale che estende l'applicazione delle disposizioni penali che puniscono la causazione di un evento per effetto di una condotta attiva, trasformandole: l'imputazione dell'evento avviene a seguito di una condotta omissiva, costituita dal mancato compimento di un'azione, in violazione di un obbligo giuridico.

Al di là dei problemi definatori, tale figura di reato, a causa soprattutto dell'assenza di un'azione, di un atto naturalistico, genera numerosi, difficili problemi: una categoria davvero irta di spine. Le discussioni riguardano da un lato il profilo politico-criminale e dall'altro innumerevoli problematiche di carattere dogmatico ed applicativo.

Il primo problema, quello politico-criminale, può essere qui solo accennato. Esso si muove storicamente entro due estremi. Da un lato lo Stato liberale, fondato essenzialmente su divieti di condotte costituenti indebite violazioni dell'altrui sfera di libertà, e sostanzialmente indifferente rispetto ai comportamenti di inerzia. Dall'altro lo Stato autoritario che si esprime anche in comandi finalizzati ad orientare positivamente il comportamento dei cittadini in vista del perseguimento di interessi superiori, ed accresce enormemente la sfera dei reati omissivi. Nel mezzo, per così dire, lo Stato sociale, solidaristico, che impone obblighi determinati, appunto, dal perseguimento di finalità di solidarietà, sostegno e coesione sociale. In aggiunta, l'accrescimento dei rischi determinato dall'industria e dalla tecnologia ha generato nuovi obblighi di gestione delle situazioni rischiose, rafforzati dalla punizione dell'omissione.

Questa situazione propone ancora oggi delicati interrogativi, visto che un diritto fondato su comandi rischia, oltre certi limiti, di trasformarsi da strumento di tutela di beni giuridici a strumento di governo della società, con i connessi pericoli di strumentalizzazioni politiche e di violazione del principio di eccezionalità dei reati omissivi. Si tratta di trovare un difficile equilibrio tra il principio di eccezionalità di tale categoria di illeciti, stante la sua maggiore interferenza nella sfera di libertà individuale rispetto ai reati commissivi; ed il principio di solidarietà, che impone agli individui di tenere comportamenti attivi per il soddisfacimento di altrui esigenze solidaristiche.

La base costituzionale della categoria di reati in questione è stata individuata nell'art. 2 Cost. finalizzato a garantire il godimento da parte di tutti i consociati dei diritti costituzionalmente garantiti. Le istanze solidaristiche legittimano la previsione di comandi e non di soli divieti, come invece pretendeva il liberalismo classico, e consentono di legittimare, pur con molti limiti, l'attuale espansione della sfera dell'omissione punibile. La funzione solidaristica della responsabilità penale per omissione – è stato pure affermato – è riconoscibile nel reato omissivo improprio: il meccanismo di conversione esprime la volontà legislativa di riequilibrare, tramite l'assegnazione di specifiche posizioni di garanzia a determinati soggetti, la situazione di inferiorità dei titolari, totalmente o parzialmente incapaci di proteggere i propri beni. Tuttavia, il richiamo al principio solidaristico non è sufficiente, da solo, a risolvere il problema della legittimità della repressione penale dell'omissione, giacché esso, se giustifica l'imposizione di obblighi giuridici, nulla dice circa i rimedi da adottare in caso di una loro violazione. Si è quindi proposto di armonizzare la repressione penale ispirata dal principio solidaristico con gli altri principi costituzionali in materia penale. Il primo tra tali principi è quello di offensività che risponde

all'esigenza garantista che la fattispecie omissiva non degradi a reato di mera disubbidienza o di infedeltà nei confronti dello Stato. Occorre quindi che le fattispecie omissive siano concepite ed interpretate in termini non di mera disubbidienza, ma nel rispetto del principio di offensività di cui quello di materialità costituisce il normale presupposto strumentale. In particolare nei reati omissivi impropri è stata tratteggiata l'equiparazione tra l'omissione e la causazione dell'evento sulla base di tre requisiti: 1. Che il reato commissivo suscettibile di conversione *ex art. 40, comma 2*, sia configurato come reato d'offesa; 2. Che l'obbligo di garanzia sia concepito in termini solidaristici e cioè limitato alla protezione di beni bisognosi della tutela rafforzata, essendo i titolari incapaci di proteggerli adeguatamente, e posto a carico di soggetti muniti di effettivi poteri impeditivi; 3. Che la condotta sia idonea ad impedire l'effetto offensivo. Il secondo limite alla repressione penale viene individuato nel principio di inviolabilità della libertà personale espresso dall'art. 13 Cost. e che delinea, in sintonia con il liberalismo tradizionale, l'eccezionalità della responsabilità penale per omissione fondata sulla violazione di un comando piuttosto che di un divieto: un principio da coordinare, peraltro, con quello solidaristico. Il terzo limite è costituito dal principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* Esso richiede l'appartenenza del fatto all'agente, anche sotto il profilo subiettivo. Il quarto limite è costituito dal principio di legalità *ex art. 25 Cost.*, particolarmente rilevante ai fini dell'individuazione rigorosa delle fonti dell'obbligo d'impedire l'evento e della condotta tipica¹.

Proprio il principio di legalità ha condotto a sostenere che l'attuale disciplina della causalità omissiva, per la sua assoluta genericità e per l'assenza di criteri guida utilizzabili dall'interprete, si pone in contrasto con i principi di legalità e di determinatezza della fattispecie; lascia spazio eccessivo ai poteri del giudice nella selezione delle fattispecie inquadrabili nello schema della causalità omissiva e soprattutto nell'individuazione degli obblighi di agire la cui violazione può fondare l'imputazione dell'evento. Di qui la prospettata necessità di tipizzare tutte le ipotesi di omesso impedimento dell'evento meritevoli di sanzione penale, potendosi superare il timore di inevitabili lacune sulla base del principio di frammentarietà, costituente espressione della necessità di rendere compatibile controllo penale e principio di legalità; oppure, quantomeno, di procedere ad una descrizione esauriente dei tipi di fonti capaci di esprimere le posizioni di garanzia.

Tali preoccupazioni risaltano plasticamente quando si tenta di de-

¹ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 38 ss.

finire con qualche precisione gli obblighi giuridici genericamente evocati dall'art. 40, capoverso, che determinano la cosiddetta posizione di garanzia: espressione invalsa per esprimere in modo condensato l'obbligo giuridico d'impedire l'evento che fonda la responsabilità penale nei reati commissivi mediante omissione. Qui la congerie delle tesi² è talmente vasta da non poter essere neppure riassunta con qualche dettaglio in questa sede. La teoria formale, tradizionale nella dottrina italiana, esprime il punto di vista del liberalismo giuridico classico, che concepisce l'ordinamento penale come un sistema fondato precipuamente su divieti: poiché l'imputazione causale per omissione di una condotta doverosa costituisce un'eccezione, è necessario che l'obbligo giuridico di agire trovi fondamento in una fonte giuridica formale. Il legislatore non si accontenta di una mera possibilità di fatto di intervenire, ma esige che la possibilità d'intervento sia consacrata in un preciso obbligo giuridico la cui fonte mediata è sempre una legge. La fonte immediata può essere diversa: una legge o un qualsiasi fatto o atto giuridico che trovi nella legge il suo fondamento. Viene quindi escluso che possano configurarsi comportamenti di fatto da cui nascerrebbero obblighi giuridici, senza mediazione della legge o di altra fonte espressamente riconosciuta dalla legge con l'efficacia di produrre obblighi giuridici. Le riconosciute insufficienze della teoria ha incoraggiato lo sviluppo di una differente elaborazione che non fa più leva tanto su profili formali, quanto piuttosto sulla funzione dell'imputazione per omissione, connessa all'esigenza di natura solidaristica di tutela di beni giuridici attraverso l'individuazione di un soggetto gravato del ruolo di garante della loro protezione. Tale individuazione del garante avviene, più che sulla base di criteri formali, alla stregua della posizione di fatto assunta, del ruolo svolto. Si tratta di elaborazione che presenta il pregio ampiamente riconosciuto di aderire allo specifico punto di vista dell'ordinamento penale, selezionando in senso restrittivo il dovere di agire nell'ambito della sterminata congerie di obblighi presenti nell'ordinamento. Tuttavia, proprio l'abbandono di un criterio formale ha messo in luce una inevitabile vaghezza delle diverse costruzioni, che presentano criteri d'individuazione degli obblighi di garanzia assai differenziati. Tale costruzione ha così posto in luce un rapporto di tensione con i principi di legalità e di tassatività a causa dell'inidoneità a circoscrivere l'imputazione per omissione entro

² Per una sintesi, GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 169 s. In giurisprudenza sul tema, Cass., Sez. IV, 22 maggio 2007, Conzatti, in *Cass. pen.*, 2008, p. 989 ed in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 748.

confini sufficientemente precisi. Hanno quindi preso corpo concezioni miste, eclettiche, che in vario modo tentano di conseguire una sintesi, una reciproca integrazione tra la teoria formale e quella contenutistica. Tuttavia neppure tale sincretismo ha conseguito risultati completamente appaganti; ed ha lasciato spazio a rilievi di vario genere sui quali non è possibile intrattenersi.

Qui è invece necessario qualche approfondimento sulle questioni che hanno più diretta attinenza con le problematiche propriamente causali. Esse riguardano la natura dell'imputazione del fatto nella causalità omissiva e la sua relazione con la causalità commissiva; la delimitazione in concreto, nelle situazioni più problematiche, della linea di confine tra le due figure della causalità; le peculiarità del metodo dell'indagine causale nelle fattispecie in cui manca un dato naturalistico costituito dall'azione umana. A tali temi è dedicata la trattazione che segue.

2. Causalità naturalistica, logica, normativa

L'opinione largamente prevalente sostiene il carattere normativo della causalità omissiva³, in contrapposizione a quello naturalistico della causalità attiva⁴. Nel reato omissivo improprio – si afferma – non si riscontra la connessione tra l'evento ed una condizione di carattere reale, rilevante naturalisticamente. Da un punto di vista naturalistico si è in presenza di un *non facere* e l'evento è attribuibile alle forze della natura, alla serie causale in atto, non influenzata dal possibile intervento dell'uomo. In senso fisico, l'omissione non può cagionare alcunché. La morte del malato, ad esempio, è conseguenza del processo patologico in atto e non dell'omessa cura del medico. È la regola normativa d'equivalenza espressa dall'art. 40, capoverso, che, equiparando a determinate condizioni il non impedire al cagionare, rende possibile la giuridica imputazione dell'evento. Altra minoritaria dottrina esclude, invece, l'esistenza di una diversità tra tali due configurazioni della causalità giuridica.

Orbene, se ci si colloca sul piano naturalistico, una radicale differenza non può essere contestata. Infatti, nei reati omissivi impropri

³ Così ad esempio, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 435 ss., 440 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 162; PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 361 s.; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 124 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 78 s.

⁴ Per un'analisi delle diverse teorie e della loro ascendenza storica, GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 97 ss.

non vi è un'azione umana rilevante dal punto di vista giuridico bensì, appunto, una mera omissione che costituisce, sul piano fisico, un nulla. Tuttavia pare necessario aver chiaro che si tratta di una constatazione che si pone sul piano naturalistico, descrittivo. Tale differenza, come si avrà modo di evidenziare in prosieguo, non è priva di significato e conseguenze sul piano applicativo, particolarmente per ciò che riguarda l'accertamento del nesso causale.

Di fronte alla constatazione dell'assenza di un dato naturalistico costituito dall'azione umana, appare chiaro il carattere per più versi normativo dell'attribuzione dell'evento all'uomo che ha omesso di compiere un'azione doverosa. La normatività si costruisce per un verso attorno alla regola d'equivalenza del non impedire al cagionare in presenza di un obbligo giuridico d'agire, posta dall'art. 40 capoverso; e per l'altro sulla base dell'obbligo giuridico d'impedire l'evento, che ha un ruolo centrale sotto due distinti punti di vista: da un lato concorre a tipizzare, concretizzare, l'area del comando penale, dall'altro vale a selezionare, tra tutte le ipoteticamente infinite condizioni negative di un evento, quelle di cui viene riconosciuta la rilevanza dal punto di vista giuridico quali fattori condizionali. Insomma, l'omissione ascrivibile all'uomo viene selezionata dallo specifico obbligo d'impedire l'evento quale condizione (negativa) giuridicamente rilevante.

È chiaro che l'obbligo giuridico che interessa al diritto penale, e circoscrive la portata della causalità omissiva in tale ordinamento, è solo una delle possibili chiavi di selezione delle condotte omissive rilevanti da un punto di vista causale. Come è stato nitidamente evidenziato, fuori dal mondo del diritto, la causalità di fatto di un'omissione ed il rapporto di condizionalità necessaria tra omissione ed evento si possono affermare anche in mancanza di un obbligo di agire ove per qualunque motivo si ritenga utile porsi tale problema⁵. Dunque, in funzione del contesto d'indagine, l'omissione potrà essere rapportata, ad esempio, ad un obbligo religioso o ad un semplice comportamento tradizionale o ad una regolarità naturale. Altrettanto efficacemente lo stato delle cose è stato scolpito affermando che "il reato di omissione e di evento contiene rispetto a quello commissivo un elemento in più, la posizione di garanzia e un elemento in meno, il nesso causale naturalistico. Tale nesso causale naturalistico, che costituisce il primo gradino d'imputazione e di filtro della responsabilità penale nei reati commissivi, è sostituito in quelli omissivi dalla posizione di garanzia, che a sua volta ne costituisce il primo gradino d'imputazione e di selezione. Assumendo o ricevendo la posizione di garante, il soggetto entra in

⁵ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 14, nt. 22.

contatto normativo con il garantito (per esempio il medico che prende in carico il paziente), così come nei fatti commissivi il soggetto, agendo, entra in contatto fisico materiale con il soggetto passivo”⁶.

In assenza di una relazione causale di tipo naturalistico, la connessione condizionale tra l’omissione e l’evento indica una diversa dimensione della relazione tra tali due elementi: si tratta delle dimensione logica, che da quella naturalistica deve essere chiaramente distinta. L’omissione, in sostanza, costituisce un aspetto ineliminabile della spiegazione dell’evento dal punto di vista dell’ordinamento penale; e s’impenna attorno alla sua connotazione logica. Per esemplificare: un medico ospedaliero omette di praticare al paziente una terapia che, nelle condizioni date, gli avrebbe sicuramente salvato la vita, così cagionandone la morte. Qui l’omissione in violazione di un obbligo giuridico, pur costituendo un nulla dal punto di vista naturalistico, è condizionante dal punto di vista logico giacché, sostituendo all’omissione l’azione terapeutica, l’evento letale non si sarebbe verificato.

D’altra parte, se si considera che la dimensione giuridica della causalità, come si è visto, ha base logica, emerge pure che da questo punto di vista, distinto da quello naturalistico, tra causalità attiva ed omissiva non esiste quella ontologica diversità ed incompatibilità che è stata invece evidenziata sotto il profilo empirico.

Molte discussioni a proposito della relazione tra causalità attiva ed omissiva pare siano alimentate proprio dalla impropria sovrapposizione tra i due piani. Si avrà modo di tornare sull’argomento. Tuttavia preme sottolineare sin da ora la diversità delle due indicate dimensioni, giacché essa può costituire una chiave di lettura utile per affrontare alcune questioni problematiche.

3. *La tesi della natura normativa ed ipotetica della causalità omissiva*

Come si è accennato, l’opinione prevalente profila un’importante differenza tra il rapporto omissione-evento ed il nesso di causalità esistente nei reati commissivi. In quest’ultimo si indica un rapporto tra due entità reali (l’azione dell’uomo ed un accadimento esterno) il cui accertamento presuppone la spiegazione di quanto si è verificato. Invece, con riguardo ai reati omissivi, l’accertamento assume un valore ipotetico o prognostico, in quanto si tratta di verificare in che modo l’eventuale compimento dell’azione doverosa avrebbe modificato il

⁶ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1284.

corso degli avvenimenti ed in particolare se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento lesivo. L'enunciato "se l'azione doverosa fosse stata compiuta, l'evento non si sarebbe verificato" non ha ad oggetto né la spiegazione di un avvenimento del passato né la previsione di un accadimento del futuro; esso costituisce invece un condizionale controfattuale, un enunciato ipotetico, cioè, nel quale tanto l'antecedente quanto il conseguente sono per definizione falsi⁷.

Nei reati commissivi è la causalità l'elemento sul quale si impenna la struttura della fattispecie e che consente l'individuazione della stessa condotta tipica: l'azione conforme alla fattispecie è quella che risulta legata all'evento lesivo dal nesso eziologico. Nelle fattispecie omissive improprie, invece, non viene in considerazione la spiegazione di avvenimenti reali, ma la formulazione di un giudizio prognostico sul modo in cui l'azione doverosa avrebbe influito sul corso degli avvenimenti. Qui è la situazione di garanzia che assume quel ruolo di filtro che nelle corrispondenti fattispecie commissive è attribuito alla causalità; e consente, tra gli infiniti comportamenti che avrebbero potuto impedire l'evento, di individuarne uno come punto di riferimento della responsabilità penale per l'evento. L'accertamento del nesso di condizionamento tra condotta ed evento assume quindi, in tali fattispecie, un ruolo molto diverso che in quelle commissive, tanto che si ritiene addirittura opportuno non impiegare l'espressione "rapporto di causalità" per designare un tale requisito di fattispecie, ma invece utilizzare l'espressione "equivalente tipico della causalità"⁸.

In tale dottrina, il punto di decisivo rilievo è che l'omissione, in quanto condotta priva di una dimensione "fisica", non è in grado di manifestarsi nel mondo esterno sotto forma di energia che mette in moto processi causali reali, onde ciò che si imputa all'omittente è non già di avere materialmente cagionato un evento, bensì di non averne impedito la verifica. L'accertamento del nesso omissione-evento poggia dunque su un giudizio ipotetico o prognostico: supposta mentalmente come realizzata l'azione omessa, ci si chiede se, in presenza di essa, l'evento lesivo si sarebbe verificato ugualmente. La causalità dell'omissione finisce col risolversi nella formula della *condicio sine qua non*: manca infatti, a differenza della causalità dell'azione, un reale influsso eziologico sul mondo esterno; per cui il giudizio ipotetico sull'idoneità della condotta doverosa ad impedire l'evento costituisce criterio di accertamento e nello stesso tempo criterio costitutivo della causalità. Naturalmente, anche nell'ambito omissivo il giudice dovrà

⁷ GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 386 s.

⁸ GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 415 ss.

rinvenire la legge scientifica o la regola d'esperienza in base alla quale sia giustificato asserire che, ove ricorrano determinati antecedenti, vengono meno effetti del tipo di quello verificatosi. Così, ad esempio, se si tratta di verificare il nesso di condizionamento tra l'omissione del medico che non ha praticato l'iniezione antitetanica e la morte del ferito dovuta ad infezione tetanica, bisogna prima appurare se esista una legge biologica la quale permetta di pronosticare che l'inoculazione del siero rende in genere inattivo il focolaio infettivo. Una volta rinvenuta la legge di copertura, il giudice potrà procedere all'applicazione della formula della *condicio* che, sul terreno dell'illecito omissivo improprio, va articolata nel modo seguente: l'omissione è causa dell'evento se non può essere mentalmente sostituita dall'azione doverosa senza che l'evento venga meno. Essendo ricostruibile in termini puramente ipotetici, fuori da reali connessioni di natura fenomenica, il nesso omissione-evento non riflette un vero e proprio rapporto causale in senso fisico-naturalistico. Per questo in dottrina si parla spesso di causalità ipotetica o causalità in senso normativo: si tratta di una formula che esprime l'idea che la causalità omissiva ha poco a che vedere con la causalità reale e che essa designa solo una tecnica d'imputazione oggettiva dell'evento, escogitata per far fronte alle esigenze della responsabilità penale. Si tratta insomma di un equivalente normativo del rapporto causale vero e proprio⁹.

Nello stesso senso si è osservato che l'evento offensivo tipico si produce in virtù di un processo causale del tutto autonomo dall'omissione tipica. Ad esempio, la malattia non curata che conduce alla morte. Sicché il collegamento creato dalla fattispecie incriminatrice tra la condotta omissiva e l'evento è una pura e semplice *fictio juris*, priva di qualsiasi fondamento reale. Il collegamento tra omissione ed evento in termini di offensività può esser visto solo dal punto di vista normativo¹⁰.

A tale prospettazione pare sia possibile obiettare la non condivisa sovrapposizione tra piano naturalistico e piano logico cui si è prima fatto cenno. Si è visto che la chiave della causalità giuridica inscritta nella teoria condizionalistica è di tipo logico, consiste nella relazione necessitata, ineliminabile, tra una condizione ed un evento. Pertanto, se si parte da tale base e ci si trattiene sul piano logico-giuridico, traspare che, da questo punto di vista, non vi è una differenza ontologica tra causalità dell'azione e dell'omissione. L'omissione è causale solo quando è condizione necessaria dell'evento.

⁹ FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, 1988, p. 126 s.; ID., *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, p. 78 s.

¹⁰ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 43 ss.

La differenza, insomma, esiste sul piano naturalistico ma non su quello dell'ontologia giuridica. Questo, d'altra parte, traspare se ci si ferma a riflettere su una notazione classica delle dissertazioni sulla causalità: si afferma comunemente che, se ci si pone sul piano delle valutazioni giuridiche e di senso comune, il comportamento della madre che lascia morire il figlio non allattandolo non è al fondo dissimile da quello dell'agente che sopprime la creatura con un'azione violenta. Orbene, tale identità ampiamente riconosciuta si pone proprio sul piano della diretta, ineliminabile connessione tra le distinte condotte (attiva ed omissiva) ed il comune evento lesivo. Tale stringente connessione è appunto un legame di tipo logico, luminosamente evidenziato dalla realtà e riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

Sul piano naturalistico, però, le due condotte, quella attiva e quella omissiva, differiscono radicalmente e ciò, come si è accennato, ha ricadute assai notevoli sul piano applicativo, particolarmente per ciò che attiene all'accertamento della relazione causale. Occorre però aver chiaro che si tratta di una diversità di tipo empirico, che si pone sul piano naturalistico e non su quello logico.

3.1. *Conseguenze applicative*

Dal carattere ipotetico della causalità omissiva si fanno discendere rilevanti conseguenze quanto al grado di certezza raggiungibile in sede di accertamento di tale forma di causalità. Infatti, poiché i giudizi ipotetici sono per loro natura esposti ad inevitabili margini di incertezza, in sede di accertamento non si può raggiungere lo stesso livello di rigore esigibile nell'accertamento del nesso di causalità in senso stretto. Perciò, nell'applicare la formula della *condicio sine qua non*, ci si accontenta di esigere che l'azione doverosa supposta come realizzata sarebbe valsa ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza. Ciò non vuol dire che in sede di verifica della causalità omissiva il giudice sia esentato dal ricorrere a criteri di giudizio realmente attendibili. Anzi, quanto più si paventi che il ragionamento ipotetico sfoci in conclusioni non del tutto certe, tanto più si deve pretendere che la verifica dell'attitudine impeditiva dell'azione poggia su ben collaudate regole d'esperienza¹¹.

Le riferite implicazioni in tema di accertamento non comportano l'abbandono formale del terreno della causalità, nel quale la connessione tra condotta ed evento deve essere ragionevolmente, umana-mente certa. Ci si accontenta solo d'introdurre un fattore di attenua-

¹¹ FIANDACA, voce *Causalità*, cit., p. 127.

zione: non proprio la certezza, ma qualcosa che le si avvicina moltissimo. Non si dice, infatti, che il criterio della certezza debba essere abbandonato e sostituito, bensì solo che esso, per corrispondere alle esigenze dell'accertamento penale, debba essere adattato all'immanente margine d'incertezza insito nei giudizi ipotetici propri della causalità omissiva.

A tale tesi si è obiettato che la formula della probabilità confinante con la certezza è del tutto arbitraria, giacché gli enunciati causali relativi all'omissione debbono soddisfare il requisito dell'alto grado di credibilità razionale allo stesso modo di quanto richiesto nell'ambito della causalità attiva¹². Tale soluzione, oltre che infondata sul piano dei principi, viene ritenuta latrice di un ingiustificato ampliamento ed insprimento della responsabilità omissiva, quando essa viene pacificamente considerata forma di responsabilità meno grave della corrispondente commissiva¹³.

In realtà, si è aggiunto, la dottrina della certezza attenuata propone un modello euristico della casualità omissiva non più nomologico-deduttivo (come nella causalità attiva) ma stocastico-disposizionale, cioè probabilistico; e si è registrato che la giurisprudenza di legittimità ha cavalcato tale indirizzo probabilistico sino ad attribuire, nella causalità omissiva, rilievo causale a situazioni nelle quali le condotte omesse avevano limitate probabilità di successo, così spingendosi verso l'imputazione oggettiva non causale dell'evento¹⁴.

Con particolare riguardo alle problematiche causali connesse alla responsabilità penale derivanti dall'esercizio della professione medica, si è d'altra parte obiettato alla dottrina della causalità attenuata che in tutte le situazioni in cui si fa ricorso ad un criterio probabilistico fondato sul carattere ipotetico del ragionamento causale nelle omissioni, in realtà, in omaggio al principio *in dubio pro reo*, la responsabilità penale andrebbe esclusa, permanendo un fondato dubbio circa l'attitudine a scongiurare l'evento da parte della condotta alternativa lecita, ossia da parte della condotta reputata doverosa. Occorre infatti distinguere, in relazione all'opportunità di servirsi del criterio probabilistico ai fini dell'accertamento del nesso causale, tra le esigenze proprie del diritto penale, dove è in gioco la libertà personale, e il giudizio che è chiamato ad esprimere la scienza medico-legale: perché se il giudizio

¹² STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1256; PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 824.

¹³ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 824.

¹⁴ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 836 ss.

medico legale può essere espresso anche in cifre numeriche percentuali, ai fini invece della pronuncia di un giudizio di colpevolezza il criterio percentuale ripugna al senso morale ancor prima che a quello giuridico, risultando senza ragione più sfavorevole rispetto a quello applicato in altri ambiti. Tale indirizzo giurisprudenziale accoglierebbe una ricostruzione del principio causale ricalcata sul modello dell'aumento del rischio usato in funzione sostitutiva, e quindi inevitabilmente con connotati repressivi, del nesso eziologico: in altri termini in dubbio non più *pro reo* ma *contra medicum*¹⁵.

La critica è giunta a ritenere¹⁶ che nei reati omissivi, in luogo di una attenuazione, occorrerebbe un più accentuato rigore nel perseguimento del livello di certezza in quanto, ferma restando l'omogeneità del modello di spiegazione causale nelle due ipotesi commissiva ed omissiva, non pare dubbio che sovente quest'ultima dia luogo ad un più alto grado di problematicità dell'accertamento, se non altro per la delicatezza di valutare in via d'ipotesi l'incidenza del comportamento atteso sul complesso delle condizioni di partenza e sulle dinamiche causali che così sarebbero state innescate.

4. *La critica della causalità omissiva come causalità ipotetica e la tesi dell'identità tra causalità attiva ed omissiva*

Come si è accennato, a monte di tali questioni vi è un problema teorico che riguarda la stessa attendibilità del modello che è alla base della causalità attenuata e che, come si è visto, si fonda sul carattere ipotetico, controfattuale, e quindi incerto della sola causalità omissiva che, conseguentemente, presenterebbe una struttura completamente distinta rispetto a quella attiva. Orbene, tale impostazione è stata oggetto di una critica radicale che ha negato qualunque differenza tra causalità attiva e causalità ed omissiva, sia per ciò che attiene alla struttura che per quel che riguarda l'accertamento. Tale critica, partendo dalla concezione condizionalistica della causalità, individua il giudizio controfattuale quale essenziale strumento d'indagine (*amplius*, cap. II, § 6). Esso è formulato pensando assente, contro i fatti, una determinata situazione e chiedendosi se, nella situazione così mutata, sarebbe stata da aspettarsi oppure no la medesima conseguenza: solo così è possibile stabilire se una determinata condizione può essere definita necessaria, decisiva, indispensabile, ossia tale che

¹⁵ CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Utet, 1993, p. 598 s.

¹⁶ ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1991, art. 27, p. 34.

le possa essere imputata la conseguenza concreta. Il controfattuale, dunque, attiene alla struttura logica dell'imputazione causale, che trova quindi applicazione in tutti i campi d'indagine, in quelli scientifici come in quelli storici: differisce il punto di vista che fa da guida all'individuazione delle condizioni indispensabili, ma resta immutata la struttura logica del procedimento attraverso il quale si compie l'imputazione. Anche il giudice penale deve chiarire se, senza la condotta umana, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato: "non c'è altro modo al di fuori della formulazione di un giudizio controfattuale per sapere se un evento concreto possa essere considerato opera dell'uomo". Anche nel processo penale, dunque, l'imputazione causale ha luogo attraverso un processo di astrazione: l'astrazione che si compie pensando assente la condizione umana ritenuta rilevante e chiedendosi se, nella situazione così mutata, ci si dovrebbe aspettare oppure no la medesima conseguenza; e l'esito di questo processo è la creazione di un quadro concettuale formato appunto da tutti gli elementi della realtà di fatto esistenti, meno quello che è stato mentalmente eliminato¹⁷.

Insomma, l'imputazione causale richiede sempre un giudizio ipotetico. Né il quadro muta nell'ambito della causalità omissiva. Ciò che causa un evento è sempre un processo nel quale entrano, accanto a condizioni dinamiche, condizioni statiche. Poiché le entità che entrano nella relazione causale sono processi o eventi, non c'è alcun dubbio che in quella relazione entri l'omissione, il non fare. Quando si afferma che una persona ha ommesso di fare qualcosa non si fa altro che descrivere uno stato reale della persona, una condizione statica. L'omissione è sicuramente uno stato, anzi un processo ed evento statico che è correttamente definibile come condizione statica, inquadrabile tra le condizioni empiriche che rendono intelligibile l'evento da spiegare. L'opposta opinione che vede nella causalità solo l'impiego di forze od energie naturali sembra subire l'influsso di un'arcaica visione antropomorfa della natura e trascura di analizzare le relazioni causali in termini di processi od eventi, di condizioni necessarie o sufficienti¹⁸.

Tale orientamento è stato ribadito sottolineando il reale valore condizionante dell'omissione. Il permanere di una situazione nello *status quo antea* assume il rango di condizione necessaria con pari dignità rispetto al mutare, al divenire. Il permanere, in quanto processo condizionale statico, condizione di staticità, rende incompatibile e quindi di fatto impedisce un antitetico divenire che porterebbe giocoforza allo

¹⁷ STELLA, *La nozione*, cit., p. 1223 s.

¹⁸ STELLA, *La nozione*, cit., p. 1250 ss.

sviluppo di un processo causale diverso. L'evento, una volta concettualizzato come prodotto del processo causale, include la condizione statica tra le condizioni necessarie del processo causale stesso. Sostituendo mentalmente, infatti, al processo statico un antitetico processo dinamico da parte dell'agente (la condotta attiva doverosa) l'evento mancherebbe o sarebbe diverso. L'effetto condizionante è dunque reale: il tasso di ipoteticità del sillogismo che così si imposta non è maggiore né diverso da quello di un sillogismo relativo alla causalità attiva, ed è esclusivamente dovuto al modello euristico di eliminazione mentale nell'uno come nell'altro caso adottato¹⁹. La negazione è la formulazione logico-linguistica di struttura negativa, lessicalmente articolata in termini di non essere; ma ciò che essa nega, il suo contenuto, non è meno vero e quindi meno condizionante la realtà rispetto ad un "affermato", cioè rispetto al contenuto di un'affermazione. Il predicato che assume struttura negativa non perde per ciò solo il suo contenuto reale. Ed anche un non essere può risultare empiricamente vero o falso²⁰.

Insomma, il giudizio controfattuale è sempre un giudizio ipotetico; esso si estrinseca in un sillogismo nel quale la premessa maggiore (il compimento della condotta dovuta) è fattualmente falsa, nel senso che tale condotta, appunto, in realtà non è stata tenuta: "il paradigma ha natura ipotetica traducendosi necessariamente in un periodo ipotetico dell'irrealtà nel quale in protasi si inserisce un enunciato, relativo all'antecedente condotta umana, di tenore controfattuale"²¹.

4.1. *Il carattere doppiamente ipotetico della formula euristica della causalità omissiva*

Pur in presenza di una piena adesione alla tesi di una completa equivalenza tra causalità attiva ed omissiva, in dottrina è stata proposta una puntualizzazione interessante, che sembra aggiunga un importante contributo alla comprensione del problema della causalità omissiva: se il criterio del giudizio è uguale nei due casi, non lo è, invece, la base del giudizio. Infatti, se la formula controfattuale nella causalità attiva è ipotetica, la formula euristica della causalità omissiva è doppiamente ipotetica. Nella griglia controfattuale esplicativa della causalità attiva la premessa maggiore è costituita da un dato reale, in quella della causalità omissiva la stessa premessa maggiore non presenta dati completamente reali, giacché l'omissione è antecedente

¹⁹ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 824 s.

²⁰ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 825 s.

²¹ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 840.

statico reale, ma solo a condizione di essere animata dall'azione impeditiva, che però è del tutto immaginaria. A differenza dell'azione, l'omissione è un concetto di relazione; assume significato e quindi efficacia condizionante solo se relata ad un modello di condotta attiva specifico²².

Insomma, nell'azione la condotta umana passata è parte importante e certa della spiegazione dell'evento occorso. Invece, nel caso dell'omissione, la condotta rilevante per il diritto, cioè la mancata condotta impeditiva, non essendo né reale né certa, non può far parte della spiegazione dell'evento, ma risulta anzi bisognosa a sua volta di essere spiegata, cioè descritta. All'interprete incombe quindi l'onere di ricostruire dettagliatamente, descrivendola, l'azione impeditiva, di cui vanno accertate le concrete *chance* di salvezza del bene o di annullamento del rischio. Non si ha allora più una prognosi postuma (che essendo appunto postuma non è affatto una prognosi ma una ricostruzione del passato), bensì una prognosi in senso proprio. Così nell'omissione la spiegazione ha struttura e non solo fonte probabilistica, trasformandosi invero in una prognosi²³. Tale dimensione probabilistica apre la strada ad una possibile valorizzazione del paradigma della diminuzione del rischio che, in astratto, potrebbe sostituire, almeno per la fattispecie omissiva, la formula condizionalistica: il paradigma non spiegherebbe più l'evento, che assurgerebbe al ruolo di mera condizione di punibilità, ma prognosticherebbe il rischio estrinsecato dalla condotta che costituirebbe l'unico elemento tipizzante della fattispecie omissiva. Tale prospettiva viene ritenuta non priva di rischi per le garanzie individuali. Tuttavia non è meno vero che, soprattutto rispetto al modello criminologico delle fattispecie omissive colpose nell'attività medico-chirurgica, non trascurabili elementi strutturali impongono in ogni caso l'immissione di elementi prognostici nel paradigma euristico della causalità, che non può non essere, almeno in parte, stocastico-disposizionale²⁴.

In sintesi, dunque, in tale dottrina si sottolinea il carattere immaginativo della condotta omessa, che viene inserita nella macchina controfattuale; se ne riconosce l'incertezza che ne delinea la struttura probabilistica; si sottolinea la diversità di tale modello probabilistico rispetto a quello casuale; se ne coglie la collocazione nella teoria dell'aumento del rischio e quindi dell'imputazione oggettiva non causale; se ne riconoscono da un lato i rischi per le garanzie individuali e dall'al-

²² PALIERO, *La causalità*, cit., p. 842 s.

²³ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 843 s.

²⁴ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 846 s.

tro l'utilità in contesti come quello medico-legale, nei quali vi è necessità di elementi prognostici ineliminabilmente probabilistici. Sicché, ove non si voglia abbandonare il paradigma condizionalistico, esso va comunque integrato con elementi prognostici resi indispensabili dalle caratteristiche del controfattuale omissivo.

Tale analisi colloca, sia pur cautamente, il probabilismo della causalità omissiva, e la giurisprudenza che vi si è ispirata fino all'anno 2000 (§ 6), nell'ambito della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. L'Autore rammenta che tale teoria, nata come correttivo della teoria condizionalistica per escludere già a livello del fatto tipico l'imputazione all'agente della responsabilità per l'evento nei casi di sviluppo causale atipico, in alcune sue formulazioni, intende sostituire il collaudato paradigma condizionalista con una criteriologia diversa. Il punto centrale è l'aumento del rischio, dedotto ed interpretato alla luce dello scopo di protezione della norma di diligenza posta a salvaguardia del bene giuridico penalmente protetto. Ne deriva che può definirsi causale, in questo diverso contesto euristico-esplicativo, quella condotta umana che abbia contribuito ad aumentare il rischio di lesione del bene giuridico: rischio che ovviamente si deve essere in concreto verificato con la produzione effettiva dell'evento tipico lesivo. Tale paradigma, calato nel contesto della fattispecie colposa omissiva nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, assume alcune peculiarità: – il criterio fondante d'imputazione sarà, nella specie, non tanto l'aumento del rischio quanto piuttosto la mancata diminuzione del rischio di lesione del bene giuridico; – il problema causale si dissolverà per intero, questa volta consapevolmente e non per corrività prasseologica, nell'accertamento della violazione della regola cautelare²⁵.

Contro l'indirizzo giurisprudenziale probabilista e la dottrina del rischio cui esso più o meno consapevolmente si ispira, sono state espresse in dottrina diverse critiche. Con varietà di accenti si è osservato che la sostituzione della verifica causale col distinto parametro dell'aumento del rischio trasforma illeciti di evento in illeciti di condotta o di pericolo di lesione del bene protetto. Si tratta di una soluzione che viene vista in contrasto con l'art. 40 c.p., che impernia la struttura dei reati di evento proprio sul requisito della causalità; e che viene ritenuta d'impronta repressiva, comportando un'ingiustificata estensione dell'area delle incriminazioni. La giurisprudenza probabilista della Corte viene allora vista come uno "sbandamento" ispirato

²⁵ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 832 s. Sul tema, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva* cit.; DONINI, *Lettura sistematica*, cit., p. 1115; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 41 ss.

dal deplorabile bisogno di elaborare linee autonome di politica criminale²⁶.

Il quadro teorico sin qui sintetizzato sembra possa costituire la chiave di lettura della giurisprudenza di legittimità cui sarà dedicata la trattazione che segue. Tuttavia, prima di addentrarsi nel mondo della prassi, pare necessario tentare qualche cauta riflessione di sintesi alla luce degli argomenti sin qui esposti.

5. I caratteri dell'indagine nella causalità omissiva

Come si è accennato, l'idea della causalità omissiva come causalità non reale ma solo ipotetica non appare pienamente convincente. Infatti, considerando le cose nel conteso dell'ordinamento penale e muovendosi sul terreno del senso comune, il non compiere un intervento doveroso, possibile ed efficace può esser visto come una causa, una chiave di spiegazione dell'evento. D'altra parte tale rilievo causale, come pure si è visto, non è solo un dato di senso comune alimentato dal piano dei valori, ma è anche un dato logico, visto che l'omissione dell'azione doverosa è un fattore necessario, condizionante, della spiegazione giuridica di alcuni accadimenti.

Non appare neppure condivisibile la tesi che, per riportare in tutto e per tutto la causalità omissiva al modello della causalità attiva, fa leva sul concetto di condizione statica²⁷. Infatti, nella causalità omissiva più che una condizione statica rileva una condizione che, sebbene ben chiara e rilevante dal punto di vista logico, è per contro senza dubbio un nulla dal punto di vista naturalistico. Per assumere senso e qualche opaca, virtuale concretezza, questa condizione deve essere immaginata in modo idealizzato; e ciò, al di là delle esercitazioni definitorie, ha un'enorme rilevanza sul modo di essere di questa forma logico-giuridica della causalità e sul modo di accertarla. Questa diversità radicale, come si avrà modo di esporre in prosieguo, propone due importanti interrogativi. Uno riguarda la necessità o l'utilità del modello logico-condizionalistico nella causalità omissiva. L'altro attiene alla concreta

²⁶ CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, cit., p. 599; nonché FIANDACA, voce *Causalità*, cit., p. 128 (pur riconoscendosi che la teoria dell'aumento del rischio appare non di rado capace di suggerire soluzioni equilibrate); GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 458; ALESSANDRI, *Commentario*, cit., 1991, p. 33; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., p. 172.

²⁷ Per una serrata critica dell'idea di condizione statica, recentemente, VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1683 ss.

praticabilità, nel momento dell'accertamento, dello stesso modello imperniato sull'ideale dell'umana certezza dell'evitabilità dell'evento.

Ciò che può essere affermato con sicurezza è che nella causalità omissiva il giudizio controfattuale presenta una caratteristica particolare: per verificare il rilievo condizionante dell'omissione, nella macchina immaginativa del giudizio controfattuale occorre inserire non un'azione concreta ma una astratta, categoriale. Ciò rende senza dubbio diversa e un po' più astratta, appunto, l'indagine. Tuttavia l'idea di un'ineliminabile, significativa attenuazione dei parametri di certezza come connotato ontologico, caratteristico della causalità omissiva non risulta pienamente convincente. È ben vero che il carattere immaginativo del fattore causale inserito nel giudizio controfattuale della causalità omissiva introduce un elemento di teorica incertezza. Infatti, la circostanza che la condotta richiesta non è stata posta in essere impone di immaginarne un prototipo astratto. In molti casi tale operazione astrae fortemente dall'irripetibile, mutevole identità di ciascun caso concreto, specialmente in situazioni in cui vengono richiesti interventi complessi, che si inseriscono in intricati contesti in cui operano plurimi fattori causali, la cui interazione rimane quasi sempre non conoscibile. Non sempre e necessariamente, però, il carattere immaginativo del controfattuale costituisce un serio fattore aggiuntivo d'incertezza. Si ponga il caso tipico del custode del passaggio a livello che, omettendo di abbassare le sbarre in vista dell'arrivo del treno, determini un incidente mortale nel quale resti coinvolta un'auto in transito. Orbene, in tale caso, inserendo nel giudizio ipotetico controfattuale l'azione omessa e cioè il tempestivo abbassamento delle sbarre del passaggio a livello, si compie un'operazione astratta per il fatto che l'azione richiesta non costituisce un fattore reale e non è ben noto in quale guisa essa sarebbe stata posta in essere. Tuttavia tale indiscutibile astrattezza, a guardarla col realismo proprio dei giudizi del senso comune che fondano l'esperienza giuridica, non costituisce solitamente un concreto fattore d'incertezza.

Occorre tuttavia riconoscere che le situazioni in cui la causalità omissiva può essere dimostrata attingendo allo *standard* dell'umana, ragionevole certezza proprio della causalità condizionalistica sono piuttosto rari. Nella stragrande maggioranza dei casi, soprattutto nei contesti complessi, processuali, cui si è ripetutamente fatto cenno, l'ideale della certezza dell'effetto salvifico dell'azione omessa non è attingibile, se non ricorrendo a forzature e ad artifici argomentativi, retorici; e si delineano, invece, giudizi predittivi di tipo probabilistico. Questa difficile situazione ha indirizzato la prassi a ritenere, con diverse sfumature, che nell'ambito omissivo la relazione causale sia di tipo probabilistico.

In sé e per sé, cioè in astratto, l'attenuazione, per così dire, della teorica certezza verso un approdo di probabilità più o meno rigorosa-

mente approssimata non deve stupire. È stato autorevolmente sottolineato che il concetto di certezza ha assunto significati in parte diversi rispetto a quello classico che lo denotava come intrinsecamente connesso alla verità; e ne sottolineava l'identificazione del soggetto conoscente col conosciuto in una sfera di evidenza. Oggi siamo disposti ad ammettere diversi "gradi di certezza" e a dire che una certa opinione può essere "più o meno certa". In tal modo la certezza viene ricondotta entro l'alveo del probabile che per sua natura conviene all'opinione e considerata come la massima probabilità raggiungibile²⁸. Tuttavia il problema è stabilire se, nel campo del diritto penale, una qualche più o meno accentuata approssimazione dell'ideale della certezza, imposta dalle esigenze della prassi, sia compatibile con il modello logico-condizionalistico fondato sulla sicura evitabilità dell'evento per effetto della condotta omessa. Ove la risposta sia negativa sorge un'ulteriore problema che riguarda l'accettabilità, nell'ordinamento penale, di una visione non condizionalistica, probabilistica della causalità omissiva.

Questi temi e problemi, sin qui tratteggiati in modo astratto, devono confrontarsi con la prassi. In breve, è accaduto che la Corte Suprema, ispirandosi prevalentemente, sebbene in modo alquanto vago, alla indicata dottrina che muove dal carattere ipotetico della causalità omissiva e quindi ammette una qualche prudente attenuazione nella valutazione del connotato di certezza del rilievo condizionante dell'omissione medesima, non si è limitata all'accentuazione di un qualche tenue margine di elasticità nel suo accertamento, ma si è attenuta a criteri latamente probabilistici. In molte delle situazioni esaminate da tale giurisprudenza, quasi tutte concernenti la responsabilità medica e l'esposizione a sostanze dannose, non è in questione l'approssimazione alla certezza. L'imputazione oggettiva è stata compiuta, in qualche caso, sulla base di limitate probabilità salvifiche dell'intervento medico richiesto, in un caso quantificate addirittura nella misura del 30%. È chiaro che in tali situazioni non può discutersi né di certezza né di certezza attenuata e, dunque, si è fuori dalla causalità intesa secondo il modello della *condicio sine qua non*. La Corte Suprema, invece, ha continuato a parlare di causalità anche in tali contesti. L'opzione giurisprudenziale si è mossa in realtà, in modo forse inconsapevole e comunque inespresso, secondo il modello dell'aumento del rischio, o meglio della sua mancata diminuzione, sulla base del riconoscimento della sicura e significativa influenza del fattore considerato, indipendentemente dalla certezza della sua forza condizionante: si tratta della causalità probabilistica.

²⁸ AGAZZI, *La verità e le verità in Il concetto di verità nel pensiero occidentale*, Il melangolo, 2000, p. 15.

Insomma, in sintesi estrema, la causalità omissiva non è portatrice, quale tratto immancabile, di un fattore di significativa incertezza aggiuntiva tale da giustificare da solo, sempre, l'attenuazione del criterio di ragionevole certezza proprio della causalità condizionalistica. Tale attenuazione, comunque, non è sufficiente a fornire giustificazione teorica a scelte giurisprudenziali che affermano l'esistenza del nesso causale su basi latamente probabilistiche, talora attestandosi su probabilità assai basse. Tali scelte, infatti, ispirate da ponderazioni di valore, abbandonano il modello causale condizionalistico in modo inesplicito, senza chiarirne le ragioni.

Occorre a questo punto esaminare la giurisprudenza più volte evocata. Il contesto nel quale la problematica qui accennata si è manifestata in modo largamente preponderante è quello della responsabilità medica. Pare utile riferirne in modo un poco dettagliato per uscire dall'astrattezza e per comprendere di cosa si sta veramente parlando.

6. *La giurisprudenza probabilistica nell'ambito della responsabilità medica*

Sino agli anni settanta dello scorso secolo nella giurisprudenza inerente alla causalità in ambito medico non è dato di individuare un orientamento riconoscibile²⁹. Si è successivamente venuto sviluppando un indirizzo che ha ammesso valutazioni probabilistiche.

Probabilmente, la prima sentenza edita che, in tema d'imputazione causale, sostituisce il criterio della razionale, umana certezza con quello della probabilità è quella che riguarda un caso in cui vi era stato errore diagnostico, essendo stata riscontrata con ritardo un'esofagite da corpo estraneo, con complicanze settiche, che conduceva alla morte del paziente. La Corte territoriale in tale contesto fattuale affermò che, in tema di interventi medici, per quel tanto di imponderabile ed imprevedibile che non può mai essere escluso in un processo morboso, il rapporto di causalità con l'evento va configurato attenendosi ad un criterio di rilevante probabilità e non di certezza assoluta. Richiedere tale

²⁹ Nel seguito si farà riferimento ai più rilevanti casi giudiziari inerenti al tema trattato. Per una prospettiva più ampia sulla giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di responsabilità medica, FIORI-BOTTONE-D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza della cassazione nella responsabilità medica*, Giuffrè, 2000; GIUNTA-MICHELETTI-PICCIALLI-PIRAS, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, ETS, 2009; BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Atti del convegno su Responsabilità penale e rischio d'impresa*, in Firenze il 7 e 8 maggio 2009; AA.VV., *Medicina e diritto penale*, ETS, 2009.

certezza significherebbe, proprio per l'impossibilità di escludere un minimo di imponderabilità, impedire l'affermazione di responsabilità pur di fronte ad un comportamento macroscopicamente colposo e clinicamente idoneo a provocare l'evento³⁰. Come si vede l'enunciazione probabilistica è posta con molta cautela e viene ricondotta all'impossibilità di escludere l'imponderabile.

La Corte Suprema ha per la prima volta³¹ introdotto con decisione il criterio di probabilità nell'imputazione causale in un caso in cui un lavoratore, nel cadere da una serra in vetro sulla quale stava lavorando, riportava lesioni ad un fianco che venivano suturate da un sanitario accorso nell'immediato; altro sanitario, intervenuto presso un pronto soccorso ospedaliero a seguito di emorragia manifestatasi quasi subito, compiva solo un esame clinico esterno, non disponeva alcuna indagine e consentiva il ritorno in casa del paziente. Solo in un momento successivo, a seguito di un secondo ricovero ospedaliero, fu possibile accertare con indagini appropriate la ritenzione di un grosso frammento di vetro ed un grave quadro peritoneale, che determinava la morte nonostante un intervento chirurgico d'urgenza. Le indagini peritali esperite avevano consentito di ritenere che, pur non potendosi affermare che un immediato intervento chirurgico avrebbe potuto evitare la morte del paziente, la precocità dell'intervento avrebbe concesso un maggior numero di probabilità di successo terapeutico. In tale contesto la Corte afferma che, ai fini della ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si possa sostituire quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli, nel senso che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata. La Corte soggiunge che, per quanto si riferisce agli interventi chirurgici, non esiste mai la certezza assoluta che un tempestivo atto operatorio possa avere pieno successo, per i noti margini di rischio che qualsiasi intervento comporta. In tali casi, per l'esistenza del nesso di causalità è sufficiente che l'intervento, se tempestivamente esperito, avesse buone possibilità di salvare la vita. Il quadro argomentativo viene completato dal rilievo che quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di suc-

³⁰ App. Venezia, 29 aprile 1981, De Vido, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 249.

³¹ Cass. 12 maggio 1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, c. 351, con nota di RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*.

cesso di un immediato o sollecito intervento chirurgico sono sufficienti, sicché esiste il nesso causale quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente.

Dunque, la valorizzazione del fattore probabilistico si fonda da un lato sull'impossibilità di acquisire inferenze certe in un ambito (come quello chirurgico) in cui vi è sempre un margine di imponderabilità, e dall'altro sulla necessità di attenersi a criteri di rigore in relazione al bene della vita umana. Parimenti significativo è che anche poche probabilità di successo costituiscono serie ed apprezzabili possibilità, da valutare ai fini dell'imputazione causale. È altresì da rilevare sin da ora che non si è qui in presenza di condotte radicalmente omissive. I sanitari non hanno rifiutato o trascurato di far fronte al loro ruolo di garanti. Semplicemente, hanno commesso gravi errori diagnostici che li hanno indotti ad omettere gli appropriati interventi terapeutici. Né d'altra parte la Corte fa riferimento a componenti propriamente omissive del fatto.

L'indicato indirizzo è stato confermato in un caso³² in cui una bambina di pochi mesi venne ricoverata in ospedale nel corso della notte, perché affetta da faringotracheite febbrile con edema della glottide e gravi difficoltà respiratorie. Atteso tale quadro preoccupante, il medico di guardia contattava telefonicamente la pediatra reperibile nell'abitazione, che tardava ad accorrere e giungeva dopo circa un'ora, quando le condizioni della piccola si erano ulteriormente aggravate, tanto che dopo pochi minuti veniva meno. Le indagini peritali esperite consentivano di ritenere che una tempestiva ed appropriata terapia con cortisonici e spasmolitici avrebbe potuto assicurare la sopravvivenza al 70-80%, mentre la tracheotomia avrebbe avuto un esito certamente risolutivo. Alla pediatra veniva addebita la condotta negligente consistita nell'aver tardato il suo arrivo in ospedale. La Corte, richiamando la sentenza Melis, ribadisce che, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli) nel senso che il rapporto causale esiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata. Il rilievo attribuito al criterio probabilistico sembra essere dovuto alle peculiarità della professione medica (e quindi all'imponderabilità degli esiti di un qualunque intervento sanitario). Va pure rimarcato che qui si è in presenza di

³² Cass. 2 aprile 1987, Ziliotto, in *Cass. pen.*, 1989, p. 72.

una condotta realmente omissiva. Infatti, la pronunzia esamina in dettaglio la rilevante circostanza che la sanitaria, di reperibilità nell'abitazione, pur potendo giungere in pochi minuti, tardò circa un'ora e giunse quando la situazione era già gravemente compromessa

L'approccio probabilista viene riproposto in altro caso in cui era stato somministrato metadone senza una previa indagine atta a verificare se vi fosse pericolo di conseguenze pregiudizievoli. La Corte³³ ha al riguardo affermato il principio che sussiste la responsabilità del medico che non riduca al minimo i rischi di ogni terapia, prescrivendo farmaci potenzialmente idonei a determinare l'insorgere di intossicazioni acute, senza far precedere o accompagnare la somministrazione dagli opportuni accertamenti. Si versa qui in un caso di condotta attiva: la somministrazione di un medicinale dannoso; e le dissertazioni proposte nella sentenza sembrano ben più pertinenti all'ambito della colpa che a quello della causalità.

L'indirizzo probabilista è stato ripetuto³⁴ in un caso in cui si addebitava al sanitario di non essersi adoperato per un urgentissimo intervento chirurgico in relazione al quale gli spettava di provvedere, così determinando la morte del paziente. Anche qui la Corte afferma che al criterio della certezza degli effetti della condotta si sostituisce quello delle serie ed apprezzabili probabilità di successo e della idoneità della condotta medesima. Anche qui il valore della vita umana giustifica l'approccio probabilistico. Da rimarcare, per un verso, che si è in presenza di una condotta realmente omissiva, e per l'altro che la pronunzia oscilla considerevolmente circa il livello di probabilità idoneo a consentire l'imputazione oggettiva, ricorrendo indistintamente aggettivi come serie, apprezzabili, notevoli, limitate, tutti riferiti al coefficiente di probabilità.

Altre interessanti messe a fuoco dell'imputazione oggettiva su base probabilistica si rinvencono in una³⁵ pronunzia concernente il caso di una donna affetta da manifestazioni allergiche da farmaco, che veniva ricoverata in ospedale e che subiva terapia consistita in due iniezioni di sostanza antistaminica che cagionava *shock* anafilattico letale. La Corte ha affermato il principio che in tema di causalità omissiva, particolarmente in materia di responsabilità per colpa professionale medico-chirurgica, è corretto il ricorso al criterio della probabilità, poiché è praticamente impossibile affermare con certezza assoluta che un determinato evento non si sarebbe realizzato, ove fosse stata posta in

³³ Cass. 8 giugno 1988, Montalbano, in *Riv. pen.*, 1989, p. 424.

³⁴ Cass. 7 marzo 1989, Prinziavalli, in *Riv. pen.*, 1990, p. 119.

³⁵ Cass. 30 maggio 1990, Berardino, in *C.E.D. Cass.*, n. 185086.

essere la condotta doverosa di intervento terapeutico o chirurgico diretta ad impedirlo, trattandosi di un giudizio ipotetico da compiersi col procedimento logico consistente nell'eliminazione mentale dell'omissione e nella sua sostituzione con l'azione impeditiva astrattamente idonea secondo un criterio di regolarità causale. Qui per la prima volta l'opzione per un criterio probabilistico nell'imputazione causale fa riferimento al fatto che si è in presenza di causalità omissiva. La Corte non esclude in tale ambito la necessità del ricorso al controfattuale, ma ne pone in luce il carattere di giudizio ipotetico, nel quale viene collocata l'azione impeditiva astrattamente idonea secondo un criterio di regolarità causale. È insomma il carattere ipotetico del controfattuale che rende inevitabilmente probabilistico il nesso causale.

Il criterio probabilista è stato *tout court* confermato in un caso di mancato riconoscimento da parte di un ginecologo di una grave patologia intestinale sovrappostasi alle doglie del parto, la cui sintomatologia era stata confusa con le stesse doglie; ed in un altro in cui, per errore diagnostico, si era determinata la morte di una donna per peritonite fibrino-purulenta diffusa. La Corte³⁶ ha ribadito che, in tema di colpa professionale dei medici, sussiste nesso di causalità allorché il tempestivo e corretto intervento sanitario sarebbe stato idoneo a produrre serie ed apprezzabili probabilità di successo per salvare la vita del paziente, anche se non la piena certezza.

Ancora di probabilità si parla in un altro caso³⁷ riguardante un'imputazione di omicidio colposo a carico del primario della divisione di chirurgia di un ospedale, per colpa consistita nell'aver ommesso di compiere gli opportuni accertamenti per localizzare un edema laterofaringeo probabilmente determinato dalle manovre d'intubazione necessarie per un precedente intervento chirurgico. Il sanitario era accusato di una serie di negligenze e di ritardi nel rendersi conto della situazione in progressivo deterioramento; e di aver praticato una terapia antibiotica non mirata. Solo in estremo la paziente veniva ricoverata in altro nosocomio e sottoposta ad intervento chirurgico che, sebbene riuscito, non poteva evitare l'evento letale. Anche qui la Corte ribadisce che in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli; il rapporto causale, quindi, sussiste anche quando l'opera del medico,

³⁶ Cass. 5 giugno 1990, Pasolini, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 108; Cass. 13 giugno 1990, D'erme, *ivi*, 1991, II, c. 157.

³⁷ Cass. 18 ottobre 1990, Oria, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2102.

se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza bensì serie e apprezzabili probabilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata salvata.

L'opzione probabilista trova forse la sua enunciazione più recisa e discussa in altra pronunzia³⁸ in cui la Corte ha abbandonato la formula, ormai ricorrente, delle serie ed apprezzabili probabilità sostituendola con quella delle limitate probabilità: nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti, anche limitata nel caso di specie al 30%, pure se rafforzata dalla giovane età della paziente e dalla sua forte fibra. Nel caso di specie veniva addebitato ai sanitari di non aver diagnosticato in una degente reduce da parto cesareo la presenza di affezione tetanica pur in presenza di conclamata sintomatologia che, secondo le indagini peritali esperite, avrebbe dovuto rendere non dubitabile la presenza di tale grave sindrome. Gli stessi periti avevano rilevato che la tardività della diagnosi compiuta da altri sanitari aveva privato la paziente del 30% delle probabilità di vincere il male, accresciute dalla giovane età, dalla forte fibra e dal fatto di essere già ricoverata in una attrezzata struttura che avrebbe permesso di esperire immediatamente le cure utili in presenza di una tempestiva e corretta valutazione del quadro clinico. La Corte di merito aveva giustificato l'aggancio al criterio probabilistico con la considerazione che nei reati omissivi il rapporto di causalità è caratterizzato dalla sostituzione del ragionamento effettuale con un ragionamento di tipo ipotetico. La Corte condivide tale assunto ed anzi pone una generalizzazione di più vasta portata: in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, quanto al rapporto di causalità tra la condotta omissiva e l'evento letale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. Quindi il rapporto causale esiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata. Anche qui l'opzione recisa verso una prospettiva di probabilità limitata di evitabilità dell'evento trova giustificazione teorica nel carattere ipotetico della causalità omissiva. Da notare che non si è propriamente in presenza di

³⁸ Cass. 12 luglio 1991, Silvestri, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363, con nota di GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente.*

una radicale omissione, ma di errori diagnostici che produssero la mancata adozione di appropriate misure terapeutiche. D'altra parte, la quantificazione della probabilità di sopravvivenza nella misura del 30% non è frutto di una ponderazione dimostrata o solo argomentata sulla base di conoscenze scientifiche o statistiche, ma solo di una valutazione intuitiva assolutamente incontrollabile.

Le difficoltà scientifiche connesse all'indagine causale in medicina sono in primo piano in una sentenza³⁹ relativa ad intervento demolitivo del retto anziché di asportazione di adenoma villosa in assenza di indicazioni di necessità ed urgenza e senza il consenso dell'interessato. La Corte, discutendo del fattore casuale in relazione alla possibilità che un intervento meno grave avrebbe potuto ugualmente cagionare la morte, osserva che "rettamente viene configurata l'indiscutibilità dell'utilizzazione, in sede di accertamento della responsabilità del sanitario, del criterio probabilistico che informa di sé l'intera scienza medica, dove raramente è riscontrabile e non è esigibile il criterio della certezza assoluta".

L'atteggiamento rigorista in tema di causalità omissiva in ambito medico ha condotto in un caso la Corte⁴⁰ a definire quasi una sorta d'inversione della prova: in tema di colpa professionale risponde a titolo di imperizia e negligenza della morte del paziente il sanitario il quale si attesti in un comportamento di disinteresse e di rassegnazione rispetto all'*exitus* ed ometta di praticare trattamenti terapeutici idonei a superare situazioni di crisi, sempre che non sia provato che il paziente sarebbe ugualmente deceduto nelle stesse condizioni nonostante ogni attenta cura.

La connessione tra opzione probabilistica e causalità omissiva ha condotto coerentemente la Corte Suprema⁴¹ ad escludere la possibilità di ricostruire la causalità in termini probabilistici in un caso in cui la morte era stata determinata dall'anestesia praticata con un determinato farmaco, che aveva causato l'insorgenza di una crisi di mioglobinuria. Si è infatti osservato che in tema di responsabilità per colpa professionale del medico può essere consentito il ricorso ad un giudizio di probabilità in ordine alla prognosi sugli effetti che avrebbe potuto avere, se tenuta, la condotta dovuta; qualora invece debba accertarsi il rapporto di causalità tra due eventi concretamente verificatisi, è necessario che l'esistenza del nesso causale venga riscontrata con sufficiente grado di certezza, se non assoluta (data la molteplicità dei fattori normalmente presenti), almeno con un grado tale da fondare su basi soli-

³⁹ Cass. 13 maggio 1992, Massimo, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, p. 460.

⁴⁰ Cass. 9 marzo 1989, Carapezza, in *C.E.D. Cass.*, n. 180736.

⁴¹ Cass. 27 settembre 1993, Rossello, in *Cass. pen.*, 1995, p. 291.

de un'affermazione di responsabilità, non essendo sufficiente a tal fine un giudizio di mera verosimiglianza. Compare in tale pronunzia la distinzione tra il riconoscimento del fattore causale, che deve aver luogo con sostanziale certezza, e la prognosi in ordine alle cure omesse, che può fondare l'imputazione in presenza di una mera probabilità di successo. Da segnalare che nel caso in esame si è in presenza di un fattore causale attivo, costituito dall'uso di un determinato farmaco.

L'approccio probabilistico ha invece consentito l'imputazione causale della morte al medico che, dopo aver visitato frettolosamente un paziente, non ne aveva disposto il ricovero, essendosi ritenuto che cure tempestive avrebbero avuto serie ed apprezzabili possibilità di successo⁴².

In un caso in cui un medico aveva ommesso di compiere su noduli asportati esami istologici imposti dai protocolli professionali e a distanza di due anni era stato diagnosticato un carcinoma mammario, la Corte⁴³ ha riaffermato la chiave probabilistica dell'imputazione causale omissiva, ma ne ha escluso la configurazione nel caso specifico poiché non era certo e neppure probabile che, all'epoca degli esami, la patologia avrebbe potuto essere diagnosticata a seguito delle indagini omesse.

Come si vede, nella giurisprudenza di legittimità l'argomento a favore dell'opzione probabilistica connesso al carattere ipotetico della causalità omissiva ha assunto peso progressivamente preminente. L'esito, di grande rilievo, di tale sviluppo è che in una pronunzia la Corte⁴⁴ è giunta ad estendere il criterio probabilistico d'imputazione ad un caso estraneo al tradizionale ambito della professione medica. La causalità nel reato omissivo improprio non è una causalità reale, quale è quella nel rapporto azione-evento, ma una causalità ipotetica, sicché accertare l'esistenza del rapporto di causalità in questo reato significa esprimere non quel giudizio di certezza che è richiesto di norma nell'accertamento del nesso causale nei reati di azione, ma quel giudizio secondo il quale l'azione doverosa, ove fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza. La fattispecie riguarda un crollo di edificio, dovuto al fatto che, durante il periodo di sospensione dei lavori di rifacimento di marciapiedi, a causa delle infiltrazioni di acqua piovana, si erano verificati dei gravissimi danni e l'appaltatore, nonostante le sollecitazioni

⁴² Cass. 30 aprile 1993, De Giovanni, in *C.E.D. Cass.*, n. 195482.

⁴³ Cass. 24 febbraio 2000, Minella, in *C.E.D. Cass.*, n. 216732.

⁴⁴ Cass. 31 ottobre 1991, Rezza, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1204.

ni del Comune committente ad approntare le cautele (puntellamenti) necessarie ad impedire l'evento, non intervenne.

7. *Le deviazioni dal consolidato indirizzo probabilistico*

Per completezza del quadro giurisprudenziale, occorre pure qualche cenno ad altre pronunzie che in vario modo si sono discostate dall'indirizzo fin qui esposto.

In alcune sentenze, per la verità non recenti, la Corte⁴⁵ ha sbrigativamente risolto il problema dell'imputazione causale sovrapponendolo a quello della colpa, tanto da far parlare in dottrina di vera e propria volatilizzazione del nesso causale. Infatti, posto l'obbligo giuridico dell'anestesista di attivarsi disponendo l'intervento di altro personale medico o il ricovero urgente in unità di rianimazione, ha dedotto dalla condotta omissiva la causazione dell'evento morte del paziente, dovendogli addebitare *ex art. 40 c.p.* la verifica di un evento che aveva l'obbligo d'impedire.

Analogamente, in un caso⁴⁶ in cui veniva addebitato al medico responsabile di un servizio di igiene mentale di aver omesso di proporre, malgrado l'esplicita richiesta dei familiari, un trattamento sanitario obbligatorio nei confronti di un malato schizofrenico resosi autore, due giorni dopo, dell'accoltellamento mortale della madre, la Corte dalla (discussa) inesistenza di un obbligo di garanzia a carico del sanitario ha tratto la conseguenza dell'inesistenza del nesso causale tra condotta ed evento. In sostanza, come è stato osservato⁴⁷, in tali casi la Corte compenetra *in toto* il nesso di causalità nella posizione di garanzia. L'accertamento o l'esclusione della posizione di garanzia bastano per affermare o escludere l'imputazione del fatto per omesso impedimento. La spiegazione dell'evento non avviene più in termini condizionalistici ma ascrittivi.

Da segnalare, ancora, due pronunzie⁴⁸ di merito relative allo stesso caso, nelle quali l'opzione probabilista viene recisamente respinta. In caso di asma bronchiale, l'omissione di un'adeguata e corretta terapia corticosteroidica da parte del sanitario non può essere considerata in

⁴⁵ Cass. 7 novembre 1988, Servadio, in *Riv. pen.*, 1988, n. 1146.

⁴⁶ Cass. 5 maggio 1987, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, II, c. 107, con nota di FIAN-DACA.

⁴⁷ PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 821.

⁴⁸ Trib. Roma, 6 aprile 1984, Patriarca; App. Roma, 9 novembre 1985, Patriarca, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p. 611.

maniera certa, come sarebbe necessario, causa e concausa della morte della paziente, essendo parimenti possibile che tale evento sia da riferire al tipo di malattia ed in particolare ad un non accertato sopravvenuto fattore dotato di una propria e completa efficacia causale del tutto indipendente dall'omissione stessa. Avendo il perito esplicitamente affermato che l'arresto cardiocircolatorio avrebbe ben potuto verificarsi anche se la copertura steroidea fosse stata del tutto corretta e perfettamente adeguata, si reputa azzardato e nello stesso tempo irrilevante ritenere che una diversa terapia – omessa dagli imputati – sarebbe valsa con criterio di apprezzabile probabilità ad evitare la morte. Quanto all'omissione, essa può esser considerata causa dell'evento se si può ritenere con certezza che questo non si sarebbe verificato ove colui che è costituito garante del bene leso avesse compiuto l'azione prescritta. Proprio il fatto che si tratta di un accertamento ipotetico, come tale insidiato da alto rischio di inattendibilità, la causalità omissiva va accertata con particolare rigore. Non avendo potuto i periti affermare con certezza che nel caso di specie l'arresto cardio-respiratorio sarebbe stato impedito da una più adeguata terapia cortisonica “non per una ragione attinente all'idoneità allo scopo di tale terapia, ma per quella generale ragione per la quale di nessun farmaco si può dire con certezza scientifica che la sua somministrazione produrrà l'effetto sperato”, il giudice di primo grado afferma che “un tale grado di incertezza del rapporto causale non può esser assunto nel nostro ordinamento a criterio di determinazione del nesso causale, neppure nell'ipotesi del capoverso dell'art. 41 c.p., pena la vanificazione della stessa norma di legge”.

La deviazione dall'approccio probabilistico si rinviene anche in un caso⁴⁹ in cui, pur non vertendosi nell'ambito della professione medica, l'accertamento della causalità era legato alla possibile rilevanza di un fattore oncogeno. La Corte ha escluso la possibilità di far ricorso a criteri probabilistici ed ha postulato, invece, la necessità di un accertamento espresso in termini di ragionevole certezza: in tema di infortunio sul lavoro, ai fini dell'affermazione dell'esistenza del nesso causale tra ambiente di lavoro insalubre, caratterizzato tra l'altro dalla presenza di ceneri contenenti sostanze cancerogene, non occorre che la certezza del legame causale sia “assoluta” tale da escludere qualsiasi possibilità, anche teorica e remota di concepire il verificarsi dell'evento all'infuori di quella condotta, ma deve comunque trattarsi di una “ragionevole certezza” nel senso che, pur senza escludere in assoluto, in via teorica ed astratta, la possibilità di un diverso meccanismo causale,

⁴⁹ Cass. 2 marzo 1990, Papini, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1826.

non lasci spazio tuttavia ad ipotesi alternative dotate anch'esse di qualche ragionevolezza e concretezza. Nel caso di specie è stata ritenuta la carenza di motivazione sul punto, non essendo stata analiticamente considerata la possibilità, segnalata da consulenti di parte, che lo svilupparsi dei processi tumorali fosse dovuto a cause diverse (fattori genetici, pregresse affezioni o terapie, abitudini alimentari, fumo di sigarette, assunzione di alcool, ecc.) del tutto indipendenti dalla pur accertata insalubrità dell'ambiente lavorativo.

8. *Gli argomenti a sostegno dell'indirizzo probabilistico: la tutela della vita umana e le difficoltà dell'indagine*

Come si è visto, in molte pronunzie la Corte pone quale argomento a difesa della opzione probabilista in tema di causalità nell'ambito medico, non solo le peculiarità della causalità omissiva alle quali si è già fatto riferimento, ma anche la necessità di tutela di un bene giuridico di rango elevato, come quello della vita umana.

Si tratta della prospettazione cui sono state fondatamente rivolte le critiche più concordi e recise. Si è infatti osservato che si tratta di un argomento destituito di ogni fondamento logico e giuridico: se la causalità dell'omissione fosse o dovesse diventare qualcosa di assai meno sicuro e garantito della causalità attiva, ciò non potrebbe riguardare un solo settore, o addirittura una classe di destinatari. Per due ragioni: 1) la causalità è nozione con contorni e limiti sicuramente normativi, ma resta comunque nozione oggettiva non manipolabile dall'interprete al mutare delle fattispecie e degli interessi in gioco; 2) non è vero che solo la classe medica sia destinataria di precetti e responsabilità attinenti alla salvaguardia dei beni della vita e dell'integrità fisica. Tutte le principali regole cautelari riguardanti la prevenzione di eventi lesivi, e la cui violazione sia sanzionata penalmente a livello di reato di evento, sono geneticamente programmate a neutralizzare rischi per l'integrità fisica e la vita: codice della strada, normativa antinfortunistica, ecc. Circoscrivere un criterio d'imputazione a un settore professionale soltanto significa operare in realtà una scelta di politica criminale arbitraria, che la divisione dei poteri preclude al giudice⁵⁰. Insomma, si reputa che la preoccupazione di lasciare impuniti comportamenti grave-

⁵⁰ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 62 s.; RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 1986, II, c. 351; CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, cit., p. 599; GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363.

mente negligenti che mettono in gioco la vita umana non si può spingere a porre un'elaborazione che si presenta quale scelta di politica criminale, in contrasto con l'esigenza di certezza implicata in tutte le forme d'imputazione causale delineate dall'art. 40 c.p.

Si tratta di critiche che hanno evidente fondamento. L'argomento giurisprudenziale che enfatizza il valore della vita umana è senza dubbio privo di peso giuridico, anche se può servire a spiegare (da un punto di vista psicologico) l'orientamento rigoroso della giurisprudenza: si è verificato un processo di mutamento nella concezione del rapporto medico-paziente che vede al centro il paziente quale soggetto primario che fa valere il suo diritto alla salute garantito dalla Costituzione e determina un crescente controllo sociale⁵¹.

Un altro argomento che compare nella giurisprudenza di legittimità per fondare l'indirizzo probabilista è quello inerente alla particolare complessità dell'indagine causale in medicina legale. Si tratta di un tema che chiama direttamente in causa il punto di vista medico. Non vi è dubbio, si è osservato, che mentre la scienza sperimentale dispone di metodi ripetibili e standardizzabili, invece nell'ambito della medicina legale i singoli casi non consentono verifiche di questo tipo, per cui lo studio dell'efficacia causale di un determinato fattore di rilevanza giuridica, sia esso un'azione o un'omissione, diventa strettamente dipendente dalle conoscenze generali sulla natura della causa, sulle sue modalità di azione, sulle caratteristiche delle sue conseguenze: attraverso un processo di confronto, caso per caso, delle conoscenze scientifiche con i dati dell'osservazione clinica, anatomo-patologica e di laboratorio. Un procedimento di fatto sostanzialmente analogo a quello della medicina clinica⁵². A ben vedere la situazione in cui si dibatte la medicina legale altro non è che una faccia delle difficoltà di diagnosi eziologica in cui si trova continuamente la medicina, una scienza vasta e polimorfa i cui grandi progressi non possono far dimenticare il numero di malattie di cui è assolutamente ignota oppure solo parzialmente nota l'eziologia: difficoltà di ordine nosologico generale e altre relative a singoli casi, che possono presentarsi con varietà cliniche tali da rendere difficile l'individuazione eziologica anche per malattie conosciute. Dunque, nessuno stupore che il traguardo di diagnosi eziologiche che possano avvalersi del tranquillante criterio di sostanziale certezza è confinato ad un numero contenuto di casi, mentre in altre evenienze è indispensabile ricorrere a differenti criteri, basati sulla connessione logica dei dati, sull'esperienza, sulle conoscenze medico-biologiche, per

⁵¹ MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 16.

⁵² FIORI, *Il criterio*, cit., p. 33.

giungere al più a giudizi di probabilità. Ne consegue che la legge del tutto o nulla su cui si fonda il principio condizionalistico deve fare i conti con i limiti della scienza cui nei singoli casi si aggiungono lacune e limiti occasionali, e deve pertanto accontentarsi di giudizi eziologici fondati su valutazioni che alla certezza sostituiscono la probabilità⁵³. Tale recisa presa di posizione si riconduce ad uno dei problemi posti più sopra: quello della concreta praticabilità del modello condizionalistico del tutto o nulla nell'ambito biomedico, particolarmente nelle situazioni in cui il carattere omissivo della condotta aggiunge fattori d'incertezza dovuti all'astrattezza del controfattuale.

Non meno interessanti le riflessioni sul criterio di probabilità. Esso non è purtroppo in grado di avvalersi del metodo matematico che è invece utilizzato in altri campi della medicina forense, quali la ricerca biologica di paternità e l'identificazione individuale basata sulla tipizzazione dei polimorfismi molecolari nelle tracce biologiche. In tali ambiti si perviene all'uso del calcolo biostatistico, specie di quello di modello bayesiano, con risultati in termini di sostanziale certezza. Invece, in altri settori della medicina legale il giudizio di probabilità è in genere formulato dal perito esclusivamente sulla base di considerazioni logiche e di sintesi valutative nelle quali il criterio di certezza è assente ed il criterio probabilistico è fornito con quantificazioni approssimative e generalmente soggettive. Le conclusioni probabilistiche sono affidate al grado di concordanza degli elementi, alla frequenza con cui a determinati antecedenti seguono, secondo esperienza, determinati effetti. La quantificazione probabilistica del giudizio positivo sul rapporto causale è largamente soggettiva, basata non certo su calcoli bensì sul grado di concordanza; ed è tradotta in aggettivi come "semplice probabilità" "elevata o notevole probabilità" "altissima probabilità" o con avverbi di analogo significato (altamente notevolmente, ecc.)⁵⁴.

Come si vede, il modello d'indagine descritto dall'interno della professione medico-legale trae origine dal realistico riconoscimento di tutti i fattori di opinabilità ed incertezza implicati dallo stesso carattere empirico della clinica medica e dal carattere sistemico, processuale, della causalità in ambito biomedico. Esso pone forti interrogativi sulla praticabilità, particolarmente nel contesto della causalità omissiva, del modello di spiegazione causale di tipo nomologico-deduttivo dominante nella dottrina penale meno recente.

Il problema è stato lucidamente messo in luce nella sua radice epistemologica, osservando che vi è alla base un discorso di metodo. Per

⁵³ FIORI, *Il criterio*, cit., p. 34.

⁵⁴ FIORI, *Il criterio*, cit., p. 36 ss.

il filosofo del diritto o per il penalista teoretico, il rapporto causale si muove secondo un ragionamento deduttivo che parte da premesse certe e richiede quindi risposte sicure, considerazioni strettamente logiche, espressioni rigorose. Per il medico legale, invece, il ragionamento muove da un fatto concreto (evento) che consente di risalire, con rigore induttivo, al fenomeno che lo ha determinato (causa) che è per di più un momento intermedio d'ordine biologico nel quale occorre poi verificare l'incidenza del fattore di rilievo giuridico. Si tratta del metodo criteriologico: fondato su osservazioni di valore statistico e di alta probabilità, consta della raccolta di tutti i dati inerenti l'ambito biologico e risale ad ogni antecedente causale di un evento, sottolineandone altresì con puntuale chiarezza e discernimento i caratteri; specificando ove possibile se (ma non si chieda in quale misura, ch'è quesito al di fuori d'ogni logica) detti antecedenti, eventualmente con prevalenza o priorità biologicamente documentabili, abbiano o non concorso al realizzarsi dell'evento. Sarà successivo compito del giudice vagliare le notazioni tecniche che gli vengono affidate, formandosi quel convincimento che ha da essere prudente nella misura in cui deve essere motivato dall'analisi dei fatti e delle circostanze; rimuovendosi, dunque, con coraggio concezioni teoriche ed astratte, regole assiomatiche ma sostanzialmente inapplicabili ed in palese dissidio, talora, con il buon senso e con l'amore d'equità. È necessario abbandonare, in altri termini, la costante necessità di riferirsi a criteri d'indole generale, aventi forza di assioma, anche in situazioni che per loro stessa natura rifuggono da un rigido inquadramento normativo, perseguendo, invece, analogamente ed in sincronia con la dottrina medico-legale, uno studio fenomenologico più affine all'empirismo che, fondandosi sul rilievo oggettivo dei fatti, consenta d'individuare volta a volta l'essenza, la causa e la rilevanza giuridica, in un costante e proficuo intento collaborativo fra dottrina e pratica, riportando il criterio alla realtà di ogni evenienza, sì da fugare, finalmente, ogni incomprendimento fra due discipline che, pur con metodo diverso, ma reciprocamente completandosi, perseguono la stessa finalità sociale. Tale modello d'indagine non può comunque condurre alla certezza assoluta, essendo il metodo criteriologico, per sua stessa definizione, soprattutto fondato su osservazioni di valore statistico e di alta probabilità. Ed intanto si realizza la più profonda diversificazione tra dottrina giuridica e metodologia medico-legale: dove l'una, infatti, richiede risposte sicure, considerazioni strettamente logiche, espressioni rigorose, l'altra può solo fornire pareri scientificamente motivati, ipotesi attendibili, giudizi credibili ed altamente probativi, ma solo raramente certezza. Insomma, in un ambito opinabile e probabilistico quale è quello della medicina, la ricerca dell'assoluto e del certo, salvo circostanze particolari, è impresa che

travalica i limiti della razionalità scientifica, onde nell'opinione del giurista la labilità sostanziale di ogni metodo valutativo può talora apparire in una luce non limpida⁵⁵.

In medicina legale si riconosce pure che le incertezze dell'indagine sono accresciute nell'ambito della causalità omissiva: si è osservato al riguardo che "lo stesso buon senso pratico spinge fatalmente, senza nulla togliere al dogma dell'omogeneità del modello di spiegazione causale, a considerare la maggiore problematicità dell'accertamento del nesso nei reati omissivi, se non altro per la delicatezza del compito di valutare (in via d'ipotesi) l'incidenza del comportamento atteso sul complesso delle condizioni di partenza e sulle dinamiche causali che sarebbero poi insorte". Tuttavia non è possibile abbandonare il criterio della probabilità consistente e convincente per giungere alla probabilità lata o solo soggettiva. Siffatto inquietante indirizzo, accentuatosi nella giurisprudenza più recente, porta al superamento degli schemi della causalità materiale e conduce verso la verifica dell'aumento del rischio, cioè alla valorizzazione della mancata diminuzione del rischio letale. Un *trend* che viene ritenuto idoneo a trasformare surrettiziamente i reati omissivi in reati di mera condotta⁵⁶. Esso viene d'altra parte ritenuto espressione della tendenza ad attribuire al medico ed ai suoi gesti terapeutici poteri illimitati e taumaturgici⁵⁷.

Pure tali riflessioni appaiono irrimediabilmente e consapevolmente distanti rispetto al modello di spiegazione causale proposto dalla dottrina penale dominante. La causa prima di tale insuperabile conflitto è stata esattamente individuata nell'adesione rigida al sillogizzante modello d'indagine nomologico-deduttivo (*amplius*, cap. VI, § 5). Tale stile, in effetti, fonda interamente l'ideale di certezza sulla forza esplicativa di premesse generalizzanti costituite da leggi universali, da utilizzare in chiave deduttiva, sillogistica, sia nei ragionamenti esplicativi che in quelli predittivi. Poiché l'armamentario di leggi universali è purtroppo limitato, il modello si apre alle enunciazioni generalizzanti di contenuto statistico. Qui sorge però un problema al quale si è fatto cenno ripetutamente e che sarà ripreso nel capitolo seguente: quello dei modi dell'utilizzazione del sapere incerto, che introduce nel regno del probabile.

Le riflessioni di cui si è dato conto mostrano la necessità di mutare lo stile dell'indagine causale, acquisendo un approccio problematico che

⁵⁵ BARNI, *Il medico legale e la causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979, p. 393 ss.

⁵⁶ BARNI, *Il giudizio medico legale della condotta sanitaria omissiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 5 ss.

⁵⁷ FIORI, *Il criterio*, cit., p. 40.

colga la distinzione tra ragionamenti probatori esplicativi e predittivi, rinunci alla ricerca di leggi sempre pronte all'uso da applicare con rigore matematico e risulti, invece, realisticamente focalizzato sulle connotazioni del caso concreto (*amplius*, cap. VI, § 6 s.). Tali riflessioni, d'altra parte, proprio per la radicale complessità dei problemi che propongono, consentono di anticipare (per meglio orientare il lettore) conclusioni che si tenterà di argomentare diffusamente nel prosieguo. In breve, neppure con un radicale mutamento nell'approccio all'indagine causale sono risolti tutti i problemi d'imputazione emerse nei contesti esaminati dalla giurisprudenza nell'ambito della causalità omissiva. Tali problemi, infatti, si generano in situazioni nelle quali il carattere fortemente problematico dell'evitabilità dell'evento, cioè del carattere salvifico dell'intervento richiesto, rimane insuperabile. In tali casi non vi sono vie alternative: o si richiede la rigorosa applicazione del criterio d'imputazione causale di tipo condizionalistico e si perviene, quindi, a generalizzate pronunzie assolutorie o, invece, si abbandona il terreno causale in favore di quello dell'aumento del rischio e si giunge all'imputazione del fatto sulla base della (apprezzabile, significativa, rilevante, ecc.) probabilità di successo della condotta richiesta al medico (*amplius*, § 13).

Questo accenno preliminare alle caratteristiche ed alle difficoltà dell'indagine rende chiaro che i problemi che insorgono nell'accertamento del nesso causale secondo il modello condizionalistico interagiscono sulla stessa configurazione della causalità omissiva. Il tema sarà ripreso più avanti. Qui, per evitare fraintendimenti, occorre solo aggiungere una breve precisazione per sottolineare i diversi ambiti nei quali si colloca il giudizio probabilistico di cui si è genericamente parlato. Talvolta la situazione d'incertezza riguarda l'individuazione della catena causale che ha prodotto l'evento: ad esempio, le particolarità del caso inducono a ritenere che probabilmente la vittima è venuta meno per effetto di infarto del miocardio, ma non può escludersi che si sia trattato in realtà di ictus cerebrale. In tali casi l'incertezza insuperabile riguarda propriamente il decorso causale e non vi è strumento argomentativo che possa trasformare tale incertezza in imputazione causale. Qui noi agiamo un'inferenza di tipo esplicativo, che ha proprie regole che saranno esposte nel prosieguo (cap. VI, § 6 s.).

Ben diverso il caso in cui, per restare all'esempio, sia accertato che la morte è stata determinata da evento cardiaco. Qui il decorso causale è chiaro. Occorre tuttavia stabilire se un tempestivo intervento medico avrebbe potuto evitare la morte: noi conduciamo un ragionamento di tipo predittivo, prognostico, ben diverso da quello esplicativo. È chiaro che le pratiche rianimatorie cui vengono sottoposti gli infartuati si fondano, nel loro complesso, su una accertata attitudine a diminuire il rischio dell'evento letale. L'omissione di tale intervento da parte del me-

dico che aveva in cura il paziente ha quindi avuto senza possibilità di dubbio una qualche influenza sul decorso dell'affezione, sia pure con le particolari caratteristiche delle condizioni omissive, cioè "statiche" evidenziate dalla dottrina prima indicata. In tali casi, dunque, il senso della probabilità è completamente diverso. Esso, lo si vuol ripetere, riguarda non l'individuazione dello schema di spiegazione causale bensì solo il rilievo condizionante dell'intervento medico. Tale probabilità o misura dell'incertezza riguarda solo l'efficienza condizionante (salvifica) dell'intervento medico, di cui però si riconosce la concreta attitudine ad agire positivamente nell'accertato contesto causale. Insomma, per dirla in un modo utile al senso comune, l'intervento medico si pone all'interno della logica causale, nel senso che ha sicuramente influenzato l'andamento della patologia, pur non costituendo un fattore certamente condizionante. L'assenza di certezza condizionante, quando ne è pienamente nota la causa, è solitamente riconducibile al gioco della complessa e non sempre ponderabile interazione tra fattori di segno contrario: i fattori patogeni da un lato, le risorse terapeutiche dall'altro; ed alla conseguente assenza di esaurienti generalizzazioni che possano decisamente orientare l'inferenza causale che qui assume la struttura del ragionamento predittivo, prognostico. Il problema è, allora, quello di comprendere se, all'interno di tale distinto giudizio predittivo, sia necessaria, utile, possibile, la logica condizionalistica del tutto o niente; o vi sia invece spazio per valutazioni probabilistiche compiute con la piena consapevolezza di muoversi secondo un approccio non condizionalistico.

I temi qui solo accennati per completezza del discorso saranno ripresi al termine di questo capitolo e nel capitolo seguente. Prima, occorre completare la storia della giurisprudenza.

9. *Il mutamento d'indirizzo nella giurisprudenza di fine secolo: il ritorno al criterio di certezza espresso dal principio condizionalistico*

A partire dal 1999, la Corte Suprema ha avviato una decisa revisione dell'indirizzo fortemente probabilistico espresso dalla precedente consolidata giurisprudenza.

Dopo una sentenza dall'incerta impostazione, in bilico tra probabilità e certezza⁵⁸, l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di causalità nell'ambito della professione medica muta radicalmente in

⁵⁸ Cass. 1° settembre 1998, Casaccio, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1188, nt. 692, con nota di BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*.

una successiva pronunzia del 1999⁵⁹. Vi si afferma, infatti, che anche in tale ambito il nesso di condizionamento esiste solo quando l'intervento sanitario omesso avrebbe con certezza evitato l'evento letale. Si tratta di enunciazione in radicale contrasto con l'indirizzo precedente. La pronunzia afferma l'importante principio che il nesso causale non diverge significativamente nell'ambito delle diverse categorie di condotte; e si configura quando tra condotta ed evento vi è un legame di connessione necessaria secondo il modello condizionalistico: la condotta cioè, costituisce *condicio sine qua non* per la produzione del risultato antiggiuridico. Si radica qui il contrasto giurisprudenziale successivamente risolto dalle Sezioni Unite, rispetto alla giurisprudenza che, come si è visto, affermava che il nesso causale esiste anche quando l'intervento sanitario avrebbe avuto solo apprezzabili probabilità salvifiche; e che quindi, sebbene in modo inespresso, di fatto aveva abbandonato lo schema causale condizionalistico per quello dell'aumento del rischio o, meglio, della sua mancata diminuzione.

È interessante esaminare il caso: una ragazza sedicenne viene ricoverata intorno alla mezzanotte presso il reparto di emergenza di un nosocomio con un sospetto di recidiva in meningite. L'imputata, sanitaria dell'ospedale, visita la paziente programmando interventi diagnostici per l'indomani, tra i quali la TAC cerebrale. Nel corso della notte le condizioni si aggravano. Alle sei del mattino viene eseguita una TAC urgente che evidenzia gravi alterazioni. In quel contesto sopravviene coma profondo. Segue il ricovero in altro ospedale ove un elettroencefalogramma rivela subito l'assenza di attività cerebrale. Dopo pochi giorni sopraggiunge la morte. L'autopsia evidenzia un grave quadro di meningite suppurativa, broncopolmonite e miocardite.

Nel giudizio di primo grado la dottoressa, imputata di omicidio colposo per aver omesso di disporre tempestivamente indagini cliniche ed interventi terapeutici appropriati, viene assolta per mancanza di nesso eziologico, giacché anche un intervento sanitario tempestivo ed appropriato non avrebbe scongiurato la morte, essendosi in presenza di un caso di meningite fulminante. Tale soluzione viene ribaltata dal giudice d'appello: nonostante l'andamento fulminante della malattia, i giudizi degli esperti sono nel senso di una qualche tenue probabilità di sopravvivenza in caso di cure tempestive. Ciò viene ritenuto sufficiente per fondare il giudizio d'imputazione oggettiva sulla considerazione che il nesso di causalità è legato a fattori imponderabili ed indipen-

⁵⁹ Cass. 11 gennaio 1999, Traballi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 125, con nota di BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronunzia di legittimità contro tendenza*.

denti dalla condotta, che nella specie viene ritenuta gravemente colposa. Insomma, secondo la Corte di merito, per pervenire all'imputazione causale è sufficiente qualche tenue e difficilmente dimostrabile probabilità di successo dell'intervento sanitario omesso.

La Corte Suprema esprime una censura radicale di tale soluzione: si afferma che la Corte territoriale si è indotta a verificare l'esistenza del nesso eziologico tra la condotta medica e l'evento mortale semplificando l'indagine attraverso la prospettazione di una teoria priva di riscontri normativi, fondata sulla semplice considerazione del *post hoc propter hoc* "di stampo medioevale". Secondo la sentenza impugnata "il rapporto di causalità agirebbe come fattore cieco e bruto per cui l'evento si collegerebbe alla condotta per effetto della semplice successione degli eventi". Una tale prospettazione non solo azzerava il significato e persino l'utilità dell'indagine eziologica, ma contrasta con i canoni di cui all'art. 27, commi 1 e 3, Cost. Il principio di colpevolezza inteso sotto l'aspetto obiettivo, alla luce della storica sentenza costituzionale n. 364 del 1988, postula che una persona non può essere chiamata a rispondere penalmente se non per le conseguenze di condotte da lui controllabili e mai per comportamenti che non hanno alcuna attitudine ad impedire l'evento.

La pronunzia prosegue affermando che il giudizio sul rapporto di causalità tra condotta ed evento deve essere formulato secondo regole giuridiche e non naturalistiche, nel senso che su quel giudizio deve fondarsi l'individuazione di una regola di consequenzialità necessaria, o anche solo ricorrente in grado elevato; giudizio quindi da formulare secondo la regola, quantomeno, dell'*id quod plerumque accidit*, alla luce di "regole di generalizzata esperienza" tra cui le leggi scientifiche o statistiche di copertura.

Questa regola abbisogna di un approfondimento che si risolve in una limitazione quanto ai reati omissivi, connessi ad una posizione di garanzia della quale pacificamente è titolare il medico rispetto al paziente. In questa categoria di reati la condotta umana, come fattore eziologico, s'inserisce non per produrre un evento ma per impedire che esso si verifichi. Occorre quindi che la condotta comandata, inserendosi nel corso della catena causale già attiva, sia capace nel concreto, nel caso specifico, di conseguire il risultato costituito dall'impedimento dell'evento.

Alla luce di tali principi la pronunzia esamina il caso osservando che dalla decisione impugnata emerge che, per poter congruamente allertare e portare ad efficienza in piena notte la struttura d'indagine diagnostica (TAC), sarebbero occorse non meno di due o tre ore, sicché la terapia sarebbe iniziata quando il processo morboso, a decorso fulminante, aveva già prodotto effetti irreversibili. In conseguenza, viene esclusa l'esistenza del rapporto di causalità.

Dunque, anche nell'ambito della causalità omissiva viene indicato, in contrasto con il precedente indirizzo, un parametro di razionale certezza dell'effetto terapeutico, in modo non dissimile da quanto accade nell'ambito della causalità attiva; anche se viene pure evocata in modo alquanto vaga la possibilità di valutazioni probabilistiche.

La Corte è tornata a breve distanza, ripetutamente⁶⁰, sul tema ed ha confermato l'indirizzo adombrato con la sentenza Traballi, con un supporto argomentativo assai ampio, ispirandosi in modo addirittura testuale ad un'opinione dottrinale⁶¹. L'importanza e la completezza della presa di posizione della Corte sul tema della causalità rende utile riassumerne le enunciazioni in diritto.

La condotta dell'uomo costituisce causa di un evento quando ne è condizione necessaria. Il nesso di condizionamento viene accertato attraverso il giudizio controfattuale, cioè compiuto pensando assente (contro i fatti) una determinata condizione e chiedendosi se, nella situazione così mutata, sarebbero state da aspettarsi oppure no le medesime conseguenze. Il giudizio controfattuale, in base al principio di stretta legalità o di tassatività, va compiuto facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura. Tali leggi sono universali quando sono in grado di affermare che la verificazione di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verificazione di un altro evento; sono statistiche quando si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una percentuale di casi. Tali leggi sono dotate di validità scientifica quando possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e di ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili. Il giudice, quando fa applicazione di leggi statistiche, dice che è probabile che la condotta dell'agente costituisca, *ceteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento, probabilità che altro non significa se non probabilità logica o credibilità razionale, probabilità che deve essere di alto grado, nel senso che il giudice dovrà accertare che, senza il comportamento dell'agente, l'evento, con alto grado di probabilità, non si sarebbe verificato.

⁶⁰ Cass. 28 settembre 2000, Baltrocchi; Cass. 29 novembre 2000, Musto, in *Cass. pen.*, 2002, p. 159, con note di IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di Cassazione* e di BLAIOTTA, *La causalità ed i suoi limiti: il contesto della professione medica*. Le due sentenze hanno la medesima motivazione in diritto. Nello stesso senso pure Cass. 29 novembre 2000, Cintio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001 p. 295.

⁶¹ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit.; ID., *La nozione penalmente rilevante*, cit.; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2000.

Prima di specificare il significato concreto all'espressione "alto grado di probabilità", la Corte dà conto dei contrasti dottrinali in ordine alla natura della causalità omissiva ed alla sua identità o diversità rispetto a quella commissiva e, senza prendere parte alla disputa, osserva che le conclusioni cui i due indirizzi pervengono, quanto al grado di certezza raggiungibile nell'accertamento della causalità omissiva, finiscono pressoché col coincidere. Per lumeggiare tale enunciato la pronunzia perviene a chiarire il significato dell'espressione "alto grado di probabilità" che ritiene di poter desumere dal significato "che le attribuisce la scienza e, prima ancora, la logica cui la scienza s'ispira e che non può non attribuirle il diritto". Per la scienza alto grado di probabilità, "altissima percentuale", "numero sufficientemente alto di casi" vuol dire avvalersi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento. Si tratta, secondo la Corte, della medesima espressione usata dalla dottrina che, nell'ambito della causalità omissiva, ritiene utilizzabile un criterio di approssimazione alla certezza.

Insomma, riprendendo nuovamente la dottrina cui s'ispira, la Corte ritiene che in ogni caso sia richiesta una spiegazione statistica adeguata del singolo evento fondata, appunto, su una legge con un coefficiente percentuale vicino a cento, che deve sfociare in un giudizio sul nesso di condizionamento di alta probabilità logica o di elevata credibilità razionale, dove alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo alla certezza.

L'adesione completa a tale assunto dottrinale implica l'impossibilità di richiedere da un lato giudizi di certezza e dall'altra di accontentarsi di giudizi di mera possibilità, di serie ed apprezzabili possibilità di successo. La prima soluzione, quella della certezza, è utopistica; l'altra è insostenibile, in quanto i giudizi di mera possibilità sono incompatibili con l'idea stessa di spiegazione dell'evento. La spiegazione causale, prosegue la Corte, sempre richiamando l'opinione dottrinale cui aderisce, implica l'utilizzazione di una legge universale o di una legge statistica che enunci una regolarità nella successione di eventi in un'alta percentuale di casi, in una percentuale vicina a cento. L'opinione accolta viene ritenuta dalla Corte frutto di un intreccio tra filosofia della scienza, pura logica e diritto.

Non è qui possibile esaminare analiticamente nel merito i casi oggetto delle pronunzie⁶². Tuttavia è importante sottolineare qui (*amplius*, cap. VI, § 15) che la portata delle informazioni statistiche dispo-

⁶² In proposito, BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Giuffrè, 2004, p. 185 ss.

nibili era estremamente vaga ed incerta. Dunque, le pronunzie enunciano che il giudizio predittivo relativo all'evitabilità dell'evento deve essere condotto con stile deduttivo, sulla base delle generalizzazioni statistiche disponibili, che abbiano un coefficiente statistico prossimo a cento. Tuttavia, in relazione alle situazioni esaminate, la scienza medica non dispone affatto di "leggi", cioè di generalizzazioni frutto di lunghissime, controllate osservazioni, universali o rigorosamente approssimate ad uno, ma solo di vaghe indicazioni probabilistiche, a volte anche contraddittorie, frutto comunque dell'analisi di pochissimi casi. Si tratta di una contingenza che, del resto, si riscontra nella stragrande maggioranza dei casi esaminati nella prassi. Occorre allora annotare, conclusivamente, che nella maggior parte dei casi l'assenza di "leggi" in senso proprio svuota di senso il ragionamento di tipo rigidamente deduttivo proposto dalla Corte; ed al contempo rende utopistico, nell'ambito dei giudizi predittivi della causalità omissiva, l'ideale di certezza proprio della causalità condizionalistica. Infatti, come si è già accennato (cap II, § 14) e sarà più ampiamente esposto nel prosieguo (cap. VI, § 15) l'utilizzazione in chiave deduttiva di generalizzazioni non rigorosissimamente approssimate ad uno implica l'insuperabile, concreto pericolo dell'errore. D'altra parte, le generalizzazioni probabilistiche che (quando esistono) costituiscono la regola in vasti ambiti, generano una situazione di incertezza dell'inferenza predittiva che solo entro ristretti limiti può essere superata attingendo alle peculiarità del caso concreto.

10. *La giurisprudenza sui danni da esposizione a sostanze dannose*

Le oscillazioni registrate nella giurisprudenza nell'ambito della responsabilità medica si riproducono nel contesto dell'esposizione lavorativa a sostanze dannose. Anche qui si registrano pronunzie di vario segno che hanno ripercorso, per alcuni profili, il dibattito alimentato dalla causalità in ambito medico, mostrando anche alcuni problemi originali. Le problematiche più complesse riguardano la costante ma discussa collocazione dell'indagine causale nell'ambito della causalità omissiva; e soprattutto le modalità dell'utilizzazione delle generalizzazioni probabilistiche dell'epidemiologia nel passaggio dalla causalità generale alla causalità singolare. Tale ultimo tema costituisce il più impegnativo banco di prova per l'approccio probabilistico alla causalità e sarà perciò trattato nel capitolo conclusivo, dopo la trattazione del metodo dell'inferenza causale. Qui, per completezza dell'esposizione, appare opportuno anticipare qualche accenno agli orientamenti della giurisprudenza.

La giurisprudenza di merito e quella di legittimità⁶³ hanno in più occasioni ritenuto dimostrabile e dimostrata la connessione causale tra l'esposizione a sostanze dannose ed eventi lesivi. Il nesso di condizionamento è stato riportato alla schema della causalità omissiva in relazione alla mancata predisposizione delle occorrenti misure di controllo dell'esposizione alle polveri dannose, sulla base del modello di spiegazione fondato sulla elevata probabilità della riferibilità di diverse patologie all'esposizione all'amianto ed alla evitabilità, sempre in termini probabilistici, di tali eventi con appropriate misure di prevenzione⁶⁴. In un caso si è affermato che per ritenere la sussistenza del rapporto di causalità è sufficiente che l'effetto o evento consegua alla causa in termini di alta probabilità. Pertanto si è ritenuto che l'esposizione alle polveri di amianto per quattro anni successivi alla contrazione della malattia, durante i quali il datore di lavoro non aveva provveduto in alcun modo a ridurre l'incidenza delle polveri, avesse aggravato la malattia e fosse pertanto in rapporto causale con l'evento⁶⁵.

In una sentenza⁶⁶ era in discussione la causa della morte di una donna colpita da mesotelioma pleurico dopo aver maneggiato per anni le tute sporche di amianto del marito. La Corte Suprema constatata che non è dato conoscere cosa sarebbe accaduto se le polveri fossero state adeguatamente controllate nella sede lavorativa e ne trae una discutibile conclusione: lo schema controfattuale non può essere applicato perché non si conoscono le predisposizioni personali. Tuttavia, il dato storicamente certo è la lunga, massiccia concentrazione delle polveri da amianto, che è stata con certezza la causa della morte della donna. Da tale dato s'inferisce l'esistenza del nesso di condizionamento.

In altro caso⁶⁷ la Corte è però pervenuta ad un esito opposto, abbandonando l'indirizzo latamente probabilista ed affermando che è

⁶³ Per un quadro completo della giurisprudenza in materia, GUARINIELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza penale*, in *Foro it.*, 1999, II, c. 237; ID., *Malattie professionali, tumori da amianto, asbestosi*, *ivi*, 2000, II c. 260; ID., *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, in *Foro it.*, 2001, II, c. 278; DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Giuffrè, 2003.

⁶⁴ Cass. 31 ottobre 1996, Giannitrapani, cit.; Cass. 5 ottobre 1999, Hariolf, in *C.E.D. Cass.*, n. 216210.

⁶⁵ Cass. 5 ottobre 1999, Hariolf, cit.

⁶⁶ Cass. 20 marzo 2000, Camposano, in *Foro it.*, 2001, II, c. 278, con nota di GUARINIELLO.

⁶⁷ Cass. 25 settembre 2001, Covili, in *Foro it.*, 2002, II, c. 289, con nota di FIANDACA; ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737, con nota di D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione antica di Carrara e la lezione moderna della Corte di Cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*.

esclusa la correlazione causale tra il permanere di due lavoratori in una situazione di esposizione all'asbesto, caratterizzata dall'assenza delle doverose cautele, ed il loro decesso dopo un certo numero di anni per mesotelioma pleurico, ove non sia dimostrabile che, se quelle cautele fossero state adottate, l'evento letale sarebbe stato evitato con un elevato grado di probabilità, cioè con una probabilità prossima ad uno. È stata quindi esclusa la penale responsabilità di due direttori che si erano succeduti in uno stabilimento ove avveniva la lavorazione dell'amianto, per la morte da mesotelioma di due operai che avevano lavorato nell'azienda per oltre trent'anni. I giudici di merito avevano preso atto del fatto che vi sono statistiche che indicano che lavoratori esposti anche soltanto per un breve periodo all'asbesto hanno comunque sviluppato il mesotelioma dopo un certo numero di anni, ma avevano ritenuto decisivo, per l'affermazione di responsabilità, il fatto che non vi sono dati noti che conducano ad affermare che il protrarsi dell'esposizione all'asbesto non avrebbe in nessun caso aumentato la probabilità di sviluppo della malattia e l'anticipazione delle sue manifestazioni patologiche. Essi avevano fondato il giudizio d'imputazione dell'evento sulla base di una valutazione in termini di probabilità di sviluppo e progressione della patologia. La Corte di Cassazione censura tale approccio probabilistico affermando che "tra la semplice probabilità e l'elevato grado di credibilità razionale v'è tutta la differenza che corre tra l'incertezza e la pressoché certezza ed è solo quest'ultima che consente di ritenere in termini scientificamente e giuridicamente corretti, il rapporto di causalità". Si sottolinea la necessità di far ricorso alle conoscenze statistiche, ma neppure una probabilità del 90% può bastare per affermare l'esistenza del rapporto causale, perché, trasferito sui grandi numeri, il restante 10% fa constatare grandezze tali da far legittimamente dubitare dell'esistenza di un rapporto di causalità fondato sul corrispondente 90%.

Da ultimo la Corte è pervenuta all'affermazione del nesso causale nel medesimo contesto dell'esposizione a polveri d'amianto e dell'insorgenza a distanza del mesotelioma pleurico. Tuttavia la chiave argomentativa è particolare. Infatti, la Corte, pur rinunciando all'approccio probabilistico alla causalità, perviene alla dimostrazione del nesso causale argomentando decisamente dall'incidenza dell'esposizione all'amianto sui tempi di iniziazione o di sviluppo del processo tumorale e quindi sui tempi dell'evento mortale. È stato così affermato il principio che il rapporto causale, sia nella causalità commissiva che in quella omissiva, va riferito non solo alla verifica dell'evento prodotto, ma anche alla natura ed ai tempi dell'offesa, nel senso che dovrà riconoscersi il rapporto in questione non solo nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso avrebbe evitato il prodursi dell'evento in con-

creto verificatosi o ne avrebbe cagionato uno di intensità lesiva inferiore, ma altresì nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti od ore) più lontani, ovvero ancora quando alla condotta colposa sia ricollegabile un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa⁶⁸ (*amplius*, cap. II, § 12 e cap. VII).

Il tema della rilevanza causale dell'effetto acceleratore degli eventi lesivi prodotto dalla protratta esposizione alle sostanze dannose si rinviene, con impostazioni e soluzioni differenti, in diverse sentenze delle quali si darà conto analiticamente nel prosieguo (cap. VII). Per ora è sufficiente annotare, conclusivamente, che anche in tale contesto la giurisprudenza è stata in bilico tra un approccio latamente probabilista ed uno assai più rigoroso, che richiede una connessione in termini di probabilità rigorosamente approssimata (espressa in termini di quasi certezza), alimentata da generalizzazioni piuttosto rigorose.

11. *Gli aspetti problematici dei diversi orientamenti giurisprudenziali e lo stato del dibattito prima dell'intervento delle Sezioni Unite. La causalità omissiva tra probabilismo e condizionalismo*

Come traspare dalla sintesi delle complesse questioni esaminate dalla recente giurisprudenza, nel dibattito s'intrecciano due temi connessi ma distinti: da un lato quello della causalità omissiva che s'impenna intorno all'interrogativo se, a ragione della sue assunte peculiarità, possa farsi luogo ad un criterio d'imputazione non condizionalistico ma probabilistico, fondato cioè sulla mera probabilità (variamente aggettivata) che le condotte mancate potessero conseguire la salvezza del bene protetto. Dall'altro quello del modello euristico da porre a base dell'accertamento del nesso di condizionamento. Esigenze di linearità della trattazione impongono di tentare di separare le distinte questioni, anche se esse (come si è visto) compaiono intrecciate nelle trattazioni giurisprudenziali.

Sulla prima questione, come si è visto, la Corte ha espresso per un ventennio una giurisprudenza di tipo probabilistico che, come sembra appaia in modo sufficientemente chiaro, costituisce una decisa deviazione rispetto alla causalità condizionalistica, che conduce verso il modello dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio. Come si avrà modo di evidenziare in prosieguo, tale indirizzo giurisprudenziale coglie sommariamente alcuni aspetti peculiari della causalità in

⁶⁸ Cass. 11 luglio 2002, Macola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3383, con nota di BLAIOTTA.

determinate situazioni, ma presenta alcuni aspetti censurabili. Il più rilevante è quello di non aver percepito ed evidenziato formalmente che si era in presenza di causalità non condizionalistica, e di aver invece tentato di collocare il probabilismo causale entro le cornici tradizionali con argomenti non pertinenti. È così accaduto che la teoria del rischio ha avuto ingresso nella giurisprudenza in modo non chiaro e per mera “corritività prasseologica”⁶⁹. Si è visto, infatti, che le argomentazioni desunte dalla rilevanza dei beni giuridici in gioco, dalla complessità dell’indagine o dal carattere ipotetico della causalità omissiva non sono risolutive. Infatti, sebbene nell’accertamento del nesso condizionalistico insorgano assai frequentemente difficoltà di vario genere di cui si è tentato di dare conto, che allontanano dall’ideale della certezza, tuttavia tale situazione non esprime un connotato ontologico, immancabile della causalità omissiva; e non rende inevitabili, sempre e comunque, giudizi probabilistici assolutamente vaghi e per nulla approssimati all’ideale di certezza. La mancata individuazione delle reali ragioni dell’imputazione probabilistica ha avuto come ulteriore conseguenza che essa non è mai stata definita entro confini rigorosi, che individuassero i contesti in cui essa era applicabile ed i margini di approssimazione accettabili.

Nella giurisprudenza più recente, come pure si è visto, la Corte ha reagito all’incontrollato probabilismo, ha aderito a posizioni ampiamente accreditate in dottrina ed ha enunciato il principio dell’equivalenza piena tra la causalità commissiva e quella omissiva; e della impossibilità conseguente di far ricorso, nell’ambito della causalità omissiva, a criteri d’imputazione di tipo probabilistico. Neppure tale punto di vista risulta pienamente convincente. Il modello nomologico-deduttivo dell’inferenza predittiva cui la Corte si è ispirata, tutto imperniato sulla forza esplicativa di generalizzazioni altamente affidabili, è difficilmente praticabile pur apparendo in astratto seducente. Il problema maggiore è che l’apparato nomologico vagheggiato, in molti contesti, semplicemente non esiste. Manca, insomma, il bagaglio di conoscenze fondate sull’analisi rigorosa di casi pregressi, cioè di “leggi”, che consenta di praticare con successo ed in modo attendibile l’inferenza volta ad accertare se la condotta omessa avrebbe evitato l’evento. Ciò conduce inevitabilmente in ambito applicativo a forzature della realtà, come quella di trattare alla stregua di leggi scientifiche malferme e talvolta contraddittorie informazioni statistiche, sovente neppure rigorosamente controllate; o di evocare l’uso in chiave deduttiva di massime d’esperienza che ben di rado sono tanto affidabili da poter essere usa-

⁶⁹ PALIERO, *La causalità dell’omissione*, cit.

te da sole in chiave inferenziale quale strumento della spiegazione dell'evento. L'esperienza giudiziaria recente di cui si è dato conto (§ 9) pare confermi tale valutazione, visto che la Corte si è indotta ad affermare l'utilizzabilità in chiave generalizzante di informazioni statistiche quantomai vaghe ed astratte sulle percentuali di guarigione all'esito di determinate terapie; ed inoltre ad esprimere (inaccettabilmente) il giudizio d'imputazione causale in chiave aritmetica, percentuale.

Il criterio di probabilità, quale regola di approssimazione, viene frequentemente sostituito (quando non c'è di meglio) a quello di certezza, soprattutto nei contesti pratici regolati dal senso comune. Il diritto penale è particolarmente incline ad utilizzare accezioni attenuate della certezza, che aprono alla probabilità rigorosamente approssimata e controllata. Tuttavia, occorre rammentare che la relazione causale condizionalistica evoca un nesso rigoroso, necessario. Una legge statistica, proprio perché ammette eccezioni, indica l'assenza di necessità e, nella maggior parte dei casi, il minimo che si possa esigere, affinché sia utilizzata in chiave deduttiva, è che essa sia vicinissima all'universalità, ossia che la frequenza relativa che essa esprime sia vicinissima a uno⁷⁰. Solo in una situazione di tale genere la generalizzazione probabilistica può costituire la chiave per il giudizio predittivo condizionalistico. È ovvio che tale probabilità davvero accuratamente approssimata alla certezza, e come tale ad essa assimilabile, è cosa diversa dal criterio di vaga probabilità usato solitamente in giurisprudenza (spesso in modo confuso) per diverse ragioni forti. La prima è che la probabilità statistica dell'enunciazione generalizzante, nella stragrande maggioranza dei casi, non è per nulla vicina ad uno ed esprime valori indicativi di una approssimazione assai lontana dalla certezza. La seconda è che il valore numerico della probabilità statistica è frequentemente ignoto. Il termine probabilità viene allora evocato in senso soggettivo, quasi intuitivo. Infine, anche quando si dispone di una generalizzazione affidabile che esprime una successione di eventi in una percentuale di casi vicina a cento (98% o 99% e dintorni), la sua utilizzazione in chiave deduttiva implica comunque l'accettazione formale della possibilità dell'errore (*amplius*, cap. VI, § 15). Questa situazione ci mostra che in molti contesti noi non disponiamo di strumenti conoscitivi che ci consentano di articolare l'inferenza predittiva in chiave condizionalistica. Del resto, indipendentemente dal sofisticato discorso sui modi dell'utilizzazione del sapere scientifico probabilistico, è un dato di senso comune che, tranne che in casi banali, la complessità dei

⁷⁰ AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 400 ss.

casi della vita rende impossibile esprimere il giudizio predittivo di cui ci si occupa in termini di umana certezza dell'effetto salvifico.

Questo serio problema introduce ad un ulteriore tema di riflessione, che ha carattere squisitamente normativo. La professione medica cui la giurisprudenza solitamente si interessa (ma il ragionamento potrebbe essere trasposto in altri contesti) costituisce per così dire il prototipo di un particolare modello dell'agire umano: quello dell'adozione doverosa di misure di diligenza, prudenza e perizia che – tuttavia – non offrono, di regola, la certezza di evitare un evento. Si è in presenza di una situazione di pericolo già concretamente manifestata, connessa alla patologia in atto; oppure connessa alle possibili “complicanze” delle pratiche mediche che si stanno attuando. Il sanitario è tenuto ad adottare le misure imposte dalle *leges artis*, anche se non vi è per nulla la certezza che esse eviteranno l'evento temuto. È un dovere imposto dallo stato dell'arte e che l'ordinamento penale riprende, fa proprio. In quali termini avviene tale trasposizione di doveri nell'ambito penale? È questa – sembra – la cruciale e risolutiva domanda. Nel momento pre-cettivo la norma penale si limita ad intimare di compiere gli interventi sanitari doverosi secondo regole di doverosa cautela solo quando (assai raramente) esse offrono la certezza del risultato? Essa si disinteressa di comportamenti gravemente negligenti, imprudenti o imperiti anche quando essi, pur senza determinare l'evento con certa efficienza causale, hanno certamente pesantemente influenzato in senso negativo l'andamento delle cose?

Il quesito non è solo proprio dell'ambito medico né dell'ambito colposo. Esso riguarda in genere il campo dell'omissione: l'omissione pura e le componenti omissive dell'azione. Il quesito può essere così immaginato in concreto in ambito doloso: una persona versa in gravi difficoltà tra le acque di un fiume; un soggetto gravato dall'obbligo giuridico di evitare l'annegamento si astiene deliberatamente dall'agire; la morte gli potrà essere attribuita, dal punto di vista del diritto, solo quando vi sia la certezza che un intervento di soccorso avrebbe scongiurato l'evento? L'agente, insomma, non essendovi certezza, non era gravato dall'obbligo penale d'intervenire?

Sembra che ai quesiti debba darsi risposta nel senso di attribuire rilievo causale anche a condotte *lato sensu* omissive che non presentino la certezza di evitare l'evento. Infatti, è difficile immaginare un sistema che deliberatamente si ritragga dai contesti, numerosissimi, in cui manca la certezza di risolutività dell'intervento doveroso; astenendosi dall'imporre obblighi per così dire probabilistici. Ma se si ammette l'esistenza di tale genere di obblighi, è logicamente incoerente pretendere, nel momento dell'accertamento del nesso di condizionamento, che le stesse regole probabilistiche omesse abbiano, con certezza, l'ef-

fetto di evitare l'evento. Insomma, anche qui anticipando conclusioni che saranno tratte con maggiore ampiezza nel prosieguo, sembra di poter affermare che nell'ambito della causalità omissiva l'ideale logico-condizionalistico dell'umana certezza non solo non sia quasi mai perseguibile per la carenza delle conoscenze scientifiche ed esperienziali necessarie; ma non sia neppure imposto da esigenze di valore proprie dell'ordinamento penale. In breve, nell'ambito dei reati omissivi impropri, diverse ragioni logiche e normative inducono a ritenere possibile un'imputazione causale non condizionalistica ma probabilistica. Con la precisazione, ripetuta ma necessaria, che la probabilità non riguarda la complessiva spiegazione degli avvenimenti, ma solo la risolutività della condotta mancata. Il tema sarà analizzato diffusamente più avanti. Ora occorre concludere l'esame della giurisprudenza analizzando la sentenza delle Sezioni Unite.

12. La pronunzia delle Sezioni Unite

Come si è accennato (cap. II, § 15) le Sezioni Unite sono intervenute nel dibattito giurisprudenziale di cui si è dato conto, esprimendo una decisa scelta verso il modello condizionalistico, contro l'indirizzo che nell'ambito della professione medica aveva più o meno consapevolmente dato ingresso ad un modello d'imputazione oggettiva fondato sulla mancata diminuzione del rischio. Tale giurisprudenza, come pure si è visto, partiva dalla considerazione della causalità in ambito medico come di una tipologia sempre riconducibile, in qualche guisa, al modello del reato omissivo improprio. In proposito le Sezioni Unite rammentano che tale illecito è realizzato da chi viola gli speciali doveri collegati alla posizione di garanzia, non impedendo il verificarsi dell'evento; e presenta una spiccata autonomia dogmatica, scaturendo esso dall'innesto della clausola generale di equivalenza causale stabilita dall'art. 40, comma 2, sulle disposizioni di parte speciale che prevedono le ipotesi base di reato commissivo orientate verso la produzione di un evento lesivo, suscettive così di essere convertite in corrispondenti ipotesi omissive: autonomia che, per l'effetto estensivo dell'area della punibilità, pone indubbi problemi di legalità e determinatezza della fattispecie criminosa.

La Corte pone in luce la forte componente normativa della causalità omissiva, determinata dalla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p., dal copioso nucleo normativo concernente la disciplina della posizione di garanzia, infine, nei reati colposi, dagli specifici doveri di diligenza. Tuttavia tale autonomia in chiave normativa, che segna una rilevante diversità di tale imputazione rispetto a quella naturalistica propria della causalità commissiva, non giustifica l'erosione del paradig-

ma causale verificatasi nella giurisprudenza di legittimità e motivata con l'incertezza costitutiva e con i profili altamente ipotetici della condizionalità, a fronte della pluralità ed inconoscibilità dei fattori interagenti. Tale erosione si è concretizzata con il riferimento alla sufficiente efficacia esplicativa del fenomeno offerta dalla mera possibilità o anche da inadeguati coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso, espressa in termini di aumento o mancata diminuzione del rischio di lesione del bene protetto o di diminuzione di *chance* di salvezza del medesimo bene. La Corte evoca la giurisprudenza che si è opposta al precedente consolidato indirizzo ed ha affermato che, anche per i reati omissivi impropri, resta valido l'unitario paradigma condizionalistico. Tale orientamento viene ritenuto condivisibile, giacché lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del condizionale controfattuale: occorrerà quindi verificare se, qualora si fosse tenuta la condotta doverosa e diligente, il singolo evento di danno non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

La Corte osserva, quindi, che le incertezze applicative riscontrate in ambito giurisprudenziale riguardano i criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale, ma esse non mettono in crisi lo statuto condizionalistico e nomologico della causalità, bensì la sua concreta verifica processuale, giacché i confini della elevata o alta credibilità razionale del condizionamento necessario non sono definiti dalla legge di copertura utilizzata per la spiegazione causale.

Insomma, il problema delle valutazioni probabilistiche non deve condurre ad intaccare l'unitario modello condizionalistico ma deve essere colto e risolto nella sua sede propria, che è quella dell'accertamento della connessione causale nella specificità di ciascun caso considerato: la prassi evidenzia che nell'ambito della responsabilità professionale del sanitario il giudice applica largamente generalizzazioni del senso comune, massime d'esperienza, enunciati di leggi biologiche, chimiche o neurologiche di natura statistica ed anche la più accreditata letteratura scientifica del momento storico. Tale constatazione non legittima l'abbandono della concezione condizionalistica in favore di quella dell'aumento del rischio; ma pone in luce il rilievo decisivo che assume il momento del concreto accertamento della relazione causale all'interno di ciascuna vicenda processuale e rispetto alla stessa definizione del concetto di causa penalmente rilevante. Viene così posta una enunciazione di notevole peso: la stessa definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento dell'accertamento processuale, il quale resta decisivo per la comprensione dei decorsi causali rispetto al singolo

evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di causazione multipla legati al moderno sviluppo delle attività.

Tale presa di posizione costituisce (come si è visto e sarà più ampiamente esposto nel capitolo dedicato all'accertamento del nesso causale) il punto di partenza per una non meno importante messa a fuoco sui temi epistemologici della causalità: induzione, abduzione, probabilità statistica e probabilità logica. Rinviando su tali aspetti della dissertazione all'esposizione fattane altrove (cap. VI, § 6 s.) qui preme di tentare di cogliere il senso della pronunzia per ciò che riguarda i reati omissivi impropri, nei suoi aspetti teorici e nei suoi risvolti applicativi.

Dal punto di vista teorico la pronunzia coglie con precisione tutte le diversità strutturali, ontologiche della causalità omissiva, che vengono solitamente espresse marcandone il contenuto squisitamente normativo. Tale normatività viene implicitamente contrapposta alla concretezza naturalistica della causalità attiva, nella quale compare una definita modificazione del mondo fisico che riveste una palpabile rilevanza condizionante rispetto ad un evento. Diversità, dunque, tra causalità attiva ed omissiva sul piano fisico, naturalistico.

Tuttavia, la sottolineatura di tale diversità conduce ad evidenziare l'identità sul distinto piano logico: qui azione ed omissione si equivalgono e rilevano solo in quanto abbiano forza condizionante, riscontrata ed espressa attraverso il giudizio controfattuale. Insomma, sia l'azione che l'omissione sono causali solo quando appaiono logicamente indispensabili per la spiegazione dell'evento; se cioè l'evento non si sarebbe verificato in assenza dell'azione o in presenza dell'azione doverosa omessa.

La presa di posizione della Corte è estremamente coerente e coglie con chiarezza, anche se solo implicitamente, la diversità di piani (quello naturalistico e quello logico) sui quali può essere compiuto il raffronto tra causalità attiva ed omissiva.

Rimangono invece in ombra alcuni aspetti della causalità omissiva ai quali si è già fatto cenno, e sui quali si tornerà con maggiore approfondimento. In primo luogo, l'astrattezza della causalità omissiva che, come pure si è visto, deriva dal fatto che nel giudizio controfattuale non viene posto un comportamento concreto, ma un modello astratto di azione: l'inesistenza in natura dell'azione doverosa impone di costruirla, immaginarla. Tale astrattezza del giudizio controfattuale accredita l'idea di una qualche attenuazione, in alcuni casi, del ricorso al criterio di certezza che fonda l'imputazione giuridica del fatto. Ancora, l'impossibilità, nei contesti più complessi, di praticare un giudizio controfattuale che raggiunga la dimostrazione del sicuro effetto salvifico della condotta omessa.

Probabilmente, il silenzio della pronunzia su tale aspetto non è ca-

suale. La Corte – si ritiene – vuole tranciare alla radice il dibattito sui temi della probabilità, che negli ultimi anni hanno determinato, sia in dottrina che nella giurisprudenza, una crescente confusione di linguaggio e di concetti che in qualche caso ha generato indecifrabili arzigogoli. Allora, si è affermato che l'imputazione oggettiva vuole, tanto nell'azione che nell'omissione, la certezza; ma subito dopo si è aggiunto che essa deve essere colta, sul piano dell'accertamento, secondo lo stile proprio della giurisprudenza, in termine di credibilità razionale della ricostruzione del fatto, piuttosto che in termini di approssimazioni aritmetiche alla certezza che, nella maggior parte dei casi, sono prive di significato. E sarà dunque sul piano del concreto accertamento della connessione causale che (sembra di poter intendere) sarà possibile valorizzare l'astrattezza o ipoteticità di cui si parla.

È proprio il piano dell'accertamento che ha suscitato, però, i maggiori interrogativi. Anche questo tema sarà ripreso nel prossimo capitolo dedicato all'inferenza causale. Tuttavia, pare utile rammentare la fondamentale distinzione già prospettata (cap. I, § 5 ss.) tra l'indagine esplicativa e quella predittiva. Esse perseguono diverse finalità ed utilizzano diversamente le generalizzazioni nomiche scientifiche o esperienziali. Infatti, nelle inferenze esplicative è ampiamente possibile l'utilizzazione di generalizzazioni probabilistiche, purché esse conducano ad una spiegazione dei fatti non insidiata da alternative ipotesi causali. Invece, nelle inferenze predittive, con intuitiva evidenza, assume un ben maggiore peso, ai fini del giudizio prognostico richiesto al giudice, il coefficiente probabilistico che contrassegna ciascuna generalizzazione inerente a casi simili.

Questa distinzione non compare nella sentenza di cui si discute. Essa ha invece posto l'enunciazione che l'incertezza implicata nelle generalizzazioni scientifiche ed esperienziali probabilistiche deve essere superata, se possibile, attingendo alle particolarità di ciascun caso concreto. Si tratta di affermazione che, indubbiamente, si presta a diverse interpretazioni. Essa è stata criticata in dottrina sul presupposto che l'evocazione delle particolarità del caso concreto sia riferita al giudizio di esclusione di ipotesi causali alternative. Si è obiettato che nel giudizio predittivo non si tratta di stabilire quale ipotesi causale sia fondata; ma di accertare se l'evento sarebbe stato evitato con certezza dalla condotta omessa. Nel caso in cui le informazioni statistiche indichino il successo come solo possibile o probabile, non vi è itinerario alcuno che consenta di superare l'incertezza e di ritenere l'esistenza del nesso causale secondo il paradigma della certezza condizionalistica.

Tale critica, come sarà meglio spiegato nel prosieguo (cap. VI, § 15), è solo in parte fondata. Infatti, non può non convenirsi che la manca-

ta distinzione tra i diversi tipi di ragionamenti inferenziali nocchia alla chiarezza della pronunzia. Tuttavia, sembra che, nell'ambito della causalità omissiva, il riferimento alle particolarità del caso concreto per tentare di superare le incertezze determinate dalle generalizzazioni predittive probabilistiche sia stato posto in modo diverso da quanto ritenuto dai critici. La Corte, sembra, intende riferirsi alle situazioni nelle quali, pur in presenza di una mera probabilità d'impedire l'evento alla stregua delle informazioni statistiche riferite genericamente ad una determinata situazione tipica, le particolarità del caso concreto possono indurre a ritenere, con elevata probabilità logica, che la condotta omessa avrebbe effettivamente salvato il bene leso. Ad esempio, una determinata terapia non produce sempre la guarigione, ma nella situazione data la non particolare gravità dell'affezione, la giovane età, la robusta costituzione fisica ed altri fattori contingenti avrebbero esercitato un sicuro effetto salvifico. Tale giudizio deve essere caratterizzato da elevata probabilità logica. È questa, comunque l'interpretazione che della pronunzia delle Sezioni Unite ha dato la giurisprudenza successiva⁷¹.

In breve, le Sezioni Unite hanno enunciato la natura condizionalistica della causalità omissiva; hanno colto che l'ideale della certezza condizionalistica può essere difficilmente attinto nell'ambito delle inferenze predittive, prognostiche, della causalità omissiva, soprattutto in ambiti complessi come quello biomedico, a causa del carattere solo probabilistico delle generalizzazioni che possono essere utilizzate nel giudizio controfattuale relativo al ruolo salvifico delle corrette prati-

⁷¹ In proposito, BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1875. In alcune delle sentenze commentate, la Corte ha affermato che "Le leggi statistiche sono solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto. Con la conseguenza che il giudizio positivo sulla sussistenza del nesso eziologico non si baserà solo sul calcolo aritmetico-statistico, ma dovrà trovare il proprio supporto nell'apprezzamento di tutti gli specifici fattori che hanno caratterizzato la vicenda concreta" (Cass. 14 dicembre 2006, Guarneri, *ivi*, p. 1866); ed inoltre che nell'ambito del giudizio controfattuale della causalità omissiva, volto ad accertare l'effetto salvifico delle cure omesse "occorre comprendere qual è solitamente l'andamento della patologia; qual è normalmente l'efficacia delle terapie; quali sono i fattori che influenzano il successo degli sforzi terapeutici; in quale guisa tali fattori si mostrano nel caso concreto; qual è lo stadio dell'affezione nel quale si collocano le condotte colpose omissive del medico. Sulla base di tutti tali elementi di giudizio, l'esistenza del nesso causale può essere ritenuta quando l'ipotesi circa il sicuro effetto salvifico dei trattamenti terapeutici mancati è caratterizzata da elevata probabilità logica, ovvero è fortemente corroborata alla luce delle informazioni scientifiche e fattuali disponibili" (Cass. 2 aprile 2007, Pecchioli, *ivi*, p. 1858).

che mediche; hanno proposto la soluzione del cruciale problema sul piano processuale, valorizzando le contingenze del caso concreto ed il conclusivo giudizio valutativo posto sotto l'insegna della probabilità logica. Tale soluzione, se fa giustizia del modello predittivo rigidamente deduttivo, tutto fondato su generalizzazioni universali, lascia aperti seri problemi. Nel capitolo seguente si tenterà di dimostrare che il modello delle Sezioni Unite consente giudizi prognostici che restano, nella stragrande maggioranza dei casi, pur sempre probabilistici. Questa conclusione, qui solo enunciata, introduce ad un ultimo tema problematico già accennato che riguarda la possibilità, la necessità, l'utilità di configurare, nell'ambito dei reati commissivi mediante omissione, un'imputazione oggettiva di tipo probabilistico e non condizionalistico.

13. *La possibilità di configurare un'imputazione oggettiva probabilistica*

La straordinaria complessità e delicatezza della questione richiede una breve ricapitolazione di temi già trattati e l'anticipazione di considerazioni che saranno esposte nel capitolo seguente. Il discorso sin qui condotto ed i ripetuti riferimenti alla giurisprudenza rendono chiaro che, particolarmente nel contesto della professione medica e dell'esposizione a sostanze dannose, la Corte Suprema ha fatto sovente ricorso a criteri probabilistici nell'imputazione causale: si tratta di un indirizzo che ha costituito una radicale deviazione rispetto al principio condizionalistico ed ha di fatto, inconsapevolmente, configurato un'imputazione di tipo probabilistico fondata sulla mancata diminuzione del rischio. Tale soluzione trova sostegno in alcuni seri argomenti mai, per la verità, adeguatamente tematizzati in giurisprudenza. Occorre brevemente esaminarli.

Il primo argomento riguarda il momento dell'accertamento. Si è ripetutamente posto in luce che quando nell'ambito della causalità omissiva avviamo il giudizio controfattuale, prognostico, relativo all'effetto salvifico dell'azione omessa, ci troviamo in una situazione ben diversa ed assai più problematica rispetto a quella della causalità attiva. Infatti, poiché l'azione manca in natura, noi non possiamo far altro che immaginarla in modo inevitabilmente astratto, idealizzato. Noi inseriamo nella macchina controfattuale un comportamento modello e non un contegno concreto, che nella specie è mancato. Ciò determina, naturalmente, un primo fattore d'incertezza ed astrattezza del ragionamento, sul quale, come si è già accennato, la letteratura si è lucidamente applicata, persuasivamente mostrando il fattore di aggiuntiva ipoteticità del giudizio.

Soprattutto, come pure si è già evidenziato e sarà più diffusamente esposto nel prosieguo (cap. VI, sez. II), in alcuni contesti complessi, come ad esempio quello della responsabilità medica, la varietà delle componenti del processo causale e l'incertezza delle conoscenze scientifiche, in qualunque modo si proceda, non consentono quasi mai di esprimere giudizi di certezza assoluta o accuratamente approssimata circa l'evitamento dell'evento lesivo. La causalità probabilistica, quindi, semplifica l'indagine causale ed offre un argomento per così dire utilitaristico, che è stato del resto ripetutamente riconosciuto anche nella prospettiva riformatrice, sebbene esso non sia stato ritenuto risolutivo per orientare verso un modello causale non condizionalistico. Ma al di là del lato pratico, che sarebbe in sé misero, la dimostrata impossibilità di attingimento dell'ideale della certezza salvifica delle condotte omesse pone un problema: quello della razionalità della costruzione della causalità omissiva secondo un modello euristico (quello della certezza condizionalistica) che non è quasi mai concretamente raggiungibile.

Guardando le cose dal punto di vista più squisitamente giuridico, si mostra un'altra asimmetria non meno inquietante. Quasi sempre la scienza medica prescrive regole tecniche d'intervento terapeutico che s'inscrivono in un processo morboso in atto; e spesso non assicurano la certa riuscita della cura. Le misure terapeutiche hanno capacità d'inserirsi favorevolmente nel complicato intreccio di fattori che determinano l'andamento dell'affezione; ma non possono assicurare il certo successo. Né la prospettiva di successo può essere ponderata in termini rigorosamente matematici. Insomma, l'azione terapeutica è doverosa, giacché implica la sicura diminuzione del rischio, ma non assicura la certezza di evitare l'evento. E spesso l'incertezza dell'esito non dipende tanto dalla perizia del medico, quanto piuttosto dall'imponderabile di ciascun caso.

Tale schematizzazione, peraltro, non costituisce un'esclusiva della responsabilità medica, ma rappresenta un frammento di un più generale aspetto dell'agire umano, caratterizzato dal fatto che si è in presenza di una situazione di pericolo, di un rischio, nei cui confronti l'agente, a causa del ruolo di garanzia, è tenuto a prestare un'attività che presenta la caratteristica di dover contrastare l'evolversi del fattore causale. Si tratta di una situazione che può ben riproporsi fuori dall'ambito medico: è un corso un incendio che mette in pericolo la vita di alcune persone, sicché i vigili del fuoco sono tenuti ad intervenire per prestare soccorso. Si pone qui il medesimo interrogativo esaminato frequentemente nell'ambito medico. Il personale addetto al soccorso che non interviene, o interviene omettendo le cautele tecniche doverose, potrà essere ritenuto responsabile anche nel caso in cui non vi sia

la certezza che un intervento appropriato avrebbe salvato le persone in pericolo? In ambedue le situazioni esaminate si è in presenza di doveri d'intervento o di diligenza connotati da una più o meno forte misura d'incertezza quanto alla possibilità di conseguire pieno successo nell'evitare l'evento.

Si pone, così, un ulteriore problema. Di fronte a situazioni nelle quali la condotta diligente e perita richiesta ed omessa ha, per sua intrinseca natura, una categoriale incertezza quanto all'evitabilità dell'evento è razionale chiedere che, nel momento dell'accertamento del nesso causale, sia verificata la certezza impeditiva dell'evento da parte della condotta omessa? Come è stato efficacemente considerato⁷², il criterio della certezza comporta, allora, un'antinomia non risolvibile tra momento precettivo della norma e momento dell'accertamento fattuale del nesso causale. Infatti, da un lato la posizione di garanzia impone all'agente di adottare le misure cautelari, anche se molto spesso non vi è la sicurezza che esse eviteranno l'effetto infausto; e dall'altro, alla stregua della regola di certezza, rimarrebbero prive di conseguenze penali tutte le omissioni di comportamenti dovuti di cui non è accertata la sicura efficacia impeditiva.

D'impeto, sembra di poter rispondere all'interrogativo posto qui sopra in chiave logica: non è possibile fare a meno di una reciproca simmetria tra momento precettivo e momento dell'accertamento fattuale. Insomma, non pare razionale che nel momento precettivo sia imposta al garante una cautela di tipo probabilistico quanto alla possibilità di successo, fondata su base scientifica ed esperienziale; e che nel momento del giudizio d'attribuzione causale, in un contesto di causalità omissiva, si pretenda di accertare il nesso di condizionamento causale in termini di certezza sulla base di quel medesimo sapere scientifico che aveva consentito di elaborare la sola prescrizione probabilistica.

L'analisi logica dell'antinomia pone, in effetti, due possibili soluzioni. L'una conduce ad escludere che, in presenza di situazioni nelle quali il successo dell'intervento richiesto da norme o da regole di diligenza sia incerto, l'ordinamento penale possa intervenire imponendo l'obbligo di agire. La legge penale, in sostanza, si disinteresserebbe di tutte le condotte che non abbiano una sicura attitudine ad evitare la lesione del bene protetto. E conseguentemente, sul connesso piano dell'accertamento del nesso causale, richiederebbe che sia in concreto verificata la sicura evitabilità dell'evento da parte delle condotte omesse. La causalità condizionalistica sarebbe così riaffermata nell'ambito omissivo.

⁷² ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento*, cit., p. 1314.

L'altra soluzione, sempre al fine di riportare la necessaria simmetria tra il piano precettivo e quello dell'accertamento, configura un obbligo penale d'agire doverosamente in tutte le situazioni nelle quali vi sia un'apprezzabile possibilità di successo; e nel momento dell'accertamento del nesso causale (nell'ambito della causalità omissiva) richiede un accertamento di tipo probabilistico imperniato sulle specificità del caso concreto ma pur sempre commisurato alla misura d'incertezza implicata nella regola cautelare. Occorre in sostanza accertare, con valutazione *ex post*, se nelle condizioni date le concrete, tipiche, rilevanti probabilità di successo dell'azione mancata avrebbero potuto concretizzarsi. Si tratta della causalità probabilistica. In siffatti contesti, quando la prospettiva di successo sia solo probabile a causa di limiti insiti nella misura di diligenza prescritta, sarebbe incoerente richiedere nella fase della verifica dell'attribuzione oggettiva che quella norma probabile divenga regola di certezza. Si tratta di un'equazione efficacemente sintetizzata osservando (sia pure in un quadro argomentativo parzialmente diverso da quello qui proposto) che le regole poste a tutela di beni giuridici conservano la loro funzione anche quando non ne sia certa la concreta efficacia. Se la condotta è andata oltre il rischio consentito, è stata accresciuta la possibilità di compromissione del bene e vi sono quindi le condizioni per l'imputazione del fatto. Diversamente opinando, si perverrebbe a conclusioni difficilmente accettabili, come quella di non poter attribuire la morte del paziente al chirurgo che l'abbia cagionata commettendo un gravissimo errore, quando non vi siano le condizioni per escludere che il paziente potesse morire anche a seguito di un'operazione perfetta⁷³.

La prima soluzione sembra poco realistica ed allontana di fatto radicalmente il diritto penale da alcuni importanti, delicatissimi ambiti dell'azione umana (quello della professione medica è il più emblematico) caratterizzati, per ragioni già ripetutamente dette, da una pressoché ineliminabile misura d'incertezza. Del resto, la lettura della giurisprudenza consente di verificare che l'adozione di un criterio di certezza avrebbe portato e porterebbe in tutti i casi a pronunzie d'assoluzione. Si tratta di una soluzione che conduce a risultati non equi, giacché quelle stesse vicende processuali evidenziano, gravi mancanze da parte degli imputati, che hanno avuto certamente un'importante influenza nell'andamento negativo delle cose. Naturalmente, non si tratta di voler emettere a tutti i costi sentenze di condanna, in preda ad un gratuito furore punitivo; bensì piuttosto di comprendere l'impraticabilità di uno strumento di valutazione delle condotte (quello

⁷³ ROMANO, *Commentario*, cit., p. 381.

condizionalistico) che non consente di esprimere un giudizio concludente.

L'altra soluzione, che viene qui prospettata, introduce una figura d'imputazione oggettiva di tipo probabilistico. Essa ha quantomeno il sicuro lato positivo di considerare realisticamente le cose e di chiamarle con il loro nome. Questa tesi, se ne ha piena consapevolezza, si espone ad alcune storiche critiche davvero molto serie. Esse sono state di recente efficacemente sintetizzate. La dottrina dell'aumento del rischio trasforma i reati di evento in reati di condotta pericolosa o, al più, di evento di pericolo. Questa concezione trasfigura la causalità trasformandola in causabilità. Inoltre, il principio costituzionale dell'*in dubio pro reo* viene sostituito dall'opposta regola dell'*in dubio contra reum* giacché, a seguire tale tesi, ridonderebbe contro l'imputato il dubbio sull'efficacia o inefficacia preventiva nel caso concreto della misura cautelare inosservata. A ben vedere, si è ancora esattamente considerato, tale argomento critico è in realtà subordinato e dipendente rispetto al primo. E tuttavia, una volta che si riconosca come decisiva la critica precedente, anche il connesso argomento dell'*in dubio pro reo* viene ad acquistare grande rilevanza contro la concezione dell'aumento del rischio. Onde, se il giudice resta indeciso su cosa sarebbe successo se in luogo della condotta reale colposa ci fosse stata quella diligente, tale dubbio secondo i principi generali dovrebbe valere a favore dell'imputato⁷⁴. L'obiezione viene formulata pure dalla dottrina che in Italia aderisce alla teoria del rischio, giacché essa concepisce in prevalenza tale modello teorico solo con funzione di limitazione dell'indiscriminato effetto estensivo dell'imputazione causale determinato dal condizionalismo puro. In una parola, se si ritiene che il principio condizionalistico costituisce un dogma intangibile, occorre prender atto che nelle situazioni considerate, nelle quali la dimostrazione dell'effetto salvifico della condotta doverosa omessa è solo probabilistica, manca la possibilità di enunciare la connessione causale.

Questa critica non può essere elusa. Essa può essere superata solo ove sia possibile giungere a ritenere (è la tesi che qui si sostiene) che il carattere condizionalistico non è un tratto per così dire ontologico della causalità giuridica; che la causalità omissiva è radicalmente diversa da quella commissiva, essendo collocata sul piano dei valori e della responsabilità e non su quello logico-naturalistico proprio della causalità commissiva; che tale diversa natura dell'imputazione, ispirata dal punto di vista giuridico, giustifica la responsabilità sulla base di un criterio di carattere normativo distinto rispetto a quello della causalità

⁷⁴ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento*, cit., p. 1311 s.

commissiva. In breve, tale radicale diversità rende (quasi sempre) improponibile, nell'ambito della causalità omissiva, l'applicazione del canone della certezza. Causalità commissiva e causalità omissiva costituiscono categorie distinte; e non è possibile né necessario modellare l'una (quella omissiva) sull'altra (quella commissiva). Ne discende che, nel campo dell'omissione, l'assenza della relazione condizionalistica non costituisce necessariamente un segno di inadeguatezza rispetto ad un archetipo ontologicamente attestato sulla causalità logico-naturalistica dell'azione. Si tratta di tesi che attendono di essere argomentate.

La possibilità di una causalità omissiva non condizionalistica affiora episodicamente nella letteratura giuridica italiana, anche se con grande, comprensibile cautela. Se ne è parlato, come si è già accennato, non solo nell'ambito della responsabilità medica ma anche nei reati per danno da prodotto ove, si è ritenuto, il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche non funziona, soprattutto perché si è in presenza di causalità omissiva, sicché il giudizio naturalmente s'impenna su criteri stocastici piuttosto che nomologici: alla spiegazione scientifica di un evento subentra la verifica probabilistica di una prognosi⁷⁵. Nei contesti come quello medico-legale dominati da valutazioni probabilistiche il paradigma condizionalistico andrebbe integrato con elementi prognostici resi indispensabili dalle caratteristiche del controfattuale omissivo⁷⁶.

Occorre pure rammentare che la riflessione giuridica ha nel passato prospettato l'idea che la cosiddetta causalità omissiva sia in realtà una tecnica di imputazione oggettiva dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale⁷⁷. Tale approccio, che ha implicitamente sottolineato il carattere fortemente normativo e l'autonomia della casualità omissiva, ha condotto, come si è visto, a postulare una cauta attenuazione dell'ideale della certezza in considerazione del carattere solo ipotetico del relativo giudizio controfattuale. Lo stesso tema è stato recentemente ripreso. Si è evidenziato che il paradigma della mancata diminuzione del rischio si è affermato nella prassi per ragioni imposte dalla "natura delle cose", cioè dalla obiettiva difficoltà di provare giudizialmente il nesso causale nei casi, tipici, ad esempio, della responsabilità medica, caratterizzati da accentuata problematicità. E si è rammentato che nella dottrina tedesca, ancor prima che fosse proposta la nota elaborazione teorica di Roxin, sono state messe in luce le

⁷⁵ PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

⁷⁶ PALIERO, *La causalità*, cit., p. 846.

⁷⁷ FIANDACA, voce *Causalità*, cit.

differenti strutture delle due forme di causalità di cui si parla; e se ne è tratta la necessità di sviluppare metodologicamente questa diversità “ontologica” anche sul piano dei criteri d'imputazione: l'exasperato rigore del principio condizionalistico non è compatibile con l'autentica portata normativa del dovere d'impedire l'evento, il cui contenuto non può essere quello di obbligare ad agire nei soli casi in cui l'evento sia evitabile con certezza; ed occorre quindi configurare l'imputazione oggettiva quando vi sia la possibilità che l'intervento corretto sarebbe valso a prevenire l'evento. Sono state pure richiamate le più recenti elaborazioni che, nell'ambito di tipologie casistiche che si sottraggono alla logica deterministica, hanno proposto di stabilire il nesso causale tra omissione ed evento alla stregua di criteri probabilistici. Questa soluzione è parsa accettabile particolarmente nel campo della responsabilità in ambito medico, ove si riscontrano note difficoltà nell'accertamento del nesso di logico condizionamento. Tuttavia, per ridimensionare le obiezioni di surrettizia trasformazione dell'illecito omissivo di lesione in illecito di pericolo, occorrerebbe dimostrare che una diminuzione del rischio sarebbe stata realmente possibile sulla base di un giudizio *ex post*; trascurando, tuttavia, la rilevanza di eventuali possibili complicanze nel corso dell'andamento del processo morboso⁷⁸.

Il tema è stato autorevolmente ripreso in un altro saggio tanto problematico quanto penetrante, con argomenti che, se non si erra, rendono non priva di plausibilità e soprattutto non eretica l'imputazione non condizionalistica nella causalità omissiva⁷⁹. Si è evidenziato che nella causalità omissiva “è il fittizio a dominare la scena”. Qui, per quanto riguarda la certezza processuale che l'azione mancata avrebbe evitato l'evento, ciò che sarebbe accaduto diviene oggetto di un controllo per sua natura malfermo. Ad esempio, in ambito medico l'effetto dell'intervento terapeutico mancato può essere ricostruito o meglio “simulato” soltanto con una buona dose di approssimazione. Pur essendo obbligato il riferimento alle leggi scientifiche relative all'efficacia dei rimedi che avrebbero dovuto e potuto essere posti in atto, nulla si sa di concreto sulla loro mancata applicazione, sulla volontà del paziente di sottoporsi all'intervento terapeutico, nulla su quale chirurgo avrebbe semmai operato e con quale tecnica, nulla sulle reazioni del singolo organismo a quell'intervento: reazioni aperte ai misteriosi reciproci condizionamenti di infiniti processi microbiologici e della stessa psiche del paziente. Su tutto ciò solo nude ipotesi. Si comprende, al-

⁷⁸ FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, p. 945 ss.

⁷⁹ ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 911 s.

lora, che per affermare il nesso di condizionamento tra omissione ed evento si additi talora la sola pertinenza di una legge universale o con una frequenza prossima a cento, poiché soltanto queste permetterebbero di riscontrare *ex post* la concretizzazione dei loro elementi astratti. Ma tale restrizione non può essere condivisa. Essa concepisce una imputazione dell'evento che in concreto resta impossibile, se non altro perché notoriamente non esistono trattamenti medici che garantiscano percentuali così straordinarie di successo.

In conclusione, si afferma ancora, la situazione normativa attuale, attraverso l'equivalenza normativa tra il non impedire ed il cagionare, sancisce una perequazione *ex lege* delle condotte che pare incompatibile con una sostanziale preclusione di imputazioni a base omissiva in un intero importante settore. Se un radiologo, scambiando due lastre, congeda il paziente rassicurato e questi si ritrova sei mesi dopo con un tumore silente ma inoperabile, l'imputazione del decesso poi avvenuto per la chiara evoluzione della patologia non può essere in radice esclusa dal fatto che quel tipo di tumore tempestivamente operato registra comunque il 10 di insuccessi. Si comprende, dunque, come in ambiti come quello medico e non solo, si insista ancora oggi sull'aumento del rischio, oppure si ponga l'accento sulla descrizione dell'evento che metta a fuoco le coordinate spazio-temporali e le modalità del suo prodursi: ove il paziente fosse stato correttamente trattato, si accerta *ex post* essere altamente probabile che quella morte sarebbe avvenuta dopo o sarebbe stata comunque significativamente diversa. In conclusione, è difficile ritenere che il rapporto causale possa essere affermato unicamente mediante una legge universale o quasi universale. Anche una legge con una frequenza minore, infatti, tenuto conto di tutto quanto obiettivamente ricostruibile *ex post*, può consentire di concludere con una probabilità confinante con la certezza che il decesso non vi sarebbe stato o sarebbe stato diverso da come invece è stato. Conclusione che sarebbe invece da escludere quando la stessa successiva verifica identifichi, tra le condizioni presenti al momento dell'omissione, fattori che avrebbero vanificato l'azione medica altrimenti potenzialmente salvifica o capace di spostare nel tempo l'evento fatale⁸⁰.

Le analisi di cui si è brevemente dato conto mettono in luce due punti che appaiono sufficientemente fermi. Da un lato, l'impraticabilità, per ragioni euristiche, dell'ideale della certezza in vasti settori della causalità omissiva. Dall'altro, il carattere autonomo, normativo ed ispirato a criteri di valore, dell'imputazione nei reati commissivi mediante omissione. Tali considerazioni si saldano con altre che ci giun-

⁸⁰ ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 914 s.

gono dalla riflessione epistemologica⁸¹: ciò che il codice intende verosimilmente dire con l'art. 40, capoverso, è che il medico, non avendo fatto ciò che è doveroso fare, è responsabile o corresponsabile dei danni che provengono dal mancato intervento. E ancora, vi è differenza logica tra causalità e responsabilità e può esserci causazione senza responsabilità e responsabilità senza causazione.

Nel capitolo seguente (cap. VI, sez. II) dedicato all'inferenza causale, sarà esaminato l'itinerario indicato dalle Sezioni Unite per attenuare sul piano processuale il rigore della causalità condizionalistica: le particolarità del caso concreto consentono in qualche caso di superare le incertezze connesse al carattere probabilistico delle informazioni scientifiche relative all'effetto salvifico dell'azione omessa. Qui, invece, occorre proseguire l'indagine sulla causalità probabilistica. Si tratta di continuare la riflessione sopra avviata su un cruciale interrogativo cui si è già fatto cenno: la causalità condizionalistica costituisce un dato ontologico che si impone pure in ambito omissivo per forza propria o a causa della regola d'equivalenza imposta dall'art. 40, capoverso? Oppure si tratta di due forme diverse di causalità, per le quali lo stesso art. 40, capoverso, detta una regola di normativa-equivalenza, in termini che devono essere chiariti a fondo, avendo come punto fermo l'irriducibile diversità dei due criteri d'imputazione oggettiva? A tale questione è riservata la trattazione che segue.

Una prospettiva non condizionalistica per la causalità omissiva pare possa essere presa in considerazione solo rammentando un'enunciazione posta all'inizio di questo lavoro (cap. I): il carattere contestuale del problema causale. Parlare di causalità è cercare la spiegazione di un accadimento; e la natura di tale spiegazione dipende dal contesto, dallo scopo dell'indagine, dalla sfondo che di volta in volta viene assunto. Le spiegazioni e quindi le cause di cui siamo alla ricerca sono relative agli interessi di chi pone le domande. Dunque, lo studio della causalità è legato all'approfondimento della consapevolezza di diversi modi che noi abbiamo di fare le domande e dare le risposte appropriate⁸². Nel contesto esaminato occorre tener presente che è in discussione un peculiare problema che non è solo logico e scientifico, ma anche di responsabilità personale. Che un peculiare problema si presenti emerge da una riflessione non esteriore, e se possibile non accademica, sul senso reale della giurisprudenza probabilistica cui si è sin qui fatto riferimento. Sembra proprio che essa abbia voluto, al

⁸¹ PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1306.

⁸² GIORELLO e RICCIARDI, *Causalità*, cit., p. 1565 s.

fondo, attenuare il condizionalismo e la relazione di certezza che esso implica, sotto la pressione in un particolare contesto nel quale il problema della responsabilità prevale su quello della causalità. Insomma, una contestualizzazione latente del problema: la chiave contestuale è alimentata dall'indimostrabilità del nesso condizionalistico e dal bisogno di imputare penalmente condotte che, pur senza essere certamente condizionalistiche, hanno avuto sicuramente un peso nello sviluppo degli accadimenti, li hanno sicuramente influenzati in modo negativo. Insomma, qui la parola causalità significa propriamente influenza negativa sull'andamento delle cose.

A questo punto occorre meglio comprendere cosa effettivamente sia, come si articola precisamente questa causalità non condizionalistica ma probabilistica, che abbiamo chiamato "causalità come influenza". Ed occorre infine chiarire se tale distinta configurazione sia compatibile con la disciplina dell'art. 40, capoverso, c.p.

Quanto alla prima questione occorre partire dalla considerazione, già in precedenza prospettata, che l'indagine fattuale mostra talvolta dei dubbi sull'individuazione della catena causale che ha prodotto l'evento: è ad esempio incerto se il paziente sia venuto meno per effetto di infarto del miocardio o per via di *ictus* cerebrale. In tali situazioni l'incertezza insuperabile che caratterizza il ragionamento esplicativo riguarda propriamente il decorso causale, l'individuazione delle cause; e non vi è strumento argomentativo che possa trasformare tale incertezza in imputazione causale. Qui l'incertezza riguarda effettivamente il nesso di condizionamento causale tra i fattori ipotizzati (l'infarto, l'*ictus*) e l'evento; e non è conseguentemente possibile nessuna approssimazione probabilistica.

Ben diverso il caso in cui, ad esempio, la morte sia stata determinata con certezza da evento cardiaco. Qui il decorso causale è chiaro. Ed è anche chiaro che le pratiche rianimative cui vengono sottoposti gli infartuati si fondano, nel loro complesso, su una accertata attitudine a diminuire il rischio dell'evento letale. L'omissione di tale intervento da parte del sanitario ha quindi avuto quasi sicuramente un'influenza sul decorso dell'affezione, sia pure con le particolari caratteristiche delle condizioni omissive. Tale influenza andrà accertata, tenendo conto non solo e non tanto di dati statistici quanto delle particolarità del caso concreto. Ma si può ipotizzare ai fini della discussione che – come di solito in tali evenienze – una terapia tempestiva ed appropriata avrebbe avuto significative possibilità di successo, cioè d'inserirsi all'interno dei processi patologici in atto incidendovi positivamente, a contrasto dei fattori di segno contrario, quantomeno ritardando significativamente la produzione dell'evento. In tali casi, dunque, il senso della probabilità è completamente diverso. Esso non riguarda il ragio-

namento esplicativo relativo alla ricostruzione complessiva degli accadimenti; bensì il ragionamento predittivo richiesto dal controfattuale della causalità omissiva, relativo al rilievo salvifico dell'intervento medico mancato. Tale probabilità o misura dell'incertezza riguarda solo l'efficienza risolutiva dell'atto medico, di cui però si riconosce la concreta, accertata attitudine ad agire positivamente nello specifico contesto causale. Insomma, per dirla in un modo utile al senso comune, l'intervento medico si pone all'interno della logica causale (cioè dei fattori che hanno operato all'interno del caso clinico influenzandone l'andamento) pur non costituendo un fattore certamente dotato di autonoma forza condizionante. L'assenza di certezza risolutiva è solitamente riconducibile al gioco della complessa e non sempre ponderabile interazione tra fattori di segno contrario: i fattori patogeni da un lato, le risorse terapeutiche dall'altro. Questa incertezza è in ogni caso già inscritta nella regola di diligenza imposta al sanitario, ancor prima dell'indagine causale.

In situazioni di questo tipo è allora possibile rispondere alla domanda di senso comune che interessa al diritto: se il fattore terapeutico trascurato abbia avuto influenza nell'andamento della patologia, se abbia contribuito a fare in modo che le cose andassero nel modo in cui sono andate. La risposta è chiaramente positiva. Essa si basa sulle conoscenze scientifiche disponibili, è in somma di tipo nomologico, per usare il linguaggio caro a molti giuristi; e conduce ad esprimere un giudizio di attribuzione del fatto nel quale non ha senso interrogarsi sulla certezza del nesso di condizionamento. Infatti, si tratta di un giudizio di valore, di responsabilità, che si colloca in un particolare contesto; quello dell'ordinamento penale che impone ad alcuni soggetti l'obbligo di intervenire per impedire la lesione di beni giuridici non solo quando l'esito sia certo, ma anche in tutte le situazioni nelle quali vi sia una importante possibilità di successo. Lo stesso ordinamento che impone l'obbligo probabilistico, a seguito della sua violazione si trova nella condizione, logicamente necessitata, di attribuire l'evento al soggetto cui quell'obbligo stesso si dirigeva, quando l'idoneità astratta si riscontri nel caso concreto.

Questa visione delle cose conduce chiaramente ad una diversa interpretazione dell'art. 40, capoverso, c.p. La formula di equivalenza del non impedire al cagionare va intesa come espressione di un criterio normativo di equiparazione tra due entità profondamente diverse che sinteticamente chiamiamo causalità commissiva ed omissiva. Tale normativa assimilazione riguarda, propriamente, da un lato le situazioni nelle quali si è in presenza di un dover essere che implica la certezza del risultato e che quindi consentono l'applicazione di un criterio di certezza nell'individuazione del nesso causale; e dall'altro situazioni

nelle quali il dovere cautelare imposto non offre, *ab origine*, certezza del risultato e che, per le ragioni di simmetria che si sono dette, consentono l'approccio probabilistico alla causalità. Insomma, al verbo impedire che compare nella norma occorre attribuire il significato di "compiere le azioni che hanno concreta, significativa possibilità di evitare l'evento, nei limiti segnati dal coefficiente probabilistico che caratterizza l'azione doverosa imposta dalla legge". Questa impostazione reca l'unica possibile risposta alla ben seria obiezione di trasformare la causalità in causabilità, i reati di evento in reati di pericolo. La franca ed onesta risposta è: effettivamente l'imputazione oggettiva qui prospettata è di tipo probabilistico e non condizionalistico. Effettivamente la relazione con l'evento è diversa da quella di necessitazione tratteggiata dal condizionalismo. Tuttavia, tale distinto criterio d'imputazione è l'unico possibile per via delle ontologiche limitazioni ed incertezze che, nella maggior parte dei casi, insidiano il ruolo salvifico dell'azione richiesta al garante. Insomma, l'imputazione oggettiva è probabilistica solo quando non può che essere probabilistica. Si tratta di un criterio imposto dalla logica della simmetria, giacché non ha senso richiedere la dimostrazione del ruolo condizionalistico di una condotta *ab origine* priva, sulla base delle informazioni generalizzanti disponibili, di certa forza risolutiva. Tale approccio, d'altra parte, risponde ad un criterio di valore, quello dell'attribuzione della paternità dell'evento in situazioni fortemente influenzate dalla trascuratezza del garante: un aspetto, quindi del multiforme carattere normativo della causalità omissiva. Proprio tale diversità impone e spiega fino in fondo una norma di "equiparazione" tra entità diverse come l'art. 40, capoverso, che altrimenti sarebbe in fin dei conti inutile.

La configurazione della causalità omissiva sin qui prospettata consente di rispondere alla domanda relativa al coefficiente probabilistico della mancata diminuzione del rischio che può fondare l'imputazione oggettiva dell'evento. Non ha senso definire *a priori* il coefficiente probabilistico, sia pure con le vaghe aggettivazioni del linguaggio giuridico (apprezzabili, serie, concrete, ecc.). In ciascun caso concreto dovrà essere invece imposta la verifica che le condizioni contingenti avrebbero consentito all'azione mancata di esercitare il ruolo salvifico, con le modalità ed i limiti da cui è normalmente, tipicamente caratterizzata la regola di cautela prescritta al garante.

L'ordine di idee sin qui esposto sembra sia lumeggiato da un esempio proposto in letteratura. In un esercizio pubblico si è verificato un incendio che ha cagionato danni a persone e cose. Risulta che il proprietario del locale aveva ommesso di munirlo dei prescritti dispositivi antincendio. Non è sicuro che questi avrebbero permesso di domare l'incendio, né la violenza o le circostanze in cui è scoppiato il fuoco furono ta-

li da rendere certamente inutili i dispositivi antincendio. La sola cosa che si può dire con certezza è che la presenza dei dispositivi avrebbe creato una *chance* non irrilevante di frenare l'incendio, o quantomeno di evitare certi danni. In questi casi di mancata attenuazione del pericolo, non si è in presenza di imprudenze non realizzate e rimaste nell'aria; al contrario, si tratta di imprudenze che hanno effettivamente determinato o non impedito uno sviluppo continuo, secondo note leggi causali, culminato nell'evento dannoso. Non si rinuncia, quindi, alla causalità di fatto, ma si deroga solo al requisito della *condicio sine qua non*⁸³.

Il riferimento alle *chance* di salvezza del bene sembra aiuti a comprendere il problema che si è sin qui posto. Esso è stato collocato nell'ambito di situazioni in cui le *chance* sono proprio tutto ciò che è possibile fare per salvare il bene, in quanto non esiste uno strumento certamente risolutivo. Non agire in violazione di un dovere, in tali situazioni, significa sottrarre alla vittima "tutto" ciò su cui può seriamente contare per la salvezza. Questo "tutto" mancato esprime efficacemente, con forza, l'idea di causalità in un sistema che è ad un tempo di valori e di tutela di beni. Ed il fatto che questa causalità non sia condizionalistica, come si è visto, dipende solo dalla circostanza che nel contesto considerato un discorso in ordine alla verifica della piena evitabilità dell'evento non può proprio esser posto, visto che si è in presenza di obbligo d'agire ontologicamente probabilistico. Qui insomma, occorre ribadirlo, la causalità non è condizionalistica perché non può proprio esserlo.

Sembra che queste riflessioni consentano di rispondere all'obiezione, di cui si è già dato conto, di violare i principi di legalità e tipicità consentendo un'imputazione non causale. La chiave della risposta, si spera sia infine chiaro, è che la causalità non è ontologicamente condizionalistica; e che la causalità non condizionalistica non è eretica quando corrisponde alle ragioni, ai bisogni ed alle conoscenze di un campo dell'esperienza. Questa affermazione sembra risulti maggiormente chiara alla luce del dibattito, di cui si è dato conto all'inizio (cap. I) sull'idea di causa. Va dunque nuovamente rimarcato il grande interesse che presenta per il giurista la riflessione epistemologica che, constatata l'impossibilità di definire ontologicamente l'idea di causa, ne ha evidenziato la dimensione epistemica.

L'idea (ma più che un'idea sembra essere una constatazione) è nata non per caso all'interno del vasto programma di ricerca sulla causalità probabilistica. La concezione classica, deterministica, della causalità implica l'idea di regolarità, invariabilità, necessità. Quando la relazio-

⁸³ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 15 ss.

ne causale non si manifesta in modo immancabile si è in presenza di un deficit di conoscenza: se tutti i fattori causali fossero noti e considerati sarebbe possibile definire una serie di condizioni che rendono costante la congiunzione causale. Questa visione deterministica delle cose si attaglia al mondo della fisica classica, ove è possibile normalmente avere una conoscenza alquanto completa delle cause: si può individuare e controllare anche in forma sperimentale le condizioni rilevanti. Qui l'idea di causalità è matematizzata e si manifesta nella forma più lineare, essendo basata sull'azione di forze e quantità misurabili. Nel mondo della vita e nell'ambito di numerosi contesti scientifici come quello biomedico questo ideale di conoscenza completa e controllabile dei fattori causali è impensabile; e si è piuttosto in presenza di forme più o meno spinte di indeterminismo. Qui, solitamente, la causa non si manifesta in modo immancabile, ma determina solo un incremento delle probabilità: un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con un'alta probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo elemento che annulla il significato causale della relazione probabilistica. Questa enunciazione ha determinato lo sviluppo di teorie probabilistiche della causalità, basate solitamente sul presupposto di un deficit di conoscenza deterministica, oppure sull'esistenza di proprietà disposizionali. Tale composito quadro ha generato riflessioni di vasta portata.

Si è condivisibilmente constatato⁸⁴ che le nozioni causali della fisica classica non definiscono una concezione generale della causalità. Nell'esperienza ordinaria, come nella fisica contemporanea, non è possibile applicare sempre leggi fondamentali per derivare relazioni esatte come quelle che vengono espresse mediante equazioni differenziali. Ciò che riusciamo ad afferrare è una varietà di relazioni parziali, eterogenee. Viene respinta l'idea che l'approccio probabilistico sia solo il frutto di deficit di conoscenze e che le relazioni probabilistiche costituiscano indizi dell'esistenza di qualcos'altro. Non si tratta di presentare evidenza a favore della causalità mediante considerazioni probabilistiche. Il riconoscimento dell'incompletezza delle nostre conoscenze non rimanda necessariamente all'esistenza di ulteriori entità deterministiche non pienamente conoscibili (le cause), poiché la nozione stessa di causa è una nozione epistemica legata, cioè, allo stato delle nostre conoscenze e priva di senso se da queste distaccata. Se la nozione di causa dipende strettamente dal contesto e se ci riferiamo ad un contesto teorico probabilistico, è evidente che la nozione di causa adeguata a tale contesto sarà anch'essa intrinsecamente probabilistica

⁸⁴ SUPPES, *La logica del probabile*, Clueb, 1984, pp. 6 s.; 45 ss.

e che il rinvio a presunte entità del mondo esterno dotate di proprietà diverse da quelle descritte dalla teoria perde ogni giustificazione. Si è quindi negato che le probabilità abbiano un valore puramente strumentale del quale dobbiamo accontentarci, data l'impossibilità di conoscere le vere cause. Da questa negazione non segue tuttavia che le probabilità debbano essere intese come entità che esistono indipendentemente dalla nostra conoscenza e che le cause possano essere ridotte a tale entità. La stessa nozione di probabilità appare infatti dipendere dal contesto di applicazione e questo accredita la legittimità di una pluralità di nozioni.

Queste riflessioni non solo ci scoraggiano dal ricercare un'idea preconstituita od ontologica di causa; ma mostrano l'incongruenza di partire da definizioni rigidamente preconstituite dell'oggetto della ricerca che, tuttavia, si rivelino incompatibili con uno specifico campo d'indagine e con le conoscenze che vi sono disponibili. Occorre piuttosto riconoscere il ruolo epistemico della causalità e definirne quindi i tratti in un modo che sia utile e compatibile rispetto all'angolo visuale dal quale si guardano le cose; e che sia soprattutto coerente con il sistema di informazioni di cui si dispone.

Chiosando queste affermazioni con riferimento al mondo del diritto, si può dire che ciò che noi sappiamo su come un fatto può essere investigato e provato non può non riverberarsi sulla definizione dell'oggetto della prova. Allora, sappiamo che in contesti complessi come quello biomedico si mostrano innumerevoli fattori in azione, che interagiscono tra loro solitamente in modo assai complesso. La complessità è accresciuta dal fatto che, nei reati colposi, noi investighiamo e valutiamo soprattutto componenti omissive della condotta umana. In questo ambito accade che l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il tutto o il nulla, si muove spesso con difficoltà e rischia di non cogliere il senso delle cose. Viceversa⁸⁵, la proprietà di essere causalmente rilevante risulta epistemicamente più fertile, nonché più interessante della proprietà di essere una causa. Essa ammette una gradazione e si adatta a contesti intimamente probabilistici come quello di cui si discute. Una chiave di lettura che pare perfettamente in linea con l'idea della causalità come influenza che si è sopra tratteggiata per l'ambito omissivo; ma che risulta pertinente anche in altri contesti, come quelli della causalità psichica, della causalità nel concorso di persone e nella cooperazione colposa. La straordinaria complessità di tali temi non ne rende possibile neppure un esame sommario. È sufficiente accennare che è opinione diffusa che in tali conte-

⁸⁵ BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 25.

sti la causalità condizionalistica sia spesso improponibile. Si è acutamente osservato che condotte come quelle di istigazione ed agevolazione psichica, distinte da quelle di determinazione, sono accessorie per eccellenza, geneticamente legate alla condotta dell'autore e solo indirettamente alla realizzazione dell'evento. Di fronte a tali categorie "delle due l'una: o si rinuncia in via definitiva a riconoscere l'esistenza di condotte accessorie (dotate di rilevanza causale non condizionale) o si ricercano ulteriori criteri d'indagine causale da affiancare al paradigma condizionalistico, senza timore di violare con questo i basilari principi di materialità e di personalità della responsabilità. È allora indispensabile temperare il vincolo della *condicio sine qua non* per approdare a modelli d'indagine causale che siano elastici ma oggettivamente attendibili"⁸⁶.

Le enunciazioni sopra proposte sull'assenza di un vincolo ontologico preconstituito per la causalità omissiva risultano più persuasive se si considera che neppure la relazione condizionalistica della causalità commissiva ha una base ontologica; ma esprime piuttosto il modo col quale noi accertiamo, nei reati commissivi, la relazione causale. Il carattere euristico e non ontologico del condizionalismo è dimostrato nel modo più diretto dal fatto che il giurista vi rinuncia senza incertezze o scrupoli teorici quando si avvede che esso conduce a risultati che contrastano con le esigenze del diritto: l'ambito della sovradeterminazione causale (cap. II, § 10) mostra in modo molto eloquente tale contingenza. Insomma, il modello condizionalistico è ovvio, banale. Esso evoca l'esercizio della razionalità nell'analisi logica della realtà fenomenica; ci indica un itinerario conoscitivo per evitare errori nelle nostre quotidiane inferenze: se un fattore non ha avuto alcun peso nello sviluppo degli accadimenti, tanto che può essere senz'altro mentalmente eliminato senza che il corso delle cose muti, ciò significa che non ne è la causa. Per questo noi constatiamo frequentemente che nella causalità commissiva il controfattuale non ha un ruolo veramente importante, se il nostro ragionamento esplicativo ha seguito il lume della ragione.

La causalità omissiva è altra cosa. Se pensiamo che noi la accertiamo mediante una predizione emergono con immediatezza tutte le peculiarità, che si sono analiticamente espresse, di tale modello d'inferenza. È ben vero che le predizioni non sono più solo *ars divinatoria*, materia per aruspici e lettrici di fondi di caffè; e che la scienza in qualche caso ci aiuta. Ma tutti sappiamo, se guardiamo le cose con un minimo di disincanto e senza fervore retorico, che le nostre predizioni, anche

⁸⁶ RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007, p. 75 s.

quelle più rigorose, sono spesso, nei complicati casi della nostra vita, non sufficientemente affidabili; che, paradossalmente, esse diventano cosa seria solo dopo che si sono avverate. Difficile pensare che, così stando le cose, noi possiamo seriamente perseguire l'ideale della conoscenza certa. Di più: questo ideale, dal punto di vista normativo che ci interessa, non è neppure appropriato, visto che la causalità omissiva attiene eminentemente al piano dei valori, alla sfera della responsabilità. Senza ripetere cose già dette si vuol solo rimarcare che in questo ambito, in cui noi ci chiediamo fundamentalmente se un agente porti la responsabilità dell'evento per non aver agito, il discorso si pone su un piano di valore; e gli astrusi calcoli su coefficienti probabilistici ed altro che i giuristi (e non solo) si sono pomposamente inventati non sono veramente decisivi. Basti pensare che nelle generalizzazioni statistiche, probabilistiche di cui si è ripetutamente parlato sono compresi casi (per restare al campo della medicina) in cui l'insuccesso della terapia è dovuto ad errore medico o a comportamento inappropriato della vittima. Allora, è lecito chiedersi, visto che si è in presenza di un criterio normativo d'imputazione, se l'agente che abbia mancato di compiere l'azione doverosa possa invocare a proprio favore il coefficiente numerico d'insuccesso dovuto a tali ragioni. Per chi scrive (e forse per qualche lettore) la risposta è no. E questa risposta costituisce – pare – un buon argomento per cogliere in modo molto immediato che la causalità omissiva non è logico-condizionalistica, ma si muove sul piano dei valori e della responsabilità⁸⁷. Il tema sarà ripreso e sviluppato più avanti con considerazioni di carattere epistemico nel contesto della riflessione sull'inferenza predittiva (cap. VI, § 15 s.). Si tenterà di dimostrare con maggiore ampiezza che il controfattuale della causalità omissiva è insidiato da rilevanti fattori d'incertezza; e che ciò contribuisce a determinare lo *standard* probabilistico che può fondare l'imputazione oggettiva dell'evento.

14. *L'incerto confine tra colpa, causalità attiva e causalità omissiva*

Dopo aver concluso l'analisi delle peculiarità della causalità omissiva, occorre infine trattare una delle due questioni problematiche ac-

⁸⁷ Recentemente la tesi del carattere non condizionalistico e dell'autonomia della causalità omissiva è stata prospettata in un lavoro che, sebbene in una cornice dogmatica diversa, propone argomenti ampiamente concidenti con quelli qui esposti: VIGANÒ, *Riflessioni* cit., p. 1681. L'opera è stata pubblicata quando questo libro era già in bozze; sicché non è stato possibile darne conto con la dovuta ampiezza.

cennate all'inizio di questo capitolo: quella della esatta individuazione del confine tra causalità commissiva, causalità omissiva e colpa. Si tratta di riprendere e sviluppare temi già abbozzati (cap. IV, § 14).

Come emerge dall'analisi della giurisprudenza cui si è sopra fatto cenno, la Corte Suprema riconduce sempre la causalità nella responsabilità medica alla sfera della causalità omissiva, anche nei casi in cui il sanitario non tiene una condotta propriamente omissiva. Un analogo orientamento si rinviene, ad esempio, nell'ambito delle patologie derivate dall'esposizione all'amianto: le vittime sono colpite da malattie determinate dalla contaminazione con la sostanza e la condotta solitamente attribuita ai responsabili dell'azienda è attiva, giacché l'esposizione all'agente lesivo è frutto di una determinazione di tipo organizzativo che ha evidentemente rilievo condizionante, giacché se il lavoratore non fosse stato addetto a quella lavorazione l'evento non si sarebbe verificato. Purtuttavia, il problema causale viene impostato in termini di causalità omissiva: ci si chiede, per riscontrare il ruolo condizionalistico della condotta umana, se le cautele omesse avrebbero potuto evitare l'evento dannoso. Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale contrastato dalle Sezioni Unite che, sia pure solo con un fugace accenno, ammoniscono che molti casi che vengono ricondotti alla causalità omissiva sono in realtà situazioni di causalità commissiva.

In parallelo, come si è già visto (cap. IV, § 16 s.), la giurisprudenza tratta molte questioni afferenti all'imputazione oggettiva dell'evento attingendo alla categoria della posizione di garanzia, anche in casi in cui si configura una condotta commissiva.

Da quanto precede discende una constatazione apparentemente sorprendente: sebbene si parli correntemente di causalità commissiva ed omissiva, non è affatto chiaro dove finisca l'una ed inizi l'altra. E non è neppure chiaro, in molti casi, se il giudizio controfattuale che si è chiamati a compiere in ordine all'evitabilità dell'evento attenga alla causalità o alla colpa. Si tratta di una questione fondamentale, mai sufficientemente approfondita in giurisprudenza, ove si riscontra una grande confusione. Il tema, d'altra parte, presenta rilevantissime implicazioni applicative.

Come si è accennato, in molti campi e particolarmente in quello della responsabilità medica ed in quello di attività pericolose poste in essere senza l'osservanza delle doverose cautele si è in presenza, assai spesso, di condotte attive nelle quali – però – assumono un ruolo preminente momenti omissivi, che risultano essere la chiave di volta per la spiegazione degli accadimenti. Ad esempio, il medico ospedaliero si prende cura del malato, non tiene un comportamento veramente omissivo; tuttavia manca di compiere alcune indagini, di formulare una certa diagnosi, di praticare le cure occorrenti per contrastare la pato-

logia in atto. Sono tali aspetti negativi della condotta che ne segnano il disvalore e la rilevanza penale.

In tali situazioni, alcuni autori riconducono il giudizio sulla evitabilità dell'evento per effetto della condotta perita, sviluppato secondo lo schema controfattuale, al tema della colpa. Altri autori e la costante giurisprudenza di legittimità (come si è visto) lo riportano, invece, al nesso di condizionamento. Insomma, quando si discute di evitabilità dell'evento, ci si muove su un incerto terreno nel quale colpa e causalità tendono spesso a confondersi, a sovrapporsi.

Non è facile tentare di tratteggiare l'intricato crocevia nel quale causalità e colpa s'incontrano. Forse un utile punto di partenza può essere costituito dall'analisi dei differenti ragionamenti. Un punto di vista considera causale l'azione del medico che, ad esempio ha erroneamente trapiantato ad un paziente un organo affetto da una neoplasia, determinando la rapida diffusione di tale patologia nel corpo che lo ha ricevuto, oppure il comportamento dell'imprenditore che mette in contatto il lavoratore con le polveri pericolose. Ne discende che il giudizio controfattuale che costituisce il banco di prova della causalità viene attuato sottraendo dagli accadimenti gli indicati comportamenti attivi. Così, il problema causale viene risolto facilmente, attribuendo sicuro rilievo condizionante alla condotta attiva dell'autore del trapianto d'organo e dell'imprenditore. In tale ordine di idee l'interrogativo su ciò che sarebbe accaduto nel caso in cui il medico o l'imprenditore avessero messo in atto le cautele doverose riguarda non la causalità ma la colpa, e segnatamente l'evitabilità dell'evento, cioè l'ambito problematico che viene solitamente visto sotto l'insegna del comportamento alternativo lecito, senza dubbio aperto a valutazioni di tipo probabilistico.

L'altro, opposto ragionamento si disinteressa delle condotte attive e focalizza l'indagine causale sulle condotte omissive che segnano il disvalore del fatto. Allora, nel giudizio controfattuale si collocano le condotte diligenti mancate e, conseguentemente l'interrogativo su ciò che sarebbe accaduto se tali cautele fossero state poste in essere diventa un problema causale, attestato sulla *standard* della certezza.

In particolare, dall'adesione alla dottrina che individua sia nel dolo che nella colpa la violazione di una regola di diligenza (*amplius*, cap. III, § 2), si è tratta la conclusione che le sole condotte causali suscettibili di rilievo penalistico sono quelle implicanti il mancato rispetto di tale regola di diligenza: le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli artt. 40 e 43 c.p., l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare, non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, dunque, coincidono. La condotta causalmente significativa deve rappresentare, in

qualsiasi illecito penale, la violazione di una regola di diligenza: per potersi parlare di condizione necessaria, va escluso che l'evento potesse comunque determinarsi, a parità di condizioni, pure nel caso in cui la regola suddetta non fosse stata trasgredita⁸⁸.

In presenza di una condotta commissiva, naturalisticamente causale, aver accertato la causalità dell'azione significa aver provato l'evitabilità dell'evento: appare inutile interrogarsi sull'evitabilità dell'evento, non perché questo requisito non risulti necessario a fini causali, bensì perché esso viene assorbito nella prova della causalità relativa al comportamento naturalistico dell'agente⁸⁹.

In tutti gli altri casi, nei quali si è in presenza di una condotta che si sarebbe dovuta tenere ma non c'è stata, la prova della causalità esige di operare un giudizio ipotetico controfattuale riferito alla condotta mancata⁹⁰ e concernente la sua capacità d'impedire l'evento. Tale constatazione vale a dimostrare che reato omissivo e reato attivo non costituiscono forme separate di costruzione della fattispecie penale. Lo si può evincere confrontando il modello omissivo improprio con le fattispecie di azione colpose. Tra reato commissivo per omissione e reato attivo a colpa generica non vi è differenza. Nel primo si riscontra la violazione di un dovere di intervenire, non diversamente da ciò che accade nel reato attivo colposo, ove il comando è di adottare le cautele necessarie onde non consentire il verificarsi dell'evento⁹¹.

Su tali basi viene criticata la dottrina che, nei reati colposi, individua una relazione causale di tipo attivo nei casi in cui il mancato rispetto di un dovere si instauri su una condotta di base lecita, la quale sia stata senza dubbio *condicio sine qua non*. Tale soluzione viene criticata dal punto di vista logico e da quello politico-criminale. Dal punto di vista logico, in quanto ciò che rileva ai fini penalistici è l'aver violato con il proprio agire regole di diligenza, per cui la causalità penalmente significativa, da accertarsi con un livello di credibilità razionale prossimo alla certezza, non può che essere quella concernente gli aspetti antidoverosi di un certo iter comportamentale⁹². Dal punto di vista criminologico, la tesi criticata, collocando il problema dell'evitabilità dell'evento fuori dell'ambito causale, consente l'imputazione del fatto anche in casi in cui l'errore terapeutico del medico abbia aumentato la probabilità di produzione dell'evento in misura limitata, anche

⁸⁸ EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1061.

⁸⁹ EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1061.

⁹⁰ EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1062.

⁹¹ EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1064 ss.

⁹² EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1063.

solo del 30%: soluzione inaccettabile perché ispirata a criteri di prevenzione generale⁹³.

Nello stesso senso si è affermato che la colposità della condotta rimane di per sé sul piano contenutistico sempre la medesima, sia essa commissiva o omissiva; né la diversa collocazione sistematica che alla inosservanza della norma cautelare venga assegnata (nel recinto della colpevolezza o in quello del fatto e della causalità) vale a modificarne i connotati e dunque lo statuto del loro accertamento. La mera causalità materiale non costituisce il disvalore principale e come tale bisognoso, esso solo, di un accertamento processuale rigoroso in termini di alta credibilità razionale. Se il disvalore principale è la colpa causatrice dell'evento, la causalità della colpa dovrebbe pretendere un accertamento processuale almeno altrettanto rigoroso sia nel reato commissivo che in quello omissivo⁹⁴.

La varietà delle posizioni espresse e delle implicazioni sottese suggerisce di tentare qualche approfondimento. Se si considera che l'evitabilità dell'evento costituisce uno dei tratti fondanti dell'imputazione colposa, risulta evidente la forte connessione esistente in molti casi tra le problematiche sulla colpa e quelle sull'imputazione causale. In particolare, si ritiene unanimemente che l'imputazione colposa sarebbe ingiusta nel caso in cui l'evento si sarebbe verificato anche se fosse stata tenuta la condotta prescritta dalla regola cautelare, se cioè fosse stato posto in essere il comportamento alternativo lecito. La dottrina che colloca tale problematica nell'ambito della colpa ritiene che essa attenga non già al piano dell'imputazione oggettiva, bensì a quello dell'imputazione per colpa; riguardando la questione della valutazione da parte dell'ordinamento di un evento che è pur sempre "opera" dell'agente, ma di cui è discussa la ascrivibilità a colpa, attesa la sua certa, probabile o possibile verifica (secondo l'articolata gamma di posizioni che la dottrina registra al riguardo) anche a seguito di una condotta valutata *ex ante* come conforme al dovere⁹⁵. In tale ambito ciò che viene passato al vaglio è il modello di prevenzione inerente alla regola cautelare; e dunque l'attitudine della condotta cautelare prescritta a evitare o ridurre il rischio dell'evento. Si intende in sostanza scontare le ipotesi nelle quali la corrispondenza dell'accadimento concreto al modello di previsione proprio della regola di diligenza non ha assicurato anche il successo del modello di prevenzione che questa esprime⁹⁶.

⁹³ EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., p. 1067 ss.

⁹⁴ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento*, cit., p. 1290 ss.

⁹⁵ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 660, nt. 3.

⁹⁶ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 663.

Si tratta di indirizzo sostenuto dall'esigenza di assicurare la particolarizzazione della colpa: un evento che si sarebbe verificato ugualmente anche in caso di condotta diligente difficilmente potrebbe configurarsi quale realizzazione piena della colpa⁹⁷. Una piena imputazione per colpa esige che si accerti se l'osservanza della regola di diligenza violata sarebbe valsa ad evitarne l'ingresso; essendo compatibile solo con la logica del *versari* il mero accertamento della violazione di una regola di diligenza irrilevante ai fini dell'impedimento dell'evento⁹⁸. Occorre, dunque, che il modello di prevenzione insito nella regola di diligenza sia posto a confronto con le particolarità dell'accadimento concreto. Occorre cioè verificare la tendenziale evitabilità della lesione del bene⁹⁹.

La verifica sulla evitabilità, si sostiene, implica un giudizio ipotetico che riguarda la condotta conforme al dovere di diligenza. Ed il rilievo per cui oggetto del giudizio ipotetico non è un fatto fisico, osservabile nella realtà naturalistica, bensì un fatto costruito in termini normativi, vale a sospingere più marcatamente la questione dalla sfera della causalità a quella dell'imputazione normativa per colpa¹⁰⁰.

Distinta questione è quella concernente il sostegno probabilistico da cui il giudizio ipotetico in questione deve essere corroborato per fondare l'imputazione per colpa. Vi è in proposito un'ampia varietà di opinioni sulle quali non interessa qui addentrarsi. Infatti, ciò che conta maggiormente è che in tali prospettazioni la dottrina dell'aumento del rischio funge da ulteriore delimitazione della responsabilità, che si pone sul terreno dell'imputazione colposa ed implica che sia stato già risolto il problema dell'imputazione causale¹⁰¹.

La collocazione nell'ambito della colpa dell'indagine sull'evitabilità dell'evento attribuisce, con ragione e senza difficoltà, rilievo ad enunciati probabilistici. L'evitabilità si configura allorché, a seguito del giudizio di eliminazione mentale, vi sono probabilità che l'evento sarebbe venuto meno; probabilità che, a seconda delle diverse ricostruzioni, vengono definite tendenziali, serie, concrete, apprezzabili, ecc. Si è quindi ben lontani dalle problematiche riguardanti la certezza, proprie di un connotato obiettivo dell'illecito quale il nesso causale tra condotta ed evento.

Da quanto precede emerge che, come si è accennato, il dibattito teorico cui si è fatto un sommario cenno ha rilevanti implicazioni pra-

⁹⁷ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 668.

⁹⁸ MARINUCCI, *Il reato come azione*, Giuffrè, 1970, p. 163.

⁹⁹ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 670.

¹⁰⁰ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 677.

¹⁰¹ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 525, 697 ss.

tiche. Non è senza conseguenze collocare sul piano dell'imputazione obiettiva o, invece, della colpa l'indagine sull'efficacia del comportamento alternativo lecito e cioè sull'evitabilità dell'evento: è infatti in gioco la possibilità di far ricorso a giudizi probabilistici.

È chiaro, allora, che condurre l'indagine controfattuale sul terreno della colpa implica sul piano applicativo apprezzabili "vantaggi", semplificando enormemente l'indagine. Purtroppo, però, il problema non è per nulla definitivamente risolto. Infatti, è ovvio che per collocarsi sul terreno della colpa e della rilevanza del comportamento alternativo lecito occorre che sia stato preliminarmente risolto il problema dell'imputazione causale. E mentre nell'ambito delle condotte attive il problema causale tende a collocarsi su un piano distinto, in quello delle condotte omissive tende invece ad identificarsi con quello dell'evitabilità dell'evento per effetto del comportamento alternativo lecito: causalità e colpa si sovrappongono.

Qui, occorre riconoscerlo, il discorso si complica. Il complesso intreccio di questioni è stato analizzato con grande dettaglio in un importante saggio, ponendo in luce la differenza tra condotte commissive colpose, condotte realmente omissive, condotte commissive con componenti negative del fatto; e proponendo soluzioni differenziate per ciascuna di esse.

Quanto alle condotte commissive colpose, è stata proposta la necessità di differenziare tra causalità della condotta reale e causalità della colpa. Se la condotta ha comunque determinato l'evento *hic et nunc* (ad esempio l'incidente è stato cagionato dalla condotta di guida di Tizio, la morte è conseguita all'operazione chirurgica, ecc.) l'imputazione dell'evento avviene a prescindere dalla certezza che la condotta osservante sarebbe stata salvifica per il bene protetto. Per l'imputazione dell'evento a titolo di colpa è sufficiente che la condotta inosservante abbia aumentato le probabilità della lesione. È sufficiente, cioè, che la condotta osservante avesse qualche probabilità, qualche apprezzabile e non irrisoria probabilità di salvare il bene. Si è dunque nell'ambito di una problematica interna al fatto tipico colposo, alla colpa come elemento di tipicità, anziché alla causalità oggettiva tra condotta ed evento¹⁰².

Nei casi di condotta realmente omissiva colposa *l'aliud facere*, la condotta naturalistica reale non ha spiegato cinematicamente conseguenze rilevanti sul piano penale, mentre ha avuto conseguenze l'omissione reale. Orbene, mentre nelle condotte commissive colpose l'evento è at-

¹⁰² DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 41 ss. Il tema è ampiamente ripreso ed ulteriormente sviluppato in ID., voce *Imputazione oggettiva*, cit.

tribuibile come fatto proprio anche se non vi sia completa certezza della sua evitabilità, nelle ipotesi di vera omissione non è possibile attribuire al soggetto come fatto proprio il decorso causale effettivo, se non ricostruendolo come omissione e quindi attraverso il suo ipotetico comportamento alternativo lecito: c'è una sola condotta illecita che si definisce come tale in virtù di un giudizio controfattuale. Pertanto, qualora consti che la condotta doverosa avrebbe avuto significative probabilità salvifiche, si ha un aumento del rischio a fronte del dubbio sulla causazione. Insomma, il dubbio sull'evitabilità è nello stesso tempo un'incertezza sull'attribuibilità dell'evento come fatto causalmente proprio¹⁰³.

Anche in ipotesi di sicura *culpa in agendo* accade che l'accertamento della causalità della condotta *ex art. 40* si converta subito in accertamento della causalità della colpa: ciò perché la rilevanza giuridica della spiegazione causale si incentra su condizioni negative, cioè su comportamenti impeditivi che non ci sono stati (una esecuzione perita, l'impiego di una certa misura preventiva). In queste ipotesi, come nell'omissione vera e propria, il dubbio sulla causalità della colpa è al contempo un dubbio su un momento giuridicamente decisivo della causalità naturalistica: se pure tale causalità vi è stata, perché comunque Tizio è morto a seguito dell'operazione, ciononostante la rilevanza giuridica di quel condizionamento trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa rappresentata dalla mancata attivazione della misura cautelare e della sua rilevanza causale rispetto all'evento storico: "la rilevanza giuridica della spiegazione causale si incentra su condizioni negative, cioè su comportamenti impeditivi che non ci sono stati (un'esecuzione perita, l'impiego di una certa misura preventiva, ecc.)". Anche in questi casi il dubbio sulla causalità della colpa, se non è un dubbio sulla causalità naturalistica della condotta reale, è tuttavia, nello stesso tempo, un dubbio sulla rilevanza giuridica del condizionamento causale: ciò che spiega perché la giurisprudenza "confonda" spesso causalità della colpa e causalità della condotta¹⁰⁴.

Esistono, insomma, ipotesi sicuramente colpose e commissive nelle quali l'accertamento eziologico non diverge da quello che si avrebbe qualificando come omissiva la condotta tipica. È, ad esempio, il caso del trattamento inadeguato del sanitario con paziente affetto da tetano, mandato a casa con semplice prescrizione di un tranquillante, quando la terapia con siero antitetanico avrebbe avuto discrete ma

¹⁰³ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 44.

¹⁰⁴ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 45.

non altissime probabilità di evitare l'evento. Si tratta di un tipico caso di *culpa in agendo* perché non ricorre alcun omissivo impedimento dell'evento. Il sanitario non ha violato un comando penale, bensì solo un divieto: il divieto di cagionare lesioni o morte con negligenza, imprudenza, imperizia. Sono situazioni in cui emerge il momento omissivo della colpa. La tendenza a considerare omissive le condotte in questione non è stravagante. Essa dipende dal fatto che il sanitario compie comportamenti per loro natura impeditivi rispetto ad eventi dannosi. Chi sbaglia cure è in colpa e sul piano causale pone condizioni positive dell'evento lesivo; e ad un tempo non attiva condizioni negative; cioè condizioni la cui assenza è concausa, in senso giuridico, dell'evento. La sua azione è quindi condizione dell'evento non solo perché lo condiziona storicamente quanto meno accelerando i tempi del processo, ma anche perché non attiva condizioni negative (impeditive) dello stesso, e anzi proprio per questo il condizionamento è giuridicamente assai più interessante. È quindi vero che la rilevanza giuridica di questa condizione discende dalla circostanza che (per restare all'esempio) si tratta di un medico, ed è perciò dipendente dall'esistenza di doveri di cura e tutela, nonché da obblighi cautelari. Dunque, in molti casi di reati commissivi colposi, colpa e causalità si sovrappongono. Ogni decorso causale mette in gioco numerose condizioni di un evento. Sono condizioni positive quelle la cui presenza determina l'evento; sono condizioni negative quelle che impediscono l'evento e perciò la cui assenza determina l'evento stesso. Orbene, la caratteristica di queste condizioni è che, se pur definiamo causale e altresì attiva la condotta del sanitario, nondimeno occorrerà accertare il nesso di condizionamento esattamente come se si trattasse di una vera omissione: ciò discende dal fatto che nella spiegazione il punto di vista del diritto, la sua valutazione rende decisiva la presenza o l'assenza di condizioni negative; e quindi è necessario che ad ogni livello (dove causalità e colpa si trovano teleologicamente confuse) si richieda un accertamento ipotetico con probabilità tanto più confinante con la certezza, quanto meno significativo è il condizionamento attivo. Ciò perché, nell'ipotesi di condizioni negative, l'accertamento del decorso ipotetico ha un valore costitutivo rispetto alla verifica della causalità¹⁰⁵.

Tale elaborazione implica, sul piano applicativo, la necessità di rigorosamente differenziare tra la causazione in senso stretto e il problema del dubbio sulle evitabilità dell'evento in caso di comportamento lecito, allorché già consti, tuttavia, la causazione effettiva dell'even-

¹⁰⁵ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 55 ss.

to da parte della condotta illecita a prescindere dal suo essere o meno colposa. In caso di accertamento della causazione *ex art. 40* si deve fare applicazione delle formule della alta credibilità razionale o probabilità confinante con la certezza processuale, relativa non già alla salvezza del bene in senso assoluto, ma al verificarsi comunque della lesione in tempi e modi peggiorativi per effetto della condotta storica.

Viceversa, in caso di accertamento del comportamento alternativo lecito, l'evitabilità è rilevante ai sensi dell'art. 43 c.p. ma, in presenza di sicura, già accertata relazione causale tra la condotta inosservante e l'evento, l'indagine controfattuale ammette valutazioni molto più probabilistiche. Infatti, l'evitabilità ai sensi dell'art. 43, non essendo la causalità ai sensi dell'art. 40, significa rilevante probabilità di evitare un evento certamente cagionato. Il cosiddetto aumento del rischio, in questi casi, seleziona ulteriormente la responsabilità a fronte di una condotta sicuramente colposa, sicuramente causale, e accerta la effettiva evitabilità dell'evento, che non significa dunque certezza di evitarlo, ma apprezzabile, buona, effettiva probabilità¹⁰⁶. Il nesso tra colpa ed evento non può essere occasionale o ancorato ad una probabilità modesta; e si configura davvero solo quando l'evitabilità è superiore al 50%. Si assicura così un equo bilanciamento tra disvalore d'azione e disvalore d'evento¹⁰⁷.

Tale dottrina configura espressamente i casi di asbestosi o di mesotelioma derivanti dall'esposizione incontrollata all'amianto come tipici della causalità attiva¹⁰⁸: si tratta di una situazione riconducibile all'archetipo dell'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane. Essa ritiene che la tendenza della giurisprudenza a considerare tali evenienze, al pari di quelle della causalità medica, come casi di causalità omissiva sia frutto della tentazione, generatasi nell'ambito della responsabilità nella professione medica ma estesasi ad altri contesti, di pervenire più agevolmente alla dimostrazione del nesso causale ricorrendo a valutazioni probabilistiche tradizionalmente ammesse nell'ambito della causalità omissiva.

La dottrina in questione indica all'interprete un itinerario concreto che, in determinati contesti, quelli caratterizzati da una condotta attiva "causale", semplificano l'indagine controfattuale, collocandola nell'ambito della colpa e segnatamente delle probabilità salviche del comportamento alternativo lecito. Essa, d'altra parte, costituisce uno sforzo rigoroso per analizzare ed ordinare la complessa e spesso confusa

¹⁰⁶ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 76 ss.

¹⁰⁷ DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit.

¹⁰⁸ DONINI, *La causalità omissiva*, cit., pp. 67, 79.

materia. Da tale dottrina sembra di poter trarre, in sintesi estrema, l'indicazione che nei casi dubbi, occorre collocarsi nell'ambito della causalità omissiva quando la spiegazione causale, dal punto di vista del diritto penale, s'incentra sulla condotta mancata. Cioè quando i tratti omissivi della condotta (la mancata diagnosi, la mancata adozione di una terapia) ne costituiscono l'aspetto più significativo ai fini della spiegazione dell'evento.

Da quanto sin qui esposto emerge che un ruolo decisivo o comunque assai rilevante per la soluzione dell'intricata questione di cui si discute assume l'individuazione del confine tra causalità commissiva ed omissiva, particolarmente nelle situazioni più intricate nelle quali, come si è accennato, figurano nella complessiva condotta sia azioni che omissioni.

Il tema è stato ripreso in dottrina, sull'onda dei dubbi in ordine all'accertamento della causalità omissiva lasciati aperti dalla sentenza delle Sezioni Unite. Si è osservato che la giurisprudenza maggioritaria che qualifica sempre in termini omissivi la relazione eziologica, tanto nel campo dell'esposizione a sostanze tossiche che in quello medico, confonde il concetto di omissione causale ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. con la naturale componente omissiva propria di ogni condotta colposa. L'erroneità dell'indirizzo emerge con evidenza – si afferma – nell'ambito dell'esposizione a tossici. Ritenerne omissiva la responsabilità dell'imprenditore perché ha ommesso di adottare le cautele per ridurre entro i limiti consentiti il contatto dei lavoratori con la sostanza pericolosa, significa dimenticare la previa condotta positiva dell'imputato, che ha predisposto la struttura produttiva al cui interno è avvenuta l'esposizione della vittima all'agente tossico. In breve, si ha sempre causalità commissiva nell'ambito di attività pericolose come quella industriale o della circolazione stradale¹⁰⁹.

La situazione della responsabilità medica, si afferma ancora, è invece più complessa. Qui la presenza di una condotta attiva non basta per definire in termini commissivi la responsabilità, perché in molti casi il *facere* del sanitario non si è inserito nel decorso eziologico. Non è la presenza di un'azione positiva a connotare in termini commissivi la relazione causale, in quanto il vero discrimine tra responsabilità commissiva ed omissiva è che in ambito omissivo l'imputato si limita a non impedire un decorso causale già in atto, mentre in ambito commissivo introduce nel concreto svolgersi dei fatti un fattore positivo di rischio, del quale occorre vagliare il ruolo eziologico. In assenza di ta-

¹⁰⁹ MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 499.

le elemento positivo, l'imputazione dell'evento sarà sempre a titolo omissivo, anche nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un contegno attivo. È insomma la creazione, il contributo alla creazione o l'incremento del rischio che definisce la condotta attiva del garante ¹¹⁰.

Come si vede, il tema è intricato ed è difficile far quadrare le sue sfaccettature. Esso diventa ancor più problematico nelle situazioni complesse della prassi, nelle quali la condotta si protrae, è articolata e presenta diverse componenti di segno sia commissivo che omissivo. Partendo dal piano applicativo, va perseguita l'esigenza di conseguire risultati omogenei ed equi. Infatti, in presenza di un comportamento radicalmente omissivo (il medico ospedaliero che resta a casa invece di accorrere per un intervento urgente), difettando la causalità materiale, fisica, l'imputazione secondo lo schema delle condotte omissive richiede che sia dimostrata la certa forza condizionante dell'azione mancata. Invece tale certezza non è sempre richiesta in presenza di condizioni attive, cioè di un intervento sanitario comunque posto in essere. Tale distinzione rischia di penalizzare il sanitario che abbia comunque compiuto un intervento rischioso e dagli incerti esiti; e favorisce al contrario chi abbia preferito la pura omissione. D'altra parte, ponendosi sul piano dei valori, occorre rilevare che in ambito medico (e non solo) l'omissione è assai spesso espressione di disinteresse per i valori costituzionali della vita e della solidarietà personale che orientano il controllo sociale e giudiziario nei confronti della professione. Sotto il profilo della prevenzione, poi, vi è il timore che venga incoraggiato il medico ad evitare interventi difficili che potrebbero comportare l'addebito non solo di errori, ma anche di esiti negativi in qualunque modo connessi alla pratica medica. Ancora, in situazioni in cui è mancato un intervento medico che è intrinsecamente gravato (indipendentemente dalla perizia nella sua esecuzione) di una qualche possibilità d'insuccesso, non appare del tutto coerente la pretesa della dimostrazione, *a posteriori*, della certezza dell'effetto salvifico.

Sul piano teorico, poi, pare di poter affermare, dopo una sofferta riflessione personale, che la dottrina che afferma l'identità delle nozioni legali di causalità cui fanno riferimento gli artt. 40 e 43 c.p. è eccessivamente radicale; anche se prospetta un problema assai delicato, quello di collocare l'indagine causale nella sua corretta cornice, interrogandosi sul ruolo eziologico dei tratti della condotta umana che hanno

¹¹⁰ MASERA, *Il modello causale*, cit., p. 500; VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003, p. 46 s.; ID., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1972.

assunto reale significato nello sviluppo degli accadimenti. È proprio questo il punto cruciale: ciò che rileva ai fini dell'indagine causale è la parte della condotta che ne esprime il disvalore e che spiega i fatti nell'ottica del rimprovero cui il diritto penale s'interessa. È proprio tale dato di valore che deve costituire il principale fattore guida per distinguere tra causalità commissiva ed omissiva. Se ci si attiene a tale criterio pare che in ambiti come quello della responsabilità medica raramente l'evento possa essere spiegato in termini di causalità attiva: per esemplificare, nel caso prima esposto del paziente affetto da tetano non pare che si possa parlare di *culpa in agendo*. Infatti, nella maggior parte dei casi, non è l'intervento in sé che ha determinato l'evento, ma la mancata attivazione di misure salvifiche. Il paziente, di solito, soccombe non perché è stato sottoposto ad intervento sanitario, ma perché la patologia da cui era affetto è stata fronteggiata malamente. Allora, attribuire rilievo causale all'intervento in sé appare quasi sempre in qualche modo artificioso. Per contro, la considerazione dei profili omissivi sembra in armonia con lo stesso senso della colpa. Essa, tranne i casi in cui sia violata una regola di astensione dalla condotta, consiste sempre (in forma più o meno marcata) in un valore negativo, nel mancato compimento di qualcosa che è era richiesto e dunque, al fondo, in un'omissione. Tale orientamento in senso omissivo e normativo della colpa sembra debba essere tenuto presente già nell'ambito dell'imputazione causale. Allora, per valutare l'efficienza causale di una cautela omessa, occorre verificare che essa avesse attitudine ad evitare l'evento: nella simulazione controfattuale va posta non la condotta attiva (che non interessa sostanzialmente alla valutazione giuridica) bensì quella omessa.

Occorre tuttavia chiedersi se tale approccio, che valorizza il rilievo causale del momento omissivo della colpa, possa consentire di prescindere sempre e comunque dall'aspetto attivo, fenomenico, della condotta posta in essere dall'agente. Pare che la risposta debba essere cautamente negativa; e che, quindi, il modello della causalità attiva non debba essere escluso in radice. Esso appare applicabile nel contesto della professione medica solo quando il comportamento positivo del sanitario assuma una sicura rilevanza eziologica, come ad esempio nel caso in cui il chirurgo, nel corso dell'atto operatorio, recida erroneamente un vaso determinando un'emorragia letale; o in quello già prospettato del trapianto di organo affetto da patologia tumorale. In tali casi, l'azione costituisce esattamente l'oggetto del rimprovero colposo. Tale modello, invece, non è applicabile alle situazioni cui si è già fatto cenno, nelle quali il medico non manca di agire, compiendo azioni che però sono più o meno irrilevanti ai fini della spiegazione dell'evento; mentre decisiva risulta la mancata adozione di misure tera-

peutiche appropriate: in tale caso il momento omissivo della colpa risulta decisivo ai fini della spiegazione causale.

Più lineare si presenta, invece, l'applicabilità del modello causale attivo all'altro ambito tipicamente problematico, quello delle patologie da sostanze dannose. Qui, pare, l'azione (l'organizzazione aziendale e l'utilizzazione del personale in compiti che implicano il contatto con le materie nocive) appare rilevante e distinta da quella omissiva, oggetto della colpa (il mancato approntamento di misure atte a minimizzare l'entità delle polveri inalate). È quindi possibile parlare di causalità commissiva. Il tema sarà ripreso nell'ultimo capitolo dedicato, appunto, alla ricostruzione del nesso causale nell'esposizione a sostanze nocive.

CAPITOLO VI

L'INFERENZA CAUSALE

SOMMARIO: *Sezione I. IL METODO DELL'INDAGINE ED IL RAGIONAMENTO ESPLICATIVO.* – 1. Il metodo dell'indagine causale. – 2. Causalità generale e sapere probabilistico. – 3. Causalità singolare. – 4. I ragionamenti causali. – 5. Il modello nomologico-deduttivo ed i suoi limiti. – 6. Il ragionamento esplicativo. – 7. Induzione ed abduzione. – 8. Probabilità logica e credibilità razionale. – 9. La corroborazione dell'ipotesi: il criticismo falsificazionista. – 9.1. Il modello ipotetico-deduttivo nel pensiero di K. Popper. – 10. Il modello ipotetico-deduttivo ed il sapere esperienziale. – 11. I riflessi del criticismo falsificazionista nell'esperienza giuridica. – 12. Considerazioni di sintesi sul ragionamento esplicativo. – 13. Le incertezze della scienza e la risoluzione di problemi causali nuovi. – 14. La legge scientifica e la norma penale. – *Sezione II. IL RAGIONAMENTO PREDITTIVO.* – 15. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva. – 16. Le difficoltà dell'indagine alla prova dell'esperienza. – *Sezione III. L'INFERENZA CAUSALE IN AMBITO CIVILE.* – 17. Diritto civile e diritto penale: due modelli d'indagine. – 18. Un breve confronto.

Sezione I

IL METODO DELL'INDAGINE ED IL RAGIONAMENTO ESPLICATIVO

1. Il metodo dell'indagine causale

Si è avuto sin qui occasione di accennare ripetutamente alla parte centrale che le inferenze causali rivestono nella ricostruzione del fatto; ed all'importanza della questione del metodo dell'indagine. Si tratta di tema assai complesso, che ha rilevanti implicazioni teoriche ed applicative. Chi si occupa dell'argomento con consapevolezza avverte il timore di proporre astruse dissertazioni, innaturali arzigogoli lontani dalla cultura e dal talento di quanti (il giudice e non solo) di tali concettualizzazioni sono chiamati a far uso. Il fatto è che non di rado l'indagine si avvale del contributo di informazioni scientifiche; e questo da un lato mette in crisi il naturale, istintivo modo di procedere dell'inferenza fattuale e dall'altro introduce ad ambiti teorici estranei alla

cultura giuridica tradizionale. Nonostante questa difficoltà, di metodo dell'inferenza causale non si può fare a meno di parlare, con la speranza di un attingimento che risulti, infine, sufficientemente chiaro.

Per governare questa complessità occorre tuttavia rifuggire dall'idea che la soluzione dei problemi possa giungere dall'adesione acritica a qualche opinione autorevole, magari espressa in modo complicato ed oscuro, che rivendica un'autorità dogmatica che non ammette discussioni critiche. In realtà il giudice ha gli strumenti per giungere a governare con rigorosa indipendenza di pensiero questa complessità. Occorre infatti considerare che la prassi impone continuamente l'accertamento di fatti e quindi di relazioni causali. L'inferenza viene compiuta con un atteggiamento riflessivo che si affina con l'esperienza, ma resta pur sempre immediato: con rovello tutto istintivo si tenta di comporre in un'ipotesi coerente le emergenze probatorie. Tutto ciò accade non senza intensità ma in modo estremamente semplice, naturale. Questa naturalezza è espressione dell'attitudine della mente umana a cimentarsi in modo razionale con la soluzione di problemi.

Tutto ciò non è sorprendente. Infatti, pare che qualcosa di molto simile accada nell'ambito della ricerca scientifica, ove le esigenze di razionalità s'impongono con forza: la maggior parte di coloro che si dedicano alla ricerca non riceve alcuna specifica istruzione sul metodo scientifico e coloro che tale istruzione hanno ricevuto non raggiungono risultati scientifici migliori degli altri. Né si può dire che lo scienziato impari per apprendistato, studiando i lavori degli altri, perché se c'è qualcosa che non descrive o descrive assai male i procedimenti di pensiero che conducono alle scoperte scientifiche sono proprio le pubblicazioni e gli articoli scientifici. In effetti lo scienziato non ha coscienza di operare secondo un metodo; e quando gli accade di avere più o meno successo nell'operazione in cui è impegnato, egli l'attribuisce alla maggiore o minore fortuna, o al sapere, o alla percettività o al fiuto, mai all'uso più o meno buono di una metodologia formale. Naturalmente, il fatto che gli scienziati non hanno coscienza di praticare una metodologia formale non prova che tale metodologia non esista. Si può dire che esiste una precisa metodologia della scienza che lo scienziato comprende intuitivamente e pratica senza accorgersene¹.

D'altra parte, è stato osservato² che la prassi giudiziale ha un suo preciso ordine interno, consolidati meccanismi di funzionamento, ed è guidata da un sofisticato sistema di regole; e che, proprio per queste

¹ MEDAWAR, *Induzione e intuizione nel pensiero scientifico*, Armando, 1974, p. 31.

² VILLA, *Teorie delle scienze giuridiche e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè, 1984, p. 217 s.

sue caratteristiche, ha suscitato l'interesse dei filosofi della scienza, alla ricerca di nuovi modelli di razionalità in sostituzione di quello rappresentato dalla logica formale, nella consapevolezza che anche gli scienziati si trovano talvolta davanti a scelte (soprattutto nel caso in cui hanno di fronte più teorie in competizione) che sovente non possono essere sorrette solo da motivazioni di carattere strettamente logico o empirico. In tali casi, la preferenza razionale per una teoria presenta qualche analogia con le decisioni giudiziarie che difficilmente hanno il carattere della cogenza logica, fondandosi piuttosto su criteri di ragionevolezza e persuasività molto più deboli.

Dunque, non vi è ragione di nutrire soverchi dubbi sulla capacità di governare l'approccio all'inferenza fattuale, anche quando sono in gioco complesse questioni scientifiche. Ciò, tuttavia, non significa che nelle scienze come nella giurisprudenza non siano utili la riflessione metodologica e l'affinamento dell'attitudine alla razionale soluzione di problemi conoscitivi. Al contrario. Nonostante sia tramontato da tempo l'ambizioso ideale di un unico modello metodologico tratto dalle scienze fisiche, capace di imporsi in tutti gli ambiti di ricerca e di garantirne la scientificità, resta pur sempre viva un'esigenza che potrebbe genericamente definirsi di fondazione del sapere scientifico. E si impone, così, all'interno di ogni indagine che voglia dirsi scientifica, un'esigenza metateorica³. Un atteggiamento autoriflessivo e metateorico appare particolarmente necessario per il diritto penale, che ambisce ad essere scienza dell'attribuzione all'uomo della paternità di eventi e che, quindi, spesso si confronta con parole inquietanti come verità, certezza, responsabilità. Un lavoro senz'altro da compiere anche per tentare di sfuggire all'accusa, invero non priva di qualche valore, di "inattendibile realismo *naïf*" attribuita alla giurisprudenza acriticamente radicata nel senso comune⁴.

³ Per una efficace sintesi dei diversi approcci all'epistemologia scientifica FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, 2007, p. 3 ss. L'Autore individua tre fondamentali modi di concepire l'epistemologia. Quello della tradizione classica, che insiste sulla natura prescrittiva, fondazionale della disciplina: la ricerca di canoni per separare gli asserti validi da quelli invalidi. Vi è diffusa consapevolezza, si osserva, che un tale metodo semplicemente non esiste. L'opposta concezione, che nasce dal fallimento dell'epistemologia come impresa fondazionale, la configura come scienza descrittiva che verte sul soggetto e sui suoi processi conoscitivi: l'epistemologia diventa un capitolo della psicologia. La terza concezione, ragionevole compromesso, riconosciuta la fallibilità di ogni metodo, modera le sue pretese: studia e definisce le procedure di controllo, di giustificazione delle teorie, commisurando la pretesa di conoscenza di ciascun settore al tipo di persuasività e di fondatezza che è lecito esigere in quel campo.

⁴ L'espressione è di TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 41.

Si tratta allora di uscire per un momento dalla prassi, e di parlare di metodo, alla ricerca dei tratti di rigore ed oggettività che costituiscono le condizioni di scientificità di una disciplina scientifica⁵. Con l'avvertenza che, occorre ribadirlo, non vi sono soluzioni precostituite che debbano essere accettate ed attuate acriticamente perché dotate di autorità, ma solo opinioni con le quali è utile confrontarsi per governare con consapevolezza temi e problemi complessi.

Il tema del metodo, a ben vedere, si muove attorno a due momenti topici, che nella moderna epistemologia caratterizzano ciascuna disciplina scientifica: l'oggetto, i predicati dell'indagine da un lato ed i criteri operativi standardizzati della ricerca dall'altro. Si tratta, allora, di partire dall'oggetto dell'indagine che contrassegna il punto di vista da cui ciascuna disciplina guarda la realtà. L'oggetto viene denominato causalità. Si è già accennato all'inizio che non esiste una nozione universale ed ontologica di causa; che, al fondo, parlare di causalità significa spiegare un accadimento; e che il tipo di spiegazione dipende dal contesto, dal punto di vista da cui l'accadimento viene riguardato. Se si accoglie questo approccio relativistico, contestuale, appare chiaro che la definizione dell'oggetto dell'indagine rientra nella sfera giuridica. Per fortuna questo aspetto non è molto problematico. Il diritto, come si è visto, ha una sua concezione tradizionale della causalità che è espressa, nel suo nucleo, dal modello condizionalistico: la teoria della *condicio sine qua non*, che designa come causale una correlazione logicamente necessaria, ineliminabile tra una condizione ed un evento. Tale concezione subisce alcuni "temperamenti" (ma l'espressione non rende l'idea della complessa interazione tra profili logico-naturalistici e giuridici) determinati dalle esigenze del diritto, che sono enunciati dalla disciplina della casualità omissiva (art. 40, capoverso, c.p.) e della cosiddetta interruzione del nesso causale (art. 41, capoverso, c.p.): la spiegazione che interessa al diritto penale è modellata dalla sua funzione, che è quella dell'imputazione, dell'attribuzione di paternità dell'evento.

Se l'oggetto dell'indagine è sufficientemente chiaro, ben più complesso è l'altro problema, quello del metodo. Si tratta di definire l'itinerario entro cui si muove l'inferenza fattuale, di stabilire quali siano le condizioni di certezza il cui attingimento è richiesto dalla legge e dalla logica, infine di comprendere quale sia la conoscenza esperienziale e scientifica utile e quali siano le modalità della sua gestione. A tale ultimo riguardo si sono manifestate storicamente le maggiori difficoltà ed incomprensioni. Non vi è dubbio che la conoscenza di sfon-

⁵ AGAZZI, *L'epistemologia contemporanea: il concetto attuale di scienza*, in *Scienza e filosofia oggi*, Massimo, 1979, p. 7 s.

do, scientifica o esperienziale che sia, abbia notevole importanza nella risoluzione di alcuni problemi causali: l'esperienza giudiziaria in tema di responsabilità professionale e di danno da prodotto fornisce al riguardo esempi eloquenti. Tuttavia il tema ha una portata più ampia. Si tratta di comprendere se il problema della causalità sia da inscrivere integralmente in quello della spiegazione scientifica accedendosi, così, ad una visione esplicazionista della causalità (§ 5); o se, invece, il sapere scientifico debba essere inteso come uno strumento talvolta necessario, talaltra utile, ma privo di un ruolo fondante rispetto alla stessa definizione della natura della relazione causale. La risposta a tale interrogativo influenza pure l'altro problema che riguarda il metodo dell'inferenza causale. Su questi temi si registra una ricca varietà di opinioni e teorie, non solo in ambito giuridico, ma anche in epistemologia ed in filosofia della causalità. In un precedente studio⁶ si è tentata una lettura della complessa materia partendo dalle elaborazioni teoriche. Qui, nella speranza di conseguire maggiore semplicità e chiarezza, si tenterà un itinerario parzialmente diverso: si partirà dai diversi modi di guardare alla causalità e dai differenti ragionamenti causali che vengono richiesti al giudice.

2. Causalità generale e sapere probabilistico

Un utile avvio pare possa essere costituito dalla distinzione tra causalità generale e causalità singolare. Essa diviene subito chiara se si pensa che vi sono scienze, come la fisica e la chimica, focalizzate soprattutto sulla ricerca di regolarità nomiche, mentre vi sono campi scientifici ed esperienziali nei quali l'indagine è proiettata verso la spiegazione di eventi concreti: si pensi alla medicina clinica, alla storia, all'indagine giudiziaria.

È diffusa e condivisibile l'idea che causalità generale e causalità singolare siano profondamente diverse ed abbiano bisogno di distinte teorie dell'inferenza. Del primo ambito, quello della causalità generale, il mondo del diritto ha avuto modo di interessarsi approfonditamente nella recente esperienza, particolarmente in difficili processi relativi ad eventi derivanti dall'esposizione a sostanze dannose (*amplius*, cap. VII). Si è trattato e si tratta di comprendere se l'epidemiologia sia in grado di esprimere sicure generalizzazioni causali, utili per la risoluzione di questioni relative alla causalità singolare ed alla responsabilità. È così venuto in luce quanto delicato e difficile sia trarre implica-

⁶ BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Giuffrè, 2004.

zioni causali dall'incremento di frequenza tra categorie di condizioni e categorie di eventi. L'incremento delle probabilità che normalmente accompagna le relazioni causali non sempre si offre quale sicuro fattore di orientamento. Si è compreso che non di rado si presentano fattori di confondimento di vario genere, che determinano incrementi di probabilità privi di significato causale, o che occultano sul piano statistico la relazione causale, o addirittura imprimono alla relazione statistica un segno opposto rispetto a quello dovuto alla relazione causale. Dunque, è apparso chiaro che le regolarità statistiche sono solo un primo, incerto indicatore lungo il complesso itinerario che conduce all'enunciazione di una documentata relazione nomica di tipo causale. Si tratta di questione che ha un interesse di gran lunga superiore a quel che potrebbe a tutta prima apparire. Alcuni autori assumono che le generalizzazioni probabilistiche, a causa della loro base meramente statistica, non forniscano la prova certa di una categoria di nessi causali e non siano quindi utilizzabili nell'inferenza causale. L'affermazione non può essere condivisa perché parte dal diffuso assunto che le generalizzazioni causali probabilistiche siano meramente statistiche. Tale premessa, che si rinviene spesso quale base implicita delle riflessioni nella materia, non è fondata. La nuda relazione statistica, cioè l'incremento delle probabilità, è un mero indicatore, un indizio che, come si è accennato, può essere ingannevole per molte, diverse ragioni che qui non possono essere analizzate in dettaglio. Le relazioni numeriche, dunque, devono essere vagliate con approccio scientifico, proprio per stornare il pericolo che fattori di confondimento conducano a conclusioni erronee quanto all'esistenza della relazione causale. È solo all'esito di tale rigoroso vaglio critico che sarà possibile configurare una relazione causale probabilistica. Proprio tale indagine critica costituisce, del resto, la ragion d'essere dell'epidemiologia. Dunque, quando nel prosieguo si parlerà di leggi probabilistiche si farà riferimento a generalizzazioni nomiche causali a base probabilistica; nelle quali, cioè, la relazione causale, per qualunque ragione, non si realizza immancabilmente ma solo in una definita percentuale di casi.

Per fortuna i complessi problemi relativi all'attendibilità sul piano causale delle relazioni probabilistiche, di regola, riguardano solo indirettamente il giudice; cui evidentemente viene solitamente chiesto non di dimostrare regolarità causali ma solo di utilizzarle. È tuttavia importante avere ben chiaro a cosa si fa riferimento quando si parla, sul piano della causalità generale, di causalità probabilistica.

La dimensione probabilistica della causalità generale si mostra con chiarezza nell'ambito delle scienze biomediche, ove si configura spesso una complessa, sottile interazione tra fattori eterogenei, talora di diverso segno, che enfatizza la dimensione processuale, sistemica, della

causalità⁷. Ad esempio, l'induzione e lo sviluppo di un'affezione tumorale può dipendere da fattori quali il tipo e l'intensità dell'esposizione ad una sostanza patogena, le condizioni di vita, l'alimentazione, la capacità individuale di riparare le alterazioni del DNA, ecc. La variabilità e la complessità processuale di tale genere di fenomeni introduce all'ambito delle valutazioni fondate su informazioni probabilistiche.

Nell'ambito biomedico l'approccio probabilistico (con tutte le cautele e le limitazioni di cui si dirà più avanti) trova una razionale giustificazione a causa della complicata interazione tra vari fattori cui si è fatto cenno: proprio tale intreccio, infatti, spiega perché una "causa" produca determinati effetti solo in alcuni casi e non in modo immancabile. Per tali ragioni – dunque – è razionale parlare di cause anche quando tra i termini della relazione causale non vi è una connessione costante, bensì una relazione di tipo probabilistico.

In questo contesto accade anche che l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il tutto o il nulla, si muove con difficoltà e rischia di non cogliere il senso delle cose. Viceversa, come è stato acutamente osservato, la proprietà di essere causalmente rilevante risulta epistemicamente più fertile, nonché più interessante della proprietà di essere una causa. Essa ammette una gradazione. Inoltre, una volta che si ragiona in termini di rilevanza, è naturale considerare, accanto alla rilevanza causale positiva che un certo fattore riveste nei confronti di un altro, anche una rilevanza negativa⁸. Questo stato delle cose non è interessante solo per cogliere lo scenario complesso della causalità. Si tratta anche, per il giurista, di comprendere se, come ed in quali casi il classico modello della causalità condizionalistica possa o debba cedere il passo all'utilizzazione di un'idea di causa intesa come rilevanza, come influenza. Il pensiero corre, come al solito, al rovo della causalità omissiva (*amplius*, cap. V, § 13), ma anche alla causalità nel concorso di persone e nella cooperazione colposa. Questi

⁷ Ancora più complesso è il contesto della cosiddetta causalità circolare, che si riscontra in ambito biomedico e che avvicina tale fenomenologia a quella del caos deterministico. Accade che in alcuni processi morbosi il funzionamento dell'organismo viene alterato gravemente dalla comparsa di circoli viziosi patologici, che provocano uno scostamento sempre maggiore di qualche parametro vitale dai valori adeguati alla sopravvivenza. Le alterazioni molecolari e cellulari si trasferiscono ai sistemi fisiologici; quindi le alterazioni ai livelli sistemici determinano alterazioni nuove ai livelli molecolari. A loro volta tali ultime variazioni determinano un aggravamento delle condizioni sistemiche. Si sviluppa così la causalità circolare (FEDERSPIL, *Spiegazione e causalità in medicina*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007, p. 570 ss.).

⁸ BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 25.

temi e questi problemi introducono all'ambito della causalità individuale che interessa al giurista.

3. Causalità singolare

Al giudice, come all'investigatore, all'archeologo, allo storico, al medico clinico, non interessa tanto conoscere quali categorie di cause determinino categorie di eventi, quanto piuttosto spiegare l'eziologia di un evento concreto. Il diritto penale è interessato alla spiegazione di eventi singoli, nei quali svolge solitamente un ruolo preponderante l'irripetibile interazione tra numerose, eterogenee condizioni. Il problema della spiegazione causale è allora un problema di spiegazione storica, dove il riferimento alla "storia" deve essere inteso nel senso più lato, giacché "ogni spiegazione di un evento singolare è sempre storica, in quanto la causa è sempre descritta da condizioni iniziali singolari"⁹.

È dunque possibile affermare qui, già in prima approssimazione, che l'indagine giudiziaria è di tipo induttivo, nel senso che è incentrata sull'induzione, cioè sull'osservazione ed analisi dei segni presenti sulla scena degli eventi singoli: è un'indagine di tipo storico, che si atteggia in modo peculiare quanto all'oggetto, alla relazione tra le generalizzazioni esplicative ed i fatti, alla struttura stessa del ragionamento inferenziale. Occorre a questo punto approfondire un poco il tema della spiegazione storica e di quella giudiziaria in particolare. Occorre in particolare comprendere se e come la diversità dell'oggetto (fatti concreti e non categorie di fatti) incida sul metodo.

Il tema è stato colto in profondità. Si è osservato che medici, *detective* e scienziati sono sulla stessa barca metodologica. Tuttavia, mentre l'interesse degli scienziati è volto a scoprire e provare sperimentalmente leggi universali, *detective* e medici, ma anche storici accettano senza discussione le leggi universali e si servono di queste per spiegare eventi specifici o particolari. Solo molto raramente essi si trovano nelle condizioni di doversi preoccupare delle leggi universali implicate nelle loro spiegazioni¹⁰. La distinzione corrisponde grosso modo a quella tra scienze pure e scienze applicate, ed implica peraltro una demarcazione non rigida. Infatti medici, storici e *detective* si muovono sul terreno dell'indagine concreta, applicata; non perseguono nuove scoperte, ma non di rado, ad esempio, la diagnostica clinica implica un talento scientifico che dà luogo ad una forma impoverita di scoperta.

⁹ POPPER, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, 1975, p. 128.

¹⁰ BALDINI, *Karl Popper e Sherlock Holmes*, Armando, 1998, p. 8.

E d'altra parte una parte della storia della scienza è ricostruibile come una serie di avventure poliziesche, come una serie di trame per gialli avvincenti. Allora, tra *detective* e scienziato vi è "una certa aria di famiglia". Non a caso la ricerca del "metodo" dell'indagine si è focalizzata, in ambito epistemologico, sullo stile dell'investigatore ed in particolare del più famoso, Sherlock Holmes, considerato di volta in volta come un mago dell'induzione baconiana fondata sulla raccolta sistematica e sulla classificazione dei dati; o come un inconsapevole assertore del pensiero ipotetico abduttivo (l'abduzione di cui parlano le Sezioni Unite); come un popperiano falsificazionista (che si vergogna di esserlo); o infine come un precursore dell'anarchismo metodologico. Per tornare all'ambito "storico", tra medico e *detective* vi è una stretta somiglianza: il clinico è uno storico quando stabilisce la diagnosi, quando cioè individua la cause di un processo morboso; al pari del *detective* non fa ricerca pura ma applica a casi particolari leggi prese a prestito dalle scienze più varie, cioè spiega eventi specifici in connessione con teorie rilevanti e accreditate. Medico e *detective* risolvono un esercizio a più soluzioni, tra le quali devono scegliere quella che di volta in volta è la più probabile. Si tratta del ri-conoscimento della situazione che ha portato allo stato morboso o all'atto criminale. L'unica differenza riguarda il fine ultimo di tali indagini ¹¹.

Che dire a questo punto dell'indagine giudiziaria? Senza dubbio essa è per alcuni versi vicina a quella del *detective* ed ancor più a quella dello storico. Come lo storico il giudice ¹² si occupa di fatti non osservabili, persegue asserzioni retrospettive che non possono esser confermate con l'esperienza e assai raramente si offrono a verifiche sperimentali; tenta di comporre in un insieme coerente frammenti, tracce dei fatti passati che in modo sovente casuale gli si pongono innanzi, e di conseguire una ricostruzione dei fatti chiara ed oggettivamente documentata. Tuttavia, vista la posta in gioco, più dello storico il giudice penale ha l'assillo di perseguire l'obiettivo o forse meglio l'ideale della verità oggettiva, rigorosamente ancorata ai fatti e sorretta da una compiuta argomentazione dimostrativa.

Quest'immagine del giudice quale attento analista della realtà, alla ricerca di spiegazioni causali, mosso dal talento e dalle necessità della

¹¹ BALDINI, *Karl Popper*, cit., p. 30 ss. Su Holmes v. pure *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di ECO e SEBEOK, Bompiani, 1983.

¹² Nell'attività del giudice vi è però un tratto specifico che la rende inquietante: la ricerca della verità è anche esercizio di potere; e porre il potere al servizio della verità, nel rispetto dei diritti delle persone, è esigenza cruciale per il processo. È la verità che deve valere come limite per il potere e non viceversa: PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 812.

prova dimostrativa, si attaglia facilmente al diritto penale classico, quello dei reati dolosi, ove tutto è prevalentemente empirico e non si pongono, solitamente, problemi di metodo: il coltello che penetra nel torace della vittima è il contrassegno di tale ambito tradizionale. Invece, la più recente esperienza giuridica relativa ai reati colposi mostra questioni assai più sofisticate: si tratta solitamente di comprendere cosa abbia determinato lo sviluppo di una patologia o di un evento che ha alle spalle una intricata rete causale. Come si è già accennato, si è solitamente in presenza di processi complessi nei quali compaiono numerosi fattori, di cui non è per nulla facile cogliere e dimostrare l'interazione secondo i caratteri della logica binaria di tipo condizionalistico: di qui anche la difficoltà di definire il ruolo della condotta umana che interessa al diritto penale. È quindi naturale che il giudice si rivolga al sapere scientifico che, talvolta, è in grado di offrire conoscenze generalizzanti di carattere causale: informazioni su ciò che causa l'evento cui ci si interessa. In tali situazioni è di grande interesse comprendere come debba procedere il ragionamento causale. È chiaro che è in primo luogo essenziale accertare che le generalizzazioni che si utilizzano, le leggi, siano affidabili ed abbiano un sicuro significato causale. Vi è in proposito un dibattito assai acceso che, tuttavia, può essere messo tra parentesi per il momento (*amplius*, § 13), visto che qui la riflessione è incentrata sulla struttura logica del ragionamento¹³.

Il vero problema è comprendere se e come le leggi che esprimono solo una relazione probabilistica siano utilizzabili. La questione ha assunto grande interesse nel mondo del diritto, poiché una nota scuola di pensiero¹⁴ ha affermato con forza che le generalizzazioni probabilistiche non siano utilizzabili, non consentendo di produrre, infine, un'inferenza caratterizzata dalla certezza che costituisce la regola di giudizio del processo penale. Questo autorevole punto di vista ha suscitato grandi incertezze nella giurisprudenza, che sono state fugate, almeno nella prassi, solo quando le Sezioni Unite hanno espresso al riguardo una meditata, condivisa posizione che non lascia adito a dubbi. La Corte, come si è visto (*amplius*, cap. II, § 15), considera utopistico un metodo d'indagine fondato su strumenti di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, cioè affidato esclusivamente alla forza esplicativa di leggi scientifiche universali o dotate di un coefficiente probabi-

¹³ Per una efficace sintesi su tale dibattito, ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 897 ss.

¹⁴ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit.; ID., *La nozione penalmente rilevante*, cit.; ID., *Giustizia e modernità*, cit., 2003; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali, l'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1062; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101.

listico prossimo ad uno. Tale modello viene ritenuto insufficiente a governare, da solo, il complesso contesto del diritto penale, che si trova di fronte le manifestazioni più varie della realtà. Accade frequentemente che nel giudizio si debbano utilizzare leggi statistiche ampiamente diffuse nell'ambito delle scienze naturali, talvolta dotate di coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista; nonché generalizzazioni empiriche del senso comune e rilevazioni epidemiologiche. Occorre in tali ambiti una verifica particolarmente attenta sulla fondatezza delle generalizzazioni e sulla loro applicabilità nella fattispecie concreta; ma nulla esclude che, quando sia esclusa l'incidenza, nel caso specifico, di fattori interagenti in via alternativa, possa giungersi alla dimostrazione del nesso di condizionamento.

Quest'ordine di idee ha stentato e stenta a farsi strada nel mondo del diritto, sebbene sia accettato in ambito epistemologico, ove da più parti si ritiene corretto affermare che un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con qualificata probabilità l'apparire del secondo; e non vi è un terzo evento che possiamo utilizzare per annullare tale relazione probabilistica.

Per ciò che attiene all'applicazione sul piano della causalità singolare delle generalizzazioni probabilistiche, si è osservato in ambito epistemologico che vi sono casi in cui l'effetto segue alla causa con probabilità che è molto bassa, al punto che nel momento in cui la causa si verifica potrebbe essere prevedibile con alta probabilità l'effetto opposto. In tali casi, anche se non siamo in presenza di una successione regolare causa-effetto, resta pur sempre vero che gli effetti sono regolarmente preceduti dalla causa. In questi casi, dunque, la causa non rende inferibile l'effetto, ma viceversa è sempre inferibile da quest'ultimo: non si tratta quindi di una condizione sufficiente, ma di una condizione necessaria per l'effetto¹⁵.

Lo stesso ordine di idee viene espresso con maggiore immediatezza quando si osserva che l'asserzione che il morso del mocassino testa di moro è mortale appare ai più compatibile con l'informazione che vi sono persone sopravvissute al morso di quel serpente¹⁶. Un ragionamento assai simile si rinviene nella riflessione giuridica (incoraggiante conferma!): la relazione causale potrà manifestarsi anche in una percentuale modesta di casi, tanto che se è statisticamente accertato che attraverso il morso di un serpente velenoso muore l'80% dei soggetti aggrediti, non si può negare la causalità tra il morso del serpente e la

¹⁵ PIZZI, *Eventi e cause*, cit., p. 99.

¹⁶ BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 7.

morte di uno di questi, adducendo che nel 20% dei casi la vittima non muore. In tali situazioni (che sono poi tutte quelle di lesioni o malformazioni conseguenti all'assunzione di un farmaco) occorre considerare che il corpo umano è un organismo altamente complesso e si differenzia da soggetto a soggetto: proprio da tali particolari dipende l'effetto di un medicinale, sia per quanto concerne i suoi effetti collaterali che l'efficacia curativa¹⁷.

In breve, in presenza di una generalizzazione probabilistica sicuramente causale, il coefficiente probabilistico non è davvero importante. Ciò che è veramente cruciale è che non sia alle viste una diversa, plausibile ipotesi eziologica. Il cuore problematico della causalità (degno di un'ideale vigorosa sottolineatura) è quasi sempre quello della pluralità delle cause. Solo in alcuni casi una categoria di eventi trova la propria radice causale in un unico fattore eziologico (eziologia monofattoriale). Negli altri (eziologia plurifattoriale) la generalizzazione probabilistica costituisce solo un'ipotesi, che dovrà confrontarsi in chiave congetturale con le particolarità di ciascun caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla¹⁸.

Il senso di queste affermazioni deve essere approfondito lungo l'itinerario indicato: quello dell'analisi dei diversi ragionamenti causali. Non prima di aver sottolineato con forza che le informazioni causali ben possono essere probabilistiche; ma non può esserlo il giudizio finale, che deve attingere il livello della ragionevole certezza. Lungo l'itinerario che conduce dal probabilismo dello scenario causale (la causalità generale) alla certezza del nesso causale nel caso storico si colloca un tema impegnativo, quello dei modelli di ragionamento probatorio.

4. I ragionamenti causali

Proprio la riflessione sugli stili dei ragionamenti causali pone in luce un grave fraintendimento, una confusione di piani, che ha nuociuto al dibattito sulla causalità. Si è infatti opinato che il ragionamento causale sia sempre di tipo deduttivo o "quasi deduttivo"; e si è quindi ritenuto che le leggi utilizzabili per le inferenze causali siano solo quelle

¹⁷ MAIWALD, *Causalità e diritto*, cit., p. 98.

¹⁸ L'utilizzabilità delle generalizzazioni probabilistiche quando sia possibile escludere fattori causali alternativi è ora accolta da diversi studiosi. Per una stringente analisi della questione, accompagnata da riferimenti bibliografici, DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 112 ss.

universali o prossime ad uno, con conseguente esclusione dell'attitudine esplicativa delle generalizzazioni solo probabilistiche. Tale impostazione costituisce trasposizione in ambito giuridico delle idee della scuola di pensiero neopositivista che, nell'ambito della filosofia della scienza, ha proposto un modello esplicativo unitario, di tipo nomologico-deduttivo, pensato per la fisica e di cui si è tentata la trasposizione in altri contesti scientifici¹⁹.

La teoria è andata incontro a critiche che ne hanno minato profondamente la plausibilità. Davvero in breve (*amplius*, § 5), il nucleo di tali censure riguarda proprio il tema di cui qui ci si occupa, quello cioè della distinzione tra ragionamenti predittivi ed esplicativi. Il modello nomologico-deduttivo o statistico-deduttivo, infatti, sostiene la simmetria tra spiegazione e previsione, contrassegnate dal medesimo schema logico, dal generale al particolare. Questa sovrapposizione produce alcuni problemi insolubili: la difficoltà di distinguere tra causazione effettiva e causazione apparente; la negazione del vincolo di asimmetria e precedenza temporale della causa; soprattutto, le difficoltà della spiegazione quando si sia in presenza di generalizzazioni con basso grado di probabilità o quando il medesimo evento sia riconducibile a diversi, alternativi fattori causali. Il problema principale e più evidente è che il ricorso allo schema nomologico-deduttivo quale strumento di trasposizione di evidenze statistiche entro l'intima struttura di una spiegazione non vale, infine, a superare un problema che si è già ripetutamente accennato: la misura d'incertezza insita in una proposizione esplicativa di natura probabilistica non può non trasferirsi nelle conclusioni del procedimento inferenziale. Si spiega così la perdita d'interesse del paradigma neopositivista che, basato com'è su metodologie di misurazione induttiva nonché sulla logica matematica, appare tanto più inappagante quanto più ci si allontana dalle scienze fisiche, verso ambiti in cui i miti della quantità e della misurazione hanno poco alimento.

Comunque sia su tali questioni generali, cui si farà un cenno più ampio nel prosieguo, è interessante annotare che nell'ambito di un'inferenza di tipo deduttivo, dal generale al particolare, sono di essenziale rilievo la certezza o il grado di probabilità della premessa maggiore, che si trasmette alla conclusione del ragionamento. Il problema davvero cruciale è, tuttavia, che il ragionamento causale, nell'ambito delle scienze storiche, non è quasi mai di tipo rigidamente deduttivo; e che in realtà i ragionamenti causali sono di due ben distinte categorie.

¹⁹ Per l'applicazione della teoria all'ambito della causalità singolare HEMPEL, *Come lavora uno storico*, trad. it. Armando, 1977, p. 76.

Da un lato abbiamo i ragionamenti esplicativi, che guardano al passato. Di fronte ad un accadimento ci si occupa di spiegarne le ragioni, di individuare i fattori che lo hanno generato. Lo storico e l'investigatore sono professionisti che regolarmente compiono questo genere di ragionamenti. Ma anche il medico è frequentemente chiamato a spiegare eventi del passato. Il giudice, a sua volta, sviluppa un ragionamento esplicativo quando si chiede quali siano state le ragioni dello sviluppo di una patologia che ha condotto all'evento illecito oggetto del processo.

Dall'altro lato si collocano i ragionamenti predittivi, che riguardano la previsione, appunto, di eventi futuri. Tali ragionamenti sono frequenti nell'ambito scientifico: sia in quello sperimentale che in quello applicativo. Infatti la predittività costituisce il fondamentale connotato che caratterizza una legge scientifica e tale attitudine viene quindi sperimentalmente verificata proprio producendo e controllando previsioni. D'altra parte, l'utilizzazione delle leggi scientifiche avviene in campo pratico producendo previsioni, con ragionamento deduttivo che proietta sui casi concreti le informazioni causali che la legge stessa esprime. Tale genere di ragionamento compie, ad esempio, il medico che formula la prognosi di una malattia. Anche il giudice articola particolari previsioni quando si trova a chiedersi cosa sarebbe accaduto se un'azione fosse mancata o se, al contrario, fosse stato tenuto un comportamento richiesto dall'ordinamento: si tratta di ragionamenti controfattuali che riguardano, ad esempio, la causalità, o la cosiddetta causalità della colpa.

Orbene, nell'ambito di tali distinti tipi di ragionamento causale differente è il metodo di utilizzazione del sapere scientifico e differente è il peso che vi ha il coefficiente probabilistico che caratterizza le generalizzazioni scientifiche che utilizziamo. Queste affermazioni devono essere meglio chiarite; non prima di aver brevemente analizzato l'opposto modello unificante, fondato sul ruolo deduttivo delle leggi scientifiche.

5. Il modello nomologico-deduttivo ed i suoi limiti

Il modello nomologico-deduttivo di stile neopositivista, che incarna la criticata sovrapposizione di ragionamenti esplicativi e predittivi, ha dominato la scena in una ormai conclusa stagione della riflessione epistemologica ed ha esercitato una forte influenza anche sul pensiero giuridico. Esso è nato nell'ambito della filosofia della scienza, ma ha attratto l'attenzione dei giuristi a causa della forte attenzione alle esigenze di oggettivazione dimostrativa del sapere: si è così manifestato

un inatteso parallelismo tra scienza e giurisprudenza, tanto più nei contesti nei quali si pone concretamente un problema di utilizzazione del sapere scientifico.

Tale teoria aspira a definire un criterio di validità scientifica di tutte le enunciazioni di una disciplina, nei termini di un rigoroso rapporto con l'esperienza e di un'altrettanto oggettiva controllabilità. Il pensiero scientifico è tale in quanto composto da predicati osservabili e quindi suscettibili di verifica. Lo strumento di tale approccio ai problemi della conoscenza è costituito dall'induzione. Il suo linguaggio ideale è quello universale della fisica, con la sua rigorosa definizione di variabili e relazioni. Le movenze di tale modello si trovano tutte sul piano della logica deduttiva o induttiva e del calcolo matematico. Si tratta di un punto di vista che storicamente matura in opposizione al dogmatismo ed al formalismo, ed appare ispirato dalla ricerca di un'autorità superiore, certa, oggettiva sottratta agli umori ed alle intuizioni dell'uomo.

L'ambizione dell'epistemologia neopositivista è di imporre il proprio modello di teoria della conoscenza nell'ambito delle altre scienze ed in particolare di quelle storiche. Nasce così l'idea riduzionista di scienza, fondata sulle metodologie di misurazione ed osservazione, nonché sulla logica matematico-deduttiva. Tale concezione della scienza giustifica le discipline umane solo alla condizione che siano utilizzati gli strumenti delle scienze fisiche. Si è quindi determinata una eccessiva enfattizzazione di strumenti quantitativi anche fuori dalle scienze fisiche, nell'ambito di discipline come psicologia, economia, storiografia, che difficilmente si prestano ad essere studiate sulla base di criteri matematici.

Per quel che qui maggiormente interessa, la primazia attribuita al sapere scientifico ha condotto il pensiero neopositivista alla costruzione di una concezione esplicazionista della causalità: l'idea di causa è ricondotta tutta intera a quella di spiegazione e la spiegazione a sua volta è interamente ricondotta alle leggi di copertura. Nel modello nomologico-deduttivo la spiegazione causale si configura sempre come relazione logica di deducibilità dell'*explanandum* dall'*explanans*. Questo approccio conduce a cancellare la distinzione tra ragionamento esplicativo e predittivo: ambedue si muovono secondo lo stesso modello logico di tipo deduttivo. Dunque, qui, in questa temperie culturale risiede l'origine delle tesi formatesi nel pensiero giuridico, che hanno condotto ad obliterare l'importante distinzione tra i diversi ragionamenti inferenziali. La cancellazione di tale distinzione, d'altra parte, costituisce la causa principale di molti fraintendimenti nell'esperienza giuridica. Occorre chiarire queste idee.

Nell'ambito del dibattito epistemologico cui si è fatto cenno Hem-

pel, il massimo fautore della trasposizione del modello delle scienze fisiche nell'ambito della storiografia, ha analizzato i tratti essenziali del modello di spiegazione scientifica, anche alla luce delle critiche rivolte alla sua applicazione alle scienze storiche. Un dato fenomeno empirico è spiegato con la deduzione dell'*explanandum*, cioè dell'asserto che descrive l'evento in questione, da un insieme di proposizioni chiamate *explanans*. Questo insieme consiste di alcune leggi generali e di proposizioni descrittive certi fatti o condizioni particolari, che normalmente sono antecedenti e/o simultanei all'evento da spiegare. Ad esempio, in una spiegazione causale un evento individuale è presentato come l'effetto di certi altri particolari eventi e condizioni da cui risulta, in accordo con determinate leggi generali. Nelle spiegazioni di tipo deduttivo o "nomologico-deduttivo" le leggi di copertura sono tutte di forma strettamente universale; e ciò significa che si tratta di proposizioni che si applicano in *tutti* i casi possibili²⁰.

Ma vi è un altro tipo di spiegazione del tutto differente dal punto di vista logico, che può essere denominata probabilistica o induttiva. Pure essa è sorretta da leggi di copertura, che – però – hanno forma probabilistico-statistica. Si tratta, cioè, non di leggi universali ma di asserzioni caratterizzate da un'alta probabilità induttiva. Tuttavia, in tali casi la probabilità che l'*explanans* conferisce all'*explanandum* non è di tipo statistico. Si tratta piuttosto di una relazione logica tra due asserti. Questa relazione di supporto o probabilità logico-induttiva costituisce il concetto centrale delle teorie logiche della probabilità. Il tratto saliente di tale tipo di spiegazione è che l'assunzione dell'*explanandum* sotto le leggi di copertura si fonda non su un'implicazione deduttiva, ma su una relazione di supporto induttivo tra l'*explanans* e l'*explanandum*. Naturalmente, l'*explanans* di una spiegazione statistica conferisce all'*explanandum* tecnicamente una probabilità induttiva più o meno alta, ma non lo implica con necessità deduttiva come nel caso delle spiegazioni nomologico-deduttive²¹.

Tali modelli possono essere trasposti nell'ambito dell'indagine storica. Qui "l'*explanans* assume una forma che può essere schematizzata come segue:

- L'agente A era in una situazione di tipo C;
- In quel tempo egli era un agente di tipo razionale;
- Ogni agente razionale, quando è in una situazione di tipo C, invariabilmente (o con un'alta probabilità) farà X. Allora l'*explanans* impli-

²⁰ HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., p. 76.

²¹ HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., pp. 77 s., 89.

cherà logicamente (o conferirà un'alta probabilità induttiva) all'*explanandum*: A fece X" ²².

La spiegazione sarà deduttiva o induttiva a seconda che la proposizione generale sul comportamento degli agenti razionali è di forma strettamente universale o di forma statistico-probabilistica. Questo modello di spiegazione è di tipo "disposizionale": ha luogo ascrivendo all'agente determinate disposizioni comportamentistiche acquisite attraverso un processo di apprendimento, le cui fasi iniziali implicano una riflessione ed una deliberazione cosciente ²³. Confrontando tale modello con le diverse teorie che propongono una generica "spiegazione razionale" degli eventi storici, Hempel osserva che si tratta in effetti di modelli teoricamente superiori alla spiegazione statistica, poiché la spiegazione del perché un'azione era da farsi permette spesso una risposta che implica l'esclusione razionale di tutte le possibili alternative, un risultato questo che non può essere raggiunto in una spiegazione probabilistica. Tuttavia non è per niente chiaro attraverso quali criteri di razionalità è da caratterizzare in una data situazione la cosa da fare. Si tratta di concetti vaghi di cui nessuno ha mai proposto una definizione esplicita ²⁴. Ciò rende evidente l'impossibilità di rinunciare alla forza esplicativa di leggi o teorie.

Tale schema di pensiero presenta un notevole parallelismo con le tradizionali, criticabili (*amplius*, § 10), linee giurisprudenziali a proposito dell'utilizzazione delle massime d'esperienza nell'ambito dell'inferenza indiziaria. Infatti, nella giurisprudenza di legittimità la definizione della struttura di tale inferenza avviene tradizionalmente proprio in chiave deduttiva e sillogistica e quindi, in sostanza, secondo lo schema nomologico: attraverso generalizzazioni affidabili espresse dalle massime d'esperienza costituenti la premessa maggiore del sillogismo, ed un fatto noto costituente la premessa minore, si perviene alla conclusione costituita dal fatto ignoto da provare.

Inoltre, nel recente passato, soprattutto a partire dagli anni '50 dello scorso secolo, il metodo nomologico-deduttivo di stampo positivista ha costituito il modello di scientificità per le teorie che cercavano di assicurare una adeguata fondazione empirica al metodo giuridico; sebbene tale concezione sia entrata profondamente in crisi.

In particolare, in diritto penale è stata compiuta un'opera di completa trasposizione del neopositivista modello nomologico-deduttivo

²² HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., p. 94.

²³ HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., p. 100.

²⁴ HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., p. 92.

nell'ambito della spiegazione causale: la causalità è un requisito del fatto e deve essere conseguentemente accertata sulla base di criteri oggettivi alla luce del principio costituzionale di tassatività della fattispecie²⁵. Poiché al diritto penale serve una nozione di causa che funzioni da criterio d'imputazione, la nozione più adeguata è quella di condizione necessaria intesa in senso generalizzante. Le generalizzazioni utilizzabili sono quelle stabilite dalla scienza. Lo strumento logico dell'analisi causale è costituito dal giudizio controfattuale compiuto sulla base di leggi scientifiche universali o statistiche²⁶. La natura statistica di alcune leggi, soprattutto biologiche e fisiologiche, conferisce ai giudizi controfattuali del giudice struttura probabilistica, nel senso che l'enunciato formulato è caratterizzato da probabilità logica o credibilità razionale e non da certezza deduttiva²⁷. Nelle situazioni nelle quali manchi la possibilità di dare una spiegazione causale sulla base di leggi scientifiche, l'imputazione causale sarà possibile solo "quando la condotta dell'agente risulti condizione necessaria in tutti gli ipotizzabili (o nei probabili) processi esplicativi". In tale quadro, ed in perfetta adesione all'impostazione positivista, come si è già visto, non è possibile fare ricorso alle generalizzazioni del senso comune che sono inaffidabili, in quanto difettano del controllo critico, a differenza delle teorie scientifiche che sono sottoposte a numerose verifiche²⁸.

Nelle opere più recenti questo approccio è stato radicalizzato. Le prove probabilistiche che stanno alla base della causalità generale, cioè i risultati delle ricerche epidemiologiche e delle ricerche di biologia animale, non ci danno alcuna informazione sul caso singolo: sulla loro base è impossibile dimostrare che il singolo evento lesivo è causato dall'uso di una determinata sostanza tossica. Più in generale, la prova della causalità individuale non può essere data da probabilità basate su nude statistiche²⁹. Le leggi di forma universale asseriscono una invariabilità nella successione di eventi e sono perciò utilizzabili per ottenere una spiegazione certa: la certezza è garantita dal fatto che l'*explanandum*, cioè l'evento da spiegare, è implicato deduttivamente dall'*explanans*, cioè dall'insieme di leggi scientifiche e di condizioni iniziali. La certezza garantita dalle leggi di forma universale non è però garantita dalle leggi di forma statistica, cioè dalle leggi che asseriscono una regolarità nella successione di eventi non invariabilmente ma in

²⁵ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 90.

²⁶ STELLA, *La nozione penalmente rilevante*, cit., p. 1237.

²⁷ STELLA, *La nozione*, cit., p. 1242.

²⁸ STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 145.

²⁹ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 328.

una certa percentuale di casi. Le leggi statistiche consentono di raggiungere il grado di certezza richiesto nel processo penale solo ad una condizione: la percentuale di casi deve essere vicinissima a 100; le leggi di forma statistica, cioè, devono assumere la veste di leggi quasi universali. Riprendendo esplicitamente il pensiero di Hempel, si afferma pure che le spiegazioni basate su leggi di forma statistica sono vera spiegazione solo quando, sulla loro base, possiamo aspettarci il verificarsi dell'evento con pratica certezza³⁰. La tesi risponde pure all'obiezione di un eccessivo ridimensionamento del ruolo del processo penale: se il mondo di tutti i giorni funziona sulla base di leggi universali, se gli aerei volano, gli edifici si costruiscono, gli orologi vengono disegnati e via discorrendo, anche il processo penale può funzionare utilizzando le leggi universali. La parziale contrazione dei processi penali sarà in Italia solo un tributo doverosamente pagato ai principi costitutivi della democrazia³¹.

Come si vede, tesi di epistemologia e filosofia della scienza, che sembrano a tutta prima collocate su un terreno squisitamente speculativo, hanno esercitato una grande e controversa influenza sul pensiero giuridico; conducendo a ritenere che non vi sia causalità senza leggi scientifiche da produrre ed applicare secondo la logica deduttiva già più volte evocata. Questo approccio ha prodotto forzature della realtà e difficoltà nella giurisprudenza sulle quali si tornerà.

Occorre, dunque, chiarire per quali ragioni il modello esplicativo deduttivo di cui si parla presenta alcuni aspetti che ne denotano l'insufficienza nell'ambito della spiegazione giudiziaria di eventi singoli. Da un lato l'astrattezza deduttiva ed il ripudio del sapere meramente esperienziale da cui tale stile di pensiero è caratterizzato appare insufficiente a coprire tutti gli aspetti della realtà cui s'interessa il giudice penale, tanto più man mano che ci si allontana da situazioni nelle quali si dispone di leggi "universali" e si entra in ambiti sorretti da generalizzazioni probabilistiche in senso statistico o comunque incerte. Tale modello di spiegazione mostra la propria insufficienza proprio nell'ambito della spiegazione storica e di quella giudiziaria ove nei casi critici, quelli cioè che mettono realmente alla prova la tenuta delle elaborazioni teoriche, quasi mai si dispone di generalizzazioni tanto affidabili da poter essere utilizzate in chiave deduttiva. Dall'altro lato, poi, il ricorso allo schema nomologico-induttivo ed alla probabilità logica quale strumento di trasposizione di informazioni statistiche entro la struttura di una spiegazione reca con sé un grave problema: come si è

³⁰ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 334.

³¹ STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 338.

già accennato, la misura di incertezza insita in una proposizione esplicativa di natura probabilistica si trasferisce nelle conclusioni del procedimento inferenziale. Tale diffusa critica è stata efficacemente sintetizzata osservando che il probabilismo altro non è che la “logica deduttiva del calcolo delle probabilità”³². Accade così che lo strumentario deduttivo di cui si parla non sia utilizzabile quando si disponga di una generalizzazione solo probabilistica ed occorra conseguire un’inferenza che attinga il livello dell’umana certezza. Si genera un vuoto enorme, innaturale, che priva di senso non solo l’indagine penale ma lo stesso incedere della vita ordinaria, che procede in ogni momento attraverso la ricerca di affidabili relazioni causali in tutti gli ambiti dell’esistenza. È ben vero che gli aerei volano e gli orologi procedono in conformità a leggi universali. Ma proprio questa riflessione rivela l’insufficienza del pensiero neopositivista. Vi sono infatti ambiti come quello biomedico in cui le leggi universali proprio non esistono. Occorre dunque ritenere che in tale esteso, importante contesto non sia possibile fare ragionamenti causali? La risposta sensata è, evidentemente, che pure qui è possibile ragionare in modo causale, purché si rinunzi ad irrealistici modelli sillogistici.

Si spiega così la perdita d’interesse del paradigma neopositivista³³. Esso ha subito critiche che hanno colpito le radici stesse della teoria. Per intendere la portata dei temi che stanno sullo sfondo delle questioni di cui si discute, pare interessante cogliere brevemente le basi culturali di tali critiche. Particolarmente penetranti quelle espresse dalla scuola di pensiero neopragmatista. Si considera che nel lavoro carnapiano fondato sulla logica induttiva non c’è in pratica alcun riferimento all’esperimento: “Le teorie scientifiche vengono confermate dai dati probatori nei sistemi carnapiani di logica induttiva, ma è irrilevante (non esiste cioè alcun modo per rappresentare la differenza nell’ambito del formalismo) se questi dati probatori, questi enunciati osservativi, vengono ottenuti come risultato di una sperimentazione intelligentemente diretta o siano disponibili soltanto per caso. L’osservazione passiva e l’intervento attivo non vengono distinti; e il problema riguardante se si è effettivamente cercato di falsificare le ipotesi che sono state altamente confermate non è un problema che possa venir posto e risolto nei linguaggi costruiti da Carnap. Perché proprio non fa alcuna differenza dal punto di vista della logica induttiva carnapiana se le nostre osservazioni sono attive o passive, se noi guardiamo soltanto o in-

³² MUSGRAVE, *Senso comune, scienza e scetticismo*, Cortina, 1995, p. 204.

³³ Per una diffusa analisi in proposito, VILLA, *Teorie delle scienze giuridiche*, cit., p. 9 ss.

terveniamo, parimenti non fa nessuna differenza se l'osservazione è cooperativa o no. Il punto di vista è fondamentalmente quello di un singolo spettatore isolato che fa delle osservazioni attraverso uno specchio a senso unico e scrive degli enunciati osservativi. Valutare le teorie per le loro virtù cognitive non è allora che una questione relativa all'uso di un algoritmo per determinare se un enunciato possiede una relazione matematica con un altro enunciato ... il metodo scientifico è costruito come un metodo di calcolo”³⁴.

L'immagine pragmatista della scienza è totalmente differente: è un'interazione umana e cooperativa con un ambiente; e l'intervento attivo, l'attiva manipolazione dell'ambiente e la cooperazione con altri esseri umani sono vitali ... “Ancor prima della nascita di Popper, Peirce sottolineava che molto spesso le idee non saranno falsificate a meno che non ci alziamo e non cerchiamo attivamente di falsificare le esperienze. Le idee devono essere messe sotto tensione se devono dimostrare il loro valore”³⁵.

Il modello neopositivista è quello dell'induzione per enumerazione; cioè quello di un singolo scienziato che determina i colori delle palle estratte per successione da un'urna tentando di stimare le frequenze. Per i pragmatisti il modello è un gruppo di ricercatori che cercano di escogitare delle idee, mettendole poi alla prova per vedere quali sono quelle buone. Radicale, inoltre, la critica del modello algoritmico. Secondo i pragmatisti, sia che si tratti di scienza o di etica, quel che abbiamo sono massime e non algoritmi; e le massime stesse hanno bisogno di un'interpretazione contestuale³⁶. In conclusione, il giudizio è senza riserve e costituisce un utile promemoria anche per il giurista: “Un metodo nel senso di un algoritmo che risolva tutti i nostri problemi epistemologici è una fantasia filosofica”³⁷.

Non meno radicale l'opposizione al modello di cui si discute espressa dall'epistemologia popperiana, che confuta lo stesso principio d'induzione (*amplius*, § 7 ss.). In sintesi può affermarsi che queste critiche mettono in luce un importante limite dell'epistemologia neopositivista: essa lascia in ombra il momento più interessante e produttivo dell'indagine inferenziale, quello critico.

Altre critiche non meno diffuse e severe riguardano la trasposizione del modello in questione fuori dalle scienze fisiche. L'idea riduzio-

³⁴ PUTNAM, *Il pragmatismo ed il dibattito contemporaneo* in Id., *Il pragmatismo, una questione aperta*, Laterza, 1992, p. 79 s.

³⁵ PUTNAM, *Il pragmatismo*, cit., p. 81.

³⁶ PUTNAM, *Il pragmatismo*, cit., p. 82.

³⁷ PUTNAM, *Il pragmatismo*, cit., p.78.

nista di scienza propria dell'epistemologia neopositivista, fondata sulle metodologie di misurazione ed osservazione induttiva, nonché sulla logica matematico-deduttiva, è poco verosimile e difficilmente praticabile, particolarmente nell'ambito delle scienze umane. Come si è ripetutamente accennato, si è giunti ad una sorta di mitizzazione delle quantità e della misura e si sono così prodotte innaturali forzature della realtà. Nell'epistemologia contemporanea vi è invece la diffusa consapevolezza che i metodi delle scienze sono toccati dalle diversità che le caratterizzano; che diversi livelli di realtà sono propri di differenti contesti scientifici; che in particolare il monismo metodologico non s'attaglia a scienze come la psicologia e la sociologia, che presentano caratteristiche ontologiche profondamente diverse da quelle di altre scienze, si occupano di fenomeni psichici o sociali che lasciano presupporre l'esistenza di entità certamente diverse da quelle postulate dalle scienze naturali; e che in tali ambiti è particolarmente difficile proporre un modello di spiegazione causale di tipo nomologico-deduttivo³⁸.

Occorre pure dar conto brevemente che nell'ambito della filosofia della causalità si assiste ad un riorientamento che sembra ribaltare la visione delle cose per ciò che attiene alla relazione tra causalità e legge scientifica. Le teorie causali classiche sono inclini a considerare l'idea di causalità strettamente connessa a quelle di necessità e di regolarità, espresse da leggi; e le teorie esplicazioniste radicalizzano tale punto di vista: l'accadimento singolo viene visto come espressione di quelle regolarità nomiche che svolgono, quindi, un ruolo dominante e per così dire prioritario. Questa prospettiva viene rovesciata dalla teorie singolariste. Particolarmente in ambiti estranei alla fisica, si afferma, alcune relazioni causali non presuppongono una legge³⁹. La causa è un cambiamento immediatamente precedente e spazio-temporalmente contiguo all'evento-effetto; e tale cambiamento è oggetto di continua osservazione nella vita quotidiana⁴⁰. Noi osserviamo accadimenti cui attribuiamo un immediato significato causale, come quando osserviamo una palla che rotola; ed esprimiamo queste relazioni eziologiche con termini come spingere, portare, bruciare, mangiare, che rappresentano, appunto, concetti causali. Questo mutamento di prospettiva è davvero radicale da diversi punti di vista. Da un lato, in prospettiva teorica, sono le leggi causali ad esse-

³⁸ VILLA, *Teorie delle scienze giuridiche*, cit., p. 27 ss.

³⁹ DORATO, *Il software dell'universo*, Bruno Mondadori, 2000, p. 96.

⁴⁰ ANSCOMB, *Causality and determination*, Cambridge U.P., 1971.

re derivate, per generalizzazione, dalle relazioni causali osservate. Dall'altro, per ciò che attiene al ragionamento probatorio, perde peso il piano della causalità generale, che comunque non può essere sconosciuto, in favore di quello squisitamente empirico, quello del contesto fattuale nella sua accezione più pura. Il senso è che sicuramente anche la fenomenologia intrinsecamente causale descritta dalle espressioni che si sono indicate sottende generalizzazioni scientifiche; e tuttavia il fatto è che qui la causalità viene prima e non ha bisogno di essere sorretta e spiegata da altro che dalla immediata percezione che noi ne abbiamo.

Tali teorie trovano le loro radici in alcune rapide annotazioni di Wittgenstein⁴¹ che a sua volta si ispirava a riflessioni di Russel⁴². La tesi che emerge da tali appunti è che noi esperiamo, con immediatezza intuitiva, continuamente nella vita pratica relazioni che cogliamo come causali: "la forma primitiva del gioco linguistico è la certezza, non l'incertezza"; "il gioco deve cominciare senza il dubbio ... Il dubbio in quanto eccezione ha la regola come suo ambiente"; "la causa deve essere originariamente qualcosa di tangibile"; "chiamare qualcosa causa è come indicare qualcuno e dire: lui è il colpevole"; "istintivamente noi rimuoviamo la causa se non vogliamo l'effetto".

Naturalmente, non è qui il caso di prendere posizione su una questione che è squisitamente filosofica e che attinge il problema, che abbiamo visto essere irresolubile (cap. I, § 1 s.), dell'ontologia dell'idea di causa. È però interessante notare che le opinioni di cui si è da ultimo dato conto accreditano l'idea, vicina al senso comune, che pur senza mettere in dubbio che esistano relazioni causali espresse da leggi scientifiche, l'idea di causalità non si risolva interamente in quella di legge causale. L'attenuazione della primazia della generalizzazione causale incoraggia pure ad abbandonare l'idea che i ragionamenti causali traggano sempre alimento deduttivo dalle leggi.

Gli accenni qui proposti, per completezza del discorso, a questioni di estrema latitudine rischiano, anche per la loro complessità, di condurre lontano dall'ambito dell'indagine giuridica. Conviene, dunque, fare un passo indietro e concentrare l'attenzione sulle questioni che interessano più da vicino. Il problema centrale è che l'esplicazionismo

⁴¹ WITTGENSTEIN, *Causa ed effetto*, Einaudi, 2006, p. 11 ss.

⁴² WITTGENSTEIN, Appendice A (*Immediatamente consapevole della causa*), in *Causa ed effetto*, cit., p. 33: "Considera la tesi di Russel per cui noi non arriviamo sempre alla proposizione 'questo è la causa di quello' mediante l'osservazione di sequenze regolari. Prima si devono riconoscere intuitivamente certe cause: sono immediatamente consapevoli che questa è la causa".

causale del pensiero neopositivista, riducendo sempre la relazione causale alle leggi di copertura secondo lo schema deduttivo già evocato, presenta alcuni limiti che lo rendono impraticabile nella maggior parte dei contesti e che possono essere così brevemente enunciati:

1. Si cancella innaturalmente la fondamentale distinzione tra ragionamenti causali esplicativi e predittivi, tra loro profondamente diversi, come sarà meglio evidenziato nel prosieguo.
2. Si allontanano altrettanto innaturalmente vasti ambiti dell'esperienza umana e dell'indagine penale dal ragionamento causale; visto che si assume che l'inferenza fattuale può essere compiuta solo sulla base di leggi universali o quasi.
3. Non si risolve il problema centrale della pluralità delle cause, che costituisce il principale fattore di complessità dell'indagine fattuale.
4. Si mette in ombra il cruciale momento critico dell'indagine causale.

In conclusione, può essere completamente condivisa la critica secondo cui la capacità esplicativa dello schema di spiegazione probabilistica proposto da Hempel è molto scarsa. Come è stato persuasivamente osservato, da un lato le disanalogie tra la logica deduttiva ed induttiva sono formidabili per cui è conveniente, anche a fini di chiarezza, svolgere il ragionamento induttivo senza cercare di mimare il ragionamento deduttivo che in ogni caso troverebbe giustificazione solo in pochissimi casi. Dall'altro lato, lo schema deduttivo non è applicabile in tutti i casi, e sono la maggioranza, in cui la probabilità che interessa non è particolarmente elevata o è addirittura bassa⁴³.

Occorre perciò riprendere il discorso a proposito dei differenti ragionamenti causali, tentando di comprendere come noi possiamo strutturare l'inferenza quando manca la guida di una generalizzazione universale priva di alternative possibili.

6. *Il ragionamento esplicativo*

Dunque, riprendendo l'analisi dei diversi ragionamenti causali, occorre in primo luogo dedicarsi a quello di tipo esplicativo, col quale noi giungiamo ad esprimere giudizi causali sulla base di generalizzazioni causali ed a seguito dell'analisi di contingenze fattuali. Come si è già accennato, il coefficiente probabilistico della generalizzazione scienti-

⁴³ B. FROSINI, *Concetti di causa e di spiegazione*, in *scritti per F. Stella*, Jovene, 2007, p. 690.

fica non è davvero importante. Ciò che è invece importante – giova ripeterlo – è che la generalizzazione esprima effettivamente una dimostrata, certa relazione causale tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi. L'esempio del serpente sopra proposto illumina con forte evidenza intuitiva tale enunciazione.

Per comprendere come, nell'ambito dei ragionamenti esplicativi, noi utilizziamo il sapere scientifico, occorre considerare che solo di rado una categoria di eventi trova la radice in un solo fattore eziologico. In tale rara situazione l'inferenza causale non presenta aspetti problematici: accertato che una persona è affetta da asbestosi, si risale con certezza alla causa costituita dall'esposizione protratta all'amianto, visto che è scientificamente certo che tale esposizione è l'unico fattore eziologico che può determinare l'affezione.

Nella maggior parte dei casi, invece, un evento può trovare la sua causa in diversi fattori causali. In tale frequente situazione, le generalizzazioni che fondano le diverse categorie di relazioni causali costituiscono nulla più che delle ipotesi causali alternative. Emerge, così, che il problema realmente centrale dell'indagine causale è solitamente quello della pluralità delle cause. Occorre quindi interrogarsi su come noi ragioniamo in tali frequenti situazioni nelle quali si prospettano diverse, alternative ipotesi esplicative. Guardiamo, allora, ai modi del nostro agire ideativo: constatato un evento, noi ci informiamo sulle conoscenze scientifiche che propongono enunciazioni causali ad esso pertinenti; ci guardiamo attorno e ci interroghiamo su quali affidabili generalizzazioni esplicative siano rilevanti nel caso concreto; cerchiamo sul terreno i segni che solitamente si accompagnano a ciascun ipotizzabile fattore causale e la cui presenza o assenza può accreditare o confutare le diverse ipotesi prospettate. Noi, dunque, agiamo in modo congetturale: ciascuna ipotesi causale viene raffrontata in chiave critica con le particolarità del caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla.

L'indagine causale è dunque un'indagine congetturale, storica, relativa ad un caso concreto caratterizzato da specifiche contingenze. Sono queste contingenze, questi segni, che possono in alcuni casi risolvere il dubbio, consentendoci di selezionare un'accreditata ipotesi eziologica. Così, ad esempio, nel caso di tumore al polmone, che può derivare dall'esposizione al fumo di tabacco ed a numerose altre sostanze, l'indagine causale tenterà (probabilmente con esito incerto) di indagare nella vita del paziente per cercare di individuare quale sia stato l'agente patogeno che ha innescato il processo carcinogenetico.

Più precisamente, scopo dell'indagine è la verifica critica in ordine all'ipotesi che riguarda la riferibilità di un evento concreto ad una spie-

gazione racchiusa nella generalizzazione, anche se probabilistica. Si tratta, in breve, dell'abduzione selettiva⁴⁴.

Entro questo quadro non riveste decisivo rilievo che la generalizzazione esprima una relazione immancabile tra condizione ed evento o invece solo una relazione di tipo probabilistico: la distinzione tra leggi universali e leggi solo probabilistiche non è qui pertinente, giacché ambedue possono essere poste alla base della spiegazione di un evento all'esito del ragionamento congetturale cui si è fatto prima cenno. Ed anzi il carattere universale della generalizzazione, l'immancabilità della relazione tra una condizione ed un evento, non è in sé un fattore dirimente. Si pensi, per cogliere subito questo aspetto, alla situazione in cui l'esito infausto può alternativamente derivare da una rara affezione che produce sempre la morte o da altra assai più frequente, che però agisce in modo letale solo in alcuni casi.

Il nostro discorso ha un ultimo passaggio assai arduo: resta da chiedersi a quali condizioni possa ritenersi raggiunta la dimostrazione, in termini di razionale, umana certezza, dell'assunto causale. In questo interrogativo non vi è nulla di veramente originale. Il giudice, come si è accennato, si trova in compagnia di altri professionisti: storici, medici, *detective* ed altri ancora. Ebbene, se ci si rivolge alla letteratura semiologica, emerge che le indagini di questi professionisti sono state oggetto di innumerevoli studi, che hanno evidenziato nella semeiotica medica, nell'indagine poliziesca un paradigma indiziario, congetturale; fondato, secondo lo stile abduttivo proposto da Peirce⁴⁵, sul raffronto tra l'ipotesi ed i segni del caso concreto. Si tratta di un universo di riflessioni estremamente stimolanti, che si muovono sul terreno del pensiero ipotetico.

Tuttavia, in tali analisi sarà difficile trovare accenni importanti a ciò che alla fine darà la cosiddetta certezza o la verità oggettiva, o come altro si voglia chiamare quel qualcosa, quell'esito che si cerca nel processo, che tranquillizza la coscienza del giudice e si offre serenamente al giudizio critico. Per dirla in modo teoretico, si tratta di uno stile che si muove sul terreno del pensiero filosofico pragmatista, ove domina una concezione debole di tipo fenomenista ed antirealista: la verità è ciò che funziona.

Chiediamoci se sia possibile procedere oltre. Il fatto è che il giudice

⁴⁴ Un accenno in tal senso in PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 234.

⁴⁵ Su PEIRCE e l'abduzione, ANTISERI, *C.S. Peirce: la conoscenza come ricerca*, in *Id.*, *Ragioni della razionalità*, Rubbettino, 2005; BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Bompiani, 1987; PRONI, *Introduzione a Peirce*, Bompiani, 1990, pp. 66 e 303; TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. dir.*, n. 1, 2004.

penale svolge un'indagine affine a quella storica ma, vista l'importanza del giudizio di responsabilità che gli è affidato, è chiamato ad orientarsi vigorosamente, operosamente verso l'ideale della certezza oggettiva, rigorosamente ancorata ai fatti provati e dimostrata da una serrata argomentazione dimostrativa. Ciò vale a spiegare perché, quando si pongono problemi conoscitivi, il giurista si rivolga istintivamente verso l'epistemologia delle scienze fisiche con la sua incalzante ricerca delle condizioni di scientificità dell'indagine e di "verità" degli enunciati. Questo avvicinamento all'epistemologia delle scienze fisiche ci introduce al modello nomologico-deduttivo ed a quello ipotetico-deduttivo, prodotti da scuole di pensiero fortemente intrise di realismo, oggettivismo e razionalismo e quindi vicine alle esigenze del giudice ed ai problemi afferenti all'utilizzazione del sapere scientifico.

Del modello nomologico-deduttivo si è detto, tentando di chiarire le ragioni che lo rendono spesso insoddisfacente nell'ambito del ragionamento esplicativo. Occorrerà dire allora qualcosa in più sul modello ipotetico-deduttivo⁴⁶. Esso si deve all'opera di K. Popper e costituisce espressione matura, raffinata del pensiero ipotetico; trova la sua origine sul terreno della ricerca scientifica pura, con l'istanza di oggettività e certezza di cui si è detto; e connette in chiave critica le teorie con i fatti. Il suo aspetto più saliente è il criticismo falsificazionista. L'affidabilità di un assunto è temprata non tanto dalle conferme che esso riceve, quanto dalla ricerca disinteressata e strenua di fatti che la mettano in crisi.

Il metodo ipotetico-deduttivo non è però un procedimento caratteristicamente scientifico e neppure caratteristicamente intellettuale, ma costituisce un generale stratagemma che si rinviene in quasi tutti i ragionamenti esplicativi della vita ordinaria e dell'indagine storica. In breve, noi articoliamo un'ipotesi e ne valutiamo le conseguenze inferenziali. Se esse sono false noi accantoniamo o modifichiamo l'ipotesi. In questa preliminare, sommaria sintesi vi è un punto che pare importante: quello della convergenza tra un dato psicologico (l'andamento a *feedback* di congettura e confutazione) ed un enunciato logico (la ripercussione deduttiva della falsità dalla conclusione alle premesse). Si tratta di un dato nuovo, aggiuntivo rispetto alla tradizionale teoria dell'ipotesi, se non altro per l'evidenza che vi assume l'aspetto critico: la teoria (nel nostro caso la teoria del caso concreto) deve confrontarsi

⁴⁶ FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier processo penale, 2008, p. 12; BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper, un modello di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3689. Un accenno a tale modello in Pizzi, *Abduzione e serendipità*, cit.

con i fatti, non solo per rinvenirvi segni che vi si conformino, ma anche e forse soprattutto per cercare elementi di critica, di crisi. Dunque, la congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale, o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dalla aderenza ai fatti espressi da una situazione data.

La verifica critica di cui si parla potrà in concreto riguardare, nell'ambito dell'indagine giuridica, ad esempio, il riscontro del dato storico relativo all'effettiva esposizione ai diversi fattori patogeni, o la ricerca di tracce delle sostanze nocive nei reperti biologici; o ancora la ricerca di segni che accompagnano l'azione causale degli stessi fattori.

Questo stile d'indagine, d'altra parte, tenta di rispondere all'obiezione che scorge nel procedimento per esclusione il pericolo di inversione dell'onere della prova. Infatti, il criticismo falsificazionista incorpora la critica basata sui fatti nella struttura del ragionamento esplicativo. Non c'è dimostrazione senza un serrato confronto con le prove critiche, da ricercare con strenuo accanimento.

7. *Induzione ed abduzione*

I temi qui sopra sommariamente accennati saranno trattati in modo un poco più approfondito nel prosieguo. Tuttavia non si può nascondere il timore ricorrente di condurre il lettore nell'atmosfera rarefatta di dissertazioni squisitamente teoriche, alquanto lontane dagli orizzonti di chi con i problemi causali è realmente chiamato a confrontarsi. Per ricondurre l'esposizione su un terreno più vicino alla prassi, può essere utile rammentare che un accenno al ragionamento probatorio di tipo ipotetico sinteticamente proposto si rinviene nella nota sentenza delle Sezioni Unite (*amplius*, cap. II, § 15). Essa chiarisce che la giurisprudenza non può fare a meno del sapere esperienziale e di quello probabilistico; esclude che il ragionamento probatorio possa essere mosso dalla logica deduttiva; evoca da un lato l'abduzione e dall'altro la copiosa caratterizzazione del fatto storico. La lettura integrata di alcuni passaggi della sentenza consente di individuarvi il nucleo del pensiero abduttivo: induzione ed abduzione si intrecciano dialetticamente, l'induzione, cioè il fatto storico, costituisce il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa. La prospettiva, come è noto, è quella di una ricostruzione del fatto dotata di elevata probabilità logica, ovvero di elevata credibilità razionale. Ciascuno di tali termini ha bisogno di una breve precisazione teorica.

L'idea centrale della teoria dell'induzione è che la conoscenza scientifica parte da proposizioni semplici e imparziali costruite sulla base delle prove dei sensi. Essa si fonda, quindi, soprattutto sull'osservazio-

ne dei fatti e sul ragionamento "logico". La base osservativa può essere costituita dall'annotazione della ripetizione di eventi nella prospettiva dell'individuazione di regolarità statistiche o universali: l'induzione per enumerazione. Ma al ragionamento induttivo può farsi riferimento pure nella prospettiva dell'analisi causale retrospettiva di un accadimento verificatosi. In tale distinto contesto, che afferisce alla spiegazione di eventi singoli, l'evocazione dell'induzione attiene a ciò che la Corte Suprema definisce icasticamente come la copiosa caratterizzazione del fatto storico nel suo concreto verificarsi: un diverso dispiegamento dell'analisi fattuale, di cui è bene cogliere la diversità, e che accompagna una diversa inflessione di significato del termine "induzione"⁴⁷.

L'epistemologia contemporanea ha espresso contro l'induttivismo critiche che hanno ridimensionato il peso di tale modello d'indagine. Qui interessa soprattutto sottolineare sinteticamente che la critica più rilevante riguarda la mancata spiegazione dell'errore, determinato di solito non da un'errata interpretazione dei fatti, da un uno sbaglio nelle informazioni, quanto piuttosto dalla prova contraddittoria prodotta da una nuova osservazione; e più in generale dalla mancata comprensione della funzione critica dell'osservazione e della sperimentazione

⁴⁷ Per meglio comprendere di cosa si parla quando si evoca il ragionamento induttivo appare utile un esempio: "Supponiamo di aver effettuato alcune culture di tessuti di cellule viventi, usando diversi mezzi che poi siano stati buttati via; e supponiamo che alcune delle culture, non tutte, siano state attaccate da un'infezione batterica e che, naturalmente si debba scoprire perché. In questo caso la risposta la potremmo ottenere solo usando le cinque regole di Mill. I mezzi che abbiamo usato con tutte le culture non possono essere causa dell'infezione. Se soltanto le culture infette sono state preparate su mezzi di una certa specie particolare, v'è quasi la certezza che proprio tali mezzi sono i responsabili del male; e tale interpretazione delle cose troverà conferma se si scoprirà che le culture più attaccate dall'infezione sono quelle per le quali il mezzo sospettato è stato usato in maggiore quantità. Rimaniamo tuttavia sorpresi se, da uno studio più completo dei dati, scopriamo che certe culture sono sfuggite all'infezione benché il mezzo preparato sia stato quello sospetto; tutto si risolve però quando viene a risultare che tali culture anomale differiscono da quelle che sono state effettivamente contaminate perché nel prepararle si è usato un ingrediente battericida che ha impedito all'infezione di svilupparsi. E si potrebbe continuare a lungo rendendo la situazione sempre più complessa. Il ragionamento usato per risolverla sarebbe però sempre semplice: un ragionamento 'logico' nel senso che può essere realizzato mediante una formula o uno schema meccanico; un ragionamento che è o può essere conclusivo soltanto se i fatti empirici così come sono stabiliti, rappresentano tutta la verità e nient'altro che la verità. Al contrario, se le conclusioni sono sbagliate, la causa deve risiedere in un errore dei fatti da cui l'induzione è partita". MEDAWAR, *Induzione e intuizione nel pensiero scientifico*, Armando, 1974, p. 66 s.

rispetto ad una teoria, un'ipotesi. L'induzione, nella spiegazione di eventi singoli, non è certo irrilevante, ma essa – da sola – costituisce uno strumento concludente solo di fronte a fatti plurimi, certi, altamente significativi; e quindi in un numero limitato di casi.

Le Sezioni Unite hanno evidentemente colto questo aspetto del dibattito epistemologico e, in un passaggio tanto rapido quanto importante della pronunzia, hanno legato induzione ed abduzione. Occorre allora chiedersi cosa sia esattamente l'abduzione. Il termine venne coniato dal filosofo Peirce, personalità geniale del pragmatismo americano cui si deve, tra l'altro, uno dei più fondamentali contributi allo sviluppo del pensiero ipotetico.

Peirce, essendo interessato alla logica dell'indagine, prestava grande attenzione ai ragionamenti induttivi e ipotetici, in quanto forma di inferenza sintetica produttiva di informazioni. Per l'Autore la spiegazione è un'ipotesi: "Il primo avvio dell'ipotesi e l'intrattenimento di essa, sia come semplice interrogazione sia con qualche grado di fiducia, è un passo inferenziale che propongo di chiamare abduzione". Essa, dunque, costituisce una proposizione o spiegazione la cui verosimiglianza non può essere misurata, non è quantificabile: da sola non è in grado di attribuire alla spiegazione alcuna forza o certezza. L'unica caratteristica che l'ipotesi deve avere è di spiegare i fatti. Indi, "la prima cosa da fare, una volta adottata un'ipotesi, sarà quella di trarne le probabili conseguenze sperimentali. Questo passo è la deduzione". Dunque, se vogliamo sapere quale delle nostre ipotesi è vera, o per meglio dire verificata, dobbiamo testarne le conseguenze sui fatti. "Avendo tratto per deduzione da un'ipotesi le previsioni dei risultati di un esperimento, procediamo a saggiare l'ipotesi eseguendo l'esperimento e confrontando quelle previsioni con i risultati effettivi di esso ... e se l'ipotesi resiste alla sperimentazione cominciamo ad accordarle dignità tra i risultati scientifici". Questa è l'induzione: "L'operazione di verificare un'ipotesi sperimentalmente, che consiste nel notare che, se è vera, delle osservazioni fatte in certe condizioni dovrebbero avere certi risultati, far sì che tali condizioni siano soddisfatte, notare i risultati e, se sono favorevoli, attribuire una certa fiducia all'ipotesi, ciò lo chiamiamo induzione". Dunque, come è stato efficacemente sintetizzato, all'inferenza come atto logico viene aggiunta una parte sperimentale, comprendente l'attuazione delle condizioni sperimentali stabilite e la notazione dei risultati. La logica si mescola così con la pratica osservativa e sperimentale. Alla parte sperimentale segue poi la parte generalizzante, che conclude con l'invalidazione o l'estensione dell'ipotesi. Lo scopo dichiarato dell'induzione è, dunque, quello di "attribuire fiducia all'ipotesi". Né la deduzione né l'induzione producono leggi, ma semplicemente ne traggono le conseguenze e le

generalizzano. L'unico argomento che produce informazione è l'abduzione⁴⁸.

È interessante cogliere che in tale elaborazione l'abduzione (cioè l'ipotesi) e l'induzione s'intreccino dialetticamente; e l'induzione costituisce, in sostanza, il banco di prova critica rispetto all'ipotesi. Si tratta di una tesi sull'indagine assai vicina a quella accolta dalla Corte Suprema, quando ravvisa la necessità di raffrontare le generalizzazioni probabili con i segni fattuali presenti nel processo, al fine di verificare se esse siano in grado di spiegare e raccogliere in un costrutto coerente quegli stessi segni.

Un esempio: immaginiamo che un archeologo, nel corso di uno scavo, si trovi davanti i frammenti di un antico manufatto. Se vorrà ricostruirlo secondo il metodo induttivo dovrà pazientemente porsi davanti ad esso, tentare di far combaciare tutti i frammenti fino a quando non riuscirà a comporli in un insieme. A quel punto l'opera sarà compiuta senza incertezze con un metodo semplice e sicuro. Supponiamo, però, che i frammenti disponibili siano pochi. In tal caso il metodo induttivo non risulterà soddisfacente. Risulterà invece più produttivo il metodo ipotetico, fondato sull'intreccio tra l'abduzione (l'ipotesi) e l'induzione. Immaginiamo che l'archeologo, per precedenti esperienze o solo per intuito, giunga ad ipotizzare che si sia in presenza di un vaso corrispondente ad una tipologia che gli è nota. Egli allora, con ogni probabilità, si munirà di un modello che riproduca tale genere di manufatto e verificherà se i frammenti disponibili possano essere collocati attorno a quel modello. Se l'operazione darà esito positivo e consentirà di individuare frammenti sovrapponibili alle parti più caratterizzanti di quella tipologia di vaso, sarà possibile giungere alla conclusione che si è effettivamente in presenza di un oggetto di quella determinata classe, anche nel caso in cui i frammenti siano pochi ma significativi. Questo tipo d'indagine funziona proprio sulla base del raffronto dialettico tra un'ipotesi (il modello di vaso) ed i fatti (i frammenti ritrovati nel corso dell'indagine archeologica).

Volendo rapportare, dunque, tali linee ipotetiche alla prassi giudiziaria nelle situazioni nelle quali si dispone di generalizzazioni scientifiche o esperienziali, può affermarsi che, come si è già accennato, scopo dell'indagine causale è quello di verificare se la spiegazione racchiusa nella generalizzazione disponibile sia pertinente in relazione all'evento oggetto del processo. Dunque, questo approccio si distingue sia rispetto a quello nomologico-deduttivo tutto centrato sulla forza

⁴⁸ La sintesi riguarda il pensiero più maturo di PEIRCE ed è tratta da PRONI, *Introduzione a Peirce*, cit., p. 66 ss.

esplicativa dell'*explanans*; sia rispetto a quello (meramente) induttivo centrato sui fatti e sulla loro lettura in chiave logica. Ciò che maggiormente lo caratterizza è il ruolo critico ed informativo attribuito ai fatti in rapporto alle generalizzazioni esplicative.

Tale diversità non costituisce solo un'elaborazione teorica, ma ha implicazioni pratiche che la giurisprudenza non trascura di indicare. Infatti, si afferma che non è esclusa pregiudizialmente la possibilità di giungere alla dimostrazione del nesso causale quando si dispone di generalizzazioni scientifiche statisticamente incerte o di generalizzazioni del senso comune (massime d'esperienza). Anzi, si ammette la possibilità di trarre conclusioni anche in situazioni nelle quali si dispone soltanto di informazioni epidemiologiche: si tratta di uno dei contesti nei quali, come si è già accennato, maggiore è la distanza tra le informazioni disponibili e la spiegazione dell'evento singolo, giacché le stesse informazioni riguardano la causalità generale, classi di eventi e non una contingenza determinata.

A tale riguardo, la Corte sottolinea la necessità di verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della applicabilità alla fattispecie concreta. In particolare, nell'ambito della medicina biologica e clinica sarà possibile attingere, ai fini della valutazione dell'interazione tra le emergenze fattuali, al metodo criteriologico elaborato in medicina legale che, nelle sue espressioni più moderne, valorizza proprio l'analisi critica delle emergenze caratteristiche di ciascun caso alla luce del sapere scientifico disponibile: mentre la scienza sperimentale dispone di metodi ripetibili e standardizzabili, la medicina clinica e quella legale non consentono verifiche di questo tipo; e l'indagine causale si sviluppa attraverso il confronto, caso per caso, delle conoscenze scientifiche con i dati dell'osservazione clinica, anatomo-patologica e di laboratorio. Sotto questo aspetto la pronunzia segna la riconciliazione tra giurisprudenza e medicina legale, nel segno, si potrebbe dire, dell'aderenza ai fatti, della strenua ricerca dei segni del caso concreto e di un'altrettanto rigorosa analisi del loro significato sulla base del sapere scientifico. Tutto il dibattito epistemologico sulla spiegazione di eventi singoli della storia o della natura parte dall'implicito presupposto che non possa farsi a meno di leggi esplicative, condizioni iniziali, fatti: "... l'attività diagnostica e quella investigativa consistono in un ri-conoscimento della situazione che ha portato allo stato morboso o all'atto criminale; è il riconoscimento del modo spesso complessissimo in cui i più svariati elementi possono essere intrecciati ed aver agito gli uni sugli altri sino a condurre a quell'esito che è la malattia o il delitto. Diagnosticare ed investigare significano ri-conoscere. E ri-conoscimento non è possibile se già non si conoscono le leggi (psicologiche, economiche, chimiche, biologiche o

fisiologiche) che presiedono al mutevole configurarsi ed intrecciarsi di condizioni singole che conducono a stati patologici o a situazioni criminose”⁴⁹.

8. *Probabilità logica e credibilità razionale*

Così chiarito il senso della connessione tra abduzione ed induzione, occorre tentare di comprendere a quali condizioni possa ritenersi raggiunta la dimostrazione, in termini di razionale certezza, dell'assunto causale: un problema che riguarda propriamente l'accertamento processuale del nesso tra condizione ed evento. Le Sezioni Unite hanno fornito un'indicazione pure a tale riguardo: si tratta di un giudizio di conferma dell'ipotesi su basi induttive, caratterizzato da elevata probabilità logica o credibilità razionale.

Si tratta, allora, di definire cosa sia realmente la probabilità logica, che viene frequentemente evocata quale chiave di volta dell'intera intricata questione senza alcun approfondimento che ne chiarisca il significato e l'utilità. Le Sezioni Unite forniscono un contributo chiarificatore: la probabilità logica alla quale è interessato il giudice non è quella del sapere nomologico utilizzato per la spiegazione del caso, bensì attiene ai profili inferenziali della verifica probatoria condotta in chiave induttiva, cioè alla luce delle emergenze del caso concreto. Insomma, essa riguarda il significato probatorio delle prove valutate nel loro complesso. Si tratta di una puntualizzazione che colloca correttamente il problema in discussione nel peculiare contesto della spiegazione di eventi singolari. Resta a questo punto da definire cosa esattamente sia la probabilità logica o induttiva.

L'espressione nasce sul terreno dell'epistemologia della scienza neopositivista ed attiene alla valutazione della fondatezza di generalizzazioni esplicative di classi di eventi. Essa costituisce un portato teorico dell'epistemologia che si fonda eminentemente sull'induzione per enumerazione. In sintesi, la constatazione del regolare ripetersi di un fenomeno non ha significato solo sul terreno statistico e delle applicazioni statistiche; ma contribuisce ad alimentare l'affidamento sulla plausibilità della generalizzazione desunta dall'osservazione dei casi passati, quale chiave di volta per la previsione di eventi futuri e per la spiegazione di eventi passati dei quali si investiga la sequenza causale. In tale ambito di filosofia della scienza, il dato di maggior interesse è il tentativo di quantificare formalmente il grado di conferma sulla base

⁴⁹ BALDINI, *Karl Popper*, cit.

della frequenza riscontrata e dell'entità della base informativa costituita dai rapporti osservativi.

Si tratta di un'elaborazione che non è andata esente da censure che, in ultima analisi, traggono alimento da una critica radicale nei confronti della stessa induzione per enumerazione. La più penetrante sembra essere quella che l'ha definita come una tautologia giustificata ma non controllabile⁵⁰. Questa censura mette in luce, in ultima analisi, l'assenza, nell'idea di probabilità logica, del momento critico. Il tema, come si vede, si colloca sul piano dell'indagine scientifica, nella quale vengono studiate le generalizzazioni, le leggi scientifiche appunto, che riguardano classi di eventi.

Sebbene l'elaborazione complessa e formale della probabilità logica concepita da Carnap abbia subito molte critiche, alcuni studiosi, primo tra tutti L.J. Cohen⁵¹, ritengono che essa, nel suo nucleo concettuale, possa essere utile nei giudizi della giurisprudenza⁵² e quindi sul distinto piano della causalità singolare. Anche qui si è in presenza di una base fattuale o, se si vuole, induttiva costituita dalle prove disponibili; ma il termine induzione assume un significato diverso rispetto alle regolarità osservative riscontrate nell'ambito dell'indagine scientifica e riguarda propriamente emergenze eterogenee, irripetibilmente caratteristiche di ciascuna vicenda. È allora chiaro che la probabilità logica dell'ipotesi esplicativa di un caso concreto non potrà assumere quel connotato di quantificazione formalizzata concepito nell'ambito dell'induzione per enumerazione. Come è stato condivisibilmente sottolineato, la versione formalizzata della probabilità logica non è applicabile nel contesto del processo, poiché il ragionamento del giudice non è formalizzato e con ogni probabilità non è neppure formalizzabile, in quanto impiega largamente nozioni e regole di senso comune ed è fondato in gran parte su concetti vaghi⁵³. Tuttavia si ritiene che l'idea base di tale teoria possa considerarsi valida ed in qualche modo utile nell'ambito giudiziario. Lo schema di base è quello dell'ipotesi caratterizzata da un certo grado di conferma: il problema che la decisione deve risolvere è se questa ipotesi possa considerarsi vera, il che equivale a stabilire se essa ha un grado di probabilità logica suffi-

⁵⁰ POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*, 1956, trad. it., Il Saggiatore, 1994, p. 306.

⁵¹ L.J. COHEN, *The Probable and the provable*, Oxford press, 1977.

⁵² Ampiamente, in proposito, TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 199 ss.; BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1991, p. 119 ss.

⁵³ TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 214.

ciente a farla assumere come descrizione attendibile del fatto. Si tratta, in altri termini, di una valutazione relativa al grado di conferma che l'ipotesi ha ricevuto sulla base delle prove: se tale grado è ritenuto sufficiente, l'ipotesi è attendibile e quindi può essere assunta come base della decisione, se tale grado è ritenuto insufficiente, l'ipotesi è inattendibile. Si tratta di una valutazione, ossia di un apprezzamento essenzialmente discrezionale che il giudice compie in sede di decisione, in base al grado di conferma che le prove acquisite conferiscono all'ipotesi sul fatto. Essa sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa: si tratta del momento principale in cui trova manifestazione il prudente apprezzamento o il libero convincimento del giudice. "Poiché però non vale l'alternativa rigida tra calcolo quantitativo e soggettivismo irrazionale, è opportuno considerare che la valutazione in esame può essere condotta a criteri razionali anche se inevitabilmente caratterizzati da una certa vaghezza e quindi irriducibilmente elastici"⁵⁴.

Da questi accenni emerge un punto fermo: l'idea di probabilità qui evocata è di tipo valutativo, non ha un contenuto numerico e neppure, di solito, una solida base statistica riferita alle generalizzazioni esplicative utilizzate. Si potrebbe addirittura temere che il termine probabilità, in questa chiave, risulti fuorviante, inducendo all'idea di approssimazione imponderabile quale premessa per un inaccettabile, surrettizio ritorno verso criteri *naïf*, intuitivi o autoritari di accertamento del nesso di condizionamento. Proprio la difficile manovrabilità del termine, si è osservato, è alla base della tendenza a non insistere più del necessario sull'uso di questa o quella nozione generale di probabilità e a concentrare, invece, l'attenzione sui vari tipi di situazioni inferenziali e sulle inferenze che si realizzano nell'ambito dello schema generale costituito dal rapporto tra ipotesi ed elementi di conferma. Si parla sempre meno di probabilità, anche se ci si muove pur sempre entro l'idea generale della probabilità come relazione logica, e si parla sempre più di *evidence ad inference* per designare specificamente ogni tipo di problema consistente nel determinare l'attendibilità di ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma⁵⁵.

Più vicino alla cultura giudiziaria appare il senso dell'evocazione compiuta dalle Sezioni Unite con l'espressione "credibilità razionale": riconduzione della valutazione a criteri di razionalità che non è "né calcolo né arbitrio"⁵⁶. In tale chiave va inteso pure il riferimento al libero convincimento del giudice: rispetto della logica, del sapere scien-

⁵⁴ TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 270 s.

⁵⁵ TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 214.

⁵⁶ TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 269.

tifico, corrispondenza con l'esperienza comune, in un quadro di intercomunicabilità soggettiva delle argomentazioni contenute nella motivazione⁵⁷. Come si vede, in ciò non vi è nulla di realmente nuovo.

L'aspetto più significativo dell'elaborazione di cui si discute sembra essere proprio quello di porsi sul terreno del giudizio sull'ipotesi ricostruttiva del fatto concreto, piuttosto che su quello astratto, irrealistico, di un sapere scientifico sempre pronto all'uso, da applicare in modo quasi automatico, sillogistico, senza incertezze. È questo il passaggio che segna la novità e l'importanza della decisione delle Sezioni Unite. La Corte, infatti, con acuta sensibilità per il ruolo della giurisprudenza, abbandona alcune irrealistiche enunciazioni contenute in precedenti sentenze tutte focalizzate sulla forza nomologica del sapere scientifico (*amplius*, cap. V, § 9); segna fortemente il passaggio dalla probabilità della generalizzazione esplicativa a quella dell'ipotesi sul fatto.

In conclusione: apprendiamo dalle Sezioni Unite che l'indagine si muoverà attorno al raffronto tra l'ipotesi sulla spiegazione causale ed i segni, le circostanze concrete che la confermano o la confutano; sappiamo pure che tale analisi sarà concludente se consentirà di pervenire ad un giudizio di certezza processuale espressa non in termini quantitativi, numerici, ma in termini valutativi; se cioè tale giudizio si porrà in termini di probabilità logica o credibilità razionale. Infine, siamo consapevoli pure che tale giudizio di probabilità induttiva non è scevro da incertezze. Infatti, occorre ribadirlo, la valutazione in termini di probabilità logica dell'ipotesi ricostruttiva di un fatto ha un forte contenuto valutativo, è vaga per eccellenza, sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa. Essa esprime il prudente apprezzamento ed il libero seppure non arbitrario convincimento del giudice.

Proprio per questi tratti, l'elaborazione accreditata dalla pronuncia delle Sezioni Unite, imperniata sulla relazione tra l'ipotesi ed i fatti e sul conclusivo giudizio di probabilità logica dell'inferenza, è andata incontro ad alcuni inconvenienti. Da un lato la probabilità logica viene spesso confusa con la probabilità statistica che, invece, esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni ed una classe di eventi ed è quindi scevra dai contenuti valutativi propri della probabilità logica. Dall'altro lato, proprio l'indicato contenuto valutativo, discrezionale, ha aperto la strada a degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale: si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale.

⁵⁷ MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 101 ss.

Senza dubbio il fattore di discrezionalità insito nel concetto di cui parliamo lo rende particolarmente adatto all'uso giurisprudenziale. Ma è chiaro che ciò può avvenire solo in un modo rigidamente controllato; ed il controllo critico può essere costituito solo da una rigorosa, si vorrebbe dire persino ossessiva, attenzione ai fatti ed ai dettagli quali fattori di superamento di ciò che di astratto, retorico, fumoso può esservi in tale elaborazione concettuale. Questo pare possa essere il più utile promemoria per chi è chiamato a farne uso nella prassi. Questa esigenza di concretezza e di attenzione ai fatti, d'altra parte, pare possa essere scorta nella recente giurisprudenza di legittimità.

In ogni caso, la riflessione sull'aspetto critico del ragionamento inferenziale costituisce l'ultimo possibile approfondimento del tema. Si tratta di compiere un ulteriore passo per tentare di comprendere come possa essere conseguita la corroborazione dell'ipotesi che costituisce l'ideale di una certezza "umana"; col caparbio proposito di sfuggire alla tentazione di risolvere sul piano argomentativo, retorico, questioni che attengono al cuore della decisione giudiziaria. A tale approfondimento è dedicata la trattazione che segue.

9. *La corroborazione dell'ipotesi: il criticismo falsificazionista*

L'attenzione al momento critico del ragionamento inferenziale introduce nuovamente al pensiero ipotetico cui si è già fatto un cenno più sopra a proposito del ragionamento abduttivo. In effetti, la constatata insufficienza del modello nomologico-deduttivo incoraggia a saggiare l'alternativo modello ipotetico-deduttivo che, senza ovviamente abbandonare l'approccio nomologico, lo colloca più incisivamente nello specifico contesto del caso esaminato e valorizza la ricerca e l'analisi critica di tutti i fattori presenti ed interagenti. Si tratta di un modello simile non solo all'empiria della vita quotidiana ma anche, per quel che qui interessa, all'indagine medico-legale che di fatto basa la sua metodologia fondamentalmente su una serie di controlli critici sull'ipotesi iniziale, appunto secondo il popperiano modello ipotetico-deduttivo. Del resto, la consapevolezza dell'utilità di un approccio di tipo congetturale secondo il modello popperiano sembra ora farsi strada nella dottrina medico-legale, che tende a privilegiare la verifica empirica delle proposizioni scientifiche rispetto alla deduzione logico-matematica. Lo stile dogmatico non appartiene alla conoscenza scientifica che procede attraverso gli errori e le verifiche⁵⁸. La parola d'ordine che sembra possa

⁵⁸ FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, 1999, p. 59 s. Nello

contrassegnare tale stile di pensiero è: le generalizzazioni disponibili vanno confrontate con le emergenze del caso concreto nella prospettiva di pervenire ad una teoria esplicativa di quello stesso caso. Occorre vedere un po' più da vicino di cosa si tratta.

Commentando il dibattito tra Hempel e Dray a proposito dell'indagine storica, Antiseri osserva che la teoria hempeliana pone in luce un aspetto dell'indagine che certamente non può essere trascurato. Infatti non vi può essere spiegazione senza leggi di copertura: se si cerca di comprendere come è avvenuto un determinato incidente automobilistico non è possibile fare a meno delle leggi dell'ottica che spiegano l'abbagliamento, di meccanica che spiegano il fracassarsi della macchina e di biologia che spiegano la morte del guidatore. Tuttavia tali leggi sono date per scontate e non presentano solitamente aspetti problematici. Nella spiegazione dell'incidente si presentano invece diverse questioni problematiche che vengono affrontate e risolte in chiave congetturale: è accaduto un incidente stradale ... "si guardano le condizioni che hanno provocato il disastro e il loro intrecciarsi, cioè il come si sono presentate queste condizioni. Si ipotizza che il guidatore fosse un po' brillo (e si cerca di controllare questa ipotesi singolare); si guardano le gomme nell'eventualità che fossero troppo lisce; si controlla lo stato dei freni; si cerca di vedere se sulla strada ci fossero già delle macchie d'olio, ma occorre ancora accertarsi se quest'olio è quello perduto nell'incidente dalla macchina o se c'era già prima, e allora si fanno delle analisi chimiche; e poi, chi c'era accanto al guidatore? Il guidatore aveva il sistema nervoso scosso? Sulla strada venivano altre macchine in senso contrario? Tenevano accesi i fari abbaglianti? O semplicemente un cane attraversava la strada?" e così via. Emerge così che l'indagine è consistita nella ricostruzione della situazione, in una serie di problemi che scoppiavano uno dopo l'altro, di congetture formulate per tentare di rispondere a tali domande e di prove di queste congetture per arrivare infine alla congettura risoltrice che, alla luce dell'evidenza disponibile, appare al momento la meglio corroborata⁵⁹.

Lo stesso Antiseri in un altro saggio ha tratteggiato nei medesimi termini lo stile dell'indagine clinica finalizzata alla diagnosi, che appare per molti versi simile all'indagine che si compie nell'ambito medico-legale. Anche l'atto diagnostico è un procedimento esplorativo che

stesso senso quanto alla configurazione della metodologia medico-legale come controllo critico sull'ipotesi iniziale sia pure in modo solo accennato, GIUSTI, *Le incomprensioni tra scienza giuridica e scienza medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 750.

⁵⁹ ANTISERI, in introduzione a HEMPEL, *Come lavora uno storico*, cit., p. 64 s.

avanza per congetture e confutazioni. È un dialogo spesso rapido tra le ipotesi proposte dalla mente del medico e le osservazioni. La diagnosi, come qualsiasi altra ipotesi, si prova sulle sue conseguenze⁶⁰.

C'è allora da chiedersi cosa sia esattamente questa diversa ricostruzione dell'accadimento che fa leva sulla risoluzione in chiave congetturale delle situazioni problematiche che si dipanano inevitabilmente in un'indagine fattuale, ed aspira ad una teoria fattuale corroborata. Ed occorre inoltre comprendere se tale modello sia applicabile per risolvere il più complesso problema dell'indagine causale in ambito penale: quello della pluralità delle cause.

L'elaborazione di cui si parla ha trovato espressione compiuta nell'opera di Popper, ma trova radici assai profonde nel pensiero ipotetico⁶¹, a lungo sommerso, che ha avuto in Peirce un interprete tanto importante quanto trascurato ed è stato alimentato dalla filosofia pragmatista⁶². Il pensiero ipotetico ha assunto la sua forma più matura attraverso la teoria falsificazionista, che connette vigorosamente, in chiave critica, le teorie scientifiche con i fatti e che risponde quindi alle attese di chi (come il giudice) persegue quelle istanze di oggettività e razionalità cui si è ripetutamente fatto cenno. La teoria costituisce uno strumento convincente, assai utilizzato in molti campi di ricerca, sor-

⁶⁰ ANTISERI, *Epistemologia contemporanea e logica della diagnosi clinica*, in ANTISERI-FEDERSPIEL-SCANDELLARI, *Epistemologia, clinica medica e la questione delle medicine eretiche*, Rubettino, 2003, p. 36 ss. "Il clinico procede nelle argomentazioni di prova della sua diagnosi in questo modo: se la mia diagnosi è giusta, allora dovrebbe per esempio darsi che: l'anamnesi deve portare in evidenza i fatti T1, ... Tn, le analisi di laboratorio dovrebbero dare i risultati p1...pn, la radiografia dovrebbe mettere in luce i dati R1, ... R2, la terapia dovrebbe portare agli esiti E1, ... E2. Se i controlli risultano negativi, se cioè gli effetti previsti non si verificano, allora il clinico cadrà ancora sotto le morse del dubbio ... Sotto la pressione del dubbio egli proporrà una nuova diagnosi anch'essa controllabile sulle proprie conseguenze".

⁶¹ Per una sintesi antologica del pensiero ipotetico; ANTISERI, *La logica dell'ipotesi in Ernest Naville e l'ipotesismo tra ottocento e novecento*, in introduzione a NAVILLE, *La logica dell'ipotesi*, Rusconi, 1989.

⁶² Si discute su quale sia la prima traccia dell'uso della parola falsificazione ed in particolare se essa sia presente già nel pensiero di Peirce o se sia attribuibile a Popper. È stato dimostrato che PEIRCE usò, nella sua vastissima produzione, il termine in questione (la proposizione ipotetica "may be falsified by a single state of things") (ANTISERI, in *Introduzione a NAVILLE, La logica dell'ipotesi*, cit.). D'altra parte tale metodo forse era già presente nel pensiero medioevale (ECO, SEBEOCK, in *Introduzione a Il segno dei tre*, cit.). E un approccio problematico e critico è pure rinvenibile nell'antica storiografia greca (BUTTI DE LIMA, *L'inchiesta e la prova*, Einaudi, 1996, p. 127 ss.). Tutto ciò è comprensibile, se si considera che il metodo per congetture e confutazioni è un naturale modo di risoluzione di situazioni problematiche che trova applicazione con successo nella vita ordinaria dell'uomo.

retto com'è dalla convergenza tra il punto di vista psicologico e quello logico.

Il pensiero popperiano ha avuto un enorme successo ed è stato interpretato in diversi ambiti da studiosi che ne hanno valorizzato i caratteri e le potenzialità. Lo sforzo interpretativo ha assunto ammirevole chiarezza in Medawar, personalità che coniuga i talenti del ricercatore e dell'epistemologo. Muovendo dalla propria esperienza nel campo della ricerca biologica, l'Autore coglie le movenze del pensiero ideativo e le strategie attraverso le quali esso rafforza la "fiducia" nelle mete via via conseguite, e le definisce con una tale finezza che – forse – ogni lettore potrà riconoscervi i tratti del proprio agire ideativo.

Anche Medawar parte dal principio d'induzione: al centro dell'induzione sta l'opinione, innocente, secondo la quale il pensiero che conduce alla scoperta scientifica, o alla proposta di una nuova teoria scientifica, è logicamente spiegabile e descrivibile. Anche se non appaiono nell'atto, i processi di ragionamento e le azioni logicamente motivate che conducono lo scienziato verso quella che egli ritiene la verità possono essere rivelati da un'analisi retrospettiva. Nella considerazione induttiva è lo stesso procedimento di raggiungimento di un'idea, o di formulazione di una proposizione generale, che può essere logicamente analizzato. Ne consegue che, nello schema induttivo, scoperta e giustificazione costituiscono un unico atto di pensiero: ciò che ci conduce a formarci un'opinione è anche ciò che giustifica il fatto che noi manteniamo tale opinione; i procedimenti intellettuali che ci portano verso una generalizzazione costituiscono il terreno stesso su cui si basa la supposizione che tale generalizzazione sia vera⁶³. In realtà l'induttivismo, nella letteratura scientifica è solo un atteggiamento che gli scienziati scelgono quando va su il sipario e il pubblico li vede. "Nella vita reale scoperta e giustificazione sono quasi sempre due diversi procedimenti. Una metodologia che voglia essere sana deve tener conto di tale diversità e chiarirla"⁶⁴.

L'induttivismo non solo non offre un'idea del reale andamento dell'ideazione, ma presenta alcuni vizi che possono essere così sintetizzati:

- Non fornisce un incentivo formale ad effettuare un'osservazione piuttosto che un'altra. Non produce una teoria dell'incentivazione o della motivazione⁶⁵.
- Più spesso che del tutto rifiutate, le teorie vengono emendate; e

⁶³ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 50.

⁶⁴ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 52.

⁶⁵ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 55.

una metodologia della rettifica (variante logica del *feedback* negativo) è qualcosa che dobbiamo aspettarci di trovare in ogni soddisfacente spiegazione formale del ragionamento scientifico⁶⁶.

– L'induttivismo non offre una spiegazione adeguata della possibilità dell'errore scientifico. L'errore non dipende di solito da un'errata interpretazione dei fatti. Quello che dimostra l'inadeguatezza o l'erroneità di una teoria non è, di regola, la scoperta di uno sbaglio nelle informazioni sulla base delle quali la teoria stessa è stata proposta; molto più spesso è la prova contraddittoria prodotta da una nuova osservazione⁶⁷.

– La teoria classica dell'induzione non rivela alcuna chiara comprensione della funzione critica della sperimentazione.

– Soprattutto, noi di rado ragioniamo induttivamente. Il ragionamento induttivo costituisce un processo semplice, chiaro e quasi banale: un ragionamento "logico" nel senso che può essere realizzato mediante una formula o uno schema meccanico: un ragionamento che è o può essere conclusivo soltanto se i fatti empirici, così come sono stabiliti, rappresentano solo e tutta la verità.

Al contrario di quanto accade nell'ambito dell'epistemologia induttivista, secondo la metodologia ipotetico-deduttiva la scienza non è spinta in avanti per via logica. Il ragionamento scientifico è un dialogo esplorativo che può sempre risolversi fra due episodi di pensiero, l'uno immaginativo e l'altro critico, che s'alternano e agiscono uno sull'altro. Nell'episodio immaginativo lo scienziato si forma un'opinione, concepisce una certa veduta, avanza una congettura sulla base delle informazioni in suo possesso, da cui può essere spiegato il fenomeno sul quale si indaga. Esplicitamente ispirandosi a Peirce, Medawar ricorda che l'atto creativo è la formazione di un'ipotesi, perché il ragionamento ipotetico è l'unica base da cui può partire una nuova idea. Il processo attraverso il quale si giunge a formulare un'ipotesi non è illogico ma alogico, ossia estraneo alla logica. Una volta però che ci si sia formata un'opinione, la si può sottoporre a critica, generalmente mediante sperimentazione; e questo episodio di pensiero appartiene alla logica, e della logica fa uso, perché consiste in una prova empirica delle conseguenze logiche delle nostre opinioni. Formata l'ipotesi diciamo: se la nostra ipotesi è giusta ne consegue che ... Se le nostre predizioni si confermano logiche e non caduche trova giustificazione un aumento della nostra fiducia nell'ipotesi affacciata⁶⁸.

⁶⁶ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 56.

⁶⁷ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 60.

⁶⁸ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 76.

Il ragionamento scientifico è perciò un dialogo tra due voci, una immaginativa, l'altra critica; un dialogo tra il possibile e l'attuale, tra la proposta e la realtà, l'ipotesi e la critica, tra ciò che può esser vero e ciò che di fatto lo è. "In questa concezione del pensiero scientifico immaginazione e critica si integrano a vicenda. L'immaginazione senza critica può scoppiare in una comica profusione di nozioni grandiose e stupide. Il ragionamento critico da solo è sterile"⁶⁹.

Se accettiamo l'idea che il ragionamento scientifico è una specie di dialogo fra il possibile e il reale, riduciamo il dominio delle scienze a una sola categoria delle opinioni possibili, ossia a quelle sole opinioni che per principio sono passibili di modifica attraverso un esame critico. Il criterio della verificabilità va così sostituito col criterio della falsificabilità. Condotta nel modo giusto, la deduzione ci garantisce che, se le nostre ipotesi sono vere, debbono necessariamente esser vere anche le inferenze che da esse si traggono. Se, perciò, un'ipotesi conduce ad aspettative che non vengono confermate, deve necessariamente esservi qualcosa di sbagliato. Tuttavia, se le nostre aspettative vengono confermate, ciò non vuole assolutamente dire che le ipotesi che ad esse ci hanno condotto siano vere, in quanto anche ipotesi false possono condurre a conclusioni vere⁷⁰.

Il criterio della falsificabilità definisce la distinzione fra le proposizioni che appartengono alla scienza e al mondo del buon senso e le proposizioni che, nonostante appartengano a qualche altro discorso, non vengono respinte come assurde⁷¹. Sotto tale riguardo, la sensatezza e la coerenza sono condizioni necessarie ma non sufficienti per un processo intellettuale che vuol chiamarsi del buon senso o anche scientifico. Tutte le teorie devono avere senso, ma inoltre ci si attende che si conformino alla realtà, che siano empiricamente vere, che si confrontino coi fatti⁷².

L'Autore, nella sua seducente esposizione, lascia infine il contesto scientifico per dirigersi sul terreno, caro al giurista, della vita ordinaria: "il metodo ipotetico-deduttivo non è un procedimento caratteristicamente scientifico e neppure caratteristicamente intellettuale". Egli, come si è già accennato, scorge nel ragionamento ipotetico un generale stratagemma che si trova alla base di quasi tutti i procedimenti regolativi, o i procedimenti di controllo continuo: precisamente la retroazione (*feedback*), o controllo dell'esecuzione attraverso le conse-

⁶⁹ MEDAWAR, *Difesa della scienza*, Armando, 1978, p. 27.

⁷⁰ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 79.

⁷¹ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 79.

⁷² MEDAWAR, *Difesa*, cit., p. 37 s.

guenze dell'atto eseguito. Nello schema ipotetico-deduttivo, le inferenze che traiamo da un'ipotesi sono, in un certo senso, il suo logico prodotto (*output*). Se esse sono vere, l'ipotesi non ha bisogno di essere modificata, ma una correzione è d'obbligo se esse sono false. La continua retroazione dall'inferenza all'ipotesi è implicata nella spiegazione del metodo scientifico⁷³. Ogni scienziato scorgerà la struttura intellettuale della ricerca che compie nella rapida alternanza di episodi intellettuali immaginativi e critici: ipotesi e deduzione, *feedback* e modificazione dell'ipotesi. Tuttavia, tale incedere è proprio di quasi tutti i processi esplorativi o investigativi nella vita normale⁷⁴ e nella comprensione storica⁷⁵; e, si può aggiungere, nell'esperienza giudiziaria.

Lo schema generale di pensiero ipotetico-deduttivo così delineato è per Medawar una sintesi di immaginazione e temperamento critico. Esso offre un quadro ragionevolmente vivo dell'indagine scientifica considerata come una forma di comportamento umano; e fa della scienza un fatto veramente umano: "un potenziamento del buon senso esercitato con la fermissima determinazione di non persistere nell'errore, se un esercizio della mano o della mente può liberare dall'errore stesso"⁷⁶.

Pare che l'analisi di Medawar, compiuta dall'interno della ricerca scientifica, fornisca notevoli spunti di riflessione: l'indagine scientifica ed in genere il pensiero problematico razionale costituiscono espressioni di un "generale stratagemma" dialettico mosso dal pensiero immaginativo; uno sviluppo del senso comune sorretto da un'inflessibile vocazione critica. Come si vede, proprio la valorizzazione, sia pure in chiave critica, del senso comune distingue tale elaborazione rispetto a quella nomologico-deduttiva che, come si è ripetutamente sottolineato, ripudia il sapere ordinario.

In particolare, in tale quadro estremamente persuasivo e realistico, appare che nel pensiero ricostruttivo del giudice, nelle situazioni fattuali problematiche, le generalizzazioni tratte dall'esperienza vanno inserite con una variabile misura di ipoteticità o problematicità nel processo di *feedback* che incessantemente trascorre dalla teoria ai fatti, dall'ipotetico al reale.

La sintesi che si è proposta del pensiero di Medawar trae dichiaratamente ispirazione dall'epistemologia popperiana. Ad essa pare utile

⁷³ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 85.

⁷⁴ MEDAWAR, *Difesa*, cit., p. 112.

⁷⁵ MEDAWAR, *Difesa*, cit., p. 36.

⁷⁶ MEDAWAR, *Induzione*, cit., p. 88 s.

attingere direttamente soprattutto per cogliere meglio un aspetto che interessa particolarmente al giurista, quello della giustificazione o corroborazione dell'ipotesi che, come si è visto, viene ricondotta al confronto critico tra la teoria ed i fatti, nel tentativo di porla in crisi, di falsificarla.

9.1. *Il modello ipotetico-deduttivo nel pensiero di K. Popper*

La popperiana epistemologia ipotetico-deduttiva, sebbene sorta sul medesimo terreno storico e culturale di epistemologia delle scienze empiriche nel quale maturò il pensiero neopositivista, e pur essendo caratterizzata da quella forte istanza di oggettività cui si è ormai più volte fatto cenno, presenta soluzioni assai differenti ed addirittura antitetiche in più punti essenziali. Si tratta di un'elaborazione che ha avuto un'enorme influenza in moltissimi ambiti; e costituisce un utile strumento pure per il giurista nell'approccio all'inferenza fattuale. Pare perciò utile dedicarvi un cenno un po' ampio, non prima di aver chiarito che si tratta di una dottrina che trova una diretta ascendenza nella scuola di pensiero ipotetico e segnatamente nell'opera di Peirce evocata pure dalle Sezioni Unite.

Il punto di partenza è costituito dal rifiuto del principio d'induzione. La critica humiana ha posto in luce nel modo più definitivo che, essendo infiniti i fatti osservabili, nessun numero di proposizioni di controllo vere può giustificare, da solo, la pretesa che una teoria universale esplicativa sia vera⁷⁷. Popper audacemente ne trae le conseguenze estreme: l'induzione non esiste, è un "mito"⁷⁸. Noi non facciamo quasi mai inferenze induttive, né facciamo uso di procedure induttive. L'impossibilità di fare inferenze verificanti dall'osservazione alla teoria lascia però aperta la possibilità di fare inferenze falsificanti; un'inferenza dalla verità di un enunciato osservativo (questo è un cigno nero) alla falsità di una teoria (tutti i cigni sono bianchi) può essere perfettamente valida dal punto di vista deduttivo⁷⁹. Ciò può essere enunciato dal punto di vista logico affermando che la conoscenza avviene in chiave deduttiva. La derivabilità o deduzione implica essenzialmente la trasmissione della verità e la ritrasmissione della falsità: in un'inferenza valida la verità è trasmessa dalle premesse alla conclusione. Ma la falsità è anche ritrasmessa dalla conclusione ad (almeno) una delle premesse, e questo accade soprattutto nelle controprove o confutazio-

⁷⁷ POPPER, *Conoscenza oggettiva*, Armando, 1983, p. 26 s.

⁷⁸ POPPER, *Poscritto alla logica*, cit., p. 63.

⁷⁹ POPPER, *Poscritto alla logica*, cit., p. 78.

ni e nelle discussioni critiche⁸⁰. La logica deduttiva è dunque l'organo della critica: la ripercussione della falsità dalla conclusione alle premesse è un corollario della trasmissione della verità dalle premesse alla conclusione⁸¹.

Nella vita quotidiana, considerando le cose da un punto di vista psicologico, accade qualcosa di molto simile allo schema deduttivo e falsificazionista delineato in chiave logica: in ogni gesto dell'esperienza si procede per tentativi ed eliminazione degli errori. I vari tentativi corrispondono alla formazione di teorie in competizione; e l'eliminazione degli errori corrisponde all'eliminazione di teorie mediante controlli che pongono in luce fatti che le confutano⁸².

Il parallelismo tra ciò che avviene nell'esperienza quotidiana e nella ricerca scientifica porta Popper a definire il principio euristico di "transizione": in linea del tutto generale ciò che vale in logica vale anche – purché sia opportunamente tradotto – in psicologia.

Il passaggio dal quadro della vita comune al metodo della scienza avviene con la creazione del linguaggio descrittivo ed argomentativo. La formulazione linguistica delle teorie ci permette di criticarle. Appare così, accanto alla conoscenza soggettiva, intesa come processo intellettuale di comprensione, la conoscenza "oggettiva" costituita dal contenuto logico delle teorie, congetture, supposizioni. Esempi di conoscenza oggettiva sono teorie pubblicate in giornali e libri e immagazzinate in biblioteche; discussioni di queste teorie; difficoltà e problemi messi in luce in connessione con queste teorie⁸³. Solo la conoscenza oggettiva è criticabile e la conoscenza soggettiva è criticabile solo quando diviene oggettiva, quando cioè noi esponiamo ciò che pensiamo e ancor più quando lo scriviamo e lo stampiamo⁸⁴.

L'ultimo ingrediente (per così dire) del metodo scientifico è un atteggiamento consapevole e sistematico di critica verso le nostre teorie. Si tratta di un aspetto sul quale Popper insiste frequentemente. Esso è espresso nel modo più efficace con una similitudine che costituisce uno degli spunti più noti del suo pensiero: "la differenza fondamentale tra Einstein e un'ameba è che Einstein cerca coscientemente l'eliminazione degli errori. Egli cerca di uccidere le sue teorie: è coscientemente critico delle sue teorie che, per questa ragione egli cerca di for-

⁸⁰ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 400.

⁸¹ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 54.

⁸² POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 46.

⁸³ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 103.

⁸⁴ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 46.

mulare esattamente piuttosto che vagamente. Ma l'ameba non può essere critica riguardo alle sue aspettative o ipotesi: esse sono parte di sé" ⁸⁵. Dunque, la differenza fondamentale è che, "sebbene ambedue usino il metodo del tentativo e dell'eliminazione dell'errore, all'ameba dispiace sbagliare mentre Einstein ne è stuzzicato: egli cerca consciamente i suoi errori nella speranza di imparare dalla loro scoperta ed eliminazione. Il metodo della scienza è il metodo critico" ⁸⁶.

L'approccio critico così sinteticamente descritto può introdurre all'esposizione della preferenza teoretica tra tesi in competizione. Il teorico sarà interessato a trovare la più controllabile fra le teorie al fine di sottometerla a nuovi controlli: si tratta quindi di quella dotata del più grande contenuto d'informazione e del più elevato potere esplicativo. Sarà in breve la "migliore" delle teorie in concorrenza in un tempo determinato. Se essa sopravvivrà ai controlli sarà anche la meglio collaudata di tutte le teorie considerate. Popper tiene a precisare (si tratta di un punto di grande interesse ai nostri fini) che tale teoria della preferenza non ha nulla a che fare con la preferenza per un'ipotesi più probabile in senso statistico o del calcolo delle probabilità: per grado di corroborazione di una teoria s'intende un conciso resoconto dello stato (ad un certo tempo) della discussione critica, riguardo al modo in cui risolve i suoi problemi; il suo grado di controllabilità; la severità dei controlli cui è stata sottoposta; il modo in cui li ha superati. Tale approccio critico nella scienza non è al fondo dissimile dalla preferenza pragmatica: un uomo d'azione pratica deve sempre scegliere fra alternative più o meno definite, dal momento che anche l'inazione è una specie d'azione. Tutta la conoscenza acquisita procede col metodo di prova ed eliminazione dell'errore o per congettura, confutazione ed autocorrezione. Il senso comune è sempre parte di quest'apparato ⁸⁷. Esso esprime qualcosa di vago e mutevole, gli spesso adeguati o veri e spesso inadeguati o falsi istinti o opinioni di molti uomini; e dunque non costituisce un punto di partenza sicuro. Tuttavia di tale punto di partenza non è possibile fare a meno. Scienza, filosofia, pensiero razionale, tutto deve cominciare dal senso comune. Ognuna delle nostre assunzioni di senso comune da cui partiamo può essere messa in discussione e criticata con successo e respinta. In tal modo il senso comune è modificato dalla correzione. Tutta la scienza e tutta la filosofia sono senso comune illuminato ⁸⁸.

⁸⁵ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 46.

⁸⁶ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 100.

⁸⁷ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 108.

⁸⁸ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 59.

L'interesse per il senso comune ed il riconoscimento del ruolo della conoscenza di sfondo nell'elaborazione dialettica del pensiero critico costituiscono alcuni dei tratti di maggior interesse del pensiero popperiano. D'altro canto, proprio l'apertura – sia pure con approccio critico – alle credenze della comune esperienza vale a differenziare vigorosamente l'epistemologia del pensiero critico rispetto a quella neopositivista che – come si è accennato – si caratterizza per un radicale rifiuto del senso comune, ritenuto inaffidabile e volgare. Si tratta di questione di particolare interesse nell'ambito di un'indagine sulle categorie teoriche della giurisprudenza, visto il ruolo indiscusso che vi svolgono le generalizzazioni del senso comune o massime d'esperienza. Convienne – dunque – tentare di cogliere, sia pure disorganicamente, qualche altro spunto sulla conoscenza comune e sui suoi rapporti con le categorie della "verità" e della "certezza", in vista dell'approccio metodologico alla conoscenza storica cui in definitiva l'esposizione è precipuamente diretta: il senso comune è essenzialmente realista nel senso che distingue tra apparenza e realtà. Al senso comune inoltre risale la teoria (difesa e perfezionata da A. Tarski) della verità come corrispondenza con i fatti e la realtà: anche per la comune esperienza una teoria è vera se e solo se corrisponde ai fatti⁸⁹. Vi è inoltre una nozione di certezza propria del senso comune che significa in breve "abbastanza certo per scopi pratici". Popper propone a tale riguardo alcuni esempi illuminanti che si vuole proporre in sintesi estrema: quando guardo il mio orologio che è molto fidato ed esso ticchetta e mostra che sono le otto, allora sono ragionevolmente certo, o certo per scopi pratici, che siamo abbastanza vicini alle otto. Quando compro un libro e ricevo un *pence* di resto sono completamente certo che la moneta non è contraffatta, giacché l'inflazione ha fatto sì che non valesse la pena di falsificare tale moneta. Ma se molto dipende dalla verità del mio giudizio penso che dovrei andare alla banca più vicina e chiedere all'impiegato di guardare accuratamente il pezzo; e se la vita di un uomo dipendesse da ciò, tenterei di andare anche dal Cassiere Capo della Banca d'Inghilterra e gli chiederei di certificare la genuinità del pezzo⁹⁰. Il risultato di tutto ciò è che l'oggettiva certezza assoluta è un'idea limite. La certezza sperimentata o soggettiva dipende non solo dal grado di credenza e dall'evidenza, ma anche dalla situazione, dall'importanza di ciò che è in gioco, dalla serietà della condizione problematica in cui agiamo⁹¹.

⁸⁹ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 70.

⁹⁰ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 109.

⁹¹ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 110.

Tale punto di vista può essere applicato interamente all'interpretazione storica che costituisce la forma di comprensione più solidamente ancorata al senso comune. L'attività di comprensione ha natura essenzialmente psicologica. Essa deve essere tenuta distinta dal suo esito, dallo stato finale della comprensione che è costituito dall'interpretazione. L'interpretazione costituisce un dato di conoscenza oggettiva (un oggetto del terzo mondo nel linguaggio popperiano), una sintesi di catene argomentative e di evidenze espressa in una teoria. La spiegazione storica costituisce una tipica teoria del caso concreto che, in quanto oggettivata, può essere sottoposta alla discussione e valutazione critica. Essa si fonda a sua volta su altre teorie e su evidenze fattuali. L'attività di comprensione che conduce alla formulazione della teoria interpretativa può essere rappresentata secondo lo schema generale di soluzione di problemi con il metodo delle congetture immaginative e della critica, o delle congetture e confutazioni. Si parte da un problema; si scorge una soluzione immaginativa, congetturale; essa viene sottoposta ad un severo esame critico consistente, per esempio, nell'uso critico di evidenze documentali, e se abbiamo a questo stato iniziale più di una congettura a nostra disposizione, consisterà anche di una discussione critica e valutazione comparativa delle congetture in competizione. Una comprensione soddisfacente sarà raggiunta se l'interpretazione, la teoria congetturale, trova conferma nel fatto che può gettare nuova luce su vari problemi, o se trova conferma nel fatto che spiega molti sottoproblemi. Tale indagine si muove sulla base di molte assunzioni teoriche, non poste in discussione almeno per il momento. Tale ordine concettuale è stato ripetutamente sintetizzato da Popper con l'affermazione che la comprensione storica ha carattere situazionale. Essa consiste nella composizione coerente di determinate emergenze fattuali. Rispetto all'esigenza di composizione del quadro fattuale l'analisi delle generalizzazioni esplicative utilizzate nell'ambito della discussione critica ha un limitato rilievo.

Tutto ciò comporta un decisivo mutamento di quadro rispetto all'impostazione nomologico-deduttiva della storiografia neopositivista. La prospettiva si sposta dalle leggi universali e dalle generalizzazioni probabilistiche ai fatti particolari e concreti. Non si dubita affatto che anche l'analisi storica faccia ampio uso di sfondi teorici e di generalizzazioni esplicative, tuttavia essi costituiscono la parte meno problematica dell'indagine. Si tratta per lo più di leggi così ovvie e banali, così profondamente incorporate nel sapere diffuso che non vi è solitamente bisogno di specificarle e di assumerle in evidenza⁹². Proprio la

⁹² POPPER, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, 1975, p. 128 s.

banalità del quadro teorico che fa da sfondo induce a concentrare l'indagine sugli elementi concreti della situazione data, sulla base della logica della situazione che trova il suo primo sostegno nell'ovvia, implicita legge generale che le persone sane agiscono di norma più o meno razionalmente. Si tratta di proporre un modello razionale che riassume coerentemente modelli teorici dell'agire, fini ed interessi personali e gli indefiniti altri fattori di una situazione specifica. Naturalmente (ed è ciò che qui maggiormente interessa) l'analisi della situazione problematica implicata in ogni indagine fattuale si sviluppa secondo lo schema delle congetture e confutazioni: l'analisi situazionale costituisce un tipo di spiegazione tentativa e congetturale di qualche azione umana che si riferisce alla situazione in cui l'agente si trova. Questo metodo di analisi situazionale può essere descritto come un'applicazione del principio di razionalità⁹³.

Il modello qui sintetizzato è però, per così dire, universale nel senso che esso si applica, come si è visto, a tutti i contesti della vita pratica e della ricerca scientifica. Esso è particolarmente rilevante quando è in discussione l'attitudine esplicativa, in un caso concreto, di una o più generalizzazioni scientifiche: la situazione che si verifica solitamente nei più complessi processi relativi a danni da attività industriali o alla responsabilità di medici o altri professionisti. In tale situazione, come si è ripetutamente tentato di esplicitare a proposito dell'abduzione selettiva, si formula l'ipotesi che un'astratta informazione scientifica di tipo causale costituisca la chiave di volta per la spiegazione di uno specifico accadimento; e si indaga per verificare se il contesto fattuale nel suo complesso mostri segni che corroborano o smentiscono l'ipotesi.

Naturalmente, neppure la teoria popperiana è andata immune da plurime critiche⁹⁴, alcune delle quali non prive di plausibilità anche agli occhi del non esperto. In breve, alcuni asserti esistenziali ed alcuni principi scientifici non sono falsificabili, eppure in pochi sono disposti a dubitarne. D'altra parte, la misura della falsificabilità di una teoria risulta altamente problematica; e lo stesso può dirsi del grado di corroborazione di un'ipotesi. Soprattutto, l'idea di corroborazione fondata sulla falsificazione lascia in ombra un aspetto dell'indagine scientifica, quello della conferma, di cui è difficile negare l'importanza. Ciò che effettivamente suscita le maggiori riserve, anche agli occhi del giurista, è la radicale proscrizione del principio d'induzione e dell'indagi-

⁹³ POPPER, *Conoscenza*, cit., p. 235.

⁹⁴ Per una panoramica su tali critiche, LADYMAN, *Filosofia della scienza*, Carocci, 2007, p. 101 ss.

ne induttiva, che costituisce strumento non infrequente nell'esperienza giudiziaria.

Queste critiche confermano un assunto posto all'inizio. Non vi è una teoria alla quale si debba dare credito privilegiato ed alla quale si debba conformare integralmente l'agire inferenziale. Le teorie interessano al pratico del diritto solo perché forniscono convincenti punti di vista per orientare la risoluzione di questioni cruciali e complesse, di fronte alle quali l'istintivo incedere del ragionamento probatorio si ferma a riflettere, nel timore di concedersi a soluzioni istintive, ingannevoli.

In quest'ottica cautamente metateorica, il pensiero ipotetico presenta alcuni aspetti assai interessanti che si spera di aver sin qui posto in luce e sui quali si tornerà più avanti. Esso risulta utile per impostare in modo realistico e plausibile l'utilizzazione del sapere esperienziale e di quello scientifico nelle situazioni più problematiche. Ma tale modello dell'inferenza non costituisce un dogma e non scalfisce, in particolare, la cauta fiducia nel metodo induttivo, quando le informazioni fattuali disponibili lo consentono (*amplius*, § 13).

10. *Il modello ipotetico-deduttivo ed il sapere esperienziale*

Sullo sfondo dei frequenti richiami al senso comune ed al sapere tratto dall'esperienza è possibile affrontare in modo più avvertito un problema al quale si è fatto sin qui solo qualche generico cenno: quello dell'utilizzazione del sapere tratto dall'esperienza⁹⁵, delle regole di giudizio formatesi per sedimentazione dell'esperienza comune. Infatti è stato affrontato il tema dell'utilizzazione delle leggi scientifiche probabilistiche, caratterizzate cioè dal fatto che enunciano una relazione tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi che non si concretizza in modo immancabile, ma solo in una determinata percentuale di casi. Si è visto che tali leggi possono essere utilizzate in chiave congetturale e non deduttiva, sillogistica, quale base per la spiegazione di un evento concreto. Si è anche accennato che il tratto probabilistico consente di stabilire una relazione di somiglianza con le cosiddette massime d'esperienza, che sono per definizione incerte quanto alla forza della relazione condizionalistica che enunciano. Anch'esse, come pure si è accennato, vanno colte in chiave congetturale. Occorre ora tentare di fissare con maggiore precisione le peculiarità di ta-

⁹⁵ Per un ampio affresco sul sapere esperienziale, JEDLOWSKI, *Il sapere dell'esperienza*, Il Saggiatore, 1995.

le sapere comune. Un utile punto di partenza pare possa essere costituito dall'esperienza giuridica.

Anche in quest'ambito le enunciazioni più autorevoli e meditate pervengono dalle Sezioni Unite. La Corte, come si è ripetutamente sottolineato, ha proposto uno stile d'indagine che rivaluta, sia pure cautamente, il sapere scientifico incerto e quello esperienziale. Il modello d'indagine è di tipo ipotetico: coniuga l'abduzione, cioè un'ipotesi ricostruttiva, e l'induzione, cioè le contingenze che contrassegnano ciascuna vicenda processuale, al fine di pervenire ad una ricostruzione corroborata del fatto. Dunque, a determinate condizioni, le generalizzazioni esperienziali possono essere parte del ragionamento esplicativo.

Già in passato la Corte Suprema aveva affermato la possibilità di applicare regole d'esperienza nell'ambito del rapporto di causalità, osservando che in diritto penale, attese le finalità di repressione che l'ordinamento persegue, la prova non può essere identificata con quella scientifica e non può essere quindi fondata esclusivamente su regolarità senza eccezioni: in molti casi, soprattutto nell'ambito della medicina e della biologia, in assenza di leggi scientifiche, devono considerarsi validi e sufficienti ai fini dell'indagine causale anche i risultati di generalizzazioni del senso comune⁹⁶. È tuttavia mancata una precisa indicazione circa i modi dell'utilizzazione di tali informazioni esperienziali nell'ambito del giudizio causale.

Uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza di legittimità conferma che la massima d'esperienza viene riconosciuta come utile, ineliminabile⁹⁷ strumento conoscitivo in tutti i campi dell'ordinamento penale. Essa viene definita come una regola desunta dall'*id quod plerumque accidit*, consolidata ed affidabile, riconosciuta come tale da chiunque e generalmente accettata⁹⁸.

Vi sono alcuni ambiti nei quali il richiamo all'esperienza compare con particolare insistenza ed in modo sempre più affinato. Si tratta delle situazioni nelle quali non è possibile scorgere direttamente i fatti da provare o perché il processo non è in concreto giunto ad inquadrarli (processo indiziario), o perché essi sfuggono per definizione all'osservazione diretta (processi psichici) o perché infine hanno carattere ipotetico (probabilità, idoneità, ecc.).

⁹⁶ Cass. 27 aprile 1987, Mancinelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 176926; nello stesso senso, Cass. 24 giugno 1986, *ivi*, n. 174512.

⁹⁷ La Corte ha esplicitamente affermato che il giudice non può disconoscere le usuali regole d'esperienza senza incorrere in un sostanziale rifiuto di giudizio: Cass. 24 novembre 1993, in *C.E.D. Cass.*, n. 182290.

⁹⁸ Sez. Un. 4 febbraio 1992, Musumeci, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2662 e in *C.E.D. Cass.*, n. 191230 e n. 191231; Cass. 22 maggio 1989, Barranca, *ivi*, n. 182290.

La giurisprudenza sull'indizio costituisce il campo nel quale il richiamo alle regole d'esperienza ha la maggiore estensione. Nel solco di una consolidata tradizione la Corte ha definito l'indizio come un fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su regole di esperienza consolidate ed affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare secondo lo schema del cosiddetto sillogismo giudiziario. Ha tuttavia soggiunto, con un'impostazione concettuale di vasta portata, che l'indizio (il riferimento è all'alibi costruito) deve essere preso in esame dapprima nella sua intrinseca strutturazione in rapporto alla situazione processuale concreta e deve essere poi valutato in correlazione con gli altri elementi indiziari acquisiti⁹⁹.

Parimenti diffuso è il richiamo al senso comune nell'ambito dei profili psicologici del reato e così specialmente in tema di dolo¹⁰⁰, concorso morale¹⁰¹, identità del disegno criminoso¹⁰², premeditazione¹⁰³.

Ancora, lo strumento delle norme d'esperienza viene ritenuto pertinente nell'ambito delle valutazioni probabilistiche relative ai reati di pericolo¹⁰⁴ ed all'idoneità degli atti nel tentativo¹⁰⁵.

Il ricorso costante ed indiscusso in giurisprudenza alle regole d'esperienza, precipuamente negli ambiti di cui s'è detto, costituisce un dato di fatto carico di significato che conferma alcune considerazioni già ripetutamente proposte. Quando non si disponga di regole elaborate scientificamente, il ricorso alle generalizzazioni del senso comune costituisce una reale, insuperabile necessità del giudizio. L'esperienza passata, consolidatasi in regole chiare, generalmente conosciute ed accettate ed altrettanto generalmente utilizzate con successo nella vita, viene posta al servizio della conoscenza di fatti ignoti attraverso un incedere inferenziale che discende dal generale al particolare, dal noto all'ignoto, pur senza attingere – naturalmente – la cer-

⁹⁹ Sez. Un. 4 febbraio 1992, Musumeci, cit.; nello stesso senso, Cass. 30 aprile 1990, Rasa, in *C.E.D. Cass.*, n. 184292; Cass. 21 maggio 1990, Bencinini, *ivi*, n. 184585.

¹⁰⁰ Cass. 16 novembre 1984, Polizzotto, in *C.E.D. Cass.*, n. 168973; Cass. 24 giugno 1991, Nicola, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 269; Cass. 10 febbraio 1992, De Pasquale, *ivi*, 1993, II, p. 143.

¹⁰¹ Cass. 10 maggio 1993, Algranati, in *C.E.D. Cass.*, n. 195772.

¹⁰² Cass. 2 dicembre 1993, Piacentini, in *C.E.D. Cass.*, n. 198977; Cass. 24 gennaio 1994, Basile, *ivi*, n. 196677.

¹⁰³ Cass. 1° gennaio 1992, Melazzani, in *C.E.D. Cass.*, n. 191440; Cass. 24 marzo 1986, Forino, *ivi*, n. 172796.

¹⁰⁴ Cass. 7 luglio 1986, Mazzoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 174951; Sez. I, 15 novembre 1988, Sanfilippo, *ivi*, n. 181205.

¹⁰⁵ Cass. 11 luglio 1984, Borciolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 167303.

tezza dell'argomentazione propriamente deduttiva. Naturalmente, tale approccio richiede particolare cautela, per l'evidente pericolo di affidarsi ad informazioni fattuali prive di reale significato causale.

Per quanto attiene al tema della causalità, il problema delle massime d'esperienza è stato affrontato in un'importante sentenza¹⁰⁶ nella quale, dopo aver prestato adesione al modello nomologico-deduttivo di spiegazione dell'evento ed aver affermato che l'accertamento del nesso di condizionamento deve avvenire secondo criteri obiettivi estraibili dall'osservazione empirica e connotabili dei requisiti della generalità e delle ripetitività con alto grado di conferma (leggi universali o leggi statistiche, cioè ricorrenti secondo l'*id quod plerumque accidit*), si ammette altresì la possibilità di ricorrere a massime d'esperienza; con la precisazione che le generalizzazioni esplicative devono essere conformi all'*id quod plerumque accidit*, tratte dall'esperienza; già formata e non da quella che il caso in esame potrebbe suggerire; esse, inoltre, devono avere elevata capacità generalizzante e devono essere, quindi, comunemente accettate. Dunque, sembra d'intendere che l'utilizzazione di tali massime deve avvenire secondo un modello di tipo deduttivo, nel quale, cioè, l'inferenza è tutta basata sull'affidabilità della generalizzazione. Si tratta di una soluzione criticabile per quanto attiene alle modalità di utilizzazione di tale "sapere", come tutte quelle che focalizzano interamente la soluzione dei problemi causali su generalizzazioni comunque incerte. Ma è comunque da rimarcare positivamente la realistica consapevolezza dell'impossibilità di rinunciare al sapere esperienziale.

Ciò che quasi sempre non viene percepito o comunque evidenziato dalle enunciazioni giurisprudenziali è un dato che, invece, presenta grandissimo interesse: la massime d'esperienza, anche quando sono affidabili sono comunque incerte, "vaghe", perché esprimono generalizzazioni di senso comune e non leggi scientifiche. È difficile immaginare una delimitazione quantitativa attendibile di nozioni che tendono a riflettere genericamente quello che il senso comune considera normale o si aspetta che accada nella maggior parte dei casi. Accade talvolta che quantificazioni percentuali di queste nozioni vengano adoperate, ma si tratta di modi di dire solitamente inattendibili e fuorvianti, sicuramente non idonei ad una effettiva riduzione della vaghezza di tali nozioni¹⁰⁷. In conseguenza, utilizzando le regole esperienziali in chiave deduttiva secondo il tradizionale stile sillogistico, non si può fare a meno di trasferire nelle conclusioni del ragiona-

¹⁰⁶ Cass. 27 maggio 1993, Rech, cit. (*amplius*, cap. II, § 13).

¹⁰⁷ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 210.

mento inferenziale la vaghezza e l'incertezza da cui esse sono caratterizzate¹⁰⁸.

Il fatto è che il vero problema, per le cosiddette massime d'esperienza come per il sapere scientifico probabilistico, è quello del metodo di utilizzazione delle generalizzazioni. G. Calogero, in un'opera assai importante anche se dimenticata, ha mostrato quanto irrealistico sia il modello sillogistico di utilizzazione di generalizzazioni incerte. L'Autore osserva, per ciò che riguarda il cosiddetto sillogismo probatorio che utilizza come premessa maggiore le massime d'esperienza, che la stessa chiarezza analitica con cui lo schema viene proposto aiuta a comprendere che la sua necessità non è altro che quell'ineluttabilità automatica, che permetterebbe di affidare a una macchina l'incarico delle decisioni giudiziali. In realtà, quel che realmente importa non è simile procedimento conclusivo, che per la sua logicità lapalissiana può essere compiuto da chiunque, ma quello per cui si perviene ai suoi punti di partenza. Quel che importa sono, come sempre, solo le premesse (quando si voglia continuare a chiamarle così) nella determinazione delle quali il giudice è libero sempre, se per libertà s'intende l'esclusione di quella necessità aproblematica che è propria del tautologismo sillogizzante, e non è libero mai, se per libertà s'intende la mera possibilità arbitraria di decidersi in un senso piuttosto che in un altro. La costruzione sillogistica è un portato della logica scolastica; mentre l'effettivo procedimento del giudice verso la decisione è un concreto processo di ricerca in cui, momento per momento, egli avverte la maggiore o minore pressione di certi motivi mentali, e la sua situazione indecisa rispetto a certi altri, fino al raggiungimento della convinzione. E tale inadeguatezza del sillogismo giudiziario costituisce solo il riflesso della tautologica inutilità di ogni schematizzazione logica e sillogistica dell'umano pensare.

In dottrina, come si è visto, la considerazione dell'incertezza di cui si è parlato induce generalmente ad escludere la possibilità di fare applicazione nell'ambito causale di regole tratte dall'esperienza, giacché la salvaguardia della certezza del diritto è garantita solo a patto che le regolarità utilizzate nel giudizio di imputazione dell'evento siano regolarità stabilite dalla scienza e non generalizzazioni del senso comune, che difettano del requisito del "controllo critico" a differenza delle teorie scientifiche, che sono sottoposte al vaglio di numerosi ed

¹⁰⁸ CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, 1937. Per qualche ragguglio in più sulla produzione del filosofo, BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper: un ideale di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3699 ss.

eterogenei controlli. Pare, invece, che la proscrizione del sapere esperienziale costituisca un'enunciazione eccessivamente rigorosa e non praticabile realisticamente, che contrasta con la stessa natura della giurisprudenza, che è scienza del multiforme atteggiarsi del reale ispirata al senso comune, sia pure con atteggiamento rigorosamente critico. La conclusione è che con il sapere incerto, scientifico o esperienziale che sia, è inevitabile fare i conti, con una difficoltà che costituisce in punto di massima ed inesplorata complessità della scienza giuridica. Il riconoscimento indiscusso di tale necessità nella prassi costituisce uno dei motivi di più radicale contrasto tra dottrina e giurisprudenza.

Lo stato delle cose è stato efficacemente sintetizzato: "Quanto alla congruenza del giudizio di fatto, vengono in evidenza soprattutto i criteri in funzione dei quali il giudice valuta le prove e costruisce le inferenze che lo conducono all'accertamento finale della 'verità' dei fatti del caso. Talvolta può trattarsi di parametri di carattere scientifico, ed allora occorre che il giudice – servendosi di esperti quando è necessario – faccia ricorso a nozioni scientificamente attendibili e non alla *junk science* il cui uso è pure così diffuso nelle aule giudiziarie. Più spesso accade che il giudice non disponga di criteri conoscitivi scientificamente convalidati, e che quindi non possa che far uso delle *background knowledges* che costituiscono la sua cultura di uomo medio. In questo caso, che è di gran lunga il più frequente, sorgono molti e complicati problemi, che non è possibile discutere qui. In sintesi si può dire che il giudice deve fare riferimento alle nozioni presenti nella cultura media del suo tempo e del luogo in cui si trova, poiché è con questa cultura che le premesse e i criteri della sua decisione debbono essere congruenti. D'altro lato, però, queste nozioni non sono scientificamente controllate e sono spesso inattendibili o frutto di errori e pregiudizi consolidati nel senso comune, sicché possono rappresentare una guida all'errore piuttosto che un aiuto nella ricerca della verità. Il giudice deve quindi non di rado risolvere un complesso e delicato problema culturale, trovandosi a dover individuare i criteri della decisione in fatto entro un repertorio di *topoi*, che spesso è incerto, lacunoso, e contraddittorio, ma che tuttavia rappresenta il contesto al quale il giudizio di fatto va ricondotto. Non esistono soluzioni generali *ready made* per questo genere di problemi: spetta al giudice fondare le proprie inferenze fattuali sulle migliori basi conoscitive disponibili nella cultura del suo tempo" ¹⁰⁹.

¹⁰⁹ TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 25.

Queste considerazioni problematiche sollecitano qualche ulteriore riflessione sul sapere esperienziale. Le generalizzazioni di senso comune esprimono l'intero universo del sapere pratico; talvolta fallaci ed ingenue, talaltra realistiche e sensate. Esse, ineliminabile punto di partenza, vanno considerate analiticamente. Il giudice non le crea, ma neppure le accetta acriticamente. Qui il discorso è grandemente differenziato. Vi sono regole che indirizzano con successo le scelte quotidiane e che, talvolta, costituiscono la volgarizzazione di leggi scientifiche. Il successo in un contesto pratico costituisce, da un punto di vista concettuale, condizione sufficiente perché una teoria sia scientifica, anche se l'applicazione di tale approccio implica delicati problemi, atteso il carattere "confuso" in cui avvengono le applicazioni pratiche¹¹⁰. Tale punto di vista può essere riproposto, sia pure con ancor maggiore prudenza, nell'ambito delle generalizzazioni della vita pratica. Sotto tale riguardo, dunque, non è certo priva di significato la sedimentazione dell'esperienza passata. Musgrave, partendo dal punto di vista ipotetico-deduttivo, ne ha colto i collegamenti col senso comune osservando¹¹¹ che confutare un'ipotesi alla luce dell'esperienza passata è un modo importante di sottoporla a critica, anche se non l'unico. Ed è d'altro canto ragionevole credere in ipotesi che non sono state confutate piuttosto che in ipotesi confutate. Infine, è altrettanto ragionevole credere nell'attitudine di tale ipotesi nelle predizioni su casi futuri o su casi non osservati.

Come si è visto, il riferimento all'esperienza passata e collettiva costituisce un tratto classico delle definizioni giurisprudenziali di massima d'esperienza, che vale a distinguerla dalle mere congetture. Tuttavia, a ben vedere, occorre ammettere che l'affidabilità della regola nella maggior parte dei casi non è legata tanto all'analisi della sua conferma "induttiva" quanto – invece – al suo carattere razionale. Così, ciò che nel linguaggio legale è norma tratta da esperienze consimili (delle quali il giudice non ha, ad esser franchi, per nulla cognizione) è sovente solo specificazione del carattere razionale dell'agente normale. Anche guardando le cose da questo punto di vista appare il carattere in qualche modo congetturale della generalizzazione; e l'analisi che si compie sulla sua "affidabilità" può esser vista non tanto come una verifica sulla sua forza deduttiva ma come una presa di misura sul suo coefficiente di problematicità e, conseguentemente, sulla problematicità dell'ipotesi sul caso concreto.

¹¹⁰ GILLIES, in GILLIES-GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Laterza, 1995, p. 275.

¹¹¹ MUSGRAVE, *Senso comune, scienza e scetticismo*, Cortina, 1995, p. 206 s.

Così emerge qui nuovamente la questione del metodo sopra accennata. Una volta esclusa la possibilità di utilizzare le massime d'esperienza secondo il modello deduttivo, sillogizzante, non si può che attingere al già delineato modello abduttivo, ipotetico: la generalizzazione probabile si confronta con le emergenze fattuali proprie del caso concreto per verificare se esse la confermino o la falsifichino.

A voler tentare di schematizzare in qualche modo ciò che accade nel corso del naturale, tumultuoso progredire dell'analisi fattuale sul filo del processo di retroazione così ben descritto da Medawar, può dirsi che la valutazione dell'inferenza ottenuta da un segno attuale significativo alla luce di una generalizzazione esperienziale, costituisce un sottoproblema nell'ambito del più generale problema relativo all'ipotesi ricostruttiva oggetto dell'esame. Tale situazione problematica (sottoproblema) costituisce uno scenario nel quale non è improbabile che nascano altri problemi; ma qui è sufficiente mettere in evidenza che si tratta di una contingenza che reca una dimensione di incertezza da misurare. D'altra parte, l'incertezza dell'inferenza non costituisce un dato isolato ma è connessa anche alla misura della problematicità del quadro probatorio, e quindi discende dall'analisi dello stato di ciascuna sua componente in sé ed in rapporto alle altre e di tutte nel loro insieme, e quindi dalla tenuta – allo stato – dell'ipotesi nel complesso. Tale andamento a spirale, se procede fruttuosamente, tende a rafforzare progressivamente la fiducia nei risultati via via conseguiti e quindi a consolidare il giudizio di attendibilità dell'ipotesi sul fatto. Ma ciò che qui conta maggiormente è che la problematicità dell'inferenza è eminentemente situazionale; ed è quindi collegata in primo luogo ai fatti specificamente significativi nell'ambito del sottoproblema. Tali fatti potranno manifestarsi coerenti con la massima, con lo stato ordinario delle cose che essa rappresenta; o – invece – segnalare un dubbio, una diversa direttrice, un'ipotesi diversa. La definizione e soluzione dello stato problematico potrà suggerire un approfondimento che – tuttavia – non si muoverà probabilmente verso la significatività della massima, bensì verso l'individuazione di altri fatti rilevanti che valgano come conferma o smentita della teoria posta in chiave problematica. Si tratta di una contingenza vividamente presente nell'esperienza del giudice. Non vi è nulla di più frustrante di uno scenario vuoto, teorico (la pura forza esplicativa della massima), nel quale mancano segni capaci di confermare il quadro ipotetico o di suggerire realisticamente un'ipotesi alternativa incompatibile.

Il procedimento di collocazione della regola nei segni concreti del processo ha dunque struttura essenzialmente falsificazionista: si tratta – come si è detto – di valutare sul piano logico e su quello fattuale se vi siano fatti incompatibili con l'ipotesi, o se – comunque – sia prospetta-

bile realisticamente un'ipotesi alternativa. I segni, gli indizi, si compongono in qualcosa che è diverso dalla loro somma, acquistano una definitiva forza dimostrativa in quanto sono raccolti in una teoria del caso concreto, capace di mettere in ordine il quadro fattuale senza essere confutata da emergenze contrarie. Tale ipotesi corroborata, pur non essendo necessariamente ed intrinsecamente "vera" (la "verità" è un'idea regolativa) è razionalmente, ragionevolmente "preferibile" sulla base di quei criteri che, con diversa intensità, guidano le scelte teoriche e quelle pragmatiche, ed ai quali si è fatto un cenno nell'esposizione del pensiero di Popper.

Occorre tuttavia pure porre in luce che in tale idea di preferenza razionale per l'ipotesi più corroborata vi è un pericolo di fraintendimento: l'idea di scegliere tra due ipotesi tranciando il dubbio non può costituire una scorciatoia. La ragionevole razionalità dell'ipotesi preferibile ha un aspetto comparativo riferito alle ipotesi alternative concrete o teoriche che devono costituire, rispetto ad essa, un'eventualità inverosimile; ma essenzialmente discende dalla coerenza e soprattutto dalla ricchezza e vastità del quadro fattuale su cui si fonda. Se l'approccio ipotetico è un atteggiamento antidogmatico, esso può esistere solo sulla base di un serrato confronto con i fatti che, conseguentemente, dovranno essere strenuamente e disinteressatamente ricercati. Senza un quadro fattuale ricercato ed interrogato ai limiti del possibile non vi è razionalità dell'ipotesi. Solo così la coerenza logico-argomentativa diviene oggettiva dimostrazione. Dunque, a partire dalla ricerca dei fatti viene in luce l'atteggiamento critico e dialettico.

Come si vede, la discussione sulle generalizzazioni esperienziali conduce verso la teoria dell'indizio. Una direzione del resto colta dalla sentenza delle Sezioni Unite (cap. II, § 15) che, come si è visto, pure a tale ambito si è ispirata nel proporre la sua articolata soluzione in chiave ipotetica del problema dell'inferenza causale; contro la concezione sillogistica delle generalizzazioni esperienziali e scientifiche. Dunque, la pronuncia conduce ad un esito inatteso quanto sperato che va oltre il pur importante ambito causale e coinvolge la teoria dell'indizio: una soluzione antidogmatica del problema dell'inferenza indiziaria, ispirata al pensiero ipotetico¹¹².

¹¹² In dottrina, per una lettura in chiave ipotetica dell'indizio, IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, 1997; FASSONE, *Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1104; BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper*, cit., p. 3689.

11. I riflessi del criticismo falsificazionista nell'esperienza giuridica

Le considerazioni sin qui proposte consentono di trarre, infine, qualche conclusione sul ruolo del criticismo falsificazionista nell'esperienza giuridica. Il realismo critico popperiano non promette certo di risolvere magicamente i problemi che il giudice affronta nell'accertamento del fatto; né, come si è ripetutamente sottolineato, costituisce l'unico strumento razionale al servizio dell'inferenza. Tuttavia, esso presenta per il giurista spunti che sembrano interessanti e che si vuol tentare di porre brevemente in luce riassuntivamente.

Nelle situazioni fattuali problematiche, le generalizzazioni tratte dall'esperienza vanno inserite con una variabile misura di ipoteticità o immaginatività nel processo di *feedback* che incessantemente trascorre dalla teoria ai fatti, dall'ipotetico al reale.

Il modello situazionale è oggettivato: tenta una ricostruzione idealizzata del dato fattuale che presenta una certa misura di astrattezza rispetto a un tentativo di comprensione empatica, che tuttavia è compensata dalla sua ostensibilità, dalla sua trasposizione in una definita teoria ricostruttiva che, nel campo giuridico, è articolata nella motivazione della sentenza.

La comprensione implica sempre un approccio critico, dialettico. Tuttavia la dialettica non è semplicemente una brillante contesa verbale tra opinioni a confronto sul filo della retorica. Non si tratta, cioè, della dialettica tradizionale (triade di tesi, antitesi, sintesi), nella quale la sintesi va al di là sia della tesi che dell'antitesi riconoscendo il peculiare valore di entrambe e cercando di conservarne i vantaggi, pur evitandone i limiti. Per contro la dialettica popperiana tende a porre in rilievo qualche specie di contraddizione sia all'interno della teoria, sia soprattutto tra essa e alcuni fatti. Il principio di esclusione delle contraddizioni serve non a ricercare punti di vista che ci consentano di evitarle, ma ad eliminare un'ipotesi insoddisfacente¹¹³. La dialettica come confronto tra l'ipotesi e i fatti costituisce, forse, l'aspetto più originale e fecondo del pensiero congetturale, ed è di rilevantissimo interesse anche per il giurista. In quest'approccio critico alla conoscenza l'integrità morale, un maturo e rigoroso atteggiamento critico assumono finalmente non solo una dimensione eticheggiante ma anche un definito ruolo pratico: non c'è conoscenza senza un sincero, disinteressato desiderio di vedere drasticamente criticate le proprie congetture.

Il punto di vista critico riguarda anche la valutazione comparativa di ipotesi ricostruttive in competizione. La discussione critica di cui Pop-

¹¹³ POPPER, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, 1994, p. 533 s.

per parla quale strumento di approssimazione alla verità riguarda non l'aspetto per così dire verbale delle teorie, ma la loro attitudine a spiegare i fatti senza esserne smentite. La motivazione della sentenza costituisce l'oggetto di conoscenza oggettiva nel quale le ragioni critiche sono obiettivate e possono essere a loro volta sottoposte a revisione.

La marcia di avvicinamento alla verità, cioè all'ipotesi migliore nel senso che si è detto prima, trova inevitabilmente il suo punto di partenza nel senso comune. Esso è carico di errori, ma non può farsene a meno: si tratta di teorie o ipotesi diffuse ed accolte tra gli uomini, che devono costituire la base ipotetica di quel severo giudizio critico che può condurre, nella scienza come nel pensiero razionale e nel giudizio penale, al senso comune illuminato.

Tutto ciò in certo modo sdogmatizza la procedura di comprensione ed interpretazione dei fatti. La congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale, o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dall'aderenza ai fatti espressi da una situazione data. In particolare, la verità di un'enunciazione fattuale non può essere legata interamente a generalizzazioni induttive espresse in chiave probabilistica (nel senso frequentista o statistico). Il problema della conoscenza nelle situazioni problematiche non può essere risolto tutto intero nella logica deduttiva della probabilità, non solo perché (per dirla con Popper) l'induzione quale criterio di verità non esiste; ma anche e soprattutto perché – su un piano più immediato – all'imputato non si può dire che è ritenuto colpevole perché è probabile (in senso statistico) che lo sia.

In particolare quando (come nel processo penale) è in gioco un'alta posta, anche se si dispone di una regola d'esperienza affidabile, occorre invece rivolgersi ai fatti e quando, come nelle inferenze indiziarie, si trascorre dall'ignoto al noto sulla base di generalizzazioni tratte dall'esperienza, non basta attenersi all'affidabilità delle regole, ma esse vanno confrontate con la concreta situazione problematica nella quale vengono utilizzate.

In sintesi, le generalizzazioni o massime d'esperienza, sebbene affidabili, non possono essere utilizzate acriticamente in chiave deduttiva, bensì in un'ottica problematica o ipotetica volta alla composizione del quadro fattuale con un confronto serrato tra il possibile ed il reale. Solo in tal senso – infine – potrà ritenersi "preferibile" un'ipotesi ricostruttiva. Essa sarà vera non tanto per via della coerenza verbale, della semplicità o della persuasività che sovente si sentono evocare nelle trattazioni sulle inferenze giudiziarie; bensì per la capacità di comporre e spiegare un articolato quadro fattuale senza essere confutata (falsificata) da alcuna emergenza contraria, e senza lasciar spazio ad ipotesi alternative dotate di qualche ragionevole grado di verosimi-

glianza. O meglio, tali attributi potranno essere utilizzati solo per significare il felice esito del tentativo di composizione del quadro fattuale, e non un'idea formale di verità, alternativa alla concezione del senso comune della verità come corrispondenza ai fatti. Solo così potrà parlarsi di conoscenza oggettivata, sorretta da una stringente argomentazione dimostrativa esposta in un documento (la motivazione) frutto di discussione critica ed esso stesso suscettibile di discussione critica.

Tale ideale (in senso regolativo) non è del tutto fuori della portata del giudizio penale. Non a caso proprio con riferimento alla pratica della giustizia Popper pone l'esigenza di fondare un'epistemologia capace di proporre una concezione oggettiva della conoscenza: "La credenza propria di un liberale – la credenza cioè nella possibilità che si diano una regolamentazione legale, una giustizia uguale per tutti, dei diritti fondamentali e una società libera – può sopravvivere alla constatazione che i giudici non sono onniscienti, che possono fare errori riguardo ai fatti e che, in pratica, la giustizia assoluta non è mai realizzata appieno nei particolari casi legali. Ma ben difficilmente la credenza nella possibilità di una regolamentazione legale della giustizia e della libertà può sopravvivere all'accettazione di un'epistemologia che insegna che non ci sono fatti oggettivi; non soltanto in questo caso particolare ma in ogni altro caso; e che il giudice non può avere commesso un errore riguardo ai fatti perché, relativamente ad essi, non può avere torto più di quanto non possa avere ragione" ¹¹⁴.

È chiaro che la tensione verso l'ideale di conoscenza oggettiva costituisce un'antitesi rispetto alle tesi che, in modo sconcertante, risolvono la verità fattuale del giudizio nella "persuasione di argomenti probabili o verosimili" e definiscono l'argomentazione come strumento "non per stabilire una verità oggettiva o una realtà oggettiva, ma per convincere il giudice" ¹¹⁵.

¹¹⁴ POPPER, *Conggetture e confutazioni*, cit., p. 14.

¹¹⁵ ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, Giuffrè, 1995, p. 309 s. Si tratta della scuola di pensiero generata dalla dottrina di C. PERELMAN sul carattere retorico ed argomentativo della logica giuridica: PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, 1979, p. 157 s. Come si è accennato, tale indirizzo di pensiero ha influenzato un approccio sociologico e retorico alla comprensione dell'impresa scientifica. Per una sintesi su tale complesso scenario, SPRANZI, *La sociologia e la retorica della scienza*, in *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bompiani, 1994.

12. Considerazioni di sintesi sul ragionamento esplicativo

Al termine delle considerazioni sul ragionamento esplicativo pare utile tentare di raccogliere idee sparse nel tentativo di conferire completezza al discorso.

Si è visto che la spiegazione dell'evento propone solitamente, nelle situazioni più incerte e complesse, la possibilità di riferire un evento a differenti fattori causali: è il problema della pluralità delle cause. La questione problematica da risolvere riguarda l'attendibilità dell'ipotesi circa la riconducibilità dell'evento ad una piuttosto che ad un'altra classe di eventi ed alle diverse generalizzazioni esplicative disponibili.

L'indagine richiede un'accurata analisi del contesto. Si tratta, in breve, di raffrontare le diverse teorie con i fatti, al fine di selezionare l'ipotesi causale preferibile. Qui la forza probabilistica delle generalizzazioni esplicative disponibili non è per nulla risolutiva. Come si è visto, potrà ben accadere che anche una generalizzazione che esprime una correlazione tra una condizione ed un evento in una percentuale modesta di casi abbia un forte significato causale, quando non è configurabile (in linea di principio o solo in concreto) un'ipotesi causale alternativa. In casi del genere, una non accorta utilizzazione di argomenti statistici potrebbe condurre a pensare che lo scarso rilievo probabilistico dell'informazione causale debba condurre ad escludere il nesso causale. In realtà non è così. Sono stati proposti esempi di eziologia monofattoriale: il veleno che produce una lesione assolutamente tipica, specifica, che tuttavia si rivela letale solo in alcuni casi, a causa delle variabili che segnano la specificità della risposta di ciascun organismo all'agente patogeno; l'esposizione all'amianto che determina, non immancabilmente, patologie specifiche come l'asbestosi ed il mesotelioma pleurico. Un discorso più articolato, ma non dissimile potrà essere condotto nel caso in cui siano possibili differenti processi eziologici e tuttavia il materiale probatorio mostri segni univocamente coerente solo con uno di essi. Si è pure visto che in tali casi l'indagine è di tipo ipotetico: un raffronto rigoroso tra teorie e fatti costituisce la chiave di volta dell'indagine causale.

Ne emerge la necessità di sottrarre tale indagine all'astrattezza che spesso la caratterizza e che si risolve solo nell'evocazione astratta di numeri, percentuali e simili; e di impostarla, invece, in chiave indiziarla, valorizzando le contingenze del caso concreto, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite.

Tuttavia, non può nascondersi che in questo approccio si annidano diversi pericoli. Vi è il timore che un'espressione come "probabilità logica" accrediti nel lettore non sufficientemente avvertito l'idea che vi possano essere spiegazioni causali fondate su malferme informazioni

probabilistiche di tipo statistico. Ma ancor maggiore è il rischio che la stessa espressione, con il suo dichiarato significato valutativo, incoraggi a cavalcarne, per così dire, la vaghezza, per giungere ad una decisione risolta in chiave retorica, persuasiva: un modo diverso ma non meno inquietante di aggirare i gravosi problemi posti dall'esigenza di una rigorosa, oggettiva dimostrazione del nesso di condizionamento. Proprio alla luce della sentenza delle Sezioni Unite, tali timori sono stati efficacemente condensati, paventando che la probabilità logica possa costituire un "ectoplasma" evocato dalla "scienza privata" di qualcuno per colmare il divario fra le statistiche e le probabilità controfattuali¹¹⁶.

La consapevolezza di tali pericoli ha indotto a gettare uno sguardo alla correnti di pensiero che, in ambito epistemologico, hanno affrontato il problema della spiegazione del fatto storico in modo rigoroso. Si è volto lo sguardo al modello nomologico-deduttivo, evidenziando storiche insufficienze di cui pure il giurista deve prendere atto, dopo averle constatate in ambito applicativo.

Si è quindi analizzato il paradigma ipotetico-deduttivo, constatando che esso suggerisce un approccio piuttosto affine all'istintivo stile della giurisprudenza, fondato su una rigorosa adesione ai fatti e su una serrata analisi critica di essi, ispirato da una forte istanza di oggettività, di verità, sia pure intese solo come un ideale, un principio regolativo. Qui si è scorto un punto interessante: in sintesi estrema, quello della convergenza tra un dato psicologico (l'andamento a *feedback* di congettura e confutazione) ed un enunciato logico (la ripercussione deduttiva della falsità dalla conclusione alle premesse). Insomma, pur non potendosi certamente sottovalutare (tanto più nell'ottica pragmatica cara al giudice) la rilevanza degli elementi di conferma, assume rilievo pure la parola chiave "falsificazione": falsificazione con i fatti, cioè critica con i fatti.

Ci si è soffermati sulla dottrina falsificazionista nel tentativo di coglierne in breve la matrice culturale, l'ispirazione; e la feconda indicazione ad impostare in modo rigorosamente critico il ragionamento causale. Ma ciò che realmente conta più di tutto, alla fine, non è l'adesione al pensiero di un autore o di un altro. Ciò che pare decisivo è che il criticismo falsificazionista è vicino al metodo naturale della risoluzione dei problemi; ed offre quindi uno strumento spesso utile ed efficace nella prassi. Un modello per la spiegazione dell'evento che si discosta radicalmente dagli arcaici ed irrealistici modelli imposti dalle tradizionali concettualizzazioni della giurisprudenza ispirate a schemi sillogistici. Un modello, comunque, non monopolista; atteso che, come

¹¹⁶ GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 309.

si è tentato di mostrare, l'indagine meramente induttiva, basata sull'analisi logica di fatti chiari e significativi conduce in alcuni casi ad articolare l'inferenza causale.

Dunque, l'inferenza esplicativa in chiave ipotetica costituisce uno strumento utile. Ma utile a cosa? Non certo al conseguimento garantito dell'agognata ed inafferrabile certezza; ma certamente a tentare di conseguire la corroborazione dell'ipotesi. La conclusione: non c'è corroborazione senza una serrata ricerca dei fatti, dei segni, che accompagnano ogni vicenda analizzata sotto il profilo eziologico; e senza un'altrettanto rigorosa analisi di tali fatti, nel tentativo di confutare l'ipotesi. Come si è già ripetutamente evidenziato, l'atteggiamento critico non è di tipo argomentativo, dialettico, ma logico; e trova la sua sintassi nei fatti. Esso, comunque, non garantisce alcunché: per quanto eroicamente si voglia investigare ed analizzare un accadimento, non è per nulla certo che si trovi un elemento di confutazione dell'ipotesi. E se pure non si trova un elemento di confutazione dell'ipotesi non è per nulla certo che essa sia fondata. Il criticismo, insomma, non ci consente di raggiungere la verità, e se pure ce lo consentisse noi non potremmo saperlo. Tuttavia, noi non abbiamo di meglio: esso costituisce, come si è visto, la base del giudizio di corroborazione dell'ipotesi cui il giudice, come lo scienziato, tende. Di certo, allora, lo scenario "vuoto" ingombro magari solo di fallaci arzigogoli statistici, è la negazione della corroborazione. Occorre – dunque – animare la scena con i fatti: un itinerario faticoso, da percorrere senza scorciatoie.

L'indagine richiede da un lato l'acquisizione di informazioni di carattere generale inerenti alle modalità d'azione dei diversi fattori, alla loro incidenza statistica, agli altri fattori che interagiscono con essi e ne influenzano l'azione; dall'altro la ricerca di segni, fatti cioè, che si presentino in accordo con l'esplicazione del fattore considerato. Ma vi è anche un altro momento non meno importante alla luce del modello falsificazionista di cui si è parlato: si tratta di ricercare prima e di analizzare poi tutte le informazioni pertinenti e di valutare, infine, se vi siano segni che si rivelino incompatibili con l'ipotesi accusatoria e quindi la smentiscano; ed ancora di accertare se vi siano elementi che accreditino (e in che misura) l'ipotesi che coinvolge nella spiegazione dell'evento un diverso fattore eziologico. Tale ultimo aspetto può anche essere visto come un confronto tra ipotesi. Tuttavia, occorre ripetere che la valutazione comparativa tra teorie non può essere un modo sbrigativo per accedere comunque a quella più probabile. Si ricadrebbe così nella mai abbastanza criticata prassi di risolvere su basi statistiche i problemi di dimostrazione del nesso causale. Occorre, invece, che la teoria preferita sia in sé robusta e che inoltre non sia smentita da fatti e argomenti che abbiano un minimo di ragionevole

plausibilità. Così il metodo critico falsificazionista costituisce un importante banco di prova aggiuntivo per saggiare la corroborazione dell'ipotesi.

Il modello qui prospettato potrà concretizzarsi nella prassi tanto più efficacemente quanto maggiore sarà la consapevolezza dei pericoli che incombono. In breve, evocando concetti già espressi:

- il carattere valutativo, vago, del concetto di probabilità logica che ha aperto la strada a degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale: si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale;

- la confusione tra probabilità logica e probabilità statistica, che esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni ed una classe di eventi e non può essere automaticamente traspunta nell'ambito della spiegazione di un evento singolo;

- l'astrattezza del ragionamento esplicativo, quando avulso dal controllo critico costituito da una rigorosa, si vorrebbe dire persino ossessiva attenzione ai fatti ed ai dettagli.

Per concludere sui ragionamenti esplicativi, occorre solo rammentare che in questo ambito il giudizio controfattuale (*amplius*, cap. II, § 6) che viene compiuto per riscontrare il ruolo condizionante della condotta umana è privo di un reale ruolo euristico: si è in presenza dell'analisi in chiave logica di fatti che sono stati già interamente prima ricostruiti.

13. *Le incertezze della scienza e la risoluzione di problemi causali nuovi*

Le considerazioni sin qui proposte paiono utili per affrontare i difficili problemi che si pongono quando ci si trovi ad affrontare un problema causale nuovo, nel quale cioè non vi sia disponibilità di preesistenti conoscenze che consentano di inquadrarlo in modo sicuro; o si sia in presenza di teorie non completamente accreditate ed in conflitto. È proprio in tali situazioni che è nato e si è sviluppato il dibattito sull'accertamento del nesso causale che, come è ormai chiaro, costituisce il cuore del problema causale: i casi del talidomide¹¹⁷ e delle macchie

¹¹⁷ SJOSTROM-NILSSON, *Il talidomide ed il potere dell'industria farmaceutica*, Feltrinelli, 1973.

blu ¹¹⁸ costituiscono gli esempi più noti e dibattuti di tale contingenza. È chiaro che se si parte dalla (criticata) giurisprudenza che immagina la spiegazione come deduzione da generalizzazioni già formatesi in precedenza e fondate sull'osservazione di casi analoghi, non è possibile ed è anzi escluso in radice che il giudice, con l'aiuto dei periti e del sapere scientifico, possa tentare di giungere ad una coerente, affidabile spiegazione del caso, ferme le difficoltà di una tale impresa ¹¹⁹. Tale prospettiva non è invece preclusa se si adotta l'approccio problematico qui tratteggiato.

Si vuole brevemente ricondurre il problema alla radice: l'idea di causa è parte essenziale dell'immagine che l'uomo ha del mondo ed è anche uno strumento insostituibile per la soluzione di problemi esistenziali di ogni genere che incessantemente insorgono. Così, l'idea che la risoluzione di un problema causale debba sempre sottendere una base scientifica preconstituita e certa appare non realistica e determinata dal modo scienziato d'intendere la realtà. Le teorie singolariste della causalità alle quali si è già fatto un cenno (§ 5) propongono a tale riguardo riflessioni cariche di significato: il nucleo dell'esperienza causale precede le generalizzazioni che da tale esperienza si possono infine trarre. Del resto, uno sguardo ai mitici albori dell'umanità mostra già uomini intelligenti alle prese con problemi complessi, testimoniati dalle realizzazioni visibili delle civiltà antiche: l'edificazione di edifici di sorprendente complessità, la metallurgia, il calcolo di cicli astronomici complicatissimi.

È stato già prospettato (§ 7) che, in fortunate circostanze, le emergenze fattuali sono tanto chiare da consentire di articolare il ragionamento probatorio in chiave squisitamente logica. Un esempio varrà più di un lungo discorso: "Un uomo di media intelligenza si accorge di avere lo stomaco in disordine. Pur non avendo mai neppure sentito il nome di Bacone, egli col suo ragionamento procede in stretta conformità alle regole esposte nel secondo libro del *Novum Organum*, e si convince che la causa del suo malessere è il pasticcio di frutta secca e carne tritata. Vediamo come procede: ho mangiato il pasticcio lunedì e mercoledì e sono stato sveglio tutta la notte per l'indigestione (*comparentia*

¹¹⁸ Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, con nota di NOBILI, *Diniego di perizia e utilizzazione di indagini tecniche svolte in sede amministrativa*. Ambedue i casi indicati sono diffusamente analizzati in STELLA, *Leggi scientifiche*, cit.

¹¹⁹ Vivacemente critico quanto alla possibilità di dimostrare le relazioni causali nei contesti più complessi e drammatici CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

ad intellectum instantiarum convenientum). Non ne ho mangiato martedì e venerdì e sono stato bene (*comparentia instantiarum in proximo quae natura data privantur*). Ne ho mangiato molto poco domenica e la sera ho avuto una leggera indisposizione; ma il giorno di Natale ne ho mangiato in grande quantità e sono stato tanto male che mi pareva di morire (*comparentia instantiarum secundum magis et minus*). Non può essere stato il brandy che ho bevuto col pasticcio, perché di brandy ne ho bevuto per anni senza sentirmi male (*reiectione naturarum*). Il nostro malato arriva perciò a quella che Bacone chiama la *vindemiatio* e asserisce che il pasticcio di frutta secca e carne non fa per lui". Vi è anche qui un'analisi causale retrospettiva dei dati, ossia delle informazioni date, che procede pur senza avere conoscenze scientifiche su affezioni gastrointestinali, allergie, intolleranze ¹²⁰.

L'insegnamento che si può trarre da tale caso appare piuttosto chiaro: sebbene non accada frequentemente, un'indagine di tipo induttivo, alimentata dalle peculiarità particolarmente caratteristiche e chiare dei dati empirici di una determinata vicenda, può in alcuni casi condurre alla razionale spiegazione dell'evento; anche se non si dispone di informazioni scientifiche *ad hoc*.

Peraltro, l'esempio proposto risale al diciottesimo secolo. Oggi non è più realistica l'idea di un processo causale alla cui analisi la scienza non possa apportare alcun contributo, e che debba essere risolto solo analizzando fatti fortunatamente chiari nelle loro connessioni. In realtà, anche quando non si dispone di una preesistente generalizzazione *ad hoc*, quasi sempre la conoscenza scientifica di sfondo aiuta ad inquadrare, ad analizzare qualche aspetto del problema nuovo. In questo senso può affermarsi che anche la risoluzione di un problema causale nuovo potrà nella maggior parte dei casi avvenire su basi scientifiche ¹²¹. Del resto, in altro esempio (§ 7, nota 47) proposto in precedenza è stata prospettata proprio una contingenza di tale genere.

Non molto dissimile da quella esaminata è la contingenza in cui siano presenti diverse teorie esplicative antagoniste e vi sia disparità di opinioni tra gli esperti. In tale situazione parte della dottrina ritiene che il giudice, nella sua veste di mero utilizzatore leggi scientifiche,

¹²⁰ L'esempio è tratto da MACAULAY, ed è riportato in MEDAWAR, *Induzione e intuizione*, cit., p. 67, nt. 31.

¹²¹ Sembra giungere a tale conclusione ROMANO (*Nesso causale*, cit., p. 910): "seppure solo in casi estremi, il dettagliato quadro complessivo delle evidenze raccolte muovendo dalla specificità degli eventi che interessano la singola vicenda potrebbe esso stesso contribuire, nella verificata assenza di qualsiasi altra ragionevole ipotesi esplicativa a postulare l'operatività di una legge causale sino a quel momento non ancora sperimentata".

non abbia la competenza e l'autorità per risolvere il dubbio¹²². Si è tuttavia obiettato che, poiché un consenso autenticamente generale in ambito scientifico è molto raro, una parziale, prudente relativizzazione dell'obbligo si impone: vero che il giudice non può improvvisarsi specialista delle singole scienze e consacrare l'astratta miglior teoria pertinente, non può essere però negato un suo ruolo nel verificare se tra le leggi scientifiche, richiamate o meno nella dialettica processuale, ve ne sia una scientificamente ben rappresentata, in grado di spiegare più credibilmente l'evento nelle sue particolarità e nelle specifiche modalità del suo prodursi, tenuto conto di tutte le risultanze di cui dispone¹²³.

Anche alla luce di quanto sopra esposto, pare che tale ultima opinione meriti piena condivisione. Del resto, l'esperienza giuridica fornisce esempi nel senso indicato. Il caso giudiziario che ha affrontato il maggior numero di problemi causali in tutto o in parte nuovi è sicuramente quello del Petrolchimico di Venezia¹²⁴, atteso che l'accusa ipotizzava l'esistenza di una relazione causale tra il cloruro di vinile (cvm) e numerose patologie occorse ai lavoratori. I giudici, invece, hanno ritenuto dimostrata la relazione causale solo con alcune patologie monofattoriali. Di particolare interesse si presenta il ragionamento probatorio che riguarda l'angiosarcoma epatico. In sintesi estrema: la malattia è sostanzialmente monofattoriale (anche se si ammettono altri marginali fattori quali arsenico e thorostrast); il processo ha dimostrato un rilevante aumento del rischio per i lavoratori esposti ad altissime dosi di cvm (autoclavisti ed insaccatori) fino agli inizi degli anni '70, quando furono introdotte cautele che abbatterono fortemente i livelli della sostanza negli ambienti di lavoro. Da quel momento non si sono più evidenziati casi di angiosarcoma. È stata quindi affermata una sicura relazione causale esclusiva tra tale patologia e l'esposizione ad altissime dosi della sostanza, anche sulla base su informazioni biologiche che forniscono una parziale spiegazione del percorso genotossico. Il Tribunale ha preso posizione, con ampia e persuasiva motivazione, tra tesi confliggenti nel mondo scientifico; ed ha accreditato la teoria della relazione solo tra alte dosi e tumore, traendo argomento da informazioni in ordine al rapporto tra intensità dell'esposizione ed insor-

¹²² STELLA *Leggi scientifiche*, cit., p. 80.

¹²³ ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 901.

¹²⁴ Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, Cefis, in *Cass. pen.*, 2003, p. 267; App. Venezia, 15 dicembre 2004, Cefis, in *www.petrochimico.it.*; Cass. 17 maggio 2007, Bartalini, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2877, con nota di DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale*.

genza della malattia desunte da indagini fattuali compiute proprio all'interno del processo. Di qui l'importante esclusione dell'esistenza di un rischio non teorico nelle basse esposizioni. Nessuno ha mai criticato tale approccio né sul piano del metodo, né sul piano delle conclusioni che se ne sono tratte.

Certamente nelle situazioni che sono state descritte, nelle quali il sapere scientifico è carente o si dispone di teorie alternative in conflitto, l'indagine causale dovrà essere sviluppata con grande rigore, secondo lo stile critico che si è già indicato; e potrà condurre a risultati sicuri solo quando i fatti siano numerosi, rigorosamente ricostruiti e conducano tutti insieme, con coerenza, ad una spiegazione dell'accadimento che non presenta punti critici. In casi di tale genere pare non sia essenziale la presenza di un'informazione scientifica consolidata, capace di spiegare analiticamente ed in modo non controverso le modalità dello sviluppo dell'accertata relazione causale tra la condizione e l'evento. Per evitare puerili trionfalismi, occorre solo soggiungere che non sempre l'itinerario indicato potrà essere percorso senza difficoltà e per intero. Gli ostacoli sono costituiti dall'incertezza del sapere scientifico e forse ancor più dall'inevitabile incompletezza delle informazioni disponibili.

Come è stato condivisibilmente osservato, la consapevolezza della indicate difficoltà dell'indagine e della necessità di superare visioni intuitive, approssimative, retoriche, della casualità dovrebbe caratterizzare in primo luogo la cultura dell'accusa pubblica. Al riguardo sono state proposte riflessioni che meritano piena condivisione: una disincantata, tempestiva precomprensione di situazioni di incertezza insuperabile dovrebbe indurre l'accusa alla saggia, rassegnata ammissione della propria impotenza probatoria ed alla civile rinuncia a fare velleitariamente del processo penale il luogo indebito di espiazione sociale di rimproveri dal contenuto diverso da quello concernente gli eventi dannosi contestati. Potrebbe essere questo il caso delle malattie scarsamente caratterizzate, dalle origini plurifattoriali; o delle situazioni nelle quali il periodo di latenza delle patologie o la ubiquitarietà delle sostanze sospette non possa escludere la concreta azione di altre diverse cause¹²⁵.

Infine, a chiusura di un paragrafo dedicato ad enumerare i problemi connessi al sapere scientifico, non si può mancare di chiedersi se un itinerario probatorio così complesso come quello di cui si è sin qui parlato, spesso in bilico tra complicati scenari scientifici e non meno intricate emergenze fattuali, possa essere effettivamente gestito in modo af-

¹²⁵ ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 907 s.

fidabile dal giudice. Gli studi che hanno tentato di analizzare da vicino l'influenza delle informazioni scientifiche sul processo offrono un quadro desolante. Sebbene si tratti di notazioni ispirate prevalentemente dall'esperienza del processo di *common law*, appare utile un riferimento ai principali problemi: la mancanza di formazione scientifica dei giudici; la sprovvedutezza dei giurati cui pure compete in buona parte la responsabilità di accertare legalmente i fatti; la stessa configurazione dei sistemi di *common law*, secondo cui ciascuna delle parti si avvale dei propri esperti che depongono in qualità di testimoni; la mercificazione degli esperti, il cui valore sul mercato dipende più dalla capacità di persuadere che dalle effettive credenziali scientifiche; il fatto che la stessa autorevolezza delle tesi scientifiche non deriva direttamente dalla loro capacità di rappresentare la realtà fisica, ma indirettamente, dalla certificazione di tali posizioni realizzata mediante numerose negoziazioni informali e spesso occulte tra i membri delle discipline interessate; il carattere "decostruttivo" delle affermazioni scientifiche nel processo accusatorio; la presenza di fattori estranei all'epistemologia nella determinazione della credibilità dell'esperto; la complessità degli incidenti e delle catastrofi di massa e la difficoltà di esaminare i fatti con sguardo neutro dal punto di vista dei valori; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; la presenza addirittura di consulenze false, di manipolazioni di dati; la presenza di "scienza spazzatura" priva cioè dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche¹²⁶. Incertezze tutte che hanno indotto la Corte Suprema degli Stati Uniti a definire, nel famoso caso Daubert, le condizioni di accettabilità della testimonianza scientifica¹²⁷.

Tali difficoltà appaiono in certa misura esagerate in rapporto all'esperienza del nostro ordinamento. Tuttavia, il fondo di verità che vi si può scorgere induce a ritenere che il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico,

¹²⁶ CENTONZE, *Scienza spazzatura e scienza corrotta nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1244 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 357 ss.; JASANOV, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, 2001, p. 81 ss.; KENNI, *L'esperto in Tribunale*, in *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, 2008, p. 227.

¹²⁷ La sentenza è riportata in STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 424; in proposito, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 346 ss.; TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219; JASANOV, *La scienza*, cit., p. 11 ss.; FIORI-LA MONACA-ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite della Cassazione*, cit.; TAGLIARO-D'ALOJA-SMITH, *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli USA successivi al caso Daubert V. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 719.

ma deve svolgere un penetrante quanto difficile ruolo critico, divenendo custode del metodo scientifico. Da questo punto di vista il sistema processuale italiano presenta forse qualche aspetto positivo: il giudice professionista protagonista unico dell'ammissione della prova e della ricostruzione probatoria del fatto; la progressiva scansione nelle diverse fasi del processo degli elementi probatori di tipo tecnico-scientifico; l'obbligo di razionale giustificazione delle scelte decisorie secondo il modello normativo della motivazione in fatto; il controllo di legittimità della Corte di Cassazione, secondo una prospettiva di coerenza e sufficienza, del complessivo ragionamento probatorio che fonda la decisione¹²⁸.

Tale pur confortante constatazione, peraltro, non attenua la particolare ed ineludibile difficoltà dell'indagine affidata al giudice, segnata dalla necessità di analizzare criticamente complessi scenari scientifici e fattuali.

14. *La legge scientifica e la norma penale*

Le conclusioni raggiunte sul ragionamento esplicativo consentono, infine, di esaminare brevemente la questione, ampiamente dibattuta nella letteratura internazionale e recentemente discussa in quella italiana¹²⁹, che riguarda la relazione tra la legge scientifica e la norma penale. Enunciata la centralità della legge scientifica nella spiegazione causale se ne inferisce, con diverse inflessioni, che la prima è parte integrante della seconda e costituisce quindi elemento di fattispecie piuttosto che mero strumento del ragionamento causale, inerente a ciascuna fattispecie di causalità singolare. In breve, la legge scientifica esprime e concretizza la relazione tra condotta ed evento enunciata nella norma incriminatrice.

Questo punto di vista non può essere condiviso per diverse convergenti ragioni. Si è visto che la legge scientifica, pur essendo in moltissimi casi parte dei ragionamenti che noi facciamo per spiegare un accadimento, non è sempre componente essenziale della spiegazione.

Ma in una prospettiva più ampia, che supera il contesto del diritto penale, va detto che, come si è già ripetutamente accennato, noi non sappiamo esattamente cosa ontologicamente sia la causalità; anche se di tale idea facciamo immancabilmente uso nella vita e nelle indagini

¹²⁸ CANZIO, *Prova scientifica*, cit., p. 1194 ss.

¹²⁹ ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 897 ss.; SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Giappichelli, 2008, p. 225 ss.; PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 801 ss.

scientifiche di ogni genere. Questa situazione di metafisica incertezza si riflette nel vasto campo della filosofia della causalità, ove si registra una ricca varietà di elaborazioni. Questo variegato scenario rende chiaro che, qualunque posizione noi prendiamo in relazione al rapporto, dal punto di vista ontologico, tra causalità e legge scientifica, essa costituirà nulla più che un'opinione di impronta filosofica; dalla quale sarebbe imprudente far discendere conseguenze quanto alla stessa struttura dell'idea di reato, sino ad identificare, sul piano della tipicità, legge causale e nesso causale. Basti pensare alle accreditate teorie singolariste della causalità alle quali si è fatto cenno (§ 5) per intendere quanto azzardata sia la compenetrazione ed identificazione tra legge scientifica e relazione causale.

Al contrario, un atteggiamento equilibrato e prudente, consapevole della insondabile complessità di un argomento metafisico, deve condurre a guardare le cose con sensatezza, con prudente realismo ispirato dal senso comune. Così, da un lato vi è ragione di nutrire le più forti perplessità sul fatto che le leggi scientifiche entrino nella descrizione legale del fatto tipico sotto il riguardo della relazione causale descritta dalla fattispecie. Dall'altro, appare sensato considerare le leggi scientifiche come uno strumento al servizio della spiegazione del fatto stesso; e dunque come acquisizioni pertinenti alla sfera del fatto, che devono essere conseguentemente investigate ed utilizzate dal giudice nel complesso lavoro che conduce all'enunciazione dell'inferenza causale per ciò che attiene a ciascun caso concreto.

Resta sotto tale riguardo insuperato il suggestivo insegnamento di un Autore che tra i primi si è occupato con ampiezza della prova scientifica, evidenziando che essa prende corpo quando il giudizio di inferenza probatoria, che è alla base dell'accertamento del fatto, comporta per il giudice l'impiego di conoscenze che vanno oltre il sapere dell'uomo medio. Poiché il processo, particolarmente quello penale, è essenzialmente costruito come un rito nel quale la collettività deve potersi riconoscere, anche ciò che potrebbe non essere comprensibile dall'uomo medio deve diventarlo, pena il fallimento della sua funzione sociale. La possibile incertezza delle conoscenze scientifiche e delle inferenze fattuali che se ne traggono non può costituire un limite che fa arretrare di fronte alle indagini complesse. Sebbene il sapere scientifico sia uno strumento al servizio del giudice, i problemi connessi all'imparzialità delle informazioni che, solitamente attraverso il perito, penetrano nel processo ed alla correttezza della loro utilizzazione, possono essere governati valorizzando il contraddittorio nella dialettica istruttoria. Al giudice è comunque richiesto, infine, un giudizio critico sulle valutazioni tecniche compiute nel processo. Un apprezzamento che si esprime nella razionalità della motivazione fondata su criteri obiettivi, veri-

ficabili e non certo arbitrari. La razionalità della motivazione costituisce la manifestazione obiettiva del libero convincimento del giudice¹³⁰.

In particolare, si osserva ancora, per quanto attiene al controllo che il giudice compie sul corretto impiego di informazioni tecnico-scientifiche, si tratta dello stesso controllo che può esercitare la collettività della quale il giudice è l'esponente ed interprete. Si spiega così perché non si possa chiedere al giudice di possedere una scienza superiore a quella del perito e quindi di rifare per proprio conto delle valutazioni dal medesimo compiute, ma gli si debba piuttosto domandare di controllare il grado di accettabilità, sul piano della conoscenza comune, dei metodi scientifici ovvero la razionalità del procedimento seguito. Tre sono i modi di controllo che la pubblica opinione possiede nei confronti dell'opera di un esperto: a) la valutazione della sua autorità scientifica; b) l'acquisizione al patrimonio scientifico comunemente accettato dei metodi d'indagine da lui seguiti; c) la coerenza logica della sua argomentazione. Questi stessi metodi di controllo il giudice deve applicare ed in questo solo significato si può qualificarlo, secondo tradizione, come *peritus peritorum*. In una società democratica non può mancare il controllo di ciò che avviene nel processo; ed attraverso la motivazione della propria decisione il giudice deve dar conto del controllo che ha esercitato intorno alla validità ed alla correttezza dei metodi impiegati nelle indagini su basi scientifiche¹³¹.

Dunque, in tale visione, il sapere scientifico è persuasivamente e con forza delineato come strumento al servizio dell'accertamento del fatto, affinché esso sia infine spiegato; cioè reso comprensibile per tutti, ostensibile, metabolizzando la complessità che trascende il sapere comune.

Il tema è stato ripreso in profondità in un lavoro più recente, che risente del complesso dibattito sviluppatosi in ambito giuridico a proposito dei rapporti tra scienza e diritto; alimentato, precipuamente, proprio dai temi della causalità. Si è osservato che i casi in cui l'applicazione della norma ha bisogno del sapere scientifico non sono casi di rinvio normativo al sapere scientifico contingente. Il sapere scientifico viene in rilievo sul piano probatorio e di regola il suo significato si esaurisce sul piano probatorio, quale tramite dal quale ci si attende la possibilità di fondare in termini di certezza positive conclusioni fattuali su dati elementi di fattispecie, come nesso causale, pericolo e simili. Nulla di meno ma nulla di più. Il rinvio al sapere scientifico storicamente dato è un

¹³⁰ DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 415 ss.

¹³¹ DENTI, *Scientificità della prova*, cit., p. 433 ss.

criterio epistemologico, non ontologico¹³². Dietro questo itinerario, tuttavia, si nasconde – come pure è stato osservato – una multiforme complessità. Il profilo epistemologico dell'accertamento probatorio non è questione puramente processuale, ma attiene ai criteri del decidere. Per questo gli studiosi di diritto penale se ne occupano nell'ambito di problemi come quello della causalità, in cui sembra svanire la distinzione tra il concetto e le condizioni della verifica probatoria¹³³. In particolare, sulla definizione scientifica del paradigma causale nonché sul ragionamento probatorio è l'epistemologia e non l'istanza normativa ad avere diritto di parola. E nell'ambito del giudizio di legittimità un criterio logico od epistemologico può essere equiparato ad un principio normativo, in quanto fa parte del sapere di base di cui il giudice ha bisogno per svolgere il suo ruolo. È quindi coerente che il giudice di legittimità eserciti un controllo sulle premesse epistemologiche del giudizio di merito, come hanno fatto le Sezioni Unite a proposito della prova del nesso di causalità, in quanto concernente un sapere esigibile in capo al giudice. I criteri di controllo, peraltro, hanno uno statuto che non è normativo ma logico: "il giudice di legittimità, da custode del *nomos* si fa custode del *logos* (di un *logos* non manipolabile da istanze normative) e come tale non ha altra autorità e autorevolezza che quella della ragione"¹³⁴. Di qui l'esigenza che nelle istituzioni giuridiche filtri una cultura adeguata a comprendere il discorso scientifico¹³⁵.

Tale ordine di idee, qui condensato in modo davvero sommario, delinea suggestivamente uno scenario complesso. Le cose, però, (pare sommamente) sono ancora più intricate. Il fatto è che quando parliamo di epistemologia o di epistemologie ci apriamo ad uno scenario che, come si è tentato di accennare all'inizio di questo capitolo, mostra teorie, modelli diversi e distanti anche in modo profondo. D'altra parte, l'idea dell'epistemologia come scienza prescrittiva, maestra del buon ragionare, è tramontata; e noi tutti, istintivamente, accogliamo idee più deboli e pragmatiche su ciò che è possibile "imparare" dalla scienza della conoscenza. Questo stato delle cose è mostrato in modo chiaro dal fatto che quando le Corti hanno parlato di modelli di conoscenza si sono esposte ad imbarazzanti censure. La Corte americana ha proposto una discussa contaminazione di diversi stili d'indagine. Quella italiana, pur producendo un documento alto e culturalmente raffinato, ha lasciato qualche dubbio soprattutto a proposito dell'in-

¹³² PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 803.

¹³³ PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 802.

¹³⁴ PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 820.

¹³⁵ PULITANÒ, *Il diritto penale*, cit., p. 814.

sufficiente distinzione tra i diversi ragionamenti probatori e sulle peculiarità del controfattuale della causalità omissiva: temi di cui si parlerà poco più avanti. Allora, cosa rimane? Quali sono i punti fermi? La risposta è che l'unico punto veramente fermo è la ragione, l'agire ideativo in modo oggettivo, cioè basato sui fatti, mosso da una sincera, disinteressata ricerca di un traguardo (la certezza) che, occorre saperlo, rimane sempre invisibile. Un agire razionale obiettivato in un atto, la motivazione, che della razionalità strenuamente applicata ai fatti è per così dire la condensazione: ostensibile, criticabile. Qui essere e dover essere, *logos* e *nomos*, sembrano convergere o forse proprio identificarsi. Questo nucleo di razionalità è tutto ciò che possiamo predicare della conoscenza nel diritto penale.

Questo stato delle cose rende chiaro che la questione dell'attendibilità delle generalizzazioni scientifiche e del metodo della loro applicazione attiene alla sfera del fatto e della sua spiegazione, ma in modo davvero peculiare. Con la conseguenza che il giudizio della Corte di Cassazione non riguarda l'affidabilità della legge scientifica, ma piuttosto la razionalità, la logicità dell'itinerario compiuto dal giudice di merito nell'apprezzare la validità del sapere scientifico e nell'utilizzarlo nell'inferenza fattuale.

Sezione II

IL RAGIONAMENTO PREDITTIVO

15. *Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva*

Dopo aver lungamente indugiato sul ragionamento esplicativo, occorre dedicare qualche attenzione a quello predittivo. Come si è accennato, il giudice penale svolge ragionamenti predittivi, anche se rivolti al passato, quando è chiamato a rispondere alla domanda sulla evitabilità di un evento. Tale interrogativo si colloca, a seconda dei casi, nell'inferenza causale o in quella sulla causalità della colpa: giudizi diversi fondati su distinte regole di giudizio. Né deve stupire che, con riguardo ad eventi passati, si faccia riferimento all'idea di previsione; giacché essa è comunque caratterizzata dal fatto di inferire, predire l'ignoto dal noto¹³⁶. Il ragionamento predittivo è particolarmente im-

¹³⁶ KENNY, *L'esperto in Tribunale*, cit., p. 240.

portante nell'indagine causale relativa agli illeciti commissivi mediante omissione. Qui la ricostruzione che si è proposta in riferimento ai ragionamenti esplicativi è solo in parte utilizzabile. Occorre dunque chiarire questo parziale mutamento di scenario.

Anche nell'ambito della causalità omissiva noi abbiamo comunque un fatto, una storia, l'andamento di una patologia ad esempio, di cui dobbiamo in primo luogo dare una spiegazione complessiva prima di interrogarci sul ruolo causale della condotta omissiva che ci interessa. In questa prima parte dell'indagine causale noi utilizziamo il modello esplicativo che abbiamo sin qui esaminato. Entro il complessivo contesto fattuale così investigato dobbiamo inserire la condotta umana doverosa che è invece mancata: si tratta di un giudizio di tipo predittivo, sia pure riferito al passato, si tratta cioè di una prognosi. Noi ci interroghiamo su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli veniva richiesta. Nei reati colposi, che solitamente presentano le maggiori difficoltà, noi collochiamo nel fatto la condotta diligente che non è stata posta in essere. Si tratta di un giudizio di tipo controfattuale, immaginativo, che deve condurre (secondo l'opinione prevalente) a rispondere alla domanda causale in aderenza al modello condizionalistico.

La risposta a tale interrogativo è complicata dalle peculiarità problematiche della causalità omissiva che sono state già esaminate (*amplius*, cap. V) e che conviene qui richiamare nel modo più breve: l'individuazione delle situazioni nelle quali si è effettivamente in presenza di una condotta radicalmente omissiva o in cui il disvalore del fatto è espresso, comunque, da componenti omissive della condotta; i dubbi sui connotati di tale configurazione della causalità e sulla sua autonomia rispetto a quella attiva; l'astrattezza ed ipoteticità del giudizio controfattuale; le discussioni sulla possibilità di ritenere in tale ambito criteri di accertamento meno rigorosi rispetto a quelli propri della causalità attiva; la possibilità di configurare in determinati contesti un'imputazione non condizionalistica. La difficoltà dell'indagine è accresciuta, nei contesti più complessi, dalla sfumata e spesso imponderabile interazione di vari fattori, spesso di segno contrario, all'interno del processo causale. Tale interazione rende spesso assai arduo rispondere in termini di certezza alla cruciale domanda sull'attitudine della condotta omessa ad evitare l'evento lesivo.

La difficoltà maggiore è senza dubbio costituita dal fatto che l'omissione costituisce un nulla dal punto di vista naturalistico. Pertanto, nel giudizio controfattuale noi inseriamo una condotta astratta, idealizzata; e ciò costituisce un fattore d'incertezza ed astrattezza del giudizio.

Inoltre, nel contesto in cui ci muoviamo, per prevedere ciò che sarebbe accaduto nel caso singolo, è di grande interesse conoscere cosa

accade nei casi simili. Occorre dunque rivolgersi alle generalizzazioni formatesi a proposito del nesso causale che ci interessa. È chiaro che noi utilizziamo queste generalizzazioni in chiave deduttiva ed è quindi corretto parlare, se si vuole, di giudizio nomologico-deduttivo. Naturalmente, proprio perché compiamo un ragionamento deduttivo, è assai rilevante il coefficiente probabilistico della regolarità causale. La misura di certezza od incertezza si trasferisce, infatti, dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo. Pertanto, sembrerebbe a tutta prima carente l'elaborazione compiuta dalle Sezioni Unite (cap. II, § 15) che, come si è visto, si sono limitate a riproporre per l'ambito omisivo l'evocazione del ragionamento ipotetico, abduttivo; e quindi un'indagine focalizzata sulle peculiarità del caso concreto.

La critica all'impostazione della giurisprudenza di legittimità è stata subito avanzata da un epistemologo¹³⁷. Si è dubitato che la focalizzazione dell'indagine sulle emergenze del caso concreto possa essere realmente utile nell'ambito del giudizio controfattuale, aggiungendo qualcosa alla generalizzazioni scientifiche di carattere statistico al fine di tentare di superarne le incertezze. In sintesi estrema, si è ricordato che la probabilità statistica si riferisce ad osservazioni immaginarie: anche quando sono disponibili informazioni statistiche sulla frequenza delle persone sopravvissute ad un determinato trattamento, esse non sono applicabili automaticamente alle situazioni nelle quali la persona cui si riferisce l'indagine causale non è stata trattata. Il carattere immaginativo del procedimento inferenziale esclude che la misura d'incertezza insita nella informazione statistica possa essere superata attingendo alle particolarità del caso concreto. Tali particolarità potrebbero indurre alla ricerca di leggi statistiche differenti, riguardanti, ad esempio, la sottopopolazione nella fascia di età alla quale appartiene il soggetto considerato. Le indagini sul caso concreto potrebbero pure fornire informazioni per un'appropriata collocazione del soggetto considerato entro una determinata categoria di rischio, o per escludere la presenza di fattori di disturbo che mostrano una relazione causale solo apparente. Tali investigazioni, tuttavia, non consentirebbero di pervenire, sulla base di una probabilità statistica, al controfattuale "se la condotta del medico fosse stata X allora l'evento lesivo Y non si sarebbe verificato". Si è argomentato: "Supponete di essere sicuri al 100% della verità della proposizione "l'aumento del rischio relativo nella popolazione è pari al 68,5%, non ci sono fattori di disturbo, l'individuo fa parte della popolazione e la legge è biologicamente plausibile": concludereste che è vera la proposizione "se la con-

¹³⁷ GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2985.

dotta del medico fosse stata X allora l'evento lesivo Y non sarebbe accaduto? La regola *ad hoc* obbligherebbe ad una risposta affermativa, ma ciò di cui siamo certi è che almeno in 3 decessi su 10 la responsabilità non è da attribuirsi all'omesso intervento: perché dovremmo essere certi che l'individuo di cui stiamo trattando non è uno di questi tre?"¹³⁸.

La medesima critica è stata proposta da alcuni penalisti¹³⁹, con argomentazioni al fondo non molto dissimili. Essa, senza dubbio, coglie nel segno quando, a proposito della ricostruzione della causalità omissiva proposta dalle Sezioni Unite, mostra perplessità circa l'idea di certezza processuale programmaticamente indifferente al valore statistico della legge scientifica. La critica risulta invece meno convincente quando opina che le Sezioni Unite abbiano affermato che le prospettate situazioni d'incertezza possano essere superate attraverso l'esclusione di ipotesi causali alternative. In realtà, come sarà esposto più diffusamente nel prosieguo, sembra che la pronunzia abbia voluto alludere alle situazioni in cui, pur in presenza di generalizzazioni probabilistiche, le contingenze del caso concreto possano indurre a superare la situazione d'incertezza ed a ritenere dimostrato il ruolo salvifico dell'azione omessa.

In ogni caso, tali critiche mostrano le enormi difficoltà che possono insorgere nell'uso dello strumento deduttivo che, come al solito, risultano con spiccata evidenza nell'ambito biomedico. Il fatto è che, nella maggioranza dei casi, non si dispone di generalizzazioni accuratamente approssimate ad uno da poter utilizzare in chiave rigidamente deduttiva. In altri casi non si dispone affatto di generalizzazioni affidabili. In qualche contingenza, ancora, si dispone solo di lacunose ed anche contraddittorie informazioni statistiche, che pomposamente ma erroneamente chiamiamo leggi scientifiche. Anche quando disponiamo di informazioni sufficientemente esaustive, esse hanno carattere molto generale e non appaiono focalizzate sui tratti della specifica vicenda oggetto del processo. Una descrizione dell'evento doverosamente non priva di qualche specificità ci farà trovare di fronte all'assenza di informazioni pertinenti. Ad esempio, sappiamo che una determinata percentuale di persone sopravvive dopo essere stata curata a segui-

¹³⁸ GARBOLINO, *Dall'effetto probabile*, cit., p. 305.

¹³⁹ DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento* in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 63; MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 498; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, p. 969; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1994.

to di infarto del miocardio; ma non sappiamo quale esatto peso vi abbiano i diversi fattori di rischio quali l'età, il sesso, le condizioni generali, e numerose altre variabili individuali. La conclusione è che noi non disponiamo quasi mai di uno strumento deduttivo sufficientemente affidabile.

Tale situazione apre la strada ad un ragionamento probatorio di tipo induttivo, condotto dal giudice sulla base delle generalizzazioni scientifiche disponibili, ma anche delle particolarità del caso concreto. Si tratta di un secondo momento dell'indagine predittiva, che si aggiunge a quello deduttivo e tenta di concretizzare, specificare quanto genericamente riferito dalla già evocate generalizzazioni. Si vuol dire che, in qualche caso, il contesto, caratterizzato da peculiarità significative, può interagire in qualche misura con le informazioni generalizzanti disponibili, consentendo di conferire maggiore concretezza e conclusività all'indagine causale e di superare, sul piano dell'indagine induttiva, il carattere probabilistico delle ridette generalizzazioni; per giungere, infine, al giudizio di ragionevole certezza che può fondare l'imputazione causale condizionalistica. Per tornare al caso del soggetto infartuato, supponiamo che si discuta della efficacia salvifica di una terapia intensiva mancata, nei confronti di un paziente affetto da una patologia cardiaca in fase critica. Senza dubbio le moderne pratiche di terapia intensiva hanno una sicura efficacia nel ridurre significativamente la mortalità dei pazienti nelle situazioni critiche, quantomeno differendo l'evento. Ed è pure vero che il felice esito di tale intervento terapeutico è legato all'interazione di numerose variabili che ben difficilmente possono essere ponderate, in astratto, in modo accurato. Le informazioni statistiche disponibili sulle percentuali di persone che sopravvivono nell'indicata situazione critica a seguito di trattamenti adeguati non gettano una luce risolutiva sul caso concreto: per quanti sforzi si facciano, non sarà quasi mai possibile essere "certi" che l'intervento terapeutico mancato sarebbe stato risolutivo. Tuttavia, non sarà indifferente per il giudice e per il perito che il paziente sia giovane o anziano, che soffra di una patologia più o meno grave, che abbia subito già altri eventi critici, che sia affetto da altre gravi patologie che complicano il quadro clinico. Tutti questi fattori, senza dubbio significativi, non possono essere realisticamente iscritti entro le coordinate di leggi statistiche, tanto è alta la loro varietà e tanto è difficile la ponderazione della loro interazione. In queste situazioni, lo stile del ragionamento giurisprudenziale apre la strada ad un itinerario in chiave indiziaria. Per ripetere le discusse enunciazioni delle Sezioni Unite, si tratta di confrontare in chiave problematica le generalizzazioni con i fatti, al fine di pervenire ad un giudizio di probabilità logica, credibilità razionale o corro-

borazione: un giudizio di tipo valutativo che si sottrae ad un'impossibile quantificazione numerica. Tale approccio, in qualche caso, potrà dire qualcosa di più di quanto enunciato nelle informazioni statistiche. Nel caso prospettato, ad esempio, potrà accadere che si sia in presenza di un paziente che presenti profili assolutamente tranquillanti in ordine a tutti i profili di rischio (età, condizioni generali, gravità dell'affezione, tempestività del possibile intervento intensivo, adeguatezza delle risorse tecniche ed umane disponibili, ecc.) sì da condurre il giudice a ritenere con ragionevole certezza che un intervento appropriato avrebbe evitato l'*exitus* in quel determinato contesto temporale. Questo è l'approccio che pare emerga dall'insegnamento delle Sezioni Unite; e che si riscontra nella giurisprudenza più recente (*amplius*, cap. V, § 12).

Occorre tuttavia guardare le cose con disincanto e chiamarle con il loro nome, sia pure con il tono sommesso richiesto dalla consapevolezza della particolare delicatezza e difficoltà del tema: se mettiamo insieme il carattere discrezionale del giudizio di cui si parla e l'assenza di informazioni generalizzanti affidabili, appare chiaro che l'evocazione della certezza propria dello statuto condizionalistico della causalità deterministica è, in moltissimi casi, nulla più che un artificio, una declamazione retorica. In realtà, la valutazione che noi compiamo è di tipo probabilistico e l'unica cosa che possiamo fare per limitare gli arbitri è pretendere che l'indagine causale di tipo induttivo sia molto concreta, approfondita, ancorata ai fatti investigati a fondo. In questo senso si è ripetutamente espressa recentemente la giurisprudenza di legittimità¹⁴⁰.

In conclusione, cosa è accaduto? Le Sezioni Unite si sono trovate di fronte ad un immane problema, allo stesso tempo teorico ed applicativo: rispondere alla domanda sul carattere condizionalistico della causalità omissiva proponendo una soluzione rispettosa dei principi, ed al contempo tale da rendere concretamente percorribile il relativo itinerario probatorio. La soluzione proposta è stata brillante: la causalità omissiva è pur sempre condizionalistica, ma il giudizio di certezza del ruolo salvifico della condotta omessa presenta i connotati del paradigma indiziario, si fonda sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e culmina nel già detto giudizio di elevata probabilità logica. Insomma, le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere superate nel crogiolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando esso può essere espresso in termi-

¹⁴⁰ BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1875.

ni di elevata probabilità logica. È il piano processuale ¹⁴¹ che, richiedendo un approccio valutativo, consente di metabolizzare, per così dire, la misura d'incertezza che (occorre dirlo a chiare lettere) residua quasi immancabilmente nei giudizi della giurisprudenza nell'ambito della responsabilità medica ed in altri simili: il tramite è costituito dal concetto di probabilità logica che, come si è visto, è ontologicamente vago e non consente rigide quantificazioni numeriche. Insomma, l'ideale della certezza risulta cautamente, ed in modo inespresso, approssimato; ed assume una latente impronta probabilistica. Tale soluzione ha l'indubbio pregio, sul piano applicativo, di rendere praticabile il giudizio d'imputazione dell'evento, allontanando, nell'attuale stato della legislazione, la prospettiva di indiscriminata impunità anche per condotte gravemente trascurate e dannose; che inevitabilmente, oltre a tutto il resto, indurrebbe il medico a preferire condotte improntate a rifiuto dell'attività terapeutica più impegnativa.

Tale approccio, che integra le informazioni statistiche con le particolarità del caso concreto, è stato del resto delineato in giurisprudenza ancor prima dell'intervento delle Sezioni Unite. È stata evidenziata la differenza tra la probabilità statistica, cioè la verifica empirica di casi pregressi che conduce ad una enunciazione percentualistica dei casi in cui, data una certa premessa, si verifica una determinata conseguenza; e la probabilità logica che involge un giudizio complessivo del quale la probabilità statistica è solo una componente, caratterizzato dalla "verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge statistica nel caso concreto" e che si risolve in un'affermazione di elevata credibilità razionale (in un senso o nell'altro) del risultato dell'operazione logica compiuta dal giudice. Ed è stata sostenuta la necessità, per il giudice, di abbandonare l'illusione di poter ricavare deduttivamente la conclusione sull'esistenza del rapporto di causalità da una legge scientifica che riproduca in laboratorio la sua ipotesi di ricostruzione dell'evento; e di far ricorso, invece, sempre, alla "ricerca induttiva verificando l'applicabilità delle leggi scientifiche eventualmente esistenti alle caratteristiche del caso concreto portato al suo esame; tenendo in considerazione tutti gli specifici fattori presenti e quelli interagenti e pervenendo quindi ad un giudizio di elevata credibilità razionale, secondo i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato; utilizzando anche i criteri di probabilità statistica, ma tenendo ben presente che si tratta di criteri strumentali al fine di pervenire ad un giudizio di probabilità logica la cui credibilità razionale si

¹⁴¹ In proposito, CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1971.

riassume, conclusivamente, nella formula che l'evento specifico, *hic et nunc* prodottosi, può essere causalmente ricollegato alla condotta dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio”¹⁴².

Ma, infine, quando si affronta il mare aperto di una discussione senza scialuppe di salvataggio di tipo argomentativo, occorre dire le cose con la chiarezza che consente l'esercizio della critica: neppure l'indagine più serrata ed onesta da parte di un giudice indipendente ed esperto, assistito da un perito avveduto, consente di superare la misura d'inevitabile incertezza insita nel controfattuale della causalità omissiva.

In un recente saggio¹⁴³ si è ritenuto di dimostrare la praticabilità del modello euristico della certezza condizionalistica: “il nesso tra omissione ed evento si configura solo quando l'azione doverosa, se compiuta, avrebbe impedito l'evento con una probabilità ai limiti della certezza”. Tale assunto può essere condiviso, con la precisazione, forse necessaria, che la probabilità ai limiti della certezza, se vuole essere condizionalistica, è quella che non lascia spazio ad un ragionevole dubbio. Tuttavia, si è sostenuto che tale tesi è confortata da alcune sentenze nelle quali la Corte Suprema è pervenuta a dimostrare l'effetto salvifico dell'azione mancata, e quindi il suo ruolo condizionalistico, “in termini di elevati coefficienti percentualistici vicini a cento”. Tali sentenze si riferiscono al filone giurisprudenziale, al quale si è fatto ripetutamente cenno (cap. V § 9) che, sul finire dello scorso secolo, ha ritenuto di poter dimostrare la relazione condizionalistica, in ambito omissivo, sulla base dell'uso deduttivo di generalizzazioni statistiche caratterizzate da elevati coefficienti percentualistici, vicini a cento. Orbene, a dimostrazione della complessità del tema e della equivocità che spesso accompagna il passaggio dalle enunciazioni verbali al loro reale significato sul piano applicativo, la tesi di cui si discute tenta di corroborare il proprio assunto con argomenti giurisprudenziali che in realtà la confutano.

Come si è già avuto modo di enunciare ripetutamente nelle sedi sopra indicate, l'uso in chiave deduttiva di informazioni statistiche apre pericolosamente la strada all'accettazione dell'errore. In una delle sentenze (Di Cintio) citate nello studio indicato, la Corte Suprema ha testualmente affermato che “premesso che non v'è alcun dubbio che il giudice, anche nella causalità, debba accertare il rapporto di causalità,

¹⁴² Cass. 23 gennaio 2002, Orlando, in *C.E.D. Cass.*, n. 228717; ed in *Riv. pen.*, 2002, p. 671.

¹⁴³ MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 523.

avvalendosi di una legge di copertura, scientifica o statistica, che gli consenta di ritenere, grazie al giudizio controfattuale, che una certa condotta/omissione è causa di un determinato evento con una probabilità vicina alla certezza, vicina a cento, non v'è chi non veda che la locuzione vicina alla certezza corrisponda alla locuzione quasi certo". E poi, "sul piano scientifico, e, quindi sul piano giuridico, il rapporto di causalità si costruisce non in termini di una scientificamente irraggiungibile certezza, ma in termini di quasi certezza, non in termini di coefficienti percentualistici, pari a cento, ma in termini di elevati coefficienti percentualistici, di coefficienti percentualistici vicini a cento, poco meno di cento".

Questa enunciazione mostra in modo evidente il pericolo e l'errore cui si è fatto cenno: una percentuale statistica vicina a cento, usata (come nella giurisprudenza indicata) nella chiave deduttiva che si è ripetutamente detta, non avvicina per nulla all'agognata certezza. Poiché la questione è davvero centrale ed ha dato luogo a molte dispute, il tentativo di apportare un po' di chiarificazione induce a riprendere e sviluppare considerazioni già accennate. Le sentenze indicate hanno analizzato diffusamente il tema della causalità, particolarmente per gli aspetti che riguardano i reati omissivi impropri: si è ribadito che il problema causale consiste nello stabilire, attraverso la formulazione di un giudizio controfattuale, se la condotta dell'uomo sia oppure no raffigurabile come condizione necessaria dell'evento; che il giudizio controfattuale deve essere compiuto facendo ricorso al modello generalizzante della sussunzione sotto leggi scientifiche, sia universali che statistiche, che si limitano, cioè, ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una percentuale di casi, con la conseguenza che tali ultime generalizzazioni sono tanto più dotate di validità scientifica quanto possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e di ricevere conferma mediante ricorso a metodi di prova razionali e controllabili. Il giudice, avvalendosi del modello della sussunzione sotto leggi statistiche dice che è probabile che la condotta dell'agente costituisca, *ceteris paribus*, una condizione necessaria dell'evento, probabilità che altro non significa se non probabilità logica o alto grado di probabilità razionale. Tale probabilità logica si configura (è questo il passaggio fondamentale) quando il giudizio controfattuale può essere compiuto avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento. Una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento. Tale modello di accertamento del nesso causale è valido anche nell'ambito dei reati omissivi impropri, giacché anche

in tale genere di illeciti non si configura alcuna diversità rispetto alla causalità attiva.

Tale approccio propone un modello dell'inferenza predittiva che replica quello proposto dalla filosofia neopositivista, fondato sul principio d'induzione e sorretto da un programma di ricerca di regolarità capaci di generare leggi esplicative di tutti i fenomeni non solo in ambito squisitamente scientifico, ma anche nel contesto della vita e della storia. Tale scuola di pensiero ha enfatizzato le regolarità approssimate, la mera probabilità, le cosiddette leggi statistiche; ed ha elaborato la dottrina della probabilità logica: la probabilità induttiva, a determinate, stringenti condizioni, trascende l'ambito statistico e corrobora la fiducia nell'attendibilità della generalizzazione tratta dall'esperienza.

Attorno all'uso di tali distinte accezioni del termine probabilità sono insorti vari fraintendimenti. Per quel che qui interessa maggiormente, occorre aver chiaro che, quando si utilizzano in chiave deduttiva generalizzazioni statistiche, la probabilità che le deve caratterizzare è quella assimilabile alla certezza; è cioè quella in modo infinitesimale prossima ad uno, il che vuol dire una costante, lunga ripetizione di osservazioni induttive di conferma dell'ipotesi. L'approssimazione ad uno, per uscire (ai fini del giudizio umano) dal regno dell'incertezza deve essere stringente, severa: il 99% è un'approssimazione ancora carente a questo fine. Solo una siffatta accuratissima approssimazione consente di disporre di una regola da applicare al caso concreto quale certa premessa maggiore del sillogismo nomologico-deduttivo.

Gli stessi studiosi di statistica mettono in guardia con preoccupazione circa i pericoli insiti nell'utilizzazione in chiave deduttiva di generalizzazioni che non siano approssimate in modo rigorosissimo. Approssimazioni non rigorose implicano la cinica accettazione del pericolo concreto dell'errore giudiziario. Il metodo statistico, inoltre, se non utilizzato con elevata competenza, può facilmente condurre a fallacie di ogni genere, che non sempre possono essere colte con facilità¹⁴⁴.

Tali aspetti problematici inducono per primi gli statistici ad escludere che l'evidenza statistica nuda, da sola, possa costituire la base per la decisione neppure nel processo civile; apparendo comunque necessaria la presenza di prove strettamente connesse con lo specifico evento lesivo, da affiancare all'evidenza statistica di fondo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Giuffrè, 2002, p. 55 ss.

¹⁴⁵ B. FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., p. 73 ss.; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 191 ss.; BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova*, cit., p. 1149 ss.

È ben vero che esiste un sofisticato ed affidabile strumento di analisi delle informazioni probabilistiche, costituito dal teorema di Bayes¹⁴⁶. Esso conduce a risultati numerici rigorosi, ma non è immune da limiti che lo rendono sicuramente inutilizzabile nel processo penale, giacché richiede che siano perfettamente note tutte le possibili cause di un evento e che siano pure note le probabilità *a priori*. Si tratta di conoscenze che con tutta evidenza non sono neppure ipotizzabili in un contesto complesso ed atipico come quello presente in un processo penale¹⁴⁷. Non meno problematica appare l'ipotesi di applicare l'approccio bayesiano sostituendo alle probabilità oggettive o frequentiste le probabilità soggettive¹⁴⁸. Infatti, come sottolinea chi pure ipotizza tale modello d'indagine, è ben difficile che le parti si accordino sull'accettazione di probabilità soggettive definite¹⁴⁹.

Per ciò che attiene all'approssimazione alla certezza, in particolare, vi è diffuso accordo anche tra gli studiosi di scienze statistiche che un verdetto di colpevolezza dovrebbe basarsi su una probabilità che l'imputato è colpevole, data una certa situazione probatoria, elevatissima, superiore a 0,999. In una situazione di tale genere vi sarebbe una plausibile approssimazione della probabilità alla certezza, cioè una situazione di pratica certezza. E vi è chi giudica addirittura intrinsecamente immorale la decisione di condannare se si è raggiunta, ad esempio, la convinzione della colpevolezza con una probabilità di 0,95. L'inquietante prospettiva dell'errore giudiziario espresso in termini numerici induce, anzi, a ripudiare la dimensione quantitativa del problema,

¹⁴⁶ Essendo note le probabilità iniziali o *a priori* che un dato evento sia stato determinato da diverse cause, ed essendo pure note le probabilità condizionali (o verosimiglianze) che l'evento sia stato prodotto dall'una o dall'altra causa, la formula consente di determinare le probabilità *a posteriori* che l'evento stesso sia stato prodotto dall'una o dall'altra causa. Tale metodo conduce a risultati numerici rigorosi.

¹⁴⁷ TARUFFO *La prova dei fatti*, cit., p. 191 ss. Qualunque teoria quantitativa della probabilità, e qualunque calcolo diretto a determinare la probabilità numerica di alcunché, presuppongono una quantificazione di partenza che può riguardare la frequenza generale di un fenomeno, o il valore che *a priori* si attribuisce alla probabilità di uno specifico evento o il grado di attendibilità di una specifica ipotesi di fatto. Questo valore non può essere presupposto o solo ipotizzato né inventato. Ne segue che ogni teoria della prova che non affronti questo problema è incompleta sotto un profilo essenziale. Nello stesso senso, B. FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., p. 99.

¹⁴⁸ In tale caso le regole operative applicabili sono analoghe a quelle delle probabilità oggettive, tuttavia le probabilità inserite nella descrizione del problema probabilistico sono soggettive e quindi variabili da individuo a individuo, tenuto conto delle diverse esperienze ed informazioni possedute dagli individui, ma non arbitrarie (B. FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., p. 166).

¹⁴⁹ B. FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., p. 99 ss.

richiedendo che non si debba svolgere in sede processuale un ragionamento completamente deterministico quanto a probabilità *a priori* e verosimiglianze e che comunque confluisca in una precisa probabilità di colpevolezza¹⁵⁰.

Questi accenni rendono chiaro che quando si fonda il giudizio d'imputazione causale esclusivamente su una regolarità genericamente vicina ad uno, in un contesto in cui, spesso, manca pure un'osservazione protratta e controllata delle regolarità riscontrate, si compie un'operazione non corretta sotto molti punti di vista: si trasformano vaghe informazioni in leggi statistiche; si utilizzano in chiave inferenziale informazioni assai incerte sul piano probabilistico, così accettando ed anzi enunciando implicitamente la concreta, incontrollata possibilità dell'errore; infine e soprattutto si rinuncia a collocare le informazioni probabilistiche nel quadro contestuale dello specifico caso esaminato.

La mancata percezione, o forse la sottovalutazione di tale aspetto della discussione, ha condotto la Corte a parlare indiscriminatamente di leggi statistiche e ad enunciare l'utilizzabilità di generalizzazioni per nulla rigorosamente approssimate ad uno; e ad utilizzare in concreto, quale base del ragionamento predittivo, dati epidemiologici larghissimamente approssimati e basati su osservazioni assai esigue.

Insomma, è accaduto che, come si è già tentato di accennare, la criticata giurisprudenza di fine secolo, dopo aver enunciato l'adesione al modello condizionalistico governato in chiave deduttiva da leggi universali o statistiche, si è avveduta che l'armamentario di generalizzazioni esplicative indiscutibilmente affidabili e pronte all'uso, nella maggior parte dei casi, non esiste; ha percepito che il modello condizionalistico puro è intollerabilmente rigido ed impraticabile. Essa vi ha apportato, allora, alcune correzioni: non solo certezza (100%) ma anche approssimazione al 98% o giù di lì. Tale correzione, tuttavia, non viene colta per quello che è cioè come una pericolosa deviazione dal criterio di certezza enunciato come intrinsecamente necessario; ma al contrario viene erroneamente prospettata quale innocua assimilazione della probabilità a certezza: quasi che all'imputato sia possibile dire che egli è certamente "autore" di un evento perché è probabile al 98% che egli lo sia effettivamente.

Se su questi basi si analizza la giurisprudenza di cui si discute ci si è avvede che, del tutto erroneamente, si sono considerate come "leggi" statistiche informazioni davvero povere. In un caso (la sentenza Baltrochi) era solo noto che, su quindici casi trattati con la terapia richiesta all'imputato, era stata riscontrata una percentuale di mortalità

¹⁵⁰ Diffusamente in proposito, B. FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., p. 121 ss.

del 25%. Nell'altro caso (la sentenza Musto) era solo noto che il paziente che avrebbe dovuto essere curato era affetto da infarto del miocardio, ma a causa delle sue gravi condizioni, aveva possibilità di sopravvivenza estremamente basse. Anche in questo processo le informazioni statistiche erano assai limitate ed incerte: due lavori su casi di ricovero per insufficienza respiratoria che indicavano percentuali di sopravvivenza variabili tra il 50% ed il 28%. Nel processo Di Cintio, poi, era solo noto che "un tempestivo ricovero in ospedale avrebbe consentito, in via di grande probabilità di migliorare notevolmente la prognosi del paziente".

Tale analisi pare non abbia bisogno di molte chiose. Non resta che ripetere enunciazioni già proposte. Se la causalità omissiva ha da essere condizionalistica, l'ideale della certezza umana, ragionevole, non è raggiungibile che in casi rarissimi, particolarmente nei contesti probabilistici come quello biomedico. In breve, l'ideale della certezza è più facile da evocare che da conseguire realmente. Le difficoltà sono connesse al carattere astratto del controfattuale, all'indisponibilità di generalizzazioni rigorosamente approssimate ad uno; o addirittura all'assenza di generalizzazioni realmente affidabili. Quelle stesse difficoltà possono essere in qualche caso governate ed attenuate, utilizzando sapientemente lo strumento induttivo; e valorizzando, quindi, le contingenze proprie di ciascun caso che possono indurre a ritenere con elevata probabilità logica che l'azione richiesta all'agente avrebbe evitato l'evento. Questo giudizio conclusivo, però, essendo di tipo argomentativo e muovendosi sul terreno tipicamente valutativo della probabilità logica, non consente quasi mai di raggiungere l'ideale della certezza, quella vera e non quella retorica.

Questa situazione ripropone un cruciale interrogativo già analiticamente prospettato (cap. V, § 13). E esso, in breve, trova la sua base nella considerazione che non esiste un'idea ontologica di causa, e che essa costituisce piuttosto uno strumento euristico, sicché risulta irrazionale proporre una definizione che non sia coerente con gli scopi dell'indagine; e che non trovi consonanza con il genere di conoscenze esistenti nel contesto in cui trova applicazione. La domanda è: ha senso proporre nell'ambito dei reati omissivi un'idea di causa di tipo condizionalistico che non può essere in concreto dimostrata nel giudizio? È razionale chiedere un metro logico costituito dal controfattuale attestato sulla regola assai impegnativa dell'umana certezza dell'effetto salvifico, quando l'astrattezza dell'operazione logica e l'assenza di generalizzazioni universali escludono che il traguardo epistemico possa essere raggiunto?

A questa domanda si è già data una risposta e non occorre far altro che richiamarla: l'impraticabilità del modello condizionalistico accre-

dita un approccio non (necessariamente) condizionalistico alla causalità omissiva: la causalità come influenza. In breve, negli ambiti in cui si dispone di informazioni generalizzanti che evidenziano la tipica idoneità dell'azione doverosa ad evitare l'evento, tale idoneità costituirà lo *standard* cui commisurare la concreta attitudine dell'azione omessa ad evitare l'evento nelle condizioni date nel processo. Negli altri contesti, nei quali l'azione ha solo la probabilità di evitare l'evento, la stessa probabilità rappresenterà il punto di riferimento, lo *standard* per vagliare se le contingenze offerte dal processo consentissero il dispiegarsi della favorevole influenza sull'andamento del processo eziologico tipicamente implicata nell'azione sottesa all'obbligo di agire. Tale modello predittivo, se attestato sul parametro probabilistico indicato, condurrebbe nella prassi a risultati non molto diversi da quelli che si riscontrano nell'attuale esperienza giurisprudenziale. Esso, però, potrebbe aiutare ad evitare la deriva retorica cui si è sopra fatto cenno; e consentirebbe comunque di chiamare le cose con il loro nome, evitando innaturali forzature della realtà. Questo argomento di tipo euristico si aggiunge a quelli di carattere più squisitamente normativo che rendono irrazionale la causalità condizionalistica nell'ambito omissivo di cui si discute. Essi sono stati già esposti (cap. V, § 13) e qui non si può far altro che farvi rinvio. Si può solo aggiungere che il convergere di tali eterogenei argomenti deve infine esercitare il suo peso sul piano dogmatico consentendo, nell'ambito omissivo, la configurazione della causalità nei termini non (necessariamente) condizionalistici che si sono detti.

16. *Le difficoltà dell'indagine alla prova dell'esperienza*

Come si è accennato ripetutamente, lo stile dell'indagine causale indicato dalle Sezioni Unite è di tipo indiziario. Non a caso, sia nella pronunzia che nei commenti dottrinali che vi si sono ispirati, vengono evocate le classiche categorie della giurisprudenza: le massime d'esperienza, il principio del libero convincimento del giudice, l'obbligo della motivazione, le regole di giudizio, il controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione del complesso ragionamento probatorio che fonda la decisione sul fatto. A tale ultimo riguardo si è affermato che la garanzia del controllo di legittimità sulla motivazione "rinvia ad uno schema epistemologico che pretende la trasparenza e la comunicabilità intersoggettiva della trama giustificativa delle ragioni e della logica della decisione in fatto"; ed inoltre che il controllo sul ragionamento probatorio "deve investire non soltanto la coerenza logica *ab intrinseco* delle argomentazioni giustificative, la congruenza interna della

motivazione, ma anche la base giustificativa della premessa maggiore del sillogismo giudiziario, la cosiddetta giustificazione esterna". Infine, si è affermato che il controllo sulla razionalità delle argomentazioni giustificative – la cosiddetta giustificazione esterna – inerisce “ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base ad essi ed ai criteri che sostengono i risultati probatori. L’analisi retrospettiva, muovendo dalle conclusioni e ripercorrendo all’indietro le linee giustificative della decisione, al fine di verificare la validità delle inferenze che la compongono ed i nessi che legano quest’ultime l’una all’altra, investe dunque non la decisione, ma il contesto giustificativo di essa, come esplicitato dal giudice di merito nella motivazione in fatto. La Corte di Cassazione non può certo sostituire la propria legge di copertura a quella postulata dal giudice di merito, ma deve verificare, sotto il profilo della manifesta illogicità della motivazione, la razionale plausibilità dell’argomentazione induttiva che indica la fonte e ne radica la garanzia conoscitiva”¹⁵¹.

Tuttavia, ripetendo un dubbio già più volte espresso, c’è da chiedersi se tale pur raffinata elaborazione tenga sufficientemente conto delle difficoltà che, nell’ambito della causalità omissiva, segnano il passaggio dalle informazioni statistiche al condizionamento espresso in termini di certezza perentoriamente enunciato quale insopprimibile esigenza dell’ordinamento. Si è visto che le pur importanti informazioni che possono giungerci dalle specificità del caso concreto solo in alcuni casi aiutano a risolvere il dubbio; e che non di rado l’evocazione della probabilità logica proietta l’argomentazione dimostrativa nella dimensione retorica. L’inquietudine generata dall’anodina formula della probabilità logica è stata condensata rammentando che “di buone intenzioni è lastricato l’inferno” e che occorre procedere *cum grano salis* nell’utilizzare il paradigma indiziario evocato dalla Corte¹⁵².

Come non di rado, le riflessioni della dottrina medico-legale costituiscono un prezioso contributo per conferire concretezza alle discussioni spesso astratte della dottrina. Nel nostro caso, un apporto decisamente interessante viene dall’analisi compiuta, sotto il profilo medico¹⁵³, proprio della vicenda cui si riferiva la pronuncia delle Sezioni

¹⁵¹ CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1193 ss.

¹⁵² GARBOLINO, *Dall’effetto probabile alla causa probabile*, cit., p. 309.

¹⁵³ FIORI-LA MONACA-ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite della Cassazione riaffermano l’esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003.

Unite. In essa la Corte, avvalendosi del principio dell'accertamento del nesso causale in termini di probabilità logica, ritiene non censurabili le pronunzie di merito che hanno affermato la responsabilità penale per omicidio colposo di uno dei sanitari intervenuti nel trattamento del paziente.

Il caso è ricostruito solo sulla base delle sentenze di merito e riguarda un giovane ricoverato d'urgenza per un quadro di addome acuto, subito sottoposto ad intervento laparotomico con diagnosi di "pelvi-peritonite secondaria a perforazione di ulcera del tenue, adenomesenterie distrettuale, appendice consensuale". Il quadro risultava complicato da una grave neutropenia. Veniva eseguita terapia antibiotica, cui seguiva la dimissione "in via di guarigione". Pochi giorni dopo il paziente veniva nuovamente ricoverato per colica addominale e decedeva a seguito di *shock* settico. Nel corso di tale secondo ricovero veniva eseguito un reintervento laparotomico e la coltura del pus prelevato evidenziava la presenza del germe *Clostridium septicum*. I giudici di merito avevano ritenuto la penale responsabilità del primario del reparto ospedaliero presso il quale aveva avuto luogo il primo atto operatorio, assente al momento dell'intervento e rientrato in servizio pochi giorni prima della dimissione. L'imputazione era di non aver disposto indagini strumentali ed ematologiche, di non aver proseguito la terapia antibiotica e di non aver indagato la causa dell'accertata perforazione ileale. L'analisi critica della vicenda sotto il profilo medico legale induce molti interrogativi irrisolti: essi riguardano l'individuazione del *Clostridium* quale causa "possibile, forse probabile" della prima infezione e soprattutto l'attitudine di una eventuale terapia antibiotica mirata a controllare la recidiva settica, visto che essa si era sviluppata in modo occulto, malgrado una protratta terapia antibiotica a largo spettro e che si era in presenza di microrganismo che dà luogo ad una mortalità abbastanza elevata, anche quando correttamente trattato. Tali irrisolti interrogativi rendono chiaro quanto ampio sia lo spazio che passa tra le affermazioni teoriche e la loro applicazioni pratiche. Nel caso esaminato, un'indagine causale realmente centrata sulle contingenze della fattispecie concreta propone alcuni passaggi ineludibili: l'individuazione, in termini di razionale certezza, della causa della prima affezione perforativa ed il superamento del dubbio circa la sua riconducibilità alla presenza del bacillo *Clostridium* riscontrato in occasione del secondo intervento; la verifica in ordine alla possibilità di una diagnosi in tal senso alla luce delle emergenze disponibili e di indagini diligenti; infine, la verifica in ordine all'attitudine di una terapia antibiotica mirata e di altre terapie complementari a debellare l'infezione. Tutte indagini da compiere coniugando le conoscenze teoriche con le particolarità del caso concreto: i caratteri della sintomatologia,

la rilevanza della riscontrata neutropenia, gli *standard* di efficacia della terapia antibiotica mirata, l'età, le condizioni generali di salute, la gravità dell'affezione e tutte le altre circostanze rilevanti ai fini di una prognosi postuma. Sembra di comprendere, alla luce delle riflessioni della dottrina medico-legale, che tale rigorosa analisi critica non sia stata condotta fino in fondo dai giudici di merito. E pare di poter pure aggiungere che i complessi interrogativi difficilmente potrebbero avere una risposta modellata sul canone della certezza.

In conclusione, l'indicata indagine medico-legale alimenta il timore, già più volte espresso, che l'evocazione della probabilità logica dell'ipotesi ricostruttiva elaborata dal giudice possa in qualche caso servire per superare in chiave argomentativa dubbi che l'indagine non ha analizzato a fondo o non è comunque riuscita a risolvere: un promemoria conclusivo per chi con la causalità è chiamato a confrontarsi; ed un invito alla prudenza ed all'equanimità quale ultimo baluardo contri i rischi già troppe volte indicati.

Sezione III

L'INFERENZA CAUSALE IN AMBITO CIVILE

17. Diritto civile e diritto penale: due modelli d'indagine

Da lungo tempo l'ordinamento penale si confronta con quello civile sui temi della causalità e della colpa. L'argomento è stato recentemente affrontato da dieci coeve pronunzie delle Sezioni Unite civili¹⁵⁴, tutte in tema di danno da trasfusione con sangue infetto, che hanno espresso alcuni principi fortemente innovativi. Queste novità sembrano accentuare naturali differenze, giustificate dai diversi principi e dalle differenti finalità che governano i due ordinamenti. La materia è tanto vasta e complessa che un'indagine analitica sarebbe esorbitante. Qui sembra necessario segnare solo alcuni punti, che presentano particolare interesse atteso che mettono in luce, in divenire, interessanti diversità, ricche di implicazioni teoriche ed applicative particolarmente per ciò che attiene all'inferenza causale.

Volendo semplificare al massimo si può affermare che la più recen-

¹⁵⁴ Si tratta delle sentenze 11 gennaio 2008, da n. 576 a n. 585, in *C.E.D. Cass.*, da n. 600899 a n. 600923.

te giurisprudenza civile¹⁵⁵ si è mossa decisamente lungo direttrici che, nel loro insieme, esprimono senza dubbio la tendenza a favorire la tutela della vittima. Tale indirizzo è stato consacrato dalle richiamate sentenze delle Sezioni Unite. Il nuovo approccio ha colto al contempo la causalità, la colpa ed i temi della prova con un intreccio finalistico che non consente di trattare in modo del tutto separato la causalità. Anzi, la trattazione congiunta dei temi è l'unico modo per cogliere il senso complessivo di tale giurisprudenza.

Le Sezioni Unite Corte non hanno affrontato direttamente il tema della colpa ma hanno proposto enunciazioni di non poco peso in ordine alla sua prova. In una delle richiamate sentenze¹⁵⁶, afferente alla responsabilità dell'azienda ospedaliera per il danno derivante da emotrasi-fusione con sangue infetto, la Corte, recependo l'indirizzo espresso da diverse precedenti pronunzie, ha ribadito che l'accettazione del paziente in ospedale, per ricovero o per visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. Per diverso tempo, prosegue la pronunzia, tale legame contrattuale è stato interpretato sulla base dell'applicazione analogica delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, "con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico", essendo la responsabilità della struttura fondata sull'accertamento di un comportamento colposo del medico operante nella struttura stessa. Viene invece recepito l'orientamento della giurisprudenza più recente, che ha riconsiderato tale rapporto in termini autonomi dal rapporto paziente-medico e lo ha riqualificato come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito come contratto di ospedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria), al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c. Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente stesso. A sua volta (anche qui recependo l'indirizzo della giurisprudenza più recente) anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto ma sul "contatto sociale", ha "natura contrattuale".

Tale inquadramento in ambito contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria e del medico implica che il riparto dell'onere

¹⁵⁵ In proposito, IADECOLA, *La causalità medica in sede civile: discrasie e problematicità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 573.

¹⁵⁶ Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577, in *C.E.D. Cass.*, n. 600903.

della prova segue i principi generali fissati in tema di inadempimento e di inesatto adempimento: il creditore deve dare prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Ciò significa, nell'ambito della responsabilità professionale del medico, che incombe sull'attore, il paziente danneggiato, oltre alla prova del contratto, anche quello dell'aggravamento della situazione patologica o dell'insorgenza di nuove patologie, nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione od omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. È a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente.

Le Sezioni Unite confutano pure la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, giacché in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzioni variabili. Tale distinzione, si evidenzia, è stata utilizzata in passato per sostenere che, mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse la prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore gravasse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. La Corte confuta tale approccio, affermando che la ripartizione dell'onere della prova in materia di responsabilità contrattuale è unitaria e non è influenzata dalla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato. In particolare, nelle obbligazioni cosiddette di comportamento, l'inadempimento rilevante è solo quello che costituisce causa o concausa efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore deve attenersi ad un inadempimento qualificato, e cioè astrattamente efficiente rispetto alla produzione dell'evento.

Il quadro viene completato rammentando il rilievo che assume, ai fini della ripartizione dell'onere della prova, la "vicinanza alla prova" e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla; nonché la possibilità di fare ricorso a presunzioni in ogni caso in cui la prova non può essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, come nel caso esaminato, in cui si riscontra la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dell'istituzione sanitaria.

Emerge così che, nell'ambito contrattuale considerato, le problematiche afferenti alla causalità ed alla colpa finiscono col ruotare attorno alla prova dell'inadempimento, in ordine al quale la vittima ha un mero onere di allegazione, nei termini che si sono visti; mentre spetta al debitore provare l'inesistenza dell'inadempimento medesimo,

per mancanza di una condotta colposa o eziologicamente rilevante. È di tutta evidenza l'enorme distanza, sotto ogni riguardo, rispetto alle problematiche che, in tema di colpa, si agitano nell'ordinamento penale: la Corte, del resto, enuncia espressamente la necessità di abbandonare "il richiamo alquanto artificioso alla disciplina del contratto d'opera professionale", sicché non ha senso badare alla distinzione tra colpa lata e colpa grave. Non meno evidente è il "vantaggio" che tale indirizzo giurisprudenziale offre alla vittima creditrice, al fine di conseguire il ristoro del danno assunto.

Tale approccio si coniuga con la progressiva perdita di peso, nella giurisprudenza civile, della disciplina di cui all'art. 2236 c.c., di cui si è lungo autorevolmente invocata l'applicazione pure in diritto penale. Questa devitalizzazione della norma è rivelata sia dalla tendenza a limitarne l'applicazione ad ambiti scientifici ancora non sufficientemente esplorati o in cui siano dibattute le tecniche da adottare; sia ponendo a carico del professionista l'onere della prova di tale situazione.

Di ancor maggiore rilievo appaiono le enunciazioni delle Sezioni Unite nell'ambito della causalità. La Corte ha infatti affermato¹⁵⁷, in tema di responsabilità civile aquiliana, che il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione "ex ante" – del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nell'accertamento del nesso causale in materia civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio".

Pochi mesi prima la Corte¹⁵⁸, con altra sentenza di notevole rilievo, non solo aveva enunciato la praticabilità dell'approccio probabilistico alla prova della causalità espresso dallo *standard* del più probabile che non, ma aveva altresì enunciato (ribadendo precedenti prese di posi-

¹⁵⁷ Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 576, in *C.E.D. Cass.*, n. 600899; in *Corr. merito*, 2008, 6, p. 694, con nota di TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*; ed in *Cass. pen.*, 2009, p. 69, con nota di BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*.

¹⁵⁸ Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *C.E.D. Cass.*, n. 599816; in *Corr. giur.*, 2008, I, p. 35, con nota di BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

zione), nell'ambito della causalità omissiva, la possibilità dell'imputazione fondata sulla perdita di *chance*.

Come si vede, si tratta di prese di posizione che presentano enorme interesse non solo per le considerazioni che offrono sulla configurazione della causalità, ma per le implicazioni applicative che coinvolgono alla radice l'assetto della relazione tra l'ordinamento penale e quello civile.

Le Sezioni Unite hanno proposto le enunciazioni più ampie ed interessanti in un caso¹⁵⁹ che, sempre nell'ambito del danno da trasfusione con sangue infetto, riguardava la responsabilità aquiliana del Ministero della Sanità per mancato controllo. Nel prospettare "l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale", si evidenzia che nel giudizio aquiliano rilevano due momenti distinti: da un lato la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, ove la problematica causale presenta rilevanti analogie con quella penale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. ed il danno rileva solo come evento lesivo (causalità materiale); e dall'altro la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria disciplinata dall'art. 1223 c.c. e deve comprendere le perdite che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo (causalità giuridica). Si tratta di distinguere da un lato il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa esistere a monte una responsabilità "strutturale" e, dall'altro, il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare a valle i confini di una già accertata responsabilità risarcitoria.

Nell'ambito della causalità materiale trova applicazione la disciplina penalistica retta dal principio dell'equivalenza causale temperata dal principio di "causalità efficiente" desumibile dall'art. 41, comma 2, c.p. in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta solo se questa risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto. Nel contempo, non è sufficiente tale relazione per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi attribuire rilievo, all'interno delle serie causali così determinate, soltanto a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento causante, non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile secondo il principio della causalità adeguata o della regolarità causale; escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolu-

¹⁵⁹ Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 576, cit.

tamente atipiche ed imprevedibili secondo un giudizio da compiersi con valutazione *ex ante*, in astratto e sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento. Per le Sezioni Unite il principio della regolarità causale è “la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata”.

Le Sezioni Unite dedicano altresì un cenno alla causalità omissiva, evidenziando l'importanza della preventiva individuazione della norma specifica fonte dell'obbligo di prevenzione dell'evento; la sua configurazione non naturalistica ma normativa; il suo accertamento attraverso un giudizio ipotetico che passa attraverso l'enunciato controfattuale che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

La conclusione è che “i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme dell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime d'esperienza”. Né possono costituire valida obiezione le “profonde differenze morfologiche e funzionali tra l'accertamento dell'illecito civile e l'accertamento dell'illecito penale, essendo il primo fondato sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio”. Tuttavia i principi penalistici vanno adeguati alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile. È vero che la responsabilità civile orbita attorno alla figura del danneggiato, mentre quello penale intorno alla figura dell'autore del reato, ma un responsabile è pur sempre necessario se non si vuole trasformare la responsabilità civile in un'assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio. Né all'imputazione causale può rinunziarsi nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Tale criterio d'imputazione è segnato spesso “da un'allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole, ma ha una determinata esposizione a rischio ovvero costituisce per l'ordinamento un soggetto più idoneo a sopportare il costo del danno (dando attuazione anche sul terreno dell'illecito al principio di solidarietà accolto dalla nostra Costituzione) ovvero è il soggetto che aveva la possibilità della *cost-benefit analysis*, per cui deve sopportare la responsabilità per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo”. Ma ai fini dell'individuazione del soggetto chiamato alla responsabilità dal criterio d'imputazione, un nesso causale è comunque necessario tra l'evento dannoso e, di volta in volta, la condotta del soggetto

responsabile in ipotesi di responsabilità per colpa, o la condotta di altri o i fatti di altra natura considerati dalla specifica norma, posti all'inizio della serie causale. E la normativa di riferimento è sempre quella penalistica, in assenza di altre norme in materia.

Fatte queste premesse, la Corte affronta il problema centrale, quello della regola di giudizio che governa l'inferenza causale. Ciò che muta tra processo penale e processo civile è la regola probatoria, in quanto nel primo caso vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio mentre "nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti". Tale *standard* di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi, che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi, disponibili in relazione al caso concreto e quindi in termini di probabilità logica o baconiana.

I medesimi temi sono stati affrontati di recente dalla Cassazione civile in un interessante caso¹⁶⁰ in cui si discuteva della responsabilità aquiliana del medico ospedaliero che, nel trattare un subacqueo affetto da embolia gassosa, aveva omissso di avviarlo tempestivamente a terapia in camera iperbarica che probabilmente avrebbe evitato l'aggravamento delle lesioni. Vi si rivengono argomenti in più parti simili a quelli sviluppati successivamente dalle Sezioni Unite; ma vi figurano anche alcune risolte considerazioni sul ruolo di politica del diritto assegnato alla giurisprudenza e sull'imputazione fondata sulla perdita di *chance*. La Corte ritiene che "la valutazione del nesso di causa, fondata esclusivamente sul semplice accertamento di un aumento (o di una speculare, mancata diminuzione) del rischio in conseguenza della condotta omisssa, è criterio ermeneutico che inquieta l'interprete penale, poiché realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo (o di mera condotta), mentre la stessa preoccupazione non pare esportabile in sede civile, dove l'accento è posto, ormai, sul concetto di danno ingiusto". Indi, sulla base di una complessa argomentazione di cui qui non è possibile dar conto, si individuano da un lato la causalità civile "ordinaria", attestata sul versante della probabilità relativa (o "variabile"), caratterizzata, specie in ipotesi di reato commissivo, dall'acce-

¹⁶⁰ Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, cit.

dere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, quella del “più probabile che non”; dall’altro “la causalità da perdita di *chance*, attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, intesa tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come ‘bene’, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute”. La conclusione è che “quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all’indagine sul nesso causale nei vari rami dell’ordinamento”.

18. *Un breve confronto*

La sintesi che precede consente alcune brevi considerazioni. La giurisprudenza civile è alle prese con un grande problema che, come diffusamente evidenziato dalla sentenza del subacqueo riprendendo note elaborazioni dottrinali, riguarda infine l’allocazione dei costi derivanti dall’errore medico. Le esigenze applicative, d’altra parte, influenzano talvolta la costruzione delle categorie dogmatiche e questo rende non molto interessanti, per il penalista, le considerazioni delle Sezioni Unite a proposito della causalità quale delineata dagli artt. 40 e 41 c.p. Ciò è particolarmente evidente per ciò che riguarda la causalità adeguata e l’interruzione del nesso causale. A tale riguardo si è già evidenziato (cap. IV, § 2) che, in Italia, la dottrina della causalità adeguata non trova accoglimento né in dottrina né nell’esperienza giuridica; che il motivo principale è dovuto all’astrattezza che, come si è accennato, contrassegna tale elaborazione teorica fondata sulla selezione delle conseguenze atipiche; che, infine, tale approccio mette al riparo dall’imputazione causale l’agente che riesca a governare, per qualunque ragione, fattori causali atipici.

Il diritto civile è invece alle prese con diversi problemi. Qui, come ben spiegato dalle Sezioni Unite, il problema causale riguarda non solo la connessione tra una determinata condizione e l’evento, ma anche la relazione di diretta immediatezza tra l’evento stesso ed il danno. Da questo punto di vista è ben comprensibile la valorizzazione di un modello standardizzabile, quello della tipicità causale espresso dalla teoria dell’adeguatezza. Del resto, come si è visto (cap. III; cap. IV, § 2; cap. IV, sez. II), di adeguatezza causale ha cominciato a parlarsi in Italia agli inizi dell’Ottocento e da allora sulla causalità giuridica sono state dette e scritte molte parole e sono state formulate molte teorie,

senza che la discussione si sia esaurita. Essa è anzi, nel presente, in pieno fermento anche per merito della teoria del rischio di cui pure si è parlato. È quindi naturale che le Sezioni Unite non potessero esprimere un punto di vista conclusivo su tale tema altamente speculativo. È stato sufficiente richiamare la teoria dell'adeguatezza causale per risolvere in chiave restrittiva un problema specifico, quello della relazione di immediatezza tra condotta e danno risarcibile che, a ben vedere, non attiene alla struttura essenziale della causalità giuridica.

Di ben maggiore rilievo appaiono, invece, le enunciazioni a proposito dello *standard* probatorio. La Corte, consapevole di introdurre nel sistema innovazioni di grande rilievo, sembra volersi attenere ad un profilo di sobrietà e cautela. Tale approccio sembra riconoscibile anche nella ripetizione del classico enunciato relativo alla applicabilità in ambito civile della disciplina penalistica della causalità. L'argomento a sostegno è semplice: non è possibile introdurre regole diverse da quelle di cui l'ordinamento dispone, che sono quelle scritte nel codice penale. Ma, come è noto, la concreta conformazione degli istituti di diritto sostanziale è spesso influenzata dall'approccio probatorio. Ed è proprio sul terreno probatorio che si muove decisamente l'innovazione con un'enunciazione di evidente importanza: lo *standard* probatorio in diritto civile non è quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio, proprio del diritto penale, ma quello della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non". Viene quindi introdotto il paradigma della "certezza probabilistica", con la precisazione che la probabilità di cui si parla è quella logica e non quella numerica, statistica: l'attendibilità dell'ipotesi probatoria è quindi fondata sulla base degli elementi di conferma. L'indagine in chiave di probabilità logica, viene ulteriormente chiarito, è focalizzata sulle particolarità del caso concreto e non sulla determinazione delle frequenze di classi di eventi che potrebbe anche mancare o essere inconferente. Si riscontra sul punto una importante convergenza con le enunciazioni delle Sezioni Unite penali, che indirizza decisamente l'indagine causale, in ambito applicativo, sul versante delle peculiarità di ciascun caso concreto, piuttosto che su quello della generica connessione statistica tra condizioni ed eventi. Tale canone probatorio, sembra d'intendere, riguarda non solo l'ambito delle causalità ma tutti gli enunciati probatori sul fatto.

La giustificazione dell'importante novità di cui si parla è condensata (a conferma della sobrietà di cui s'è detto) in un breve passaggio: la diversità dei regimi probatori in diritto civile ed in diritto penale si fonda sulla diversità dei valori in gioco, sicché, sembra d'intendere, è ragionevole che prevalga la parte che ha prospettato un'ipotesi sui fatti maggiormente accreditata sulla base delle emergenze probatorie che la sorreggono. L'argomentazione sottende implicitamente, per contra-

sto, l'asimmetria che si configura nell'ordinamento penale, ove l'imputato è coperto dalla costituzionale presunzione d'innocenza.

La scelta cruciale compiuta dalle Sezioni Unite reca con sé temi e problemi lungamente dibattuti, ai quali si è fatto già cenno. Si è visto che la probabilità logica di cui parlano i giuristi, esprimendo un giudizio sul significato probatorio di emergenze fattuali proprie di un caso concreto, singolare, non è rigidamente quantificabile in termini numerici. Tale ponderazione è per sua natura aperta a più o meno ampi margini di approssimazione ed esprime quindi un giudizio in qualche misura intriso di discrezionalità. E tuttavia l'idea di preponderanza dell'evidenza allude a coefficienti numerici che la definiscono, che le assegnano la vittoria nella contesa. Dunque, di numeri sia pure vaghi, occorre in qualche modo parlare per tentare di uscire dal generico. Un approfondimento va in qualche modo compiuto tanto più che, sembra, "più probabile che non" e "preponderanza dell'evidenza" sono espressioni non proprio coincidenti. La prima afferisce al grado di conferma che le prove acquisite conferiscono all'ipotesi: su un'ideale scala da 0 a 1, un valore di 0,51 definisce un'attendibilità appena sufficiente per porre l'ipotesi a base della decisione, con la precisazione che i numeri sono solo un modo per esprimere rapporti logici, e non implicano misurazioni quantitative di alcunché¹⁶¹. Il concetto di preponderanza dell'evidenza sembra si riferisca piuttosto alle situazioni in cui siano presenti diverse ipotesi in conflitto: prevale l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili; quella cioè che, comparativamente, ha la più elevata probabilità logica. In tale caso occorre tuttavia chiedersi se qualunque livello di probabilità logica sia sufficiente per decretare la vittoria di un'ipotesi fattuale o se sia invece preferibile ritenere (come sembra) che uno *standard* minimo assoluto, quello dello 0,51, non possa mancare giacché nel caso contrario difetta un'ipotesi con un livello minimo di attendibilità idoneo a fondare la decisione¹⁶².

In conclusione, lo *standard* della preponderanza dell'evidenza costituisce un criterio razionale di selezione dell'ipotesi probatoria, sebbene l'evocazione di entità numeriche non misurabili rischi (occorre ammetterlo) di conferire al discorso un tono vagamente surreale. A tale razionalità è stato anche attribuito un fondamento costituzionale, evocando l'art. 24, comma 1, Cost. (tutti hanno diritto di agire in giudizio). Si è osservato che bisogna che la prova dei fatti che l'attore del processo civile deve fornire non sia tale da precludergli l'esercizio effettivo dei

¹⁶¹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 271 s.

¹⁶² In tal senso, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 272.

suoi diritti. Uno *standard* probatorio troppo elevato renderebbe eccessivamente difficile, per l'attore che si presenta come titolare di un diritto, di provarne il fondamento fattuale¹⁶³. E a quest'esigenza di praticabilità della prova sembra s'ispiri in definitiva, sia pure con diverse inflessioni e con diversa enfasi, la giurisprudenza civile qui esaminata.

Tuttavia, non occorre neppure dimenticare del tutto gli ideali, i principi regolativi, che si stagliano sullo sfondo del processo, anche quello civile: la verità, la certezza. Tale sfondo sembra sollecitare, come pure è stato osservato, la ricerca di una versione rafforzata del criterio della probabilità prevalente, alla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra fattori non del tutto coerenti¹⁶⁴.

L'evocazione della certezza sembra aver peso particolarmente in ambito causale. Si è visto che la causalità condizionalistica, espressa dal codice penale e riconosciuta dalle Sezioni Unite come principio guida anche in ambito civile, è ispirata da esigenze di certezza nel primo, importante gradino del processo di attribuzione di paternità dell'evento. Per questo si è storicamente affermata una concezione "logica" della condizione dell'evento, che si esprime per sua natura in uno schema binario: essere – non essere. Per questo occorre grande cautela nell'accostarsi all'idea, non estranea al senso comune, della causalità come influenza; che analizza fattori che operano all'interno del processo causale, senza che ne possa essere predicata la decisività, la ineliminabilità ai fini della spiegazione dell'evento. Pur all'interno di una logica binaria è comprensibile che l'ideale di certezza, nell'atto dell'accertamento processuale, si umanizzi, prenda il verso della ragionevolezza, della sensatezza; e prenda in considerazione il dubbio solo se ragionevole. Tuttavia, se la condizione ha da essere o non essere, lo spazio per le sfumature ha un limite. Per questo è lecito chiedersi se la "certezza probabilistica" al 51% definita dalle Sezioni Unite esprima effettivamente una visione condizionalistica della causalità.

Un cenno occorre dedicare pure alla questione della perdita di *chance*. Essa, come si è accennato, va collocata nell'ambito della causalità omissiva e si configura quando non vi è certezza che la condotta omissa avrebbe evitato la produzione dell'evento, anche se è certo che avrebbe avuto qualche peso favorevole nello sviluppo degli accadimenti. È chiaro che in tali situazioni, come si è già accennato, l'omissione non riveste il ruolo di condizione necessaria dell'evento. Delle discussioni in

¹⁶³ TARUFFO, *La regola del più probabile che non come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Giuffrè, 2005, p. 56.

¹⁶⁴ TARUFFO, *La regola*, cit., p. 57.

ambito penale si è visto. In diritto civile la possibilità di configurare l'imputazione causale non condizionalistica dell'evento è stata autorevolmente ritenuta. La questione non è stata direttamente affrontata dalle Sezioni Unite. Né, pare, le enunciazioni sullo *standard* probatorio risultano risolutive. In tale contesto, infatti, la situazione d'incertezza riguarda non tanto l'apparato probatorio quanto l'esito del controfattuale, la salvezza della vittima. L'interrogativo irrisolto, dunque, potrebbe essere posto in termini di ammissibilità, nel contesto di cui si discute, di un'imputazione non condizionalistica. La sentenza del subacqueo, peraltro, sembra affrontare e risolvere il problema in modo ancora diverso, individuando l'aspettativa di guarigione come un distinto diritto, leso dalla condotta omessa. Essa riprende le linee di precedenti pronunzie. In una di esse¹⁶⁵ è stato ben chiarito che "la *chance*, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, ... onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale". È chiaro che tale approccio, configurando un distinto bene che può essere autonomamente leso, e quindi un evento *sui generis*, supera a piè pari il problema della dimostrazione del nesso causale tra condotta omessa ed il classico evento lesivo considerato dal diritto penale. Siamo quindi di fronte ad una soluzione creativa, che affronta in modo diverso e semplificato il tormentato problema della causalità omissiva.

Non vi è dubbio che l'indirizzo della giurisprudenza civile di cui si è dato conto, nel suo complesso, abbia rilevanti ricadute applicative particolarmente nell'ambito delle materie più delicate, come quelle del danno da esposizione a sostanze dannose e della responsabilità medica. La ripartizione dell'onere della prova, la perdita di peso della disciplina di cui all'art. 2236 c.c., lo standard probatorio probabilistico, la configurabilità di un autonomo danno da perdita di *chance* favoriscono l'attore, cioè la vittima, e la incoraggiano (dovrebbero incoraggiarla) ad intraprendere la strada del processo civile, piuttosto che quella del processo penale. Ciò potrebbe determinare, nei casi meno gravi, anche la rinuncia alla proposizione della querela, cioè allo stesso avvio del processo penale; e, nei casi più gravi, procedibili d'ufficio, la scelta di non costituirsi parte civile, così liberando il giudizio penale dalle tensioni indotte dalle istanze patrimoniali. In passato la disciplina di

¹⁶⁵ Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Cass. pen.*, 2004, con nota di D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della vittima effettiva e praticabile*, con ampi riferimenti alla dottrina civilistica.

cui all'art. 652 c.p.p., con la previsione dell'efficacia della pronuncia assolutoria nel merito nei confronti del danneggiato, ha spesso spinto la persona offesa a costituirsi nel processo penale per contrastare le prospettazioni difensive dell'imputato ed evitare la sentenza assolutoria ed i suoi effetti preclusivi rispetto all'azione di risarcimento del danno. Nel presente, i "vantaggi" di cui si è sin qui discusso, introdotti dalla più recente giurisprudenza civile, dovrebbero razionalmente indurre il danneggiato ad utilizzare l'unico strumento processuale che, ai sensi del richiamato art. 652, gli consente di non subire, in ambito civile, gli effetti della sentenza penale assolutoria: l'esercizio dell'azione in sede civile nei termini di cui all'art. 75, comma 2, c.p.p. Si tratta di una soluzione che, liberando il processo penale dal tema della tutela patrimoniale della vittima, potrebbe senz'altro contribuire ad affrontare con il distacco e l'equilibrio necessari i gravosi problemi che il diritto penale incontra sia in tema di colpa che di causalità.

CAPITOLO VII

UN BANCO DI PROVA PER LA CAUSALITÀ
PROBABILISTICA: LA RICOSTRUZIONE DEL NESSO
CAUSALE NELL'ESPOSIZIONE A SOSTANZE DANNOSE

SOMMARIO: 1. Le premesse teoriche. – 2. L'esperienza giuridica. – 3. Conclusioni.

1. *Le premesse teoriche*

L'analisi compiuta nel capitolo precedente ha posto in luce gli aspetti più problematici e controversi della causalità, quelli che si incontrano quando per accertare il fatto occorre attingere ad informazioni scientifiche che enunciano una relazione meramente probabilistica tra una classe di condizioni ed una classe di eventi. In proposito è parso di poter confutare le tesi pessimistiche che, in tale contingenza, escludono in radice la possibilità di conseguire un'inferenza causale che esprima in termini di ragionevole, umana certezza, l'esistenza della relazione causale tra una determinata condizione ed uno specifico evento. E si è concluso che un itinerario probatorio è possibile, sia pure procedendo con la cautela e la vigilata razionalità imposta dalla consapevolezza delle difficoltà.

L'argomentazione ha inevitabilmente preso un verso piuttosto complicato, più vicino alla teoria che alla prassi. Allora, occorre infine chiedersi se l'itinerario indicato possa essere concretamente percorso. La risposta può venire – sembra – dal contesto che condensa il maggior numero di problemi causali, in massima parte connessi proprio all'uso di conoscenze probabilistiche: quello dell'esposizione, solitamente in ambiente lavorativo, a sostanze dannose¹. Si tratta di analizzare criti-

¹ Il tema è trattato *ab imis* in PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, 2004. Sui temi della causalità probabilistica, DI GIOVINE, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità, il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, 2007; ID., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2151.

camente la giurisprudenza nella materia. Prima di addentrarsi nella prassi appare utile riprendere e riassumere alcune riflessioni proposte nel capitolo precedente a proposito dell'inferenza causale.

Si è accennata (cap. VI, § 2) la difficoltà, sul piano della causalità generale, di dimostrare l'esistenza di relazioni nomiche sulla base di informazioni statistiche che mostrino un incremento delle probabilità, attesa la frequente presenza di errori e di fattori di confondimento di vario genere. Si tratta di situazioni efficacemente dimostrate da alcuni classici esempi. Assistiamo tutti i giorni alla scena di operai che lasciano la fabbrica allo scoccare del mezzogiorno. Se attribuiamo una probabilità molto elevata all'uscita degli operai al suonare della sirena di mezzogiorno, ciò non dimostra che il primo evento causi il secondo. Un altro classico esempio è quello del barometro: lo spostamento della lancetta si collega ad una elevata probabilità di pioggia, senza che a tale relazione possa attribuirsi alcun valore causale, giacché sia la posizione della lancetta che la pioggia sono determinati dal cambiamento della pressione atmosferica. Inoltre, in alcune situazioni, la relazione causale può essere occultata sul piano della relazione probabilistica da varie contingenze: la causa non accresce la probabilità dei suoi effetti. Ad esempio, una sostanza determina l'ingrassamento ma al contempo stimola l'attività motoria, sicché il moto determina una perdita di peso che annulla l'incremento dovuto all'assunzione. Oppure, l'indagine causale è influenzata dall'interazione tra diversi fattori che agendo in combinazione si comportano come un unico fattore causale, i cui effetti sono diversi da quelli che si verificherebbero se ciascuno fosse preso separatamente: un veleno acido se assunto da solo causa la morte, ma se assunto insieme ad un veleno alcalino ne annulla l'effetto.

In genere, contribuiscono a conferire sicuro significato causale alla relazione probabilistica, anche in caso di coefficiente probabilistico medio-basso: la correttezza dell'indagine epidemiologica; la presenza di informazioni d'ordine biologico che spieghino per così dire dall'interno i meccanismi della relazione causale che l'epidemiologia ha desunto dalla relazione probabilistica; il positivo riscontro dell'utilità delle misure preventive adottate dopo la scoperta della relazione causale. Il tema è stato analizzato osservando che in ogni caso, affinché l'analisi epidemiologica possa aspirare ad un resoconto causale, sono necessarie due condizioni: una base scientifica che consenta di ritenere che i presunti fattori patogeni siano davvero tali; il ricorso al metodo sperimentale attuato adottando le misure preventive raccomandate dall'ipotesi epidemiologica e constatandone gli effetti dopo un certo tempo. Peraltro, la situazione delicata dell'epidemiologia risiede nel fatto che essa lavora su cause che agiscono ai "microlivelli", ma cer-

cando di arrivarvi dal livello alto, ambientale e considerando i fattori causali come una rete d'interazioni e non come una catena che porta all'effetto in una sola direzione. Questo carattere ne esalta la connotazione olistica, ma ne indica anche la scarsa rilevanza nella ricerca delle singole cause del singolo evento patologico². Tutto ciò sul piano della causalità generale; giacché poi, nel caso concreto, tali informazioni dovranno pure confrontarsi con emergenze di carattere specifico circa le caratterizzazioni della malattia, desunte solitamente dal quadro clinico ma soprattutto da autopsie ed esami istologici.

La causalità probabilistica si mostra tipicamente in contesti come quello delle scienze biomediche, ove si configura spesso una intricata interazione tra vari fattori, che conferisce carattere processuale, sistemico alla causalità: l'insorgenza di una patologia per effetto del contatto con una sostanza dannosa può essere connessa a vari fattori legati alle modalità dell'esposizione ed alle caratteristiche personali. Si tratta di una situazione che, d'altra parte, spiega bene perché una "causa" produca determinati effetti solo in alcuni casi e non in modo immancabile e giustifica, quindi, l'approccio probabilistico alla causalità. Queste complicate situazioni rischiano di mettere in crisi l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il tutto o il nulla; e mostrano la fertilità, in contesti appropriati, dell'idea di causalità come influenza. Si tratta solitamente di comprendere cosa abbia determinato lo sviluppo di una patologia o di un evento che ha alle spalle una intricata rete causale, sicché non è per nulla facile cogliere e dimostrare l'interazione tra i diversi fattori secondo i caratteri della logica binaria di tipo condizionalistico.

L'indicato contesto problematico, d'altra parte, richiede di attingere a generalizzazioni scientifiche in grado di fornire informazioni su ciò che causa l'evento di cui ci si occupa. In tali situazioni è di grande interesse comprendere come deve procedere il ragionamento causale. È chiaro che, come pure si è accennato, è in primo luogo essenziale accertare che le generalizzazioni che si utilizzano, le leggi, siano affidabili ed abbiano un sicuro significato causale. Ma il vero problema è comprendere se e come le leggi che esprimono solo una relazione probabilistica siano utilizzabili. Si è visto che nel ragionamento esplicativo non è importante il coefficiente probabilistico: vi sono casi in cui

² AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 404 s. Esempio dell'analisi del tema in Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, Cefis, in *Cass. pen.*, 2003, p. 267, pronunzia relativa al noto caso Marghera. In argomento pure FROSINI, *Le prove statistiche*, cit., pp. 39 s., 146 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 200 s.; VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, 1990.

l'effetto segue alla causa con probabilità che è molto bassa, al punto che nel momento in cui la causa si verifica potrebbe essere prevedibile con alta probabilità l'effetto opposto. In tali casi, anche se non siamo in presenza di una successione regolare causa-effetto, resta pur sempre vero che gli effetti sono regolarmente preceduti dalla causa. L'ambito delle esposizioni lavorative fornisce eloquenti esempi di relazioni causali sorrette da un mero coefficiente probabilistico: si avrà modo di verificarlo nel prosieguo, quando saranno esaminati casi tratti dalla giurisprudenza.

Ciò che è veramente cruciale, sempre nell'ambito del ragionamento esplicativo finalizzato a ricostruire lo sviluppo del complesso processo eziologico, è che non sia alle viste una diversa, plausibile ipotesi eziologica. Come si è avuto modo di sottolineare ripetutamente (*amplius*, cap. VI, § 3 s.), il nucleo problematico della causalità è quasi sempre quello della pluralità delle cause. Solo in alcuni casi una categoria di eventi trova la propria radice causale in un unico fattore eziologico (eziologia monofattoriale). Negli altri (eziologia plurifattoriale) la generalizzazione probabilistica costituisce solo un'ipotesi che dovrà confrontarsi in chiave congetturale con le particolarità di ciascun caso concreto, che potranno corroborarla o falsificarla. Nella prassi, peraltro, il problema della pluralità delle cause si manifesta in due direzioni: la pluralità dei fattori eziologici (l'amianto, il fumo di sigarette ecc.); le diverse contingenze nelle quali un determinato fattore causale ha avuto modo di estrinsecarsi (ad esempio durante l'esposizione lavorativa, oppure in altra situazione della vita). Naturalmente, sebbene basata su generalizzazioni probabilistiche, l'inferenza causale relativa al caso singolo dovrà attingere il livello della ragionevole certezza.

Infine, si è pure posto in luce che il ragionamento esplicativo dà luogo ad un'indagine storica, su un caso concreto caratterizzato da specifiche contingenze. Queste contingenze, da investigare con strenua determinazione, ci consentono, in alcuni casi, di selezionare un'accreditata ipotesi eziologica. Così, ad esempio, nel caso di tumore al polmone, che può derivare dall'esposizione al fumo di tabacco ed a numerose altre sostanze, l'indagine causale tenterà (probabilmente con esito incerto) di indagare nella vita del paziente per cercare di individuare quale sia stato l'agente patogeno che ha innescato il processo carcinogenetico. Più precisamente, scopo dell'indagine è la verifica critica in ordine all'ipotesi che riguarda la riferibilità di un evento concreto ad una spiegazione racchiusa nella generalizzazione, anche se probabilistica. Si tratta, in breve, dell'abduzione selettiva. L'indagine procede secondo il modello ipotetico-deduttivo ed è guidata dalla serrata ricerca di segni che possono corroborare o falsificare l'ipotesi causale.

Questo incedere del ragionamento, di tipo esplicativo, non sempre esaurisce l'indagine causale. In alcuni casi noi dobbiamo compiere anche ragionamenti predittivi. Ciò accade nell'ambito della causalità omissiva. Qui abbiamo comunque un fatto, una storia, l'andamento di una patologia ad esempio, di cui dobbiamo in primo luogo dare una spiegazione complessiva prima di interrogarci sul ruolo causale della condotta omissiva che ci interessa. In questa prima parte dell'indagine causale noi utilizziamo il modello esplicativo. Accertato il fatto nel suo complesso, occorre però rispondere ad un'ulteriore domanda che riguarda cosa sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli veniva richiesta. Nei reati colposi, che solitamente presentano le maggiori difficoltà, noi collochiamo nel giudizio controfattuale la condotta diligente che non è stata posta in essere. Si tratta di un giudizio di tipo controfattuale, immaginativo, che deve condurre a rispondere alla domanda causale. In questo ambito predittivo insorgono particolari, complessi problemi che si è già tentato di mostrare (cap. VI, sez. II).

È quindi importante, prima di avviare qualunque ragionamento causale, comprendere se si sia in un caso di causalità commissiva od omissiva (*amplius*, cap. V, § 14). Noi solitamente ragioniamo come se tra causalità commissiva e causalità omissiva vi fosse un confine netto. Si tratta invece di una mera semplificazione della realtà. L'esperienza giudiziaria mostra un quadro assai variegato. Vi sono situazioni sicuramente riconducibili alla causalità omissiva: il medico che sarebbe tenuto ad accorrere in ospedale per un urgente intervento chirurgico preferisce restare a casa. Vi sono poi molti casi di incerta collocazione: il medico interviene, si adopera anche con sollecitudine, ma manca di compiere un atto che era essenziale, come stilare una corretta diagnosi o prescrivere una terapia appropriata. Oppure, il chirurgo trapianta un organo affetto da tumore, senza compiere le indagini preliminari che potrebbero scongiurare tale evenienza; o ancora l'imprenditore espone i lavoratori a dosi elevate ed incontrollate di amianto, mancando di adottare le misure idonee ad eliminare o ridurre la diffusione delle polveri nocive.

Il tema ha trovato differenti soluzioni in dottrina; mentre la giurisprudenza parla sempre di causalità omissiva, anche se spesso fa ragionamenti di causalità commissiva. Anche su questo punto le Sezioni unite hanno fornito un utile suggerimento, segnalando che molti casi che vengono trattati in termini di causalità omissiva sono in realtà situazioni di causalità commissiva. Pare che la risposta (*amplius*, cap. V, § 14), sempre problematica, debba tenere conto dell'ottica giuridica di attribuzione di paternità del fatto e di ciò che assume significato in questo senso. Allora, nel caso del tetano o dell'errore nella terapia, il

fatto che l'agente si sia in qualche modo attivato è alquanto insignificante. Occorre quindi ragionare in termini di causalità omissiva. Invece nei casi del taglio della arteria o del trapianto il comportamento attivo assume un significato preponderante nella spiegazione. Si tratta quindi di causalità commissiva. Che dire del caso delle esposizioni lavorative? Qui la causalità può essere plausibilmente ricostruita in ambedue i modi; anche se pare senz'altro preferibile ritenere che si sia in presenza di causalità commissiva, alimentata dalle scelte aziendali che determina uno stato delle lavorazioni che espone a livelli dannosi delle sostanze trattate.

Occorre pure riflettere che questa discussione non è solo una disquisizione teorica ma ha rilevanti implicazioni applicative: basti pensare che la giurisprudenza anteriore alle Sezioni Unite ha affermato per un ventennio che la causalità omissiva, per la sua astrattezza, è aperta ad ampi margini per giudizi solo vagamente probabilistici. Ciò da un lato semplificava la risoluzione del problema causale; dall'altro erodeva in modo più o meno inconsapevole il principio della causalità condizionalistica. Questa situazione è stata superata dall'intervento delle Sezioni Unite. Tuttavia la distinzione tra causalità commissiva ed omissiva è ancora ricca di notevoli implicazioni applicative. Qui il discorso diventa piuttosto complicato ed è stato già esaminato. Tentando di riassumere e di semplificare, si può partire dalla considerazione che la causalità omissiva è dal punto di vista naturalistico per definizione un nulla. Per dimostrare il nesso di condizionamento dobbiamo inserire nell'atto immaginativo controfattuale qualcosa che è mancato in natura e che noi descriviamo in modo idealizzato. In particolare, nei reati colposi noi dobbiamo inserire nel controfattuale il comportamento perito, diligente; e chiederci se esso avrebbe consentito di evitare l'evento con la ragionevole certezza richiesta dallo statuto della causalità condizionalistica. Giungere ad una risposta positiva, solitamente, non è per nulla facile, specialmente in alcuni classici contesti particolarmente complicati come quelli della responsabilità medica e dell'esposizione lavorativa, caratterizzati, come abbiamo visto, dalla complessa interazione tra fattori spesso di diverso segno. Ma ciò che interessa di più è che causalità omissiva e colpa tendono a sovrapporsi. Ed il problema che chiamiamo causalità della colpa, o della utilità del comportamento alternativo lecito, diventa un problema eziologico che si carica quindi del connotato di ragionevole certezza proprio della causalità. Di qui la comprensibile ma pur sempre criticabile confusione che regna in giurisprudenza tra causalità e colpa in tali contesti.

Invece, nell'ambito della causalità commissiva, il ragionamento probatorio è solitamente più semplice: il problema della causalità viene risolto ponderando la rilevanza del comportamento attivo. Allora, il

problema dell'evitabilità dell'evento per effetto della condotta diligente e perita si colloca nella sua sede propria, quella della rilevanza del comportamento alternativo lecito, ed è quindi aperto per definizione e senza dubbi a valutazioni di tipo probabilistico.

Per entrare nel nostro argomento: se si ritiene che l'esposizione alle sostanze tossiche sia un caso di causalità commissiva si dovrà dimostrare solo che la malattia è determinata dall'esposizione, mentre il problema dell'attitudine delle cautele omesse ad evitare l'evento attiene alla colpa e consente valutazioni probabilistiche. Viceversa, ove si ragioni in termini di causalità omissiva, occorrerà dimostrare non solo la causalità dell'esposizione ma si dovrà compiere un altro passo: dimostrare che le cautele avrebbero con certezza evitato la malattia. L'esposizione a sostanze dannose può essere ragionevolmente ricondotta, come si è detto, all'ambito della causalità commissiva. Infatti si è solitamente in presenza di una scelta organizzativa e quindi di una decisiva condotta attiva, che ha determinato il contatto della vittima con una specifica sostanza a determinate concentrazioni. Dunque, la materia sarà trattata come un contesto di causalità commissiva. Pertanto, restano estranei alla discussione le questioni relative al ragionamento predittivo della causalità omissiva ed alla configurabilità di un'imputazione causale non condizionalistica ma probabilistica (cap. V, § 13).

2. *L'esperienza giuridica*

Le premesse sin qui esposte consentono di analizzare l'esperienza giudiziaria. Il tema è dominato dalla giurisprudenza in tema di esposizione all'amianto, sostanza molto dannosa, causa indiscussa di gravi patologie quali l'asbestosi, il mesotelioma pleurico, il tumore polmonare. Tuttavia in alcuni casi i rischi da amianto si aggiungono a numerosi altri rischi spesso ubiquitari. Si tratta di malattie multifattoriali, che quindi mettono in gioco il problema della pluralità delle cause. In tali situazioni (nell'ottica condizionalistica) non è per nulla facile dimostrare che la vittima non si sarebbe comunque ammalata se non fosse stata esposta all'amianto: classico l'esempio del tumore polmonare nel lavoratore esposto all'amianto ed al contempo fumatore, e quindi colpito da distinti fattori di rischio. In questi casi il passaggio dalla causalità generale alla causalità individuale è molto arduo. Per questo la giurisprudenza si è occupata prevalentemente di patologie monofattoriali o quasi.

Sono note ed indiscusse le applicazioni giurisprudenziali che riconoscono la relazione causale tra l'amianto e l'asbestosi, una malattia polmonare univocamente legata all'esposizione alla sostanza.

Un'altra patologia, il mesotelioma pleurico, mostra invece una situazione assai più complicata. Si tratta di una neoplasia che ha una stretta, anche se non del tutto esclusiva, relazione con l'esposizione all'amianto e particolarmente con l'esposizione massiva in ambiente di lavoro. Le indagini epidemiologiche evidenziano un rischio elevato nei lavoratori lungamente esposti: il 4/5% di costoro ha contratto la malattia che è invece rarissima fuori dall'ambiente lavorativo. Tuttavia si riconoscono anche altri fattori causali, anche se marginali, quali eronite, radiazioni ionizzanti, infiammazioni croniche. Il processo tumorale ha un'iniziazione (l'innescò del processo carcinogenetico), cui segue un lungo periodo di latenza (dell'ordine di moltissimi anni) che termina con la formazione della prima cellula maligna. Né la data di iniziazione né quella di comparsa della prima cellula neoplastica sono osservabili. Il rischio non è dose dipendente: anche a bassi livelli di esposizione si riscontra il pericolo di mesotelioma e non esiste un'esatta soglia di rischio. Tuttavia, esso aumenta in funzione dell'intensità dell'esposizione alla sostanza. Più precisamente la natura probabilistica del processo di cancerogenesi è legato a diversi fattori: dose di esposizione, legata in modo lineare alla probabilità d'insorgenza, durata, inizio dell'esposizione, lunghezza della fibra (fattore di cui viene riconosciuto il ruolo preponderante nelle più recenti indagini), capacità individuale di riparare i danni del DNA, eventuale suscettibilità metabolica. Come si è accennato, il periodo di latenza è molto lungo: eventi relativamente recenti trovano la loro causa in esposizioni incontrollate avvenute negli anni '60 e '70.

Un primo problema riguarda la dimostrazione della derivazione del mesotelioma dall'esposizione all'amianto; ed in particolare dall'esposizione in ambiente lavorativo. Qui non sono insorti particolari problemi in giurisprudenza. Infatti il dato epidemiologico ha un indubbio e forte significato causale. Le valutazioni d'ordine biologico, sebbene non concordi, propongono comunque diverse teorie in linea con il dato epidemiologico. Le autopsie e gli esami istologici evidenziano solitamente non solo i tratti della patologia ma anche processi fibrotici tipici dell'esposizione all'amianto e soprattutto grandi quantità di fibre di amianto nel tessuto pleurico. Inoltre, non vi è traccia dell'esposizione ad altre sostanze (eronite, radiazioni ionizzanti) cui viene riconosciuta una assai marginale rilevanza eziologica. Sulla base di tali concordi emergenze le pronunzie elaborano solitamente una affidabile teoria causale del caso concreto.

Un ulteriore problema attiene alla dimostrazione della rilevanza causale del contatto improprio con la sostanza, avvenuto in epoche diverse e riconducibile alla sfera di responsabilità di persone succedutesi nella direzione degli impianti. Infine, un terzo problema coinvolge la

dimostrazione dell'attitudine delle cautele omesse ad evitare, attenuare o ritardare gli effetti patologici. Tali problemi sono più ardui: il momento dell'iniziazione del processo tumorale non può essere determinato, anche se si ritiene che insorga piuttosto precocemente. Le difese propongono solitamente nei processi alcuni argomenti critici: non si può escludere che l'iniziazione sia anteriore all'esposizione; oppure, non è possibile individuare il momento dell'induzione nel corso dell'attività lavorativa e quindi manca la riferibilità soggettiva nel caso in cui più persone si siano succedute nella direzione dell'impresa.

Tali temi sono stati trattati in vario modo dalla giurisprudenza. In un caso³ la vittima, affetta da mesotelioma pleurico, era la moglie di un operaio che aveva maneggiato per moltissimi anni le tute del marito impregnate di polveri di amianto. Agli imputati veniva addebitata una condotta omissiva, costituita dalla mancata predisposizione di quanto occorrente per l'abbattimento delle polveri di amianto nei limiti che le tecniche dell'epoca consentivano. Le difese eccepivano, invece, che tale condotta non aveva avuto alcun effetto causale, perché la riduzione dell'esposizione non avrebbe comunque impedito l'insorgere della malattia. La pronuncia di legittimità parte dall'assunto che il mesotelioma non è dose correlato e che è pacifica l'insussistenza di una soglia minima al di sotto della quale possa escludersi il rischio per la salute, sicché anche una breve esposizione può essere fatale. Nelle patologie tumorali incide la predisposizione personale e la durata dell'esposizione al fattore cancerogeno. Nel caso in esame, se si è sicuri della esposizione in condizioni pessime, nulla si sa delle predisposizioni delle persone che hanno contratto il mesotelioma; e non è quindi dato conoscere cosa sarebbe accaduto se le polveri fossero state adeguatamente controllate. La sentenza ne deduce una conclusione singolare: lo schema controfattuale non può essere applicato perché non si conoscono le predisposizioni dei singoli, a causa del fatto degli imputati, che non hanno abbattuto le polveri. Tuttavia, il dato storicamente certo è la lunga massiccia concentrazione delle polveri da amianto, che è stata con certezza la causa delle morti da mesotelioma e di quella della donna in particolare. Da tale dato s'inferisce l'esistenza del nesso di condizionamento. Qui, come si vede, ad un problema impostato in termini di causalità omissiva (la mancata predisposizione delle misure di cautela) si dà una risposta in termini di causalità commissiva (la lunga, incontrollata esposizione).

Il medesimo tema è stato trattato in modo più lineare in altra pro-

³ Cass. 30 marzo 2000, Camposano, in *Foro it.*, 2001, II, c. 278, con nota di GUARINIELLO.

nunzia⁴. Anche qui si era in presenza di lavoratori esposti per oltre un trentennio all'amianto e morti per mesotelioma pleurico. I giudici di merito avevano sostanzialmente fondato il giudizio d'imputazione dell'evento sulla base di una valutazione in termini di probabilità di sviluppo e progressione della patologia. La Corte di Cassazione invece afferma che è esclusa la relazione causale ove non sia dimostrabile che, se fossero state adottate cautele, l'evento letale sarebbe stato evitato con un elevato grado di probabilità, cioè con una probabilità prossima ad uno. La sentenza censura l'approccio probabilistico proposto dai giudici di merito. Dunque un'impostazione in termini di causalità omissiva, in chiave però condizionalistica (che esclude, quindi, la possibilità di ricorrere a valutazioni latamente probabilistiche).

L'argomento è stato impostato in modo profondamente diverso in un altro caso⁵. La pronuncia riguarda la responsabilità di alcuni amministratori di un'azienda che gestiva la produzione, riparazione e demolizione di carrozze ferroviarie. Negli stabilimenti si verificava una forte ed incontrollata esposizione all'inalazione di polveri d'amianto; ed i giudici di merito avevano riconosciuto ciascuno degli amministratori responsabile della morte di alcuni lavoratori affetti da mesotelioma pleurico e peritoneale, a causa dell'incontrollata esposizione alla sostanza per distinti periodi di circa tre anni. Peraltro, i lavoratori erano stati esposti alla sostanza, nel complesso, per periodi ben maggiori. La difesa non metteva in discussione che la morte fosse stata determinata dall'inalazione delle polveri, né affermava l'esistenza di cause alternative; mentre censurava la sentenza per ciò che riguarda l'efficienza causale delle omissioni riferibili agli imputati. Si faceva leva sul fatto che non era noto se il momento dell'iniziazione era insorto prima o dopo il periodo triennale addebitato a ciascuno. La sentenza d'appello aveva peraltro affermato che "i periti ed i consulenti tecnici hanno evidenziato il rapporto esponenziale tra dose di cancerogeno assorbita (determinata dalla concentrazione e dalla durata dell'esposizione) e risposta tumorale: aumentando le dosi di cancerogeno, non solo è maggiore l'incidenza dei tumori, ma minore è la durata della latenza, il che significa aumento degli anni di vita perduta o, per converso anticipazione della morte". Sulla base di tali informazioni scientifiche sia i giudici di merito che la Corte di Cassazione affermano che l'esposizione all'amianto ha avuto effetto patogenetico, abbreviando la latenza di una malattia già esistente; oppure, in alternativa, agendo sull'insor-

⁴ Cass. 25 settembre 2001, Covili, in *Foro it.*, 2002, II, c. 289, con nota di FIAN-DACA; ed in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737, con nota di D'ALESSANDRO.

⁵ Cass. 11 luglio 2002, Macola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3383, con nota di BLAIOTTA.

genza della neoplasia attraverso l'accorciamento del periodo che precede l'iniziazione. Qui la dimostrazione causale si fonda sull'accelerazione, in ogni caso, dell'iniziazione o della promozione (cioè il periodo di latenza) del processo tumorale. Il discorso è logicamente corretto sul piano della causalità condizionalistica; in un'ottica però diversa da quella tradizionale che riguarda l'essere o non essere della relazione causale tra esposizione lavorativa e meccanismo d'iniziazione: eliminando mentalmente le esposizioni massive attribuite a ciascun imputato, si avrebbe comunque una maggiore durata del periodo che precede l'iniziazione o di quello di latenza; con un effetto di allungamento della vita. Può dunque affermarsi che vi è stato in ogni caso un abbreviamento della vita. Viene così superato il problema dell'impossibilità di dimostrare il momento dell'iniziazione del processo carcinogenetico. Tale impostazione, valida sul piano logico-giuridico, si fonda tuttavia su un'enunciazione scientifica contestata: l'influenza dell'esposizione alla sostanza nociva sia sul tempo che precede l'iniziazione del processo neoplastico sia sulla durata della latenza. È in particolare in discussione se l'amianto sia anche un promotore ed abbia quindi un effetto di accelerazione del processo che dal momento dell'iniziazione del processo tumorale conduce (dopo una latenza di moltissimi anni) alla formazione della prima cellula neoplastica⁶.

L'approccio della sentenza Macola era stato già proposto in precedenza, anche se in modo solo abbozzato, sia in tema di asbestosi⁷ (anche dopo l'insorgere della malattia l'esposizione ulteriore favorisce l'evoluzione, aggrava la malattia); sia in tema di carcinoma polmonare da amianto⁸ (il protrarsi dell'esposizione ha favorito la malattia). Tale indirizzo è stato affermato in diverse pronunzie successive⁹ ed è divenuto dominante.

Un caso¹⁰ interessante riguarda la morte per carcinoma al naso di lavoratori esposti per moltissimi anni a polveri di legno. La gestione dell'azienda era stata affidata per lunghissimo tempo al padre nel frattempo venuto meno; e da ultimo, per pochi anni, al figlio. Una indagine epidemiologica sulla coorte dei lavoratori aveva evidenziato un au-

⁶ STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 379.

⁷ Cass. 5 ottobre 1999, Hariolf Angele, in *Foro it.*, 2000, II, c. 259, con nota di GUARINIELLO.

⁸ Cass. 2 luglio 1999, Giannitrapani, (caso Eternit), in *Foro it.*, 2000, II, c. 266.

⁹ In tema di mesotelioma un'impostazione simile a quella della sentenza Macola in Cass. 2 ottobre 2003, Monti, in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 2760.

¹⁰ Cass. 19 giugno 2003, Giacomelli, in *Foro it.*, 2004, II, c. 71.

mento dei casi attesi di malattia da 40 a 200 volte; inoltre, le informazioni scientifiche introdotte nel processo erano nel senso che la durata dell'esposizione accelera lo sviluppo della patologia, che tuttavia avviene dopo una latenza dell'ordine di diverse decine di anni. La Corte ritiene dimostrato il nesso causale, sul rilievo che l'esposizione finale addebitata al figlio ha accelerato i tempi sviluppo di una patologia sicuramente iniziata nel corso della gestione paterna.

Appare pure interessante una sentenza¹¹ che propone un caso assai simile a quello della sentenza Camposano: la moglie aveva pulito le tute del marito addetto alla lavorazione dell'amianto per oltre un ventennio, a partire dal 1952. Il mesotelioma pleurico si manifestava nel 1992. Il marito era morto per asbestosi nel 1983. L'imputato aveva assunto la posizione di garanzia nel 1971 e fino al 1977. I periti affermavano che l'iniziazione era avvenuta sicuramente prima del 1971, "tuttavia non possono escludersi focolai ulteriori di malignità a seguito dell'esposizione dal 1971 in poi". I giudici di merito avevano ritenuta l'esistenza del nesso causale e avevano condannato l'imputato. La Corte Suprema rileva che, alla luce di una valutazione scientifica così dubbiosa, manca la prova di una significativa incidenza di tale esposizione sull'evoluzione della malattia; ed annulla con rinvio.

Un altro arresto giurisprudenziale¹² costituisce una sorta di prosecuzione del processo Macola, essendo riferito ad altri imputati della medesima vicenda: il primo giudice condanna; il giudice d'appello assolve sulla base di alcuni passaggi delle dichiarazioni dibattimentali dei periti che appaiono a quel giudice problematiche circa l'esistenza di un sicuro effetto di abbreviazione della latenza del processo carcinogenetico. La Corte di Cassazione trova tuttavia tale conclusione non sufficientemente motivata in raffronto con la sentenza di primo grado, che ha dato atto di importanti studi sul tema ed ha riferito le conclusioni dei periti nel senso che, con la diminuzione dell'esposizione, ci si sarebbe dovuto attendere un effetto positivo anche in termini di aumento della latenza. In conseguenza, la pronuncia d'appello viene annullata con rinvio.

Da ultimo¹³ la Corte Suprema ha ribadito che sussiste il nesso di causalità tra l'omessa adozione da parte del datore di lavoro di idonee misure di protezione e il decesso del lavoratore in conseguenza della protratta esposizione alle polveri di amianto, quando, pur non essendo possibile determinare l'esatto momento di insorgenza della malattia,

¹¹ Cass. 15 maggio 2003, Eva, in *Cass. pen.*, 2005, p. 424, con nota di DI SALVO.

¹² Cass. 29 novembre 2004, Marchiorello, in *www.italgiure.giustizia.it*.

¹³ Cass. 11 aprile 2008, Mascarin, in *C.E.D. Cass.*, n. 240517.

deve ritenersi prevedibile che la condotta doverosa avrebbe potuto incidere positivamente anche solo sul suo tempo di latenza. Tale impostazione, collegata all'effetto acceleratore della protratta esposizione all'amianto, ha consentito di risolvere il problema causale in un caso in cui la vittima era stata a contatto con la sostanza nell'ambito della prestazione lavorativa in diverse aziende.

Come si vede, le pronunzie in questione non sono uniformi, evidentemente a causa del fatto che nei processi sono penetrate informazioni scientifiche contrastanti circa l'effetto acceleratore dell'esposizione all'amianto sui tempi di sviluppo della prima cellula neoplastica, dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico. Il tema, dunque, sollecita un definitivo chiarimento in ambito scientifico: un chiarimento demandato al giudice di merito, sul quale la Corte Suprema è chiamata ad una valutazione inerente al criterio di razionalità utilizzato per accertare la fondatezza dell'ipotesi scientifica prescelta (*amplius*, cap. VI, § 13).

Un ulteriore tema interessante nell'ambito delle esposizioni professionali è quello della concausalità. Tale ambito viene solitamente definito con un esempio classico: due persone somministrano alla vittima, ciascuna per proprio conto, distinte dosi di veleno che, sommate, diventano letali. Nella pratica giudiziaria il contesto in questione si presenta solitamente in modo assai più problematico ed attiene alla possibile interazione o sinergia tra fattori all'interno di complessi processi eziologici. L'argomento è stato affrontato in una pronunzia¹⁴ in tema di carcinoma polmonare da amianto. In essa si afferma che esposizione ad amianto e fumo di sigaretta hanno costituito sinergie causali. In proposito la sentenza d'appello aveva evidenziato, in tema di tumori polmonari, il reciproco effetto moltiplicativo dell'amianto e del fumo: le due cause si rafforzano vicendevolmente. L'interazione causale era stata ben evidenziata dai differenti coefficienti di rischio riscontrati: determinato in 1 il coefficiente per un soggetto non esposto, per il soggetto esposto al fumo di sigaretta il coefficiente diviene 10; per il soggetto esposto ad asbesto il rischio è 5; infine, per il soggetto esposto sia al fumo che all'asbesto il coefficiente di rischio è sicuramente di almeno 50. Qui, dunque, come si accennava all'inizio, la relazione probabilistica mette in luce un nesso causale che è del resto riconosciuto da diversi studi: la fibrosi da asbesto rappresenta un fattore aggiuntivo di rischio sia nella fase di iniziazione che in quella di promozione, anche se non sono ben conosciuti i meccanismi interni.

¹⁴ Cass. 2 luglio 1999, Giannitrapani, cit.

Come si vede, la sinergia ha un sicuro significato causale se si ragiona in senso non condizionalistico. Infatti, un così rilevante incremento della probabilità di ammalarsi per effetto dell'esposizione congiunta ai due fattori di rischio considerati accredita l'ipotesi che le sostanze interagiscano in senso patogenetico. Da un punto di vista condizionalistico, invece, il discorso è molto più complicato. Per ritenere l'esistenza del nesso causale tra il tumore polmonare e l'esposizione all'amianto occorrerebbe poter dimostrare che la vittima non si sarebbe ammalata comunque se non avesse lavorato in ambiente contaminato: dimostrazione molto difficile, sia perché nei casi esaminati in giurisprudenza i lavoratori sono quasi sempre tabagisti, sia perché il tumore polmonare riconosce molti fattori causali diversi dall'asbesto. Il nesso causale potrebbe essere ritenuto in chiave condizionalistica solo se fosse certo che l'associazione sinergica ha accelerato i tempi d'iniziazione o di promozione della neoplasia. Ma si tratta di ipotesi allo stato delle conoscenze non corroborata.

Il problema della concausalità è stato trattato insieme a molti altri dalle sentenze di merito relative al Petrolchimico di Venezia¹⁵. Sebbene l'accusa avesse ipotizzato l'esistenza di una relazione causale tra il cloruro di vinile (*cvm*) e numerose patologie occorse ai lavoratori, per i giudici trovano spiegazione causale, con riferimento alle elevate esposizioni a tale sostanza, solo alcune patologie monofattoriali: gli angiosarcomi (otto) e, tra le patologie non neoplastiche, le epatopatie caratterizzate dalle tipiche lesioni da *cvm* (cinque) e, infine, le sindromi di Raynaud e/o acrosteolisi (dieci).

Il ragionamento probatorio che riguarda l'angiosarcoma epatico è in sintesi estrema il seguente: la malattia è sostanzialmente monofattoriale (anche se si ammettono altri marginali fattori quali arsenico e thorotrast); il processo ha dimostrato un rilevante aumento del rischio per i lavoratori esposti ad altissime dosi di *cvm* (autoclavisti ed insaccatori) fino agli inizi degli anni '70, quando furono introdotte cautele che abbatterono fortemente i livelli della sostanza negli ambienti di lavoro. Da quel momento non si sono più evidenziati casi di angiosarcoma. È stata quindi affermata una sicura relazione causale esclusiva tra tale patologia e l'esposizione ad altissime dosi della sostanza, anche sulla base su informazioni biologiche che forniscono una parziale spiegazione del percorso genotossico. Il Tribunale (prendendo posizione tra tesi confliggenti nel mondo scientifico) accredita la tesi della

¹⁵ Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, Cefis, in *Cass. pen.*, 2003, p. 267; App. Venezia, 15 dicembre 2004, Cefis, in *www.petrolchimico.it.*; Cass. 17 maggio 2007, Bartalini, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2877, con nota di Di SALVO.

relazione tra alte dosi e tumore; ed esclude l'esistenza di un rischio non teorico nelle basse esposizioni.

È stata invece molto discussa ed infine esclusa la relazione causale tra esposizione a cloruro di vinile ed altre patologie. Per ciò che riguarda l'epatocarcinoma, l'indagine epidemiologica evidenziava eccessi statisticamente significativi per i lavoratori altamente esposti con funzioni di autoclavisti. Tuttavia il Tribunale ha ritenuto non dimostrata la relazione causale, sia per la limitatezza delle informazioni epidemiologiche, sia perché le autopsie non hanno evidenziato lesioni da *cvm*, ma fattori noti di induzione di tale tumore: epatiti, consumo di alcool, cirrosi. Si proponevano quindi plausibili spiegazioni alternative. D'altra parte, il giudice ha anche evidenziato un problema di plausibilità biologica: non è noto il meccanismo d'induzione da parte del *cvm*, che colpisce le cellule endoteliali, mentre l'epatocarcinoma riguarda le cellule epiteliali.

Anche per il tumore polmonare i dati epidemiologici segnalavano un eccesso di rischio per gli insaccatori. Tuttavia, il Tribunale evidenzia che gli studi più recenti hanno ritenuto non correlabili tali tumori al *cvm*. D'altra parte, 11 su 12 lavoratori colpiti erano anche fumatori; e quindi pure in tale ambito si proponeva una spiegazione causale alternativa e plausibile.

Infine, pure per la cirrosi epatica si riscontrava un eccesso di rischio per gli autoclavisti. Tuttavia, tutti i casi esaminati hanno consentito di evidenziare, attraverso le autopsie e gli esami istologici, infezioni virali (b e c) o forte consumo di alcool. Anche qui, quindi, si era in presenza di ipotesi causali alternative.

L'impostazione del Tribunale è stata confermata dalla pronuncia d'appello. Per tutte le patologie di cui si è parlato il P.M. aveva peraltro sostenuto anche il ruolo concausale del *cvm*; che si manifesterebbe in relazione sia all'insorgenza che allo sviluppo ed all'accelerazione delle patologie tumorali (specialmente per i tumori al fegato ed al polmone). Il Tribunale aveva escluso il ruolo concausale: lo statuto della concausalità è pur sempre di tipo condizionalistico; e in tali casi, non essendo dimostrato un ruolo causale, non può neppure sostenersi il ruolo concausale. Tale tesi non è condivisibile. Si è fatto cenno all'inizio che le scienze biomediche evidenziano continuamente differenti forme d'interazione tra fattori che intervengono all'interno di complessi processi causali. Tale interazione può agevolmente manifestarsi nel senso che un fattore in sé causalmente inerte diventa causalmente attivo in congiunzione con un altro fattore¹⁶. Del resto, è sufficiente leggere il fo-

¹⁶ BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 97.

glietto illustrativo di qualunque medicinale per apprendere che una determinata sostanza in sé innocua può diventare patogena se assunta con un'altra.

L'errore logico è stato colto e censurato dalla Corte d'appello che, tuttavia, è pervenuta alle medesime conclusioni del Tribunale, avendo ritenuto che lo stato delle conoscenze non consente di pervenire a nessuna conclusione in ordine alla sussistenza dei meccanismi sinergici ipotizzati dai consulenti dell'accusa.

3. Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza fornisce conferma piana quanto penetrante dell'attendibilità del modello di spiegazione causale di tipo ipotetico ripetutamente prospettato in questo lavoro. Tutto, infatti, si muove sul terreno della causalità probabilistica. L'incremento della probabilità di ammalarsi per effetto dell'esposizione ad una sostanza suggerisce, in alcuni casi controllati, una relazione causale, come ad esempio nei processi per mesotelioma pleurico o per angiosarcoma epatico. Tale generalizzazione causale probabilistica costituisce un'ipotesi esplicativa del caso concreto che deve confrontarsi con i fatti di ciascuna contingenza processuale. Scopo dell'indagine causale è più precisamente la già evocata verifica critica in ordine all'ipotesi che riguarda la riferibilità di un evento concreto, ad una spiegazione racchiusa nella stessa generalizzazione probabilistica. Si tratta dell'abduzione selettiva. Le coordinate di tale approccio pare possano essere collocate entro il popperiano modello epistemologico ipotetico-deduttivo, fondato su un rigoroso atteggiamento critico e su un serrato confronto tra l'ipotesi ed i fatti.

Tracce significative di tale approccio critico possono riscontarsi nei casi esaminati. Le informazioni epidemiologiche si confrontano con quelle biologiche e soprattutto con le caratterizzazioni del caso: nei casi di mesotelioma, gli esami autoptici ed istologici confermano l'ipotesi, evidenziando processi fibrotici e soprattutto grandi quantità di amianto nel tessuto pleurico. La dimostrazione causale ha un andamento simile nel caso dell'angiosarcoma epatico.

Lo stesso metodo critico ha escluso, invece, la dimostrazione del nesso causale nei casi di epatocarcinoma, tumore polmonare e cirrosi da cloruro di vinile. L'elemento di crisi dell'ipotesi causale proposta dall'accusa è costituito, di volta in volta, dall'insufficiente significatività dell'informazione epidemiologica; dall'emergenza, a seguito delle autopsie, di segni di alternativi fattori noti d'induzione dei tumori in questione; o, infine, dall'assenza di segni caratteristici della relazione

causale ipotizzata (nel caso di epatocarcinoma da *cvm* non si è riscontrata la tipica lesione delle cellule endoteliali).

Pare, dunque, conclusivamente, che l'approccio critico all'indagine causale proponga un metodo rigoroso ed impegnativo, ma gestibile da un giudice consapevole ed attento.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Medicina e diritto penale*, ETS, 2009.
- AA.VV., *Rischio amianto*, a cura di L. SPAGNUOLO VIGORITA, Giuffrè, Milano, 1977.
- AGAZZI, *La causalità ed il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- AGAZZI, *La verità e le verità in Il concetto di verità nel pensiero occidentale*, Il melangolo, 2000.
- AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- AGAZZI, *L'epistemologia contemporanea: il concetto attuale di scienza*, in *Scienza e filosofia oggi*, Massimo, 1979.
- AGAZZI, *Temi e problemi di filosofia della scienza*, Abete, 1974.
- ALAGNA, *Sul reato commissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001.
- ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, 1999.
- ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Giuffrè, 2003.
- ALESSANDRI, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1991, art. 27.
- ALIMENA B., *L'omicidio volontario*, in *Enc. dir. pen. it.*, Società editrice libraria, 1909.
- ALPA, *La responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999.
- ALTAVILLA, *Rapporto di causalità*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Utet, 1938.
- AMSTERDAMSKY, voce *Causa-effetto*, in *Enc. Einaudi*, II, Einaudi, 1977.
- AMSTERDAMSKY, voce *Caso-probabilità*, in *Enc. Einaudi*, II, Einaudi, 1977.
- ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006.
- ANSCOMB, *Causality and determination*, Cambridge U. P., 1971.
- ANTISERI, *La logica dell'ipotesi in Ernest Naville e l'ipotesismo tra ottocento e novecento*, in introduzione a NAVILLE, *La logica dell'ipotesi*, Rusconi, 1989.
- ANTISERI, *Introduzione a HEMPEL, Come lavora uno storico*, Armando, 1977.
- ANTISERI-CAGLI, *Dialogo sulla diagnosi*, Armando, 2008.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 1963.
- ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934.
- ANTOLISEI, *Rapporto causale, concausa ed interruzione di causalità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1913.
- ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Giuffrè, 1984.
- AZZALI, *Il problema della causalità nel diritto penale in L'indice penale*, 1993.
- AZZALI, *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 850.
- AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità in diritto penale*, Giuffrè, 1954.

- BALDINI, *Karl Popper e Sherlock Holmes*, Armando, 1998.
- BARNI, *Consulenza medico-legale e responsabilità medica*, Giuffrè, 2002.
- BARNI, *Dalla valorizzazione scientifica alla vaporizzazione giurisprudenziale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995.
- BARNI, *Il rapporto di causalità in medicina legale*, Giuffrè, 1995.
- BARNI, *Il giudizio medico legale della condotta sanitaria omissiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994.
- BARNI, *Il medico legale e la causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979.
- BARNI-SANTOSUOSSO, *Medicina e diritto. Prospettiva e responsabilità della professione medica oggi*, Giuffrè, 1995.
- BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in *Atti del convegno su Responsabilità penale e rischio d'impresa*, Firenze, 7-8 maggio 2009.
- BATTAGLINI G., *L'interruzione del nesso causale*, Giuffrè, 1954.
- BENCIOLINI, *Giudice e perito dinanzi ai problemi di valutazione nell'ipotesi di responsabilità per omissione di accertamenti medici dovuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001.
- BENZI, *Scoprire le cause*, Franco Angeli, 2003.
- BENZI, *Cause e contesti*, in *La svolta contestuale*, McGraw-Hill, 2002.
- BESSE MARCHESI, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1991.
- BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, 1995.
- BILLO, *L'indagine causale nell'ambito del settore medico alla luce delle indicazioni delle sezioni unite: profili problematici e spunti applicativi*, in *Ind. pen.*, 2008.
- BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine all'imprevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009.
- BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1368.
- BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009.
- BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009.
- BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007.
- BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006.
- BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*, in *Cass. pen.*, 2004.
- BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Giuffrè, 2004.
- BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003.
- BLAIOTTA, *La causalità ed i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002.
- BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in *Cass. pen.*, 2001.
- BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000.
- BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper: un ideale di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, 1997.

- BLAIOTTA, *Il caso ATR-42. Causalità, scienza, esperienza nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1995.
- BLAIOTTA-CANZIO, voce *Causalità*, in *Dizionario di discipline pubblicistiche*, Giuffrè, 2006.
- BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.*, 2008.
- BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Bompiani, 1987.
- BONIOLLO-DORATO, (a cura di) *Storia del concetto di leggi di natura*, McGraw Hill, 2000.
- BRANDOM, *Pragmatismo, fenomenismo e discorso sulla verità*, in *Il neopragmatismo*, La nuova Italia, 1999.
- BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Giuffrè, 1978.
- BRICOLA, *Aspetti problematici del cosiddetto rischio consentito*, in *Boll. Ist. Dir. proc. pen. Pavia*, 1960.
- BRUSA *La concausa nei delitti colposi*, in *Cass. unica*, 1898.
- BRUSA, *Della concausa nell'omicidio*, in *Riv. pen.*, XXX, 1889.
- BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Candelotti, 1884.
- BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008.
- BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008.
- BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier, 2008, p. 23.
- BUTTI DE LIMA, *L'inchiesta e la prova*, Einaudi, 1996.
- CADOPPI, *Il reato omissivo improprio*, Cedam, 1993.
- CAGLI, *Condotta della vittima ed analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- CALOGERO, *Logo e dialogo*, Edizioni comunità, 1950.
- CALOGERO, *Logica, gnoseologia, ontologia*, Einaudi, 1948.
- CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, 1937.
- CANCELLIERI, *Causalità e casualità*, CLUA, 1996.
- CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006.
- CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.
- CANZIO, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Il Saggiatore, 1971.
- CARNAP, *Logical foundations of probability*, The University of Chicago press, 1950.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Cammelli, 1902.
- CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli*, I, Giusti, 1870.
- CARRARA, *Sul caso fortuito*, in *Opuscoli*, III, Giusti, 1870.
- CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989.
- CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987.
- CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009.
- CAVALLO, *Il principio di causalità nel codice penale*, Jovene, 1936.
- CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004.

- CENTONZE, *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: necessità del ricorso a leggi universali statistiche con coefficiente percentuale vicino a cento: il ruolo del giudice e del consulente del medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002.
- CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- CENTONZE, *Scienza spazzatura e scienza corrotta nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Jovene, 2008.
- CODA, *Narrare e costruire: modelli peritali a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001.
- COHEN L.J., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, 1998.
- COPPI-COHEN C., *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1999.
- CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004.
- CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 2001.
- CORNACCHIA, *Il problema della cosiddetta causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in AA.VV., *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, 2001.
- CRESPI, voce *Medico chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Utet, 1993.
- D'ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della vittima effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004.
- D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione antica di Carrara e la lezione moderna della Corte di Cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Jovene, 1975.
- DE FINETTI, *La logica dell'incerto*, Milano, 1990.
- DE FINETTI, voce *Probabilità* in *Enc. Einaudi*, X, Einaudi, 1980.
- DE FRANCESCO G.A., *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- DE FRANCESCO G.A., *Modelli scientifici e cultura dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Studium juris*, 2002.
- DE FRANCESCO G.A., *Opus illicitum*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.
- DE MARTINO, *La responsabilità penale negli organismi complessi*, in *Ind. pen.*, 2002.
- DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972.
- DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminali*, in *Studi Marinucci*, II, Giuffrè, 2006.
- DI AMATO, *La responsabilità penale da amianto*, Giuffrè, 2003.
- DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009.
- DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2008.
- DI GIOVINE, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità, il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, 2007.

- DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003.
- DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro. it.*, 2002.
- DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- DI LANDRO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalle Sezioni unite? Due nuovi esempi di causalità "more iuridico demonstrata"*, in *Foro it.*, 2006.
- DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico-legale*, in *Ind. pen.*, 2005.
- DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.
- DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale*, in *Cass. pen.*, 2009.
- DI SALVO, *Causalità e responsabilità*, Utet, 2007.
- DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979.
- DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, 2005.
- DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, 2010.
- DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli, 2006.
- DONINI, *Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003.
- DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- DONINI, *Lettura sistematica delle teorie della imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999.
- DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Utet, 1998.
- DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Cedam, 1996.
- DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991.
- DORATO, *Il software dell'universo*, Bruno Mondadori, 2000.
- DRAY, *Leggi e spiegazioni in storia*, Il Saggiatore, 1974.
- ECO-SEBEOK (a cura di), *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, 1983.
- EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1057.
- FASSONE, *Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1127.
- FEDERSPIL, *Spiegazione e causalità in medicina*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007, p. 541.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo giuridico*, Laterza, 1990.
- FERRI, *Sociologia criminale*, Utet, 1922.
- FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier, 2008.
- FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, 2007.
- FESTA, *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in GIORELLO, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bompiani, 1994.

- FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006.
- FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005.
- FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, 1988.
- FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983.
- FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 1994.
- FINESCHI, *Responsabilità medica per omissione: malintesi e dubbi in tema di nesso di causalità materiale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002.
- FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989.
- FINZI, *Rapporto di causalità e concorso di cause nel codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936.
- FIORI, *Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indifferibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002.
- FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, 1999.
- FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991.
- FIORI, *Un discorso sul metodo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985.
- FIORI-BOTTONE-D'ALESSANDRO, *Quarant'anni di giurisprudenza della cassazione nella responsabilità medica*, Giuffrè, 2000.
- FIORI-LA MONACA, *Una svolta della Cassazione penale: il nesso di causalità materiale nelle condotte mediche omissive deve essere accertato con probabilità vicina alla certezza* in *Riv. it. med. leg.*, 2001.
- FIORI-LA MONACA-ALBERTACCI, *Le Sezioni unite della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003.
- FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: passi avanti della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990.
- FROSINI B., *Concetti di causa e di spiegazione*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- FROSINI B., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Giuffrè, 2002.
- GADAMER, *Apologia dell'arte medica*, in *Id.*, *Dove si nasconde la salute*, Cortina, 1994.
- GADAMER, *Teoria, tecnica, prassi*, in *Id.*, *Dove si nasconde la salute*, Cortina, 1994.
- GALAVOTTI, *Spiegazione probabilistica e causalità*, in *GALAVOTTI-GAMBETTA*, *Causalità e modelli probabilistici*, Clueb, 1983.
- GALLO, *Appunti di diritto penale*, II, Giappichelli, 2000.
- GALLO, voce *Colpa*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960.
- GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004.
- GARBOLINO, *I fatti e le opinioni. La moderna arte della congettura*, Laterza, 1997.
- GARDENFORS, *Ragionamento probabilistico e valore probatorio*, in *AA.VV.*, *La*

- teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici, e psicologici*, Giuffrè, 1997.
- GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000.
- GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992.
- GILLIES-GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Laterza, 1995.
- GIORELLO, RICCIARDI, *Causalità, necessità, spiegazione* in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- GIUNTA, *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nell'imputazione colposa*, Cedam, 1993.
- GIUNTA-MICHELETTI-PICCIALLI-PIRAS, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, ETS, 2009.
- GIUSTI, *Le incomprensioni fra scienza giuridica e scienza medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980.
- GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005.
- GOROVITZ, *Causal judgments and causal explanations*, in *The journal of philosophy*, 1965.
- GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983.
- GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935.
- GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- GUARINIELLO, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, in *Foro it.*, 2001.
- GUARINIELLO, *Malattie professionali, tumori da amianto, asbestosi*, in *Foro it.*, 2000.
- GUARINIELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza penale*, in *Foro it.*, 1999.
- GUARNERI, *In difesa della causalità adeguata*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935.
- HEMPEL, *Come lavora uno storico*, Armando, 1977.
- HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Il Mulino, 1968.
- HART-HONORE, *Causation in the law*, Clarendon press, 1959.
- HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- KENNY, *L'esperto in Tribunale*, in *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, 2008.
- IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale* in *Enc. dir.*, IV agg., Giuffrè, 2000.
- IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, 1997.
- IADECOLA, *La causalità medica in sede civile: discrasie e problematicità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007.

- IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002.
- IADECOLA, *In tema di causalità e di causalità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001.
- IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Cedam, 1993.
- IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Utet, 1899.
- INTRONA, *Il problema della causalità tra diritto e medicina*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Cedam, 1955.
- LADYMAN, *Filosofia della scienza*, Carocci, 2007.
- LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Carocci, 1999.
- LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999.
- LEWIS, *Postscript to causation*, in *Philosophical papers*, Oxford University press, 1986.
- LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Jovene, 1996.
- LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, 1999.
- LONGOBARDO, *Causalità*, in *Quale riforma del codice penale?*, Esi, 2009.
- LUHMAN, *Funzione e causalità*, in *Illuminismo psicologico*, Il saggiatore, 1983.
- MACKIE, *The cement of the universe*, Oxford U. P., 1980.
- MACKIE, *Causes and conditions*, in *American Philosophical Quarterly*, 1965.
- MAGRO, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso causale*, in *Cass. pen.*, 1991.
- MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, 1999.
- MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.
- MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992.
- MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico chirurgico*, Giuffrè, 1984.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, 2001.
- MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1988.
- MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997.
- MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996.
- MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2002.
- MARINUCCI-MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in equipe*, in *Temi*, 1968, p. 217.
- MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla sicurezza del lavoro*, Giappichelli, 2009.
- MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica in diritto penale*, Giuffrè, 2007.
- MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- MASSA, *Le Sezioni unite davanti a "nuvole e orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002.

- MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984.
- MEDAWAR, *Difesa della scienza*, Armando, 1978.
- MEDAWAR, *Induzione e intuizione nel pensiero scientifico*, Armando, 1974.
- MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1988.
- MILL, *A system of logic ratiocinative and inductive*, trad. it. *Sistema di logica induttiva e deduttiva*, Utet, 1988.
- MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale*. Cedam, 2002.
- MORI, *Teoria del codice penale toscano*, Stamperia delle murate in Firenze, 1854.
- MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000.
- MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1998.
- MORSELLI, *Disvalore di evento e disvalore di condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, Bertero, 1896.
- MUSGRAVE, *Senso comune, scienza e scetticismo*, Cortina, 1995.
- MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi Rocco*, Giuffrè, 1952.
- NAGEL, *La struttura della scienza*, Feltrinelli, 1968.
- NAPPI, *Guida al codice penale*, Giuffrè, 2008.
- NAPPI, *Le ragioni del giudice in tema di struttura logica della motivazione e di valutazione della prova*, in *Cass. pen.*, 1987.
- NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette massime d'esperienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969.
- PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006.
- PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988.
- PAGLIARO, *Alcuni aspetti del progetto Pisapia: responsabilità da rischio totalmente illecito e rapporto di rischio*, in *Cass. pen.*, 2008.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 2000.
- PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992.
- PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2008.
- PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
- PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- PALIERO, *Le fattispecie causalmente orientate sono davvero a forma libera?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977.
- PARODI-NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Utet, 1996.
- PECORARO ALBANI, *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960.
- PECORARO ALBANI, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960.
- PENCO, *La svolta contestuale*, McGraw-Hill, 2002.
- PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica*, Giuffrè, 1979.
- PERRONI FERRANTI, *Del nesso causale e della sua imputazione*, 1888.
- PIEMONTESE, *Le problematiche della causalità omissiva: tendenze emergenti e modelli prasseologici*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Giappichelli, 2002.

- PIEMONTESE, *Responsabilità penale del medico e giudizio sul nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.
- PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, 2000.
- PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.
- PIRAS, *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998.
- PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.
- PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cass. pen.*, 2009.
- PIZZI, *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, 2009.
- PIZZI, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Giuffrè, 1997.
- PIZZI, *Pluralità di cause e formula della condicio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.
- PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992.
- POPPER, *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, 1994.
- POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, Il Saggiatore, 1984.
- POPPER, *Conoscenza oggettiva*, Armando, 1975.
- POPPER, *Miseria dello storicismo*, Feltrinelli, 1975.
- PRONI, *Introduzione a Peirce*, Bompiani, 1990.
- PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, vol. IV, Cino, 1857.
- PUGLIA, voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, XII, Società editrice libraria, 1915.
- PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2009.
- PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 789.
- PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.
- PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Cedam, 1951.
- PUTNAM, *Il pragmatismo ed il dibattito contemporaneo*, in ID., *Il pragmatismo, una questione aperta*, Laterza, 1992.
- RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1936.
- REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, 1967.
- RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 1986.
- RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007.
- RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

- RIZ, voce *Medico*, in *Enc. giur.*, XIX, Treccani, 1990.
- ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, IX ed., Sanvito, 1857.
- ROMANO A., *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, 2005.
- ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, Jovene, 2007.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 1995.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant*, Giuffrè, 1995.
- ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Id.*, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Esi, 1998.
- SANCINETTI, *Principio della diminuzione del rischio versus rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito*, in *Indice pen.*, 2009.
- SANTONI DE SIO, *Il concetto di causa ed i problemi del diritto*, in *Cass. pen.*, 2009.
- SCHRODINGER, *L'immagine del mondo*, Boringhieri, 1987.
- SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Giappichelli, 2008.
- SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975.
- SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960.
- SJOSTROM-NILSSON, *Il talidomide ed il potere dell'industria farmaceutica*, Feltrinelli, 1973.
- SPARTI, *Epistemologia delle scienze sociali*, Nuova Italia scientifica, 1995.
- SPRANZI, *La sociologia e la retorica della scienza*, in *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bompiani, 1994.
- STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in *I saperi del giudice*, Giuffrè, 2004.
- STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite, della Suprema corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- STELLA, *Verità, scienza e giustizia, le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2001.
- STELLA, *Clinica medica e processo penale: la spiegazione causale di singole malattie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999.
- STELLA, *Dottrina e giurisprudenza di fronte al problema causale*, in *Commentario del codice penale*, Giuffrè, 1999.
- STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
- STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- STELLA, *Le incomprensioni fra scienza giuridica e scienza medico-legale: un pericolo da scongiurare*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979.
- STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975.
- STELLA, *La descrizione dell'evento*, Giuffrè, 1970.
- STOPPATO, *L'evento punibile*, Drucker, 1898.
- STRIGARI, *Teorica del Codice penale francese, riscontrata con le Leggi del Regno delle due Sicilie*, Altimari, 1859.
- SUPPES, *La logica del probabile*, Clueb, 1984.
- TAGLIARO-D'ALOJA-SMITH, *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli USA successivi*

- al caso Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 719.
- TALACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *Politeia*, 2003.
- TALACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in JASANOV, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, 2001.
- TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006.
- TARUFFO, *La regola del più probabile che non come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Giuffrè, 2005.
- TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.
- TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.
- TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di BESSONE, Giappichelli, 1997.
- TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996.
- TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995.
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992.
- TILLERS-GREEN, *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove*, Giuffrè, 2003.
- TRAMONTANO, *Causalità attiva ed omissiva ed obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze di merito a confronto*, in *Foro it.*, 1997.
- TRAPANI, *La corrispondenza tra il voluto e il realizzato*, Giuffrè, 1992.
- TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. merito*, 2008.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, 1967.
- TRIMARCHI, *Condizione sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
- TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. dir.*, 2004.
- VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.
- VASSALLI, *Causalità e imputazione oggettiva*, in *Ultimi scritti*, Giuffrè, 2007.
- VASSALLO, *Epistemologie contestualistiche*, in *La svolta contestuale*, McGraw-Hill, 2002.
- VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Marinucci*, Giuffrè, 2006.
- VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003.
- VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
- VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006.
- VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Giuffrè, 2000.
- VILLA, *Teorie delle scienze giuridiche e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè, 1984.
- VINEIS, *Nel crepuscolo della probabilità. La medicina tra scienza ed etica*, Einaudi, 1999.

- VINEIS, *Prima della malattia. Per un'etica della prevenzione*, Marsilio, 1997.
VINEIS, *L'osservazione medica*, Garzanti, 1991.
VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Einaudi, 1990.
VON VRIGHT, *Spiegazione e comprensione*, Il Mulino, 1988.
- WITGENSTEIN, *Causa ed effetto*, Einaudi, 2006.
WRIGHT R.W., *Causation, responsibility, risk, probability, naked statistic and proof*, 1999, in *I saperi del giudice*, Giuffrè, 2004.
- JASANOV, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, 2001.
JEDLOWSKI, *Il sapere dell'esperienza*, Il Saggiatore, 1995.
- ZANFAGNA, *Teoria della concausa*, in *Studi illustrativi del codice penale*, Utet, 1896.
ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Cedam, 1994.

Finito di stampare nel mese di aprile 2010
nella Stampatre s.r.l. di Torino - via Bologna, 220