

Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza *Franzese*

Relazione all'incontro dibattito
svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012

SOMMARIO

SOMMARIO: 1. PREMessa. – 2. SUL RILIEVO STORICO DELLA SENTENZA *FRANZESE*. – 3. I PROBLEMI ANCORA APERTI. – 3.1. LA CAUSALITÀ NEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO. – 3.2. (*SEGUE*): UNA PSEUDO-SOLUZIONE, E UNA POSSIBILE VIA D'USCITA. – 3.3. NESSO CAUSALE E RESPONSABILITÀ DA ESPOSIZIONE A SOSTANZE TOSSICHE: I PROBLEMI FONDAMENTALI ANCORA SUL TAPPETO. – 3.4. (*SEGUE*): E QUALCHE CENNO A POSSIBILI VIE D'USCITA ALTERNATIVE. – 4. CONCLUSIONI.

1 PREMESSA

Il tema a me affidato dalla cortesia degli organizzatori di questo incontro è di quelli – come scriveva il Poeta – che fanno tremare le vene e i polsi. *Franzese* è certamente la sentenza più celebre, tra quelle pronunciate in materia penale della nostra Suprema Corte negli ultimi anni, e forse negli ultimi decenni. E la sensazione di inadeguatezza si accresce, quando a fianco di chi è chiamato a formulare qualche considerazione su questa pronuncia siede niente meno che il suo illustre estensore, il Presidente Canzio.

Ben consapevole di questa responsabilità, e assieme dei miei limiti, vorrei cercare qui soltanto di abbozzare qualche riflessione, senza avere la pretesa di rivisitare tutti i fondamentali passaggi di quella densissima sentenza, né di illustrare compiutamente – e tanto meno criticare – l'attuale stato della giurisprudenza penale in materia di causalità, come il titolo di questo intervento potrebbe far pensare.

Più precisamente, mi limiterò in questa sede:

– in una *prima parte*, ad accennare ad alcuni profili, tra i molti che potrebbero essere analizzati, che segnano a mio avviso il *rilievo storico* della sentenza *Franzese* per il diritto penale italiano;

– e in una *seconda parte*, a porre l'accento su un paio di *questioni lasciate aperte* da quella sentenza, sulle quali la giurisprudenza della Suprema Corte sarà verosimilmente chiamata a riflettere a fondo nel prossimo futuro.

Chiedo anticipatamente venia per il tono perentorio, al limite della brutalità, con il quale a tratti mi capiterà di esprimermi. Ma, da un lato, le caratteristiche di un intervento orale in un tempo necessariamente contenuto non mi consentiranno l'esercizio faticoso dell'arte della *nuance*; e, dall'altro, ciascuno di noi deve fare i conti con i propri difetti, tra i quali si annovera – per quanto mi concerne – una tendenza a semplificare il più possibile i problemi, con il rischio magari di banalizzarli; e a guardare immediatamente al risultato pratico delle contrapposte tesi ed argomentazioni, senza troppe preoccupazioni per le esigenze della diplomazia, o semplicemente del *bon ton*.

2 SUL RILIEVO STORICO DELLA SENTENZA *FRANZESE*

Comincio subito, per l'appunto, con un'affermazione brutale, e un po' provocatoria: per un verso, sul piano del diritto penale sostanziale, *Franzese* ha *ristabilito l'ovvio*, in un momento però di grave disorientamento culturale sul tema del nesso causale; per altro verso, sul piano del diritto *processuale* penale, ha invece fatto affermazioni di

estremo rilievo, e di decisa *novità*, a proposito dei rapporti tra le categorie del diritto penale sostanziale e la *logica del ragionamento probatorio*.

a) Qualche parola, allora, sul *ristabilimento dell'ovvio*.

Una autorevolissima dottrina italiana, alla quale pure devono ascrivere meriti immensi nell'enucleazione degli snodi fondamentali che caratterizzano la categoria giuridica della causalità, era giunta – negli anni immediatamente precedenti *Franzese* – ad affermare che il nesso causale si sarebbe dovuto ritenere provato *soltanto* in presenza di una legge scientifica 'di copertura' che esprimesse una *probabilità pari o prossima al 100%* che ad una condotta del tipo di quella commessa dall'imputato seguisse un evento del tipo di quello in concreto verificatosi¹. E la tesi aveva cominciato a farsi strada, nei primissimi anni duemila, anche presso la giurisprudenza di legittimità².

Per quanto autorevolmente sostenuta, tuttavia, la tesi era manifestamente *erronea*. Se A getta B da una finestra al secondo piano di un edificio, e B muore in conseguenza delle lesioni derivate dall'urto sul marciapiede, il giudice non potrà certo dubitare della sussistenza di un nesso causale tra la condotta e l'evento, pur non disponendo di alcuna legge scientifica (né di alcuna massima di esperienza) in grado di affermare che in *tutti* i casi in cui una persona precipita dal secondo piano di un edificio si produrrà la sua morte. Non sono affatto rari, infatti, i casi in cui chi cada da altezze anche maggiori sopravviva all'impatto. Eppure, l'evento *concreto* oggetto del giudizio penale – la morte di B, avvenuta il giorno X all'ora Y – *non è spiegabile*, già al metro del senso comune, *se non come conseguenza della condotta di A*. Questa condotta, riguardata in una prospettiva *ex ante*, ha creato un mero *rischio* che si producesse la morte di B – un rischio certamente elevato, ma *non* associato alla *certezza* della successiva verifica dell'evento –; in prospettiva *ex post*, possiamo però tranquillamente affermare che tale rischio si è effettivamente *concretizzato nell'evento letale* occorso a carico di B, e che – pertanto – la condotta di A è stata *causa* della morte di B, proprio perché non è ragionevolmente possibile *spiegare* quella morte in maniera *indipendente* dalle lesioni derivanti dalla caduta, caduta a sua volta non spiegabile se non come conseguenza della spinta assestata da A.

Dunque: la mancanza di una legge di copertura con coefficiente statistico pari o prossimo al 100% non può impedire l'ascrizione causale di un evento a una condotta, quando l'evento – a una considerazione *ex post* – non è ragionevolmente spiegabile se non come conseguenza di quella condotta³. Opinare diversamente significa violentare il senso comune, sempre sotteso alle raffinate categorie dogmatiche del diritto (che dopo tutto altro non è, come diceva Lord Donaldson, se non *common sense under a wig*, senso comune sotto una parrucca).

1. STELLA, *Giustizia e modernità*, I ed., Giuffrè, 2001, p. 307. La tesi fu ribadita e ulteriormente sviluppata anche dopo la sentenza *Franzese*: cfr. in particolare ID., *Giustizia e modernità*, III ed., Giuffrè, 2003, p. 342 ss. (e spec., per la critica alla sentenza, p. 350 ss.); ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, p. 379 ss.; ID., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005, p. 76 ss. In precedenza, invece, lo stesso autore aveva sostenuto la tesi della *sufficienza*, ai fini dell'accertamento causale, di leggi a struttura meramente *probabilistica*: cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, I ed., Giuffrè, 1975, p. 311 ss., spec. 315: "per il diritto penale, è causale anche la spiegazione basata su leggi statistiche".

2. Le prime tre sentenze in questo senso riguardavano il settore della responsabilità medica: Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688, Baltrocchi; 29 novembre 2000, n. 9793, Musto; 29 novembre 2000, n. 2139, Di Cintio, tutte in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 277 ss., con nota di CENTONZE; nonché in *Dir. pen. proc.* 2002, p. 318 ss., con nota di PIEMONTESE. L'orientamento in parola trovò altresì applicazione nel settore delle malattie professionali, con riferimento ad un caso di esposizione ad amianto: Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 5716, Covili e a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 737 ss., con nota di D'ALESSANDRO; e in *Foro it.*, 2002, II, c. 289 ss., con annotaz. di FIANDACA.

3. Così, limpidamente, la sentenza *Franzese* (Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328), al § 7 della motivazione: "non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico 'prossimo ad 1', cioè alla 'certezza', quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento [...]. È indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma *nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio*, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, *circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa*, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento".

Per converso, *nemmeno ove si disponga di leggi scientifiche 'universali'*, che assicurano cioè che in *tutti* i casi in cui si verifica un dato antecedente *invariabilmente* si produce un certo evento, è possibile *tout court* affermare che tra la *condotta concreta* compiuta dall'imputato e l'*evento concreto* occorso alla vittima sussista un nesso causale⁴. Riprendendo uno dei tanti esempi di scuola discussi in letteratura, pensiamo a una ipotetica legge scientifica che asserisca che il morso del serpente mocassino è *sempre* letale per la vittima, la quale invariabilmente decede qualche ora dopo il morso, senza alcuna possibilità di essere salvata mediante la somministrazione di un siero o di altro presidio terapeutico. A leggere quanto si afferma comunemente nei manuali di diritto penale italiano, in questo caso non dovrebbero esservi dubbi sul nesso causale, stante la natura *universale* della legge di copertura. Eppure, se – prima che il veleno del serpente, introdotto furtivamente da A nel letto di B, abbia sortito il proprio effetto letale – B viene attinto da un colpo di pistola sparatogli da C, è evidente che la morte di B dovrà essere attribuita, in base a una considerazione *ex post*, a un decorso causale *diverso* rispetto al morso del serpente (e dunque alla condotta di A), malgrado la natura universale della legge scientifica che assicura, in una prospettiva generalizzante ed *ex ante*, che *tutti* coloro che vengono morsi dal serpente sono destinati a *sicura* morte.

In effetti, il *coefficiente probabilistico* che supporta la legge di copertura – la quale stabilisce *correlazioni statistiche* tra una *classe di antecedenti* e una *classe di eventi*, sulla base di *studi e osservazioni* relativi a una pluralità di *casi analoghi* – non è mai decisivo ai fini della prova del nesso causale tra la *concreta* condotta compiuta da un imputato e il *concreto* evento occorso a carico della vittima. Ciò che è decisivo ai fini dell'affermazione del nesso causale è quella che Franzese definisce la verifica della "*specificità applicabilità* [della legge scientifica o della massima di esperienza] *nella fattispecie concreta*"⁵, che dipende dall'*impossibilità di spiegare ex post l'evento concreto* occorso alla vittima *come conseguenza di decorsi causali alternativi*, ai quali l'imputato sia rimasto estraneo⁶.

Aver ristabilito questa autentica ovvietà è – mi si passi il paradosso – un primo grande merito di Franzese. E l'operazione non era, all'epoca, affatto agevole, a fronte dell'enorme prestigio culturale di chi sosteneva, con *vis polemica* inversamente proporzionale alla fragilità teorica del proprio assunto, la tesi contraria.

b) Il *rilievo storico* della sentenza risiede però altrove: e consiste, più precisamente, nell'aver saldamente inquadrato il tema dell'accertamento del nesso causale nella *logica probatoria* propria del processo penale. In ciò sviluppando, occorre riconoscerlo, i frutti più preziosi dell'insegnamento dell'ultimo Federico Stella⁷.

La c.d. *legge scientifica di copertura*, sulla necessità della cui individuazione in sede processuale Stella aveva insistito sin dalla sua fondamentale monografia degli anni settanta⁸, è ciò che consente al pubblico ministero di formulare una *ipotesi di spiegazione causale* dell'evento concreto che includa la condotta concreta ascritta all'imputato nel novero degli antecedenti necessari (delle *condiciones sine quibus non*) di quell'evento. La legge scientifica infatti – esprimendo una *relazione probabilistica* tra la classe di antecedenti nella quale è *sussumibile* la condotta concreta dell'imputato e la classe di *sussequenti* nella quale è *sussumibile* l'evento occorso alla persona offesa – consente *prima*

4. E' ancora la sentenza Franzese, al § 7 della motivazione, ad affermarlo: "Viceversa, *livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale* [...], pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, *pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrilevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi la 'attendibilità' in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibili*".

5. Cfr. ancora il § 7 della motivazione.

6. Nello stesso senso oggi, con particolare efficacia, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, 2010, p. 342: ai fini della spiegazione causale "il coefficiente probabilistico non è davvero importante. Ciò che è veramente cruciale è che non sia alla vista una diversa, plausibile ipotesi eziologica" dell'evento concreto alla luce delle evidenze disponibili.

7. Magistralmente impostati, per l'appunto, in *Giustizia e modernità*, I ed., cit., p. 54 ss.

8. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., *passim* e spec. 88 ss. Nello stesso senso, ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss..

facie di ipotizzare che quest'ultimo evento si sia verificato, per l'appunto, *in conseguenza* della condotta ascritta all'imputato.

La logica del ragionamento probatorio imporrà a questo punto al giudice di confrontarsi con le *possibili spiegazioni alternative* di quell'evento concreto *proposte dalla difesa*, o comunque *prospettabili ex officio*, le quali faranno leva a loro volta su *altre leggi causali* che consentano di ipotizzare che quell'evento concreto sia invece riconducibile a fattori diversi dalla condotta dell'imputato, e ai quali quest'ultimo sia rimasto estraneo. Per pervenire a una sentenza di condanna, il giudice dovrà allora raggiungere la *certezza processuale* – al metro dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* – che tutte le possibili spiegazioni alternative siano *radicalmente implausibili*.

L'esclusione delle possibili spiegazioni alternative diviene così il *percorso euristico obbligato* per corroborare, popperianamente, l'ipotesi di spiegazione causale offerta dall'accusa: la quale dovrà, appunto, *resistere ai tentativi di falsificazione miranti a spiegare diversamente l'evento*, residuando come l'*unica plausibile* a fronte dell'inidoneità esplicativa delle altre ipotesi, discusse nel contraddittorio tra le parti.

Così impostato, il problema dell'accertamento del nesso causale ha la medesima struttura di qualunque altro accertamento che il giudice penale è chiamato a compiere rispetto a *ciascun elemento*, oggettivo o soggettivo che sia, *della fattispecie penale*. Ad es., nei processi indiziari⁹, l'ipotesi che sia stato proprio l'imputato A a uccidere B può resistere nel contraddittorio, e condurre alla condanna di A, allorché *a)* l'ipotesi sia coerente con l'insieme delle prove raccolte, e *b)* il giudice ritenga di *escludere*, oltre ogni ragionevole dubbio, che B possa essere ucciso da persone diverse da A. Analogamente, l'ipotesi che un imputato abbia agito con dolo eventuale potrà ritenersi corroborata allorché appaia *prima facie* verosimile che egli si sia rappresentato l'evento e abbia accettato il rischio della sua verifica, e il giudice sia in grado di *escludere* la sussistenza di circostanze in grado di falsificare questa ipotesi (come lo stato di obnubilamento dovuto all'alcol o a sostanze stupefacenti, la sicura fiducia dell'imputato nelle proprie capacità di evitare l'evento, l'intervento di fattori di neutralizzazione del rischio).

Anche qui, se vogliamo, nulla di rivoluzionario: ma ciò che con sguardo retrospettivo può apparire banale, non sempre lo è nel momento in cui si tratta di decidere. La pur meritoria insistenza di Federico Stella, e dell'intera dottrina penalistica, sulla necessità per il giudice di individuare una legge scientifica di copertura in grado di offrire una *possibile spiegazione* del meccanismo di produzione dell'evento concreto, avevano finito per porre in ombra l'altrettanto necessaria *verifica processuale* della 'tenuta' di tale spiegazione al metro delle prove acquisite in giudizio, attraverso la confutazione – in esito al contraddittorio tra accusa e difesa – di tutte le altrettanto plausibili *spiegazioni alternative* di quell'evento concreto.

Sicché il merito (davvero) storico di *Franzese* sta nell'aver per la prima volta affermato, in modo netto e inequivoco, la necessità che il giudice sia in grado di affermare (e correlativamente di motivare¹⁰) *al di là di ogni ragionevole dubbio* che, nel caso concreto, *non esistono altre possibili spiegazioni dell'evento* diverse da quella formulata dall'accusa; dovendosi invece pervenire a una soluzione *assolutoria* qualora residui, appunto, un *dubbio ragionevole* sulla possibilità di ascrivere l'evento a fattori diversi, ai quali l'imputato sia rimasto estraneo¹¹. Uno *standard* probatorio, questo, che – affermato da *Franzese* con riferimento al problema dell'accertamento del nesso causale – diverrà immediatamente di comune e indiscussa accettazione rispetto a *tutti* i requisiti della fattispecie

9. L'identità del ragionamento probatorio in materia di causalità e di quello caratteristico dei processi indiziari è evidenziato, significativamente, dal § 8 di *Franzese*.

10. Secondo quanto prescritto dall'art. 546 co. 1 lett. e), che impone al giudice di enunciare "le ragioni per le quali [...] ritiene non attendibili le prove contrarie", e dunque anche di spiegare perché non ritenga plausibili le spiegazioni causali alternative proposte dalla difesa. Cfr., sul punto, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 83.

11. Cfr., ancora, il § 8 della sentenza.

penale, tanto da essere di lì a poco recepito dal legislatore nella nuova formulazione dell'art. 533 c.p.p.

3

I PROBLEMI ANCORA APERTI

Ogni sentenza storica spalanca però, a sua volta, nuovi problemi.

In questa sede posso limitarmi a sfiorare soltanto due grandi questioni a mio avviso lasciate aperte da *Franzese*: la prima ancora in larga parte latente nella giurisprudenza, non essendo mai stata focalizzata in termini precisi, ed essendo anzi a tutt'oggi ignorata dalla Cassazione; la seconda, invece, ormai venuta allo scoperto nella stessa giurisprudenza di legittimità, anche in sentenze recenti le cui *rationes* appaiono difficilmente conciliabili, con conseguenti incertezze nella prassi applicativa che si riflettono – anzi tutto – nella difficoltà per i pubblici ministeri di impostare processi che pure richiedono un eccezionale dispiegamento di energie investigative e di risorse economiche.

3.1

LA CAUSALITÀ NEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO

La prima questione attiene alla definizione del *paradigma di accertamento della causalità nei reati omissivi di evento* (o reati omissivi impropri).

La posizione del problema esige, per la verità, un chiarimento preliminare sui *criteri di distinzione tra azione ed omissione*. Non essendo questa la sede per una compiuta tematizzazione di tale *vexata quaestio*, che costituisce del resto un autentico 'classico' nella dottrina penalistica (ancorché soprattutto in quella di lingua tedesca), assumerò qui quale punto di riferimento un criterio proposto dalla dottrina alcuni anni fa¹², e che ha trovato autorevole riscontro anche letterale nella recente giurisprudenza di legittimità¹³, secondo cui l'addebito è *commissivo* allorché si imputi al soggetto di avere *introdotto nella situazione concreta un fattore di rischio in precedenza assente*, poi effettivamente sfociato nella produzione di un evento lesivo; mentre l'addebito è *omissivo* allorché ciò che si imputa al soggetto è di *non avere contrastato fattori di rischio già presenti nella situazione concreta*, i quali siano effettivamente sfociati nella produzione dell'evento lesivo.

Cerchiamo di toccare con mano la portata pratica di questo criterio discrezionale nel settore paradigmatico della *responsabilità medica*, nel quale spesso non è agevole distinguere tra azione ed omissione. Qualora, secondo l'ipotesi accusatoria, il medico abbia determinato *attraverso la propria condotta* – ad es., la somministrazione di un farmaco inappropriato – il *peggioramento* della situazione clinica del paziente, e magari il suo decesso, saremo in presenza di un addebito *commissivo*. Laddove invece il peggioramento delle condizioni di salute del paziente, o il suo decesso, si siano verificati dal punto di vista naturalistico per effetto esclusivo della *patologia di cui il paziente già soffriva*, e ciò che si imputi al medico sia semplicemente di *non avere adottato quei presidi terapeutici* che secondo la scienza medica *avrebbero consentito di contrastare efficacemente il decorso patologico già in atto*, o – ancor prima – di non aver sottoposto il paziente a quelle *procedure diagnostiche che avrebbero consentito la scoperta tempestiva della patologia e la conseguente adozione di cure appropriate*, allora l'addebito sarà a titolo *omissivo*, imputandosi qui al medico – per l'appunto – di *non avere impedito un evento materialmente riconducibile al decorso naturale della patologia di cui il paziente soffriva*.

Pensiamo al caso di specie deciso da una delle sentenze della Suprema Corte che, appena prima di *Franzese*, avevano sposato la tesi della necessità, ai fini dell'accertamento

12. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500 e, volendo, VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. del merito*, 2006, 962. Per una impostazione in larga parte sovrapponibile, cfr. altresì VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 1970 ss.

13. Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16761, Pres. Mocali, Est. Brusco, imp. Catalano e altri, e 29 aprile 2009 (dep. 22 giugno 2009), n. 26020, imp. Cipiccia e altri, CED 243931. Più di recente la tesi è stata espressamente ripresa dalle sentenze della Quarta Sezione dell'1 febbraio 2011 (dep. 11 marzo 2011), n. 9926, Pres. Marzano, Est. Brusco, imp. Rao e altri, e del 16 febbraio 2012 (dep. 8 marzo 2012), n. 17069, Pres. Marzano, Est. Piccialli, imp. Ranasinghe e altri.

del nesso causale, che il giudice disponesse di leggi scientifiche in grado di stabilire una correlazione pari o prossima al 100% tra la condotta e l'evento¹⁴. In quell'occasione, il medico di un pronto soccorso aveva *dimesso un paziente ottantenne, prescrivendogli una terapia ansiolitica e una visita specialistica da effettuarsi il giorno seguente*. Tornato a casa, il paziente veniva colto da una crisi cardiorespiratoria e decedeva. Nei confronti del medico veniva formulato un addebito a titolo di omicidio colposo, per aver “*cagionato la morte del paziente mediante omissione di ricovero* (o comunque per non averlo tenuto in osservazione)”, sebbene l'emogasanalisi avesse evidenziato ipossia, ipercapnia e alcalosi metabolica. Nessun dubbio qui sussiste sulla natura *omissiva* del rimprovero, oltre tutto emergente dallo stesso tenore del capo di imputazione: la somministrazione dell'ansiolitico (che pure costituisce una condotta *attiva* compiuta dal medico sul paziente) era stata, infatti, del tutto *irrilevante* rispetto al concreto decorso causale che aveva condotto, qualche ora più tardi, alla morte del paziente, verificatasi invece in esito alla patologia – non meglio chiarita dalla sentenza – della quale il paziente già soffriva al momento della sua presa in carico nel reparto di pronto soccorso. Il rimprovero era, invece, tutto incentrato sul *non avere il medico contrastato efficacemente tale patologia*, attraverso il *riconoscimento del rischio di gravi complicanze*, il conseguente mantenimento del paziente in osservazione e, una volta manifestatasi la crisi cardiorespiratoria, *l'adozione di appropriata terapia rianimatoria*¹⁵.

Ebbene, come posto in luce ormai da vari anni da una parte della dottrina¹⁶ (e, per quanto ciò valga, anche da chi scrive¹⁷), in simili ipotesi lo schema di accertamento del nesso causale disegnato in *Franzese* semplicemente *non è in grado di operare*. Qui non ha alcun senso – sul piano prettamente logico – chiedersi se l'evento sia spiegabile come conseguenza di fattori causali alternativi rispetto alla condotta dell'imputato, dal momento che *già sappiamo* che la morte è *naturalisticamente* riconducibile ad una causa (la patologia della quale il paziente soffriva) *del tutto indipendente e distinta rispetto alla condotta (reale) dell'imputato*, che sappiamo non avere avuto alcuna influenza nel concreto decorso degli avvenimenti. Pertanto, non può qui operare la verifica probatoria dell'esclusione dei possibili decorsi causali alternativi rispetto alla condotta dell'imputato, che è invece il fulcro sul quale si impernia il modello di accertamento disegnato in *Franzese*.

Qui, una volta accertata – con le medesime cadenze illustrate in *Franzese* – la *causa naturale* dell'evento (la patologia che ha condotto il paziente alla morte), la verifica probatoria decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'imputato è, piuttosto, tutta incentrata qui sul giudizio – di natura schiettamente *predittiva*, e non già *esplicativa*¹⁸ – relativo a *ciò che sarebbe accaduto nell'ipotesi* in cui l'imputato avesse compiuto la condotta che la buona pratica medica indicava come doverosa nella situazione concreta. Avrebbe quella condotta avuto la *capacità di contrastare* il decorso causale già in atto (la patologia respiratoria e/o cardiaca della quale il paziente soffriva)?¹⁹ In questa

14. Si tratta della sentenza del 28 settembre 2000, imp. Baltrochi, cit., *supra*, nota n. 2.

15. Né – per rispondere a un'obiezione formulatami dallo stesso Presidente Canzio durante un dibattito pubblico – sarebbe possibile configurare come *commissiva* la condotta addebitata all'imputato, identificando come condotta causalmente rilevante la *dimissione* del paziente dal reparto ospedaliero, dal momento che tale condotta *non ha di per sé influito sul decorso patologico già in atto*: decorso che è proseguito *per proprio conto* sino all'*exitus* fatale (a meno di non pensare, ad es., che l'esposizione al freddo del paziente, o comunque ai disagi connessi al viaggio di ritorno a casa, abbia in qualche modo *aggravato* la patologia in atto). L'affermazione secondo cui si rimprovererebbe qui al medico di aver *dimesso* il paziente sottintende, in realtà, il rimprovero per *non avere compiuto (in ospedale) quelle condotte* che potrebbero aver salvato la vita del paziente, mediante una più accurata *diagnosi* della patologia e – conseguentemente – una sua appropriata *terapia*: un rimprovero, dunque, di schietta natura *omissiva*, secondo il criterio poc'anzi enunciato.

16. V. i già citati lavori di MASERA e VENEZIANI, *supra*, nota n. 12.

17. Nel lavoro già citato *supra*, nota n. 12.

18. Sulla cruciale distinzione tra queste due tipologie di giudizio, si consenta il rinvio a VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss., § 3 e *ivi* ult. rif. Cfr. anche ora, assai più distesamente, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pp. 331 ss. e 405 ss.

19. Così, in particolare, MASERA, *Il modello causale*, cit., 499. Sottolinea perspicuamente VENEZIANI, *Il nesso*, cit., p. 1979 e 1995, che l'esclusione dei decorsi causali alternativi costituisce pur sempre un imprescindibile strumento euristico per accertare la causa *naturalistica* dell'evento (ad es., la patologia che ha determinato l'esito fatale), ma non gioca poi alcun ruolo nel momento in cui si debba vagliare la *presumibile efficacia salvifica* della condotta in concreto omessa dal medico.

domanda si esaurisce l'intero accertamento sul nesso tra omissione ed evento, senza che vi sia spazio – ripeto – per alcuna ulteriore verifica sull'esclusione di decorsi causali alternativi²⁰, attorno alla quale si impernia invece l'accertamento della causalità nelle ipotesi commissive (nelle quali si tratta di *spiegare* i meccanismi naturalistici di produzione dell'evento, verificandosi se questo si sia prodotto in conseguenza della condotta dell'imputato o, invece, di altri fattori).

Per rispondere a questa cruciale domanda il giudice dovrà verificare se sussista una legge scientifica, che asserisca (nel nostro caso) la *generale efficacia* di una determinata *classe di presidi terapeutici* rispetto a patologie in atto *del tipo* di quella di cui soffriva il paziente. Laddove esistente nella letteratura medica, una tale legge scientifica avrà però quasi sempre una mera struttura *probabilistica*, indicando al più – per l'appunto – con quale probabilità quei presidi avrebbero sortito l'effetto sperato, impedendo la verifica dell'evento letale.

Ed in effetti, nel processo poc'anzi menzionato le parti avevano a lungo discusso su tale efficacia, pervenendo alla conclusione che una *terapia rianimatoria* attuata in presenza di una crisi cardiorespiratoria in un paziente in quelle condizioni avrebbe avuto una probabilità stimata – secondo i diversi punti di vista sostenuti dai consulenti tecnici dall'accusa e dalla difesa – tra il 28 e il 50%, calcolata evidentemente sulla base dell'osservazione di casi simili; una percentuale che la Suprema Corte giudicò però, in quell'occasione, radicalmente insufficiente a fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento a carico di quel medico che, pure, aveva sottostimato sintomi importanti quali l'ipossia, l'ipercapnia e l'alcalosi metabolica evidenziate dall'emogasanalisi.

Ora, il grado di probabilità asserito dalla legge generale di copertura – costruita, come si diceva, sull'osservazione di un gran numero di casi *analoghi*, ma ovviamente non identici a quello di specie – potrà essere *raffinato*, nel caso concreto, tenendo in conto per l'appunto delle specificità di quel paziente concreto: della sua età, delle condizioni generali di salute, del grado di sviluppo della specifica patologia, etc. Ma, alla fine, ben difficilmente potrà raggiungersi la *certezza dell'efficacia salvifica della condotta omessa*, stante la strutturale incapacità della scienza medica di predire in termini matematici l'evoluzione di una patologia e le reazioni dell'organismo umano a qualsiasi terapia in un *singolo* paziente.

A parte, infatti, i rarissimi casi in cui possa asserirsi che l'intervento omesso avrebbe avuto una capacità impeditiva dell'evento (*hic et nunc* considerato) pressoché sicura – come, forse, nel caso di una tempestiva emotrasfusione a un paziente interessato da imponenti perdite ematiche da lesione da taglio –, nella stragrande maggioranza delle ipotesi ciò che la scienza medica è in grado di dire nel processo è, semplicemente, che l'adozione di un dato presidio terapeutico, in concreto omesso dal medico, avrebbe *diminuito più o meno significativamente le chances di verifica della morte* (o comunque dell'evento lesivo), modificando in maniera virtuosa il decorso patologico che già interessava il paziente. Ma sempre di una mera asserzione probabilistica si tratterà, giacché

20. In senso contrario, cfr. di recente l'autorevole opinione di BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, 2012, p. 196, formulata in replica alla tesi qui sostenuta: "la mancata adozione della misura salvifica da parte del titolare della posizione di garanzia non consente [...] di escludere che, nel caso concreto, l'evento possa essere stato cagionato da un fattore eziologico diverso (per es. si accerta che il medico non ha visitato il paziente e non gli ha somministrato il farmaco necessario per contrastare l'infarto che ha colpito il paziente ma si scopre, in sede di autopsia, che la morte è stata cagionata da una causa diversa e indipendente e non accertabile o non prevedibile in quel contesto)". L'esempio sovrappone, tuttavia, due piani diversi: a) quello della ricostruzione del *decorso causale reale* che ha condotto all'evento, e cioè della *patologia* che è degenerata nell'evento letale, ricostruzione che ben potrà e dovrà essere condotta con le cadenze illustrate in *Franzese* e dunque anche mediante lo strumento euristico dell'esclusione delle *spiegazioni* alternative a quella ipotizzata; e b) quello della *previsione* di ciò che sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto una determinata condotta: previsione, quest'ultima, nella quale consiste precisamente l'accertamento della c.d. causalità omissiva. In *prima battuta*, dunque, il giudice *accernerà* quale sia stata la (reale) eziologia dell'evento, optando per quella spiegazione che abbia retto ai tentativi di falsificazione, avendo altresì giudicato implausibili tutte le possibili spiegazioni alternative; *quindi*, il giudice dovrà chiedersi se il decorso causale reale, già compiutamente ricostruito, *sarebbe stato modificato* se l'imputato avesse compiuto la condotta che la scienza medica gli indicava come doverosa nella situazione concreta. In questo *secondo* giudizio, che è quello decisivo per attribuire all'imputato la responsabilità (non per la causazione, ma) per il mancato impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p., lo schema disegnato in *Franzese* è radicalmente inutilizzabile, non trattandosi più di ricostruire l'eziologia dell'evento confrontando diverse possibili spiegazioni di esse, bensì di valutare se il decorso causale reale sarebbe stato modificato in presenza di una condotta in effetti mai posta in essere.

– ripeto – le reazioni di un paziente concreto all’adozione di qualsiasi terapia non sono mai completamente predicibili (un farmaco può produrre una reazione allergica, può rivelarsi – per cause spesso oscure alla stessa scienza medica – del tutto inefficace, etc.).

Non potendosi ulteriormente procedere, a questo punto, alla fase dell’esclusione dei decorsi causali alternativi, strutturalmente adeguata alla sola causalità commissiva, *tutto ciò che resterà al giudice* sarà una mera *ipotesi*, a struttura irrimediabilmente *probabilistica*: il paziente avrebbe avuto – poniamo – il 30, il 40, il 50, il 70% di probabilità di salvarsi se il medico avesse compiuto la condotta doverosa secondo la scienza medica. Onde la domanda cruciale suonerà: potrà *quella* probabilità, determinata in esito al contraddittorio tra i consulenti tecnici, considerarsi sufficiente per giustificare una condanna del medico per omicidio (o per lesioni personali) ai sensi dell’art. 40 co. 2 c.p., per non avere egli impedito l’evento lesivo occorso al paziente?

Il problema esige una risposta di principio: una scelta di campo in punto di diritto, insomma, una volta che si sia riconosciuta l’*alterità* dell’accertamento della causalità omissiva rispetto alle cadenze tipiche dell’accertamento della causalità commissiva.

3.2

(SEGUE): UNA PSEUDO-SOLUZIONE,
E UNA POSSIBILE VIA D’USCITA

a) La sentenza *Franzese*, come sappiamo, rigetta espressamente il paradigma di accertamento della causalità fondato sul mero *aumento del rischio di verificazione dell’evento*, senza distinguere tra causalità attiva ed omissiva. Rispetto però alle ipotesi di responsabilità omissiva qui all’esame, la formula dell’aumento del rischio si rivela a ben guardare anche *linguisticamente fuorviante*: il medico che ha omesso di praticare al paziente un dato trattamento con una efficacia salvifica soltanto probabile, ma non certa, *non ha aumentato il rischio di verificazione della sua morte*, non avendo influito in alcun modo nel decorso reale degli avvenimenti; ma – semmai – *ha omesso antidoverosamente di ridurre il rischio* cui il paziente era già esposto, *sottraendogli così le chances* di salvezza che un buon medico gli avrebbe garantito. Il problema, correttamente formulato, è dunque se in queste condizioni il giudice davvero *non* possa pervenire a una sentenza di condanna *ex art. 40 co. 2 c.p.*, come asserisce in modo assai netto *Franzese*.

La nostra giurisprudenza (di merito e di legittimità), in realtà, *perviene regolarmente in simili ipotesi all’affermazione di responsabilità*, semplicemente *occultando il problema* attraverso un uso accorto della formula, utilizzata in *Franzese*, della “certezza processuale”²¹ che l’evento non si sarebbe verificato se l’imputato avesse posto in essere la condotta doverosa. Una regola non scritta ormai saldamente diffusa tra i giudici di merito, nei casi di responsabilità medica, è di guardarsi bene dal quantificare nella motivazione della sentenza di condanna il *presumibile grado di efficacia salvifica* delle misure terapeutiche o diagnostiche omesse, pena il probabile annullamento della sentenza in sede di legittimità; al suo posto, i giudici hanno ormai appreso a esplicitare l’avvenuto raggiungimento, appunto, della “certezza processuale” – o, con formula equivalente, dell’“elevato grado di credibilità razionale”²² – relativa a tale efficace salvifica, in esito a un’attenta considerazione di tutte le circostanze del caso concreto.

Ma di un mero *escamotage* retorico si tratta, e nulla più. Si pensi a un caso recentissimo, espressivo però di un indirizzo assolutamente costante nella giurisprudenza di legittimità²³. La Cassazione conferma una sentenza che aveva condannato un ginecologo in relazione alla morte di una bimba, deceduta cinque mesi dopo la nascita a causa dei danni cerebrali conseguenti ad una asfissia *intra partum*, addebitata al medico il quale “non operava un costante monitoraggio [della partoriente]... né predisponeva ed eseguiva un intervento di parto cesareo che, se eseguito, avrebbe evitato l’asfissia *intra partum* ed il conseguente decesso della bambina”. Più in particolare, come risulta dalla

21. § 8 della motivazione.

22. Parimenti utilizzata in *Franzese*, §§ 8 e 9.

23. Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013 (dep. 11 marzo 2013), n. 11493, Pres. Marzano, Est. Piccialli, Imp. Pagano, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

motivazione della sentenza della S.C., il tracciato eseguito alle 7,00 del mattino “doveva ritenersi chiaramente patologico, emergendo una riduzione di variabilità basale prolungata e la comparsa di decelerazioni tardive, che i consulenti della parte civile definivano ‘patterns cardiocografici’, associati ad un rapido sviluppo di ipossia fetale con acidosi”. Tale evidenze avrebbero, secondo la valutazione dei giudici di merito condivisa dalla Cassazione, imposto *a questo punto* l’immediata esecuzione di un intervento di parto cesareo. Il parto avvenne invece con modalità naturali, seppur per effetto di induzione farmacologica, soltanto alle ore 7,55, quando la bimba presentava ormai gravi sintomi di anossia, responsabile dei danni cerebrali che la condussero mesi dopo alla morte.

Ora: il principale profilo di *colpa* individuato dalla Cassazione consiste, come risulta dal passo che precede, nel *non avere sottoposto la donna a parto cesareo immediatamente dopo il tracciato delle ore 7,00*, il primo ad apparire chiaramente “patologico”. Ma come risponde la S.C. alla censura – ritualmente proposta dall’imputato – relativa all’assenza di prova circa il *nesso causale* tra questa omissione e l’evento (l’anossia) dal quale scaturì la catena causale che condusse la vittima alla morte? La sentenza si limita qui – in non più di *quattro righe*, in una sentenza lunga dieci pagine – ad affermare che la statuizione dei giudici di merito è immune da censure, alla luce della “positiva dimostrazione della colpa in cui [l’imputato] era incorso, omettendo di sottoporre la paziente ad un costante monitoraggio e di predisporre ed eseguire l’intervento di parto cesareo che, se eseguito, con elevato grado di credibilità razionale avrebbe evitato l’asfissia e il conseguente decesso della bambina”.

Come i giudici di merito siano pervenuti, però, a una simile conclusione – ritenuta congruamente motivata dalla Cassazione – è del tutto oscuro. Saranno stati davvero il consulente della pubblica accusa e quello della parte civile in grado di dimostrare, oltre ogni ragionevole dubbio, la *sicura efficacia impeditiva dell’anossia* di un parto cesareo che sarebbe dovuto avvenire subito dopo il tracciato delle ore 7,00 (e dunque, poniamo, tenendo conto dei tempi tecnici necessari per preparare l’intervento, *alle 7,15*), quando sappiamo che *alle 7,55* la bimba era già stata interessata dall’imponente anossia che ne determinò qualche mese più tardi il decesso? Risulta, in particolare, davvero così implausibile l’ipotesi che l’anossia e i conseguenti danni cerebrali si fossero verificati *già alle 7,00*, e cioè al momento dell’ultimo tracciato, che evidenziava in effetti gravi sofferenze fetali, o che comunque *si fossero compiutamente verificati alle 7,15*, momento in cui si sarebbe potuto tecnicamente effettuare il parto cesareo, sì da rendere anche questo intervento ormai *inidoneo a impedire l’evento*?

Del tutto verosimilmente, ciò che i consulenti tecnici avranno potuto dire nel caso di specie è che, in presenza di un tracciato “patologico” – e quindi *già* denunziante una situazione di sofferenza fetale – la buona pratica ostetrica consiglia di intervenire *immediatamente* con un parto cesareo, per *contenere il rischio di un’anossia* con ogni probabilità già in atto; sicché l’imputato aveva errato nel persistere nella via del parto naturale, *sottraendo così al feto preziose chances di salvezza*. Dubito però fortemente che, di fronte alla domanda “il rischio di un’anossia del feto sarebbe stato *azzerato*, se il medico fosse intervenuto con un parto cesareo alle 7,15?”, i consulenti dell’accusa e della parte civile avrebbero potuto rispondere senza tentennamenti in senso affermativo, senza abdicare alla loro coscienza di esperti di una scienza per definizione *non esatta* come la medicina. Né si vede come a tale (congenita) incertezza della scienza medica possa supplire il giudice attraverso lo strumento della “certezza processuale”, o della “elevata credibilità razionale” evocata dalla S.C.²⁴.

24. Proprio alla luce di queste considerazioni, si è recentemente – e condivisibilmente – sottolineata l’*impraticabilità* del paradigma condizionalistico (*id est*, della necessità di dimostrazione in sede processuale della *certezza* dell’efficacia salvifica della condotta doverosa omessa) nell’ambito della responsabilità omissiva nell’ambito medico (BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 308): i limiti della scienza medica, semplicemente, non consentono di formulare previsioni in termini di certezza sulle reazioni di un determinato paziente ad alcuna terapia – foss’anche una terapia che è *in generale* assai efficace in presenza di processi patologici corrispondenti a quelli che interessano quel singolo paziente.

b) La mia personale opinione è che casi come quello ora evocato *meritino in effetti una condanna*, beninteso laddove risulti con evidenza la colpa del medico: il quale ha recato *davvero* un importante *pregiudizio* al paziente, *omettendo di intervenire in maniera tale da ridurre* – magari in maniera assai significativa – *le sue probabilità di subire gravi danni alla salute, o addirittura la morte*, secondo le indicazioni della scienza medica. Ma al risultato di una condanna si dovrebbe a mio avviso pervenire in esito a un percorso argomentativo *trasparente*, che affronti di petto il nodo problematico della causalità omissiva, e non attraverso semplici *escamotages* retorici che nemmeno danno conto dell'*esistenza* del problema, non differenziando tra l'imputazione dell'evento ai sensi, rispettivamente, del *primo* e del *secondo* comma dell'art. 40 c.p.

Ho già espresso la mia tesi in proposito in un articolato contributo pubblicato qualche anno fa sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, al quale qui non posso che rinviare per ogni dettaglio²⁵, limitandomi a riproporre l'ossatura essenziale dell'argomentazione in quella sede sviluppata.

La tesi muove dalla constatazione che l'art. 40 co. 2 c.p. non richieda affatto al giudice di accertare una "causalità" tra omissione ed evento: una causalità che è anzi *in rerum natura* inesistente, giacché *ex nihilo nihil fit*. Piuttosto, la norma stabilisce una mera *equivalenza normativa* tra la causalità reale (cui si riferisce il primo comma) e l'*omesso impedimento di un evento* che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, fissando così una regola di *imputazione giuridica* di un evento²⁶ a un soggetto che, per definizione, *non lo ha causato*.

L'accertamento dell'elemento *materiale* della responsabilità *ex art. 40 co. 2 c.p.* si esaurisce dunque tutto nell'accertamento della verifica (e dunque, per ciò stesso, del suo *mancato impedimento*) dell'*evento* tipico, e della sussistenza di un *obbligo impeditivo* (o di una 'posizione di garanzia', secondo la formula corrente nella manualistica) a carico del soggetto cui tale evento viene imputato²⁷. La questione relativa all'*efficacia salvifica* della condotta omessa dovrà invece porsi nel quadro del giudizio sulla *colpa* del soggetto, e più in particolare nel quadro del giudizio sul 'secondo nesso tra colpa ed evento', o della 'causalità della colpa': giudizio che consiste, come è noto, nella verifica *su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse conformato la propria condotta alla diligenza doverosa nella situazione concreta*. Una valutazione che, vale la pena incidentalmente di notare, coincide *esattamente* con quella che si dovrebbe effettuare per accertare la "causalità" tra omissione ed evento, secondo l'insegnamento della manualistica corrente²⁸.

Questa ricollocazione del giudizio sull'*efficacia salvifica* della condotta doverosa omessa (esclusivamente) nell'ambito del giudizio sulla colpa non è, d'altra parte, uno sterile spostamento dei mobili nella stanza, ma è a mio avviso *gravido di conseguenze pratiche*. Se la maggioranza delle norme cautelari – e certamente della stragrande maggioranza di quelle che regolano l'arte medica – ha la funzione *non* di *neutralizzare* i rischi di verifica di eventi lesivi, ma semplicemente quella di *ridurre* tali rischi, allora mi pare del tutto coerente *consentire l'imputazione per colpa di un evento* allorché il soggetto abbia *omesso di ridurre il rischio nella misura imposta dalle norme cautelari* pertinenti, si da evitare l'incongruenza di lasciare ad es. impunito il medico che – in violazione di tali norme cautelari! – abbia *certamente sottratto importanti chances di salvezza ad un paziente*, soltanto perché non è possibile affermare che il compimento

25. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1679 ss. A conclusioni sovrapponibili – anche se in esito a un percorso argomentativo non del tutto coincidente – giunge anche BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pp. 19 ss. e 305 ss.

26. Così anche FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 126 s.

27. Così, acutamente, anche ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, p. 1282 s.

28. Così, con particolare chiarezza, VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in DONINI-ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, 2013, p. 288: "in ipotesi di condotta omissiva, il problema della 'causalità della colpa' altro non è che il problema della 'causalità dell'omissione', ossia della struttura dell'equivalente normativo del nesso causale nei reati omissivi impropri, in base al parametro legale offerto dall'art. 40 cpv. e dei principi costituzionali di riferimento che debbono orientare l'interpretazione".

dell'azione doverosa avrebbe *certamente* impedito il verificarsi dell'evento letale²⁹.

Sono ben consapevole, intendiamoci, del retrogusto provocatorio di questa tesi, che sembra andare in senso diametralmente contrario alle affermazioni contenute nella sentenza che stiamo ora celebrando – per di più pressoché unanimemente condivise dalla dottrina italiana –, relative al rigetto del paradigma dell'aumento del rischio nell'accertamento del nesso causale. Ma quelle – a mio avviso condivisibilissime – affermazioni, come confido di avere dimostrato, erano in realtà calibrate sull'ipotesi di responsabilità *commissiva*, l'intero impianto argomentativo della sentenza *Franzese* risultando in effetti comprensibile – e ineccepibile – soltanto con riferimento a *questa* forma di responsabilità³⁰. *Sul tema della responsabilità per omesso impedimento dell'evento manca invece a tutt'oggi una pronuncia paragonabile a Franzese*, così come manca ancora – purtroppo – un patrimonio di riflessione dottrinale che muova, anzitutto, dal corretto *riconoscimento* delle specificità della tematica; con conseguente *carte blanche* per la giurisprudenza di merito, che continua disinvoltamente a condannare in relazione alla mera sottrazione di *chances* di salvezza della vittima *senza però dirlo espressamente*, e manifestando anzi a parole il più deferente ossequio a uno schema argomentativo di impossibile utilizzazione nell'ambito della responsabilità omissiva.

La mia tesi, allora, potrà certamente non essere condivisa³¹; ma rappresenta, almeno, un tentativo di fare i conti senza infingimenti con una questione a ben guardare ancora interamente sul tappeto, che prima o poi dovrà essere affrontata dalla giurisprudenza di legittimità: speriamo con la stessa lucidità, e profondità di pensiero, con la quale si è espressa in *Franzese*.

3.3

NESSO CAUSALE E RESPONSABILITÀ DA ESPOSIZIONE A SOSTANZE TOSSICHE: I PROBLEMI FONDAMENTALI ANCORA SUL TAPPETO

Una seconda questione ancora sul tappeto emerge invece sempre più chiaramente dalla giurisprudenza, anche di legittimità; e concerne l'accertamento della causalità nei processi per esposizione a sostanze tossiche – amianto, CVM, etc. – utilizzate nell'ambito di processi produttivi.

Una dose considerevole di incertezze nasce, anzitutto, dalla qualificazione come *attiva* od *omissiva* della condotta addebitata in questi casi al responsabile, o ai responsabili, dell'impresa che gestisce il processo produttivo³². Esplicito qui, *in limine*, la mia opzione

29. Il punto è sottolineato con particolare efficacia anche da BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 311 ss.: "l'ordinamento impone ai propri consociati di intervenire per impedire la lesione di beni giuridici non solo quando l'esito sia certo, ma anche in tutte le situazioni in cui vi sia una importante probabilità di successo", come paradigmaticamente avviene nei casi di azione medica doverosa – il cui successo non è pressoché *mai* certo. Sicché l'evento lesivo dovrà e potrà imputarsi al garante in esito ad una "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". In questi casi, invero, le *chances* di salvezza del bene coincidono con "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*".

30. Costituisce pertanto un'ironia della sorte che questi fondamentali principi siano stati affermati in riferimento a un caso di specie, i cui connotati erano prevalentemente (anche se non univocamente) ricostruibili in chiave di responsabilità omissiva: a un caso di specie, dunque, in cui il raffinato impianto argomentativo elaborato dalla sentenza risultava in effetti inapplicabile, per le ragioni sin qui sviluppate.

31. Ed è, in effetti, stata anche aspramente criticata dai pochi autori che, sinora, ne hanno dato conto: cfr. in particolare DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, 2010, p. 689, nota 160, ove l'autore bolla senza mezzi termini la mia tesi come "palesamente *contra legem*" (senza peraltro peritarsi di indicare *con quale norma la tesi contrasti*: certo non con l'art. 40 co. 2 c.p., che si limita a stabilire un'*equivalenza* – normativa – tra la "causazione" dell'evento, disciplinata dal primo comma, e l'"omesso impedimento dello stesso" da parte di un soggetto che era obbligato ad impedirlo, senza richiedere né poter richiedere un – inesistente – nesso causale tra un *nulla* come il *non facere* e l'evento non impedito). In senso critico rispetto alla tesi da me sostenuta, cfr. anche – da ultimo – VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., p. 299 ss.

32. Nei processi per esposizione a sostanze tossiche la giurisprudenza di legittimità oscilla tra un orientamento – tradizionale e tuttora prevalente – che qualifica come *omissiva* la condotta dei soggetti garanti della salute nell'impresa, valorizzandone la componente rappresentata dall'*omessa adozione delle misure doverose* (cfr., tra le più recenti, Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, Pres. Brusco, Est. Grasso, imp. Ramacciotti e altri; 22 marzo 2012, n. 24997, Pres. Brusco, Est. Massafra, imp. Pittarello, CED 253303; 21 dicembre 2011, n. 11197, Pres. Sirena, Est. Izzo, imp. Chino, CED 252153); ed un altro filone – emerso di recente ed al momento minoritario – che invece assegna alla medesima condotta natura *commissiva*, sottolineando come, *a monte della componente omissiva*, vi siano comunque *scelte positive di politica aziendale*, quali l'adozione di una certa produzione e l'adibizione dei lavoratori a mansioni potenzialmente pericolose (cfr., in particolare, Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2012, n. 41184, Pres. Marzano, Est. Dovere, imp. Costa e altri; 17 settembre 2010, n. 43786, Pres. Marzano, Est. Blaiotta, imp. Cozzini e altri; 17 maggio 2006, n. 4675, Pres. Coco, Est. Brusco, imp. Bartalini e altri). A quest'ultimo orientamento aderisce con decisione la dottrina che con maggiore attenzione ha studiato il tema in esame (cfr. il fondamentale contributo di DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss., sul punto ripreso da MASERA, *Il modello causale delle*

classificatoria, secondo cui in queste ipotesi l'imputazione ha schietta natura *commissiva*: l'addebito è qui, infatti, di avere *esposto* lavoratori o terzi, attraverso l'organizzazione del processo produttivo, a un *fattore di rischio* (il contatto con la sostanza tossica) al quale essi non erano precedentemente esposti, e avere così *innescato* i decorsi causali che non si sarebbero prodotti senza quel processo produttivo. L'accertamento può (e deve), pertanto, tranquillamente seguire le cadenze disegnate in *Franzese*: il giudice dovrà verificare, in primo luogo, se l'ipotesi accusatoria, fondata su leggi scientifiche che asseriscono *regolarità statistiche* tra l'esposizione al fattore tossico in questione e l'insorgenza di determinate patologie, normalmente tumorali, possa o meno essere *falsificata da possibili spiegazioni alternative* degli eventi patologici occorsi alle persone offese, alle quali la condotta dell'imputato sia rimasta estranea. Dopodiché si porrà l'*ulteriore* problema di stabilire se le *cautele* esigibili dall'imputato fossero idonee ad eliminare, o quanto meno a ridurre, il rischio di innesco di quelle patologie (e dunque di stabilire che cosa sarebbe accaduto se l'imputato avesse adottato le cautele che, nella realtà, ha *omesso* di adottare); ma questo giudizio – che presuppone pur sempre una risposta affermativa alla domanda circa la sussistenza di un nesso causale tra l'esposizione al fattore tossico e la patologia – appartiene ad un momento logicamente successivo del processo ascrittivo della responsabilità, e segnatamente alla categoria della *colpa, sub specie* di 'secondo nesso tra colpa ed evento' o di 'causalità della colpa'. E la colpa, si sa, ha sempre una componente omissiva, anche quando l'addebito concerne una condotta strutturalmente commissiva (chi ha investito un pedone passando con il rosso ha certamente *causato* la morte di quel pedone ai sensi dell'art. 40 co. 1 c.p., ma anche *omesso* di adempiere alla norma cautelare che gli imponeva, appunto, di fermarsi al rosso).

Ciò premesso, ben noti sono i problemi che già l'accertamento causale solleva in questo tipo di processi, almeno sotto un duplice profilo³³.

Il primo profilo concerne le ipotesi di patologie *multifattoriali*, come la gran parte dei tumori, che sono riconducibili a una pluralità di possibili fattori causali. L'ipotesi esplicativa per cui la persona offesa A ha contratto un tumore al polmone perché esposta ad amianto nel processo produttivo gestito dall'imputato B – ipotesi che può far leva su affidabili leggi scientifiche di natura epidemiologica, che asseriscono un aumento anche drammatico dell'incidenza di una simile patologia nelle popolazioni esposte ad amianto rispetto a quella che si riscontra in popolazioni non esposte – può tuttavia essere agevolmente falsificata laddove si dimostri che A era esposto anche ad *altri fattori di rischio*, essendo ad es. fumatore (ed essendo scientificamente consolidata un'altra legge scientifica che asserisce regolarità causali tra il fumo e il tumore al polmone). Di talché risulterà impossibile difficile provare *al di là di ogni ragionevole dubbio* che l'evento concreto *non si sia verificato per effetto di un fattore* – il fumo – al quale l'imputato era estraneo: la spiegazione causale alternativa fornita dalla difesa non risulterebbe qui affatto implausibile, ed è tale anzi da gettare un *dubbio ragionevole* sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria.

Il secondo profilo concerne anche le ipotesi in cui si discuta di patologie ad eziologia sostanzialmente *monofattoriale*, come l'asbestosi ed il mesotelioma rispetto all'amianto, o l'angiosarcoma con riguardo all'esposizione al cloruro di vinile monomero (CVM): patologie che la letteratura scientifica connette pressoché invariabilmente all'esposizione

Sezioni Unite, cit., 500). La tesi ruota attorno ad un argomento di fondo – ossia la necessità di tenere distinte le autentiche condotte omissive dalle condotte commissive colpose – che a ben vedere si ritrova anche nella stessa sentenza *Franzese*, laddove si osserva (§ 5) che «la giurisprudenza spesso confonde la componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari, attinente ai profili della colpa del garante, rispetto all'ambito – invero prioritario – della spiegazione e dell'imputazione causale»: sicché spesso si assiste alla qualificazione come omissive di vere e proprie «condotte commissive colpose, connotate da gravi errori di diagnosi e terapia, produttive di per sé dell'evento lesivo, che è per ciò sicuramente attribuibile al soggetto come fatto proprio».

33. Per una più ampia analisi di entrambi questi profili, cui si rinvia anche per i ricchi e aggiornati rif. bibl. e giur., cfr. ZIRULIA, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 485 ss. Su questi temi, cfr. anche l'ampia analisi di BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2011, nonché ancora BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 442 ss., cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali.

a quei fattori tossici, essendo rarissimi i casi in cui esse si presentano su individui che apparentemente non siano mai stati esposti agli stessi. Poiché, peraltro, entrambe le patologie sono caratterizzate da lunghi tempi di latenza, e poiché le esposizioni si estendono spesso nell'arco temporale di interi decenni, a volte per l'intera vita lavorativa del soggetto, quasi invariabilmente sorge il problema di individuare, tra tutti coloro che si sono *succeduti nella gestione dell'impresa* in quell'arco temporale, il soggetto o i soggetti cui si debba attribuire l'esposizione che abbia, in concreto, *innescato il processo patologico*, non essendovi normalmente alcun criterio per determinare *quando* – nell'ambito di un'esposizione prolungata – ciò sia avvenuto.

Come è altrettanto noto, la giurisprudenza tenta di superare entrambe queste difficoltà attraverso il ricorso alla categoria delle *concause*, così come disciplinate dall'art. 41 (primo e terzo comma) c.p. L'asserzione che invariabilmente si incontra nelle sentenze di condanna è, con riguardo alle patologie multifattoriali, che l'esposizione all'agente tossico addebitata all'imputato ha *quanto meno interagito* con i fattori causali ulteriori e indipendenti dalla sua condotta (come l'abitudine al fumo della persona offesa), *accorciando i tempi di latenza* e la stessa *virulenza della patologia*, così da *incidere sulla stessa fisionomia dell'evento*, *hic et nunc* considerato. Analogamente, per ciò che concerne l'ipotesi della successione di più soggetti nella gestione dell'impresa, la giurisprudenza è solita affermare che, anche ipotizzando che l'azione patogenetica si sia verificata nella prima fase dell'esposizione in cui era in carica il soggetto A, *l'esposizione successiva* – addebitabile ai soggetti B e poi C – ha comunque *interagito* con quella precedente, *aggravandone gli effetti* sulla patologia in ipotesi già 'innescata', anche qui accorciandone i tempi di latenza ed aggravandone la virulenza. L'idea è, dunque, che le *spiegazioni causali alternative* dell'evento proposte dalla difesa non siano qui propriamente tali ma, piuttosto, mere *concause* dell'evento; e che l'esposizione alla sostanza tossica addebitata all'imputato non possa essere mentalmente eliminata senza che l'evento concreto (*quella* concreta patologia, manifestatasi il giorno X e sfociata nella morte del paziente il giorno Y) venga meno.

Un simile assunto sta e cade, però, *a)* con la possibilità di dimostrare, sul piano processuale, l'esistenza di affidabili e condivise *leggi scientifiche* in grado di supportare l'assunto della *interazione* tra esposizione al fattore tossico addebitato all'imputato e il fattore patogenetico cui la vittima era già di suo esposta, ovvero (nel caso di successione di più gestori) tra la prima esposizione e quelle successive, nonché *b)* con la *ulteriore* verifica che, nel caso concreto, i due fattori in considerazione abbiano *realmente interagito nel singolo caso*, accorciando i tempi di latenza o aggravando la malattia rispetto a quanto sarebbe accaduto ove la vittima non fosse stata esposta al fattore tossico addebitato all'imputato. Tali verifiche sono per lo più oggetto di sbrigativa attenzione da parte della giurisprudenza, di merito e – purtroppo – anche di legittimità, come puntualmente denunciato da una importante pronuncia della stessa S.C. di qualche anno fa, *Cozzini*, che pervenne conseguentemente all'annullamento di una sentenza di merito in cui entrambe queste verifiche non erano state effettuate con il dovuto approfondimento³⁴.

34. Cass., sez. IV pen. 17 settembre 2010, n. 43786 imp. Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 ss. con nota di BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, nonché in *Dir. pen. cont.*, 11 gennaio 2011, con nota di ZIRULIA, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione alle morti derivate da mesotelioma pleurico*. I principi ai quali i giudici del rinvio si sarebbero dovuti attenere (se non fosse intervenuta, nel frattempo, la prescrizione dei reati: cfr. Corte d'Appello di Trento, sent. 12 aprile 2012, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2012) sono così enucleati nella sentenza *Cozzini*:

«1. Se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico.

2. Nell'affermativa, occorrerà determinare se si sia in presenza di legge universale o solo probabilistica in senso statistico.

3. Nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali.

4. Infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione [...] si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescamento del processo carcinogenetico».

In pressoché tutti i processi per esposizione a sostanze tossiche si assiste, non a caso, ad aspri scontri tra i consulenti dell'accusa e quelli della difesa già sulla esistenza di leggi scientifiche in base alle quali possa affermarsi che l'esposizione, ad es., ad amianto interagisca con il fumo di sigaretta, aumentando ulteriormente le probabilità per il soggetto esposto di contrarre tumore al polmone ovvero di rendere in concreto ancora più grave questa patologia; così come infuocato è, in genere, il dibattito sulla rilevanza causale (o almeno con-causale) delle *dosi successive* a quella che in ipotesi ha innescato il processo patogenetico, da parte dei consulenti della difesa sostenendosi in genere la tesi della c.d. *trigger dose*, secondo la quale una volta innescato tale processo le dosi successive sarebbero del tutto ininfluenti sul concreto decorso causale.

La giurisprudenza di merito tende in genere, in questi casi, a sposare la tesi dei consulenti dell'accusa, e quella di legittimità ad avallare sistematicamente tale opzione, a parte pochissime eccezioni (come la citata sentenza *Cozzini*); così convogliandosi nella prassi il distorto convincimento che l'*affidabilità delle leggi* scientifiche dalle quali si trae la tesi dell'effetto *sinergico*, e dunque necessariamente *concausale*, del fattore tossico addebitato all'imputato sia stata essa stessa *confermata dalla Cassazione*, come se si trattasse di una *questione di diritto* anziché – come evidentemente essa è – di una questione *di fatto*, rimessa come tale all'apprezzamento del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della logicità della motivazione³⁵.

Il compito del giudice di merito dovrebbe essere, invece, quello di interpretare sino in fondo il proprio ruolo di *peritus peritorum*, mettendo a frutto – ancora una volta – i più preziosi insegnamenti della stessa sentenza *Franzese* che concernono proprio, lo dicevo poc'anzi, la logica e la dinamica dell'accertamento processuale: il giudice dovrà non solo valutare l'*attendibilità scientifica della tesi proposta dalla pubblica accusa attraverso i suoi consulenti*, ma anche confrontarsi con la *plausibilità scientifica della tesi alternativa proposta dai consulenti della difesa*, vagliando il grado di consenso in seno alla comunità scientifica che assiste l'una e l'altra ipotesi, l'assenza di condizionamenti scientifici dei consulenti³⁶, la reale capacità esplicativa delle ipotesi alternative rispetto alle evidenze processuali, etc.; e potrà pervenire a una pronuncia di condanna soltanto allorché sia in grado di dimostrare, nella motivazione della sentenza, che la seconda tesi sia *manifestamente infondata*. Lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio non consentirà, insomma, al giudice di scegliere l'ipotesi di spiegazione scientifica (quella che affermi o quella che neghi l'efficacia sinergica delle dosi successive, o del fattore alternativo a quello ascritto all'imputato) che gli appaia meramente *più convincente*; ma gli imporrà di *assolvere* l'imputato allorché non riesca a dimostrare che l'ipotesi scientifica sostenuta dai consulenti della difesa è tanto implausibile da dover essere considerata, a ben guardare, espressione di *junk science*, scienza spazzatura: inidonea, cioè, a gettare alcun ragionevole dubbio sull'ipotesi esplicativa sostenuta dall'accusa³⁷.

35. Così ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 494 s.

36. Il punto è specialmente sottolineato dalla sentenza *Cozzini*: « dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. È ovvio che, in tema di amianto, un conto è un'indagine condotta da un organismo pubblico, istituzionale, realmente indipendente; ed altra cosa è un'indagine commissionata o gestita da soggetti coinvolti nelle dispute giuridiche. D'altra parte, in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso».

37. Sostanzialmente nello stesso senso anche BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 173 ss.: una sentenza di condanna non può fondarsi su una legge scientifica oggettivamente controversa; se risulta che entrambe le leggi scientifiche (e le spiegazioni) proposte rispettivamente dall'accusa e dalla difesa siano plausibili, non potrà ritenersi superata la soglia del ragionevole dubbio, senza che il giudice possa optare, anche motivatamente per una delle soluzioni proposte. Lo stesso autore critica, tuttavia, poco più innanzi l'affermazione della sentenza *Cozzini* secondo cui il giudice sarebbe tenuto a conformarsi alle sole leggi scientifiche assistite da "comune accettazione nella comunità scientifica", senza potere dunque basare il proprio convincimento (e in particolare una sentenza di condanna) su leggi ancora sprovviste di generale accettazione, nemmeno allorché tale convincimento sia supportato dal perito. A me pare, invece, che una retta applicazione dei principi enunciati in *Franzese* imponga, per l'appunto, il *self-restraint* giudiziale indicato in *Cozzini*: la mancanza di "comune accettazione nella comunità scientifica" e, dunque, l'esistenza di contrasti (contrastati seri, beninteso, non già artificialmente rappresentati dalle difese) nella comunità scientifica medesima, radica necessariamente un "ragionevole dubbio" sulla cogenza della spiegazione della pubblica accusa,

Un compito, se preso sul serio, estremamente impegnativo, al quale invece altre e più recenti sentenze della S.C. sembrano invece non dare il giusto peso, confermando pronunce di condanna nelle quali queste analisi non sembrano essere state effettuate con la dovuta attenzione³⁸.

3.4

(SEGUE): E QUALCHE CENNO
A POSSIBILI VIE D'USCITA
ALTERNATIVE

Sono prospettabili vie d'uscita, o – secondo i punti di vista – vie di fuga da questa *impasse*?

a) Una prima soluzione sulla quale vale la pena di spendere qualche riflessione è quella che sta sperimentando, a quanto pare, un imponente successo nella prassi delle procure, e che comincia ad avere i primi riscontri positivi nella giurisprudenza di merito: quella, cioè, di contestare ai responsabili di processi produttivi coinvolgenti sostanze tossiche non più – o non soltanto – i reati di *omicidio e lesioni personali* a danno di tutti coloro che hanno contratto malattie correlabili a quelle sostanze, ma anche (o addirittura in via esclusiva) *reati contro l'incolumità pubblica*³⁹. Due, in particolare, le norme più utilizzate nelle contestazioni: il delitto c.d. di *disastro innominato*, previsto in via alternativa dall'art. 434 c.p. (che incrimina al primo comma, come è noto, ogni “fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione ovvero un altro disastro”, e che prevede al secondo comma un inasprimento di pena “se il crollo o il disastro avviene”); e il delitto di *rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro* di cui all'art. 437 c.p., il cui secondo comma prevede una pena più grave “se dal fatto deriva un *disastro* o un *infortunio*”.

La strategia perseguita dalle pubbliche accuse è trasparente: la contestazione di questi reati è funzionale, nella loro ottica, a evitare le secche dell'accertamento del nesso causale rispetto a *ogni singolo evento patologico* occorso alle persone offese, che porrebbe inevitabilmente (in sede di valutazione della cartella clinica di ciascuna di esse) i problemi sui quali ci siamo appena soffermati – tanto con riferimento alle patologie monofattoriali, quanto a quelle plurifattoriali –. Alla base della strategia in parola sta invece l'assunto che, ai fini di una condanna per questi reati, sarebbero sufficienti *evidenze di natura epidemiologica*, attestanti significativi *eccessi* nell'incidenza di determinate patologie nella popolazione esposta ai fattori tossici riconducibili all'attività produttiva gestita dagli imputati, rispetto all'incidenza che ci si potrebbe attendere in una popolazione di soggetti non esposti⁴⁰.

Numerosi sono, però, gli interrogativi che devono ancora trovare una soddisfacente risposta su una simile impostazione.

e impone un esito assolutorio ai sensi dell'art. 533 c.p.p., qualunque sia l'opinione in proposito del perito: il quale, come ben sottolinea la sentenza *Cozzini*, non rappresenta che “una voce che, sebbene qualificata, esprime un punto di vista personale, scientificamente accreditato ma personale”. Che tutto ciò implichi un ritorno ai principi espressi nella sentenza *Frye* della Corte Suprema USA, rispetto alla posizione più lassa espressa dalla medesima Corte in *Daubert* (così Brusco, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 177), è certamente vero: ma il dibattito italiano sviluppatosi su queste due importanti sentenze ha completamente trascurato di considerare la circostanza che *Daubert* riguardava un caso di responsabilità *civile*: e dunque un caso nel quale la decisione deve essere assunta sulla base dello *standard* della *balance of probabilities*, non già di quello del *beyond any reasonable doubt*, caratteristico del giudizio penale.

38. Il riferimento è, in particolare, a Cass. pen., sez. IV, ud. 24 maggio 2012, dep. 27 agosto 2012, n. 33311, Pres. Brusco, Est. Grasso, sulla quale cfr. le perspicue osservazioni di ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle “morti da amianto”*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2011.

39. Su questa strategia, si vedano l'ampio studio di BELL, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, in *Il libro dell'anno 2013 Treccani*, 2013, p. 165 ss, nonché ancora ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 488 ss. Più sinteticamente, cfr. anche MASERA, *La malattia professionale e il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2011, p. 16 ss.

40. La tesi è stata recentemente accolta, benché ai soli fini della decisione sull'ammissione della prova testimoniale, dal Tribunale di Torino nel caso *Eternit*, laddove i giudici hanno affermato che non è ammissibile la richiesta di sentire come testimoni tutte le persone offese indicate nel capo d'imputazione, posto che per l'accertamento dei reati contestati, anche nella loro forma aggravata, non è necessaria la prova della derivazione causale della singola forma patologica, ma è sufficiente la prova di una correlazione epidemiologica tra l'esposizione alla sostanza e le patologie insorte nelle persone offese (cfr. Trib. Torino, ord. 12 aprile 2010, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2010). La successiva sentenza di condanna degli imputati (Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Pres. Casalbore, imp. Schmidheiny e altro, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2012) non ha invece richiamato espressamente la tesi in esame, ma ad essa appare evidentemente ispirata nelle sue cadenze di fondo relative alla prova del nesso causale.

Per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 434 c.p., anzitutto, l'impostazione in parola fa leva sulla latitudine semantica – e anzi sulla vaghezza – del concetto di “altro disastro”, qui dilatato sino a comprendere (secondo la tesi formulata dal Tribunale di Torino nel caso *Eternit*) la situazione risultante dalla *diffusione della sostanza tossica* (nel caso di specie all'attenzione dei giudici torinesi: le fibre di amianto) *nell'ambiente circostante* lo stabilimento nel quale la sostanza era utilizzata, con conseguente *pericolo per la pubblica incolumità* (*id est*, pericolo per la salute e la vita della popolazione circostante), attestata appunto dai dati epidemiologici disponibili che evidenziano un eccesso di patologie rispetto ai livelli attesi in popolazioni non esposte.

Vi sono però quanto meno *due difficoltà* nel ricondurre questa tipologia di fatti concreti allo schema legale di cui all'art. 434 c.p.

La prima attiene proprio al *requisito oggettivo* del “disastro”, che è di solito identificato in un “*evento distruttivo* (almeno per le cose), dal quale scaturisce un pericolo per la pubblica incolumità”. E' certo, in effetti, che il “disastro” non può identificarsi *tout court* con una *situazione pericolosa* per la pubblica incolumità (e cioè per la salute e la vita di una pluralità indeterminata di persone), pena l'indistinguibilità del “disastro” dal “pericolo di disastro”, che pure il sistema codicistico tiene ben distinti (nello stesso art. 434 c.p., ad es., ma anche nelle corrispondenti fattispecie colpose: l'art. 449 c.p. incrimina la causazione colposa di un “disastro”, e l'art. 450 c.p. la causazione colposa di un “pericolo di disastro”). Proprio per questo la dottrina⁴¹ – ma anche la giurisprudenza, avallata da una importante pronuncia della Corte costituzionale⁴² – da sempre insistono su una nozione, per così dire, ‘bifasica’ del disastro, modellata per analogia dai disastri ‘tipici’, o ‘nominati’ (incendio, naufragio, disastro ferroviario, etc.): una nozione imperniata *a)* su un *evento distruttivo* (e dunque necessariamente *dannoso*, almeno per le cose), dal quale scaturisca altresì *b)* una situazione di *pericolo* per la vita e l'incolumità di una pluralità di persone, pericolo *quest'ultimo* che non deve necessariamente tramutarsi anche in danno. Evidente però, nel nostro caso, la difficoltà di ravvisare l'estremo *sub a)* del disastro: quale sarebbe qui l'evento ‘distruttivo’ da cui deriverebbe il requisito *sub b)*, e cioè il pericolo per la pubblica incolumità?

Una recente e acuta dottrina, proprio in sede di commento della sentenza *Eternit*, ha sostenuto la correttezza dell'opzione ermeneutica fatta propria dal Tribunale, evidenziando come la nozione di disastro – così come autorevolmente ricostruita dalla stessa Corte costituzionale – non richiederebbe necessariamente un evento ‘violento’, ‘puntuale’, come uno scontro tra veicoli, la caduta di un aereo, lo scoppio di un impianto, e simili; ma risulterebbe compatibile anche con un *processo prolungato nel tempo*, che tuttavia *produca danni alle persone* (le *patologie già prodottesi* nella popolazione circostante), creando l'*ulteriore* pericolo di *nuovi e futuri danni alla salute e alla vita* delle persone esposte e non ancora interessate da alcuna patologia⁴³. In questa chiave, il dato rilevante sarebbe pur sempre quello epidemiologico, che attesta un *effettivo aumento* delle patologie nella popolazione circostante rispetto ai dati attesi in una popolazione non esposta; di talché l'elemento del *danno* che deve necessariamente connotare il ‘disastro’ (come contrapposto al mero ‘pericolo di disastro’) starebbe appunto nell'*eccesso di mortalità* effettivamente riscontrato nella popolazione circostante, nella misura in cui tale eccesso possa essere attribuito proprio al fattore tossico di cui si discute e non a fattori alternativi non ascrivibili all'imputato.

41. Cfr., per tutti, CORBETTA, *Il crollo di costruzioni o altri disastri dolosi e colposi*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale-Parte Speciale*, vol. II, tomo I, Cedam, 2003, 628 ss.

42. C. Cost., sent. n. 327 del 2008, secondo la quale i tratti qualificanti del disastro si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo: «Da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi. Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare – in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la pubblica incolumità) – un pericolo per la vita o l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti».

43. ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., 498. Nello stesso senso, in precedenza, RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2011, p. 180 ss.

Anche laddove si concordasse con questo argomento, tuttavia, non vedo come si possa superare l'ulteriore difficoltà posta dal peculiare atteggiarsi dell'*elemento soggettivo* previsto dall'art. 434 c.p.: che si atpeggia inequivocabilmente, nel primo comma, come *dolo specifico* (richiedendo la norma un "fatto diretto a cagionare" il disastro); dolo che diviene nell'economia del secondo comma, caratterizzato dall'*effettiva verifica* del disastro, un *dolo intenzionale*, integrato dalla direzionalità della condotta a realizzare il disastro, che deve dunque porsi come lo *scopo* verso cui la condotta è orientata. Situazione, questa, che normalmente non ricorre affatto nei casi di cui è discorso, in cui le procure inquadrano al più – e non senza sforzi – l'elemento soggettivo come mero dolo eventuale⁴⁴.

Quanto poi al delitto di cui all'art. 437 c.p., i problemi concernono essenzialmente il secondo comma, ove si richiedono alternativamente gli eventi del 'disastro' o dell' 'infortunio'. Il primo evento ripropone la difficoltà poc'anzi evidenziata; mentre il secondo – normalmente riferito dalle procure agli eventi patologici occorsi *ai dipendenti* dell'impresa, e non a quelli che interessano la popolazione circostante – di fatto ripropone i problemi di accertamento del nesso di causalità *individuale* tra l'esposizione alla sostanza tossica e il prodursi della patologia (di per sé riconducibile al concetto di 'infortunio', sulla base della consolidata – per quanto discutibile, sotto il profilo del rispetto del divieto di analogia – giurisprudenza in tema di 'malattie-infortuni') *in ogni singola persona offesa*: con tutte le difficoltà che caratterizza questa ascrizione causale, che abbiamo già esaminato con riferimento ai 'classici' delitti di omicidio e di lesioni personali.

Questi problemi, d'altra parte, sono destinati a riemergere inesorabilmente una volta che il giudice debba statuire sul risarcimento del danno alle persone offese che si siano anche costituite parti civili: dovendosi in quella sede dimostrare – sia pure al metro di uno *standard* probatorio diverso da quello vigente ai fini dell'affermazione della responsabilità penale, come ha affermato, questa volta persuasivamente, il Tribunale di Torino⁴⁵ – che la patologia lamentata sia derivata *proprio* dal fattore tossico addebitato agli imputati, e non invece a fattori causali alternativi che non dipendano dalla condotta degli imputati medesimi.

b) Una via d'uscita radicalmente alternativa, ancora non esplorata dalla giurisprudenza, è invece quella proposta ormai da alcuni anni, in dottrina, da Luca Maserà⁴⁶: sulla cui tesi – inizialmente ignorata dalla dottrina, e poi pressoché invariabilmente criticata⁴⁷ – vale la pena di spendere ancora qualche riflessione prima di concludere.

Si è visto come il tentativo che sta alla base della nuova strategia delle procure sia quella di fondare la responsabilità penale degli imputati esclusivamente sulla base delle *evidenze epidemiologiche*, che attestano un *eccesso* di determinate patologie nella popolazione di persone esposte (lavoratori e non) rispetto ai valori attesi; eccesso non spiegabile se non come correlato al fattore tossico in questione, e non invece a ipotetici fattori alternativi che potrebbero venire in considerazione nel caso di specie. Ebbene, la tesi di Maserà è che proprio queste evidenze sarebbero sufficienti per pervenire alla condanna

44. Nella già citata sentenza del Tribunale di Torino sul caso *Eternit* si afferma che la fattispecie di disastro *ex art. 434 c.p.* possa essere sorretta anche dal mero dolo eventuale; nonché, *a fortiori*, dal dolo diretto, elemento psicologico ritenuto sussistente nel caso di specie in capo agli imputati. Secondo il collegio giudicante, infatti, restringendo l'ambito di applicazione della norma incriminatrice alle sole ipotesi di dolo specifico (co. 1) o intenzionale (co. 2), si lascerebbe un vuoto di tutela con riferimento alle ipotesi in cui l'evento disastroso è coperto dal dolo eventuale, vuoto reso irragionevole dal fatto che l'ipotesi colposa – e dunque meno grave – risulta invece punita ai sensi dell'art. 449 c.p. La sentenza, pertanto, assegna all'espressione "fatto diretto a" una valenza solo oggettiva, quale idoneità o attitudine causale a cagionare il disastro, e conseguentemente allarga l'ambito di applicazione dell'art. 434 c.p. anche al dolo diretto ed a quello eventuale. Il ragionamento dei giudici torinesi, tuttavia, non convince: l'aggettivo "diretto" esprime, linguisticamente, l'idea di una *tensione finalistica*, compatibile soltanto con un dolo intenzionale; e comunque, anche a prescindere da questo assorbente argomento, allorché la volontà di chi abbia cagionato un disastro 'innominato' sia, appunto, riconducibile al paradigma del dolo diretto o eventuale, nulla vieterebbe di considerare la sua condotta penalmente rilevante ai sensi della corrispondente fattispecie *colposa* di cui all'art. 449 c.p., tali forme di dolo *presupponendo* pur sempre una qualifica di antidoverosità della condotta, costitutiva come tale di una colpa.

45. Per ogni approfondimento sul punto v. ancora ZIRULIA, *Caso Eternit*, cit., p. 499 s.

46. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, 2007. Per una concisa esposizione della tesi, ad opera dello stesso autore, cfr. ID., *La malattia professionale*, cit., p. 15 s.

47. Cfr. ad es. D'ALESSANDRO, *art. 40 c.p.*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, IPOSA, 2011, p. 411; SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi di impresa ai crimini internazionali*, 2009, p. 357; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, p. 486 ss.

per omicidio o per lesioni personali di chi abbia gestito i processi produttivi nei quali erano coinvolte queste sostanze, omettendo di adottare le doverose cautele: senza dover dimostrare che, *rispetto ad ogni singolo individuo* tra quelli interessati dalla patologia nell'ambito della popolazione considerata, la patologia medesima sia riconducibile proprio a quel fattore tossico e non a fattori alternativi⁴⁸.

Convieni, per cogliere appieno il senso della tesi qui in esame, ricapitolare alcuni dei dati emersi nelle indagini epidemiologiche compiute su 3.434 lavoratori ed ex lavoratori dello stabilimento di Casale Monferrato, così come esposti nella sentenza del Tribunale di Torino relativa al caso *Eternit*. Nell'ambito di quella popolazione (che costituisce una 'coorte' nel linguaggio dell'epidemiologia), sono stati riscontrati 284 decessi per asbestosi, quando in una popolazione egualmente estesa di soggetti non esposti ad amianto ci si sarebbe dovuto attendere *un unico caso* di morte per asbestosi; sono stati riscontrati 177 tumori maligni alla prostata *contro i meno di 5 attesi*; 69 tumori al peritoneo *contro i meno di 3 attesi*; e 286 tumori al polmone *contro i 128 attesi*.

Dando qui per assodato che le indagini epidemiologiche siano state effettuate correttamente, e che gli eccessi di incidenza delle patologie ora indicati siano *univocamente* riferibili all'esposizione ad amianto e non a fattori alternativi (o 'di confondimento'), il problema è che non è qui possibile – ad es. – identificare chi, tra i 286 ammalati di tumore al polmone (tipica patologia ad eziologia *multifattoriale*), si sarebbe comunque ammalato anche se non fosse stato esposto all'amianto.

La tesi di Masera intende risolvere in radice queste difficoltà, muovendo dalla considerazione dei dati *processualmente certi* (al di là di ogni ragionevole dubbio): ossia che *283 persone* (ossia 284 meno quell'unica che si sarebbe forse ammalata anche in assenza dell'esposizione all'amianto) *non sarebbero morte per asbestosi* senza quell'esposizione; che *172 persone* (177 meno i cinque casi che si sarebbero comunque verificati) *non si sarebbero ammalati di tumori maligni alla pleura*; che *66 persone* (69 meno i 3 attesi nei non esposti) *non avrebbero contratto mesoteliomi peritoneali*; e che *158 persone* (286 meno i 128 comunque attesi) *non si sarebbero ammalati di tumore al polmone*. Non ci è invero possibile – osserva Masera – dare un preciso *nome e cognome* a ciascuna di queste persone, perché rispetto a ogni singolo caso non è possibile stabilire se la persona si sarebbe comunque ammalata; ma sappiamo *con certezza*, questo sì, che *un certo numero di persone* (a volte anche imponente, come nel caso dell'asbestosi) *non sarebbe morta* se non fosse stata esposta al fattore tossico in questione.

Basta questa evidenza per fondare una responsabilità dell'imputato per omicidio o lesioni personali?

La risposta di Masera è sì; e, onestamente, sembra difficile dargli torto, a meno di violentare ancora una volta il senso comune (il famoso *common sense* che deve sempre intravedersi dietro le costruzioni giuridiche, anche le più raffinate).

Qui non si sta discutendo affatto di un *aumento del rischio* di verifica di eventi lesivi, né di mere congetture; ma di *dati scientifici* (nessuno potendo oggi dubitare in buona fede dello *status scientifico* dell'epidemiologia), in grado di *spiegare* perché, in una data popolazione, si sia verificata un'autentica *valanga* di eventi patologici (ad es. di morti per asbestosi), che normalmente non si verificano in assenza di esposizione a un certo fattore tossico (ad es. l'amianto). A essere causalmente attribuita è, dunque, una *quota di eventi lesivi* (magari estremamente significativa in termini percentuali: superiore al 99%, nel caso dell'asbestosi nella coorte dei lavoratori di Casale Monferrato, ma comunque superiore al 50% anche rispetto ai tumori polmonari in quella medesima coorte) che hanno interessato *vittime in carne ed ossa*, che non si sarebbero ammalate e non sarebbero morte ove non fossero state esposte a quel fattore tossico.

48. Ad avviso di DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, 2010, 703 ss. la tesi è fondata dal punto di vista logico; sul fronte della responsabilità penale, tuttavia, l'autore ritiene che essa possa condurre alla sola applicazione di figure di reato di comune pericolo, e non invece – come sostiene Masera – dei reati contro la persona.

Masera fonda in maniera raffinata la propria conclusione utilizzando lo strumento concettuale dell'*accertamento alternativo della vittima*, importandolo dalla riflessione dogmatica tedesca e mostrandone la pratica utilizzabilità (e le potenziali ricadute garantistiche) anche nelle coordinate proprie dell'ordinamento italiano⁴⁹. Ma – e mi scuso qui, ancora una volta, per la rozzezza del mio pensiero – le sue conclusioni mi pare possano reggere anche semplicemente a fronte della considerazione che le norme in materia di omicidio e lesioni personali (gli artt. 589 e 590 c.p.) non impongono, di per sé, l'*identificazione della vittima*, ma richiedono semplicemente che sia raggiunta la prova della *causazione della morte*, o di una *malattia*, in capo ad (almeno) una “persona”, ovvero a *più* persone. Prova che, qui, è fornita proprio dalle evidenze epidemiologiche, che consentono di attribuire all'imputato – in presenza del necessario coefficiente di colpevolezza – *un certo numero di morti e di ammalati*, pari agli eccessi rispetto ai valori attesi in una popolazione di soggetti non esposti.

L'identificazione delle singole vittime tornerà ad essere rilevante e imprescindibile quando si passi a discutere, anche in sede penale, del risarcimento del danno a ciascuna vittima; ma, in quella sede, lo *standard* probatorio utilizzabile dovrebbe essere coerentemente quello – tipico del processo civile – del ‘più probabile che non’, che potrebbe spalancare la strada al riconoscimento di una responsabilità per le patologie anche quando sia semplicemente *meno probabile* che la parte civile abbia contratto la patologia per fattori causali alternativi rispetto a quello addebitato all'imputato.

Si tratta, naturalmente, di una prospettiva ancora tutta da approfondire, anche nella sua concreta praticabilità processuale; ma sulla quale varrebbe finalmente la pena di cominciare a riflettere, portando allo scoperto i problemi anziché nascondendoli sotto il tappeto – come troppe volte si ha la tentazione di fare quando i problemi sono difficili, ovvero quando sollecitino mutamenti radicali di approccio rispetto alle tradizioni interpretative consolidate.

4 CONCLUSIONI

Molte e impegnative sono, insomma, le sfide che ancora attendono, nel post *Franzese*, la nostra giurisprudenza penale nel prossimo futuro, in settori come quelli della responsabilità medica e nella responsabilità da attività industriali, che chiamano in causa prepotentemente il problema del rapporto tra sapere giuridico e sapere scientifico; sfide tutte che inducono, ad un livello ancora più profondo, lo studioso e il pratico a interrogarsi sulle *funzioni reali* del diritto penale, e sui suoi eventuali *limiti*: quale *strumento di tutela di beni e diritti fondamentali* (come la vita e l'integrità fisica) che, a sua volta, *incide violentemente sui diritti fondamentali dell'imputato*, e ancor prima della *libertà e sicurezza delle scelte d'azione* di soggetti – il medico, l'imprenditore – che pure svolgono un'essenziale funzione sociale a beneficio dell'intera collettività.

La sentenza *Franzese* rappresenta un fulgido esempio di una giurisprudenza che ha saputo farsi carico di tutti questi interrogativi, giungendo a una soluzione che è evidentemente il frutto di un percorso intellettuale e culturale straordinariamente complesso. Un percorso ha condotto il suo estensore a traversare i terreni non solo del diritto penale sostanziale e processuale, ma anche quelli impervi della logica e dell'epistemologia: senza alcun inutile sfoggio di cultura fine a se stesso (la motivazione è mirabilmente stringata ed essenziale), ma con lo sguardo costantemente rivolto alle conseguenze pratiche delle soluzioni proposte, alla luce di quella cultura del *limite* della giurisdizione penale cui facevo cenno or ora.

In ciò – più ancora che nei molti punti fermi posti in materia di causalità, e di rapporti tra diritto penale e processo, sui quali mi sono più innanzi soffermato – sta forse il significato principale di questa sentenza nella storia della cultura giuridica italiana.

49. Dal punto di vista squisitamente *logico*, la capacità euristica dello strumento dell'accertamento alternativo è stata persuasivamente dimostrata anche nella letteratura filosofica. Cfr., per tutti, PIZZI, *Accertamento alternativo e logica degli eventi*, in Id., *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, 2009, p. 151 ss.