

FRANCESCO D'ALESSANDRO

SPIEGAZIONE CAUSALE MEDIANTE LEGGI SCIENTIFICHE,
A DIECI ANNI DALLA SENTENZA FRANZESE

SOMMARIO: 1. La sentenza Franzese al crocevia tra diritto e processo penale. – 2. Le questioni ancora aperte: il richiamo alle frequenze medio-basse. – 3. Gli sfuggenti contorni giurisprudenziali del concetto di probabilità logica. – 4. Il rebus dell'efficacia condizionante della condotta omissiva e la recente "riscoperta" della causalità commissiva. – 5. I limiti estrinseci della sentenza Franzese: in particolare, il concorso morale e la causalità psichica.

1. *La sentenza Franzese al crocevia tra diritto e processo penale*

Una tra le sentenze più significative e culturalmente raffinate, tra quelle pronunciate in materia penale dalla Suprema Corte di cassazione, ha da poco compiuto dieci anni¹ e merita, dunque, una rinnovata riflessione, tesa a tracciare, da un lato, un bilancio del cammino percorso dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, in questo lasso di tempo, sul tema della spiegazione causale nel contesto del diritto e del processo penale, e a individuare, dall'altro, quegli ambiti problematici che non risultano ancora approdati a una soddisfacente sistematizzazione e necessitano, pertanto, di essere ulteriormente scandagliati e posti al centro del dibattito tra gli interpreti.

Osservandola con uno sguardo retrospettivo, che tenga conto a posteriori della ricca discussione svoltasi nell'ultimo decennio, alla sentenza Franzese può riconoscersi una vitalità che è tanto straordinaria quanto sorprendente, e ciò non tanto in rapporto ai suoi contenuti giuridici – per i quali, indubbiamente, tale vitalità può dirsi pienamente meritata – quanto in relazione al continuo fluire di pronunce che,

¹ Cass. pen, sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss. Tra i numerosi commenti, si vedano: STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.; DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, p. 608 ss.; IADECOLA, *Note di udienza in tema di causalità omissiva*, in *Riv. pen.*, 2003, p. 247 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. processo*, 2003, p. 50 ss.; BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1175 ss.; POTETTI, *Il nesso causale secondo le sezioni unite*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 896 ss.

anche quando sono adottate dal più alto consesso delle Sezioni Unite, appaiono normalmente destinate ad essere travolte dal continuo succedersi delle “ultime mode” giurisprudenziali, in una “corsa al nuovo” che sempre più di rado concede agli interpreti il tempo necessario per lasciar sedimentare ciò che di buono offre l’elaborazione giuridica.

In materia di causalità, invece, è ormai da un decennio che – al netto di alcune pronunce invero eccentriche, alle quali brevemente si accennerà in seguito – la giurisprudenza sembra essersi progressivamente stabilizzata lungo le traiettorie tracciate dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese: non si scade nella facile retorica, dunque, se si afferma che si tratta di una decisione storica, che si è guadagnata sul campo i galloni di “opinione ricevuta”, dimostrando nei fatti una formidabile capacità di orientare l’attività degli interpreti. Non è un caso, allora, che nel fra-stagiatissimo panorama di decisioni che caratterizza il dibattito giurisprudenziale, non constino sentenze che abbiano ritenuto di dover mettere apertamente in discussione il percorso esegetico tracciato dalle Sezioni Unite e che gli eventuali “distinguo” siano stati, se mai, limitati alla concreta applicazione – talvolta, come si dirà, soltanto apparente e frutto di un’adesione per lo più farisaica – dei principi di diritti scolpiti dalla sentenza Franzese.

Ma perché questa sentenza ha saputo dimostrare, lungo il decennio appena trascorso, una così persistente vitalità? Per rispondere – a mo’ di inquadramento preliminare del tema – a questo interrogativo, è opportuno ricordare innanzi tutto il peculiare contesto nel quale le Sezioni Unite furono chiamate a pronunciarsi sui requisiti necessari per l’imputazione causale, penalmente rilevante, di un evento lesivo. È ben noto, in particolare, quale scontro caratterizzasse i due opposti orientamenti giurisprudenziali che, all’interno della sezione IV della Suprema Corte, si contendevano il campo nei primi anni 2000: da un lato, un’interpretazione – più tradizionale – che si connotava come il frutto di un’erosione lenta del paradigma condizionalistico e riteneva che per riconoscere esistente il nesso causale fosse sufficiente rilevare una “apprezzabile probabilità”, anche piccola, che la condotta dell’agente avesse contribuito ad aumentare il rischio di verificazione dell’evento²; dall’altro, un orientamento più esigente che – in ossequio a principi fondamentali del nostro ordinamento, tanto sul piano sostanziale (legalità e determinatezza della fattispecie), quanto su quello processuale (una sentenza di condanna si può pronunciare solo quando è possibile affermare, al di là di ogni dubbio ragionevole,

² Cass. pen., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *CED* n. 158947; Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 1987, in *CED* n. 176402; Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 1989, in *CED* n. 181334; Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 1990, in *CED* n. 184561; Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1990, in *CED* n. 185106; Cass. pen., sez. IV, 18 ottobre 1990, in *CED* n. 185858; Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 1991, in *CED* n. 188921; Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 1993, in *CED* n. 195169; Cass. pen., sez. IV, 30 aprile 1993, in *CED* n. 195482; Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 1994, in *CED* n. 201554.

che l'imputato ha commesso colpevolmente il fatto) – sosteneva che la spiegazione causale dovesse (e potesse) impregnarsi soltanto attorno a leggi universali (e quindi certe) o, al più, a leggi statistiche dotate di coefficiente percentualistico prossimo alla certezza³.

Notevole, sul punto, che le Sezioni Unite, con la sentenza Franzese, non abbiano né tentato una mediazione tra le due tesi appena illustrate – come invece non di rado si osserva, anche nella giurisprudenza del Supremo collegio, attraverso il ricorso a una sorta di *panachage* degli orientamenti giurisprudenziali contrapposti, dagli esiti il più delle volte insoddisfacenti e precari – né imposto, attraverso l'apposizione del proprio sigillo di massimo organo nomofilattico, la prevalenza dell'uno sull'altro: la sentenza Franzese, infatti, rappresenta una felice sintesi dialettica svolta, per così dire, su un piano superiore, nel senso che – come in un sillogismo nel quale i due indirizzi interpretativi appena riassunti rappresentino rispettivamente tesi e antitesi – essa risolve il contrasto sublimandolo in chiave originale e delineando uno statuto epistemologico della causalità penalmente rilevante che non era rintracciabile, a ben vedere, nella giurisprudenza precedente.

Il punto merita qualche considerazione più approfondita, perché consente di cogliere alcune peculiarità di questa pronuncia, in particolare la felice collocazione sul crinale dei rapporti tra diritto penale sostanziale e dinamiche di accertamento processuale, che ne costituisce una delle caratteristiche più innovative e salienti. Ben lungi dall'aver tracciato un punto d'approdo finale al dibattito sul tema del rapporto di causalità, le Sezioni Unite Franzese possono infatti individuarsi come *un nuovo inizio*, una introduzione a percorsi di ricerca ancora in opera, da condurre con strumenti diversi rispetto al passato: con la citata sentenza – che fu caratterizzata, è bene ricordarlo, da una gestazione molto complessa e che incontrò, specialmente nei primi tempi, numerose resistenze tanto dentro quanto fuori la magistratura – la Suprema Corte ha infatti voluto inquadrare attraverso nuove coordinate il fenomeno, così complesso, della causalità, posizionandolo non soltanto all'interno delle più accreditate teorie della conoscenza ma, soprattutto, nel cuore pulsante del processo penale.

È questa, a ben vedere, la portata per certi aspetti “rivoluzionaria” – e destinata verosimilmente a durare ancora a lungo, garantendo ulteriori spazi di vitalità, nel futuro, al *dictum* delle Sezioni Unite – che caratterizza la sentenza Franzese, che ha saputo ricollocare l'elemento cruciale attorno al quale ruota l'imputazione giuridica dei reati d'evento sul terreno delle regole probatorie che governano il processo

³ Così Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, in *CED* n. 218777; negli stessi termini: Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2000 in *CED* n. 218779; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, in *CED* n. 220953; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, in *CED* n. 220982; Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2000, in *CED* n. 218727.

penale: ecco perché, più ancora dei fondamentali principi di diritto enunciati sul terreno della causalità, ciò che rappresenta – a dieci anni di distanza – il frutto maggiormente apprezzabile di questa pronuncia può individuarsi, nonostante tutte le problematicità spesso segnalate dagli interpreti, nella capacità di gettare un ponte tra una fondamentale categoria sostanziale del diritto penale, quale la causalità, e la concreta dinamica di verifica processuale della stessa, secondo le cadenze tipiche del modello accusatorio a struttura antagonistica⁴.

Il punto è di cruciale importanza per comprendere appieno la funzione di “orientamento culturale” svolta dalla pronuncia delle Sezioni Unite⁵: infatti, la giurisprudenza maggioritaria – e, per così dire, “involutiva” – affermatasi nel corso del ventennio precedente, non era affatto scevra dal “contesto processuale”

⁴ I contributi che hanno avuto modo di analizzare, compiutamente o anche solo incidentalmente, i contenuti della sentenza delle Sezioni Unite sono copiosissimi: oltre a quelli già citati, si possono indicare, seppur non esaustivamente, i seguenti: STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., 2003, p. 63 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1215 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1062; ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 898 ss., p. 891 ss.; FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, p. 179 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 122 ss.; ID., *Il garantismo della “condicio sine qua non” e il prezzo del suo abbandono: contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 917 ss.; MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, p. 137 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 363 ss.; DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico legale*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 102 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1318 ss.; IADECOLA, *La causalità dell'omissione nella responsabilità medica prima e dopo le Sezioni Unite “Franzese”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 699 ss.; MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 493 ss.; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, 961 ss.; ID., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.; VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 145 ss.; RONCO, *Aporie scienziste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 247 ss.; PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1037 ss.; MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 591 ss.; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3633 ss.; LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 649 ss.; CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1971 ss.; ID., *La causalità scientifica*, in *Dir. pen. processo*, 2008, *Dossier “La prova scientifica nel diritto penale”*, p. 38 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-post*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3219 ss.; ID., *Il problema della causalità penale*, Torino, 2010, p. 28 ss.; BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, p. 121 ss.

⁵ Sul tema, cfr. da ultimo TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225 ss. e riferimenti *ivi* citati.

di riferimento. Al contrario, essa si sposava benissimo – e ne era in larga parte debitrice, almeno sotto il profilo degli schemi di gnoseologia giuridica utilizzati come base logico-argomentativa – con il modello inquisitorio imperniato attorno alla figura del giudice istruttore, il cui sforzo investigativo a tutto tondo, finalizzato all'accertamento della verità “senza se e senza ma”, ben collimava con un metodo di verifica basato su maglie comparativamente più larghe di quanto non accada nel sistema processuale attuale.

Il modello accusatorio vigente, invece, pur con tutte le sue imperfezioni e i suoi caratteri talvolta insuperabilmente ibridi, costringe il giudice a un maggior livello di rigore, imponendogli – per quello che qui, più da vicino, ci occupa – di costruire la causalità in termini di stringente adesione a uno schema che passi, da un lato, attraverso un *nomos* in grado di fornire adeguata solidità al giudizio controfattuale (pena lo scadimento nel mero arbitrio del giudicante) e tuttavia pretenda, dall'altro, un permanente ancoraggio alle evidenze probatorie che riportano il *nomos* al caso concreto (attraverso un meccanismo complesso che tenga conto della valutazione *ex post*, in termini di *causalità* e non di *causabilità*, della condotta dell'agente e delle sue conseguenze; della natura individuale dell'evento oggetto di contestazione; dei fattori che possono incidere, con efficacia concausale oppure alternativa, sulla concreta verifica del fatto): tutto ciò, nel contesto di un modello processuale che pretende espressamente dal giudice – attraverso il continuo richiamo alle “ragioni del decidere”, contenuto in norme-chiave come gli art. 192 e 606 c.p.p. – di fare i conti con l'epistemologia e con la logica, ossia con i criteri in base ai quali valuta in un determinato modo le prove sottoposte alla sua attenzione.

Le Sezioni Unite non hanno mediato, dunque, ma hanno aperto scenari affidati all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale successiva, nella consapevolezza che l'applicazione dei principi da esse enunciati avrebbe reso più difficile – rispetto al passato – il raggiungimento di un risultato di affermazione di responsabilità penale, specialmente in certe aree problematiche come quelle della causalità omissiva e del concorso di persone, nonché in alcune fattispecie al confine tra causalità e pericolo, quali si ritrovano, in particolare, nell'ambito della tutela dell'incolumità pubblica. Tuttavia, la Suprema Corte ha voluto, per certi aspetti, responsabilizzare le parti processuali, collocando la propria decisione sulla falsariga di quel pensiero filosofico che, a partire da Aristotele per arrivare fino a Popper, postula che ogni ipotesi esplicativa passi sempre attraverso il crogiolo del tentativo di confutazione: il che, sullo specifico terreno dell'accertamento causale, impone ai soggetti del processo (*in primis* il pubblico ministero e i difensori, ma anche il giudice, magari attraverso l'ausilio del perito) di tener conto, ad esempio, della ben nota *exceptio ex pluribus causis*, della possibile genesi multifattoriale degli eventi, della peculiare struttura “a rete” (c.d. *web of causation*) – nella quale non è spesso agevole distinguere cause ed effetti – di molti accadimenti complessi che caratterizzano lo svolgersi attuale della vita umana.

Il carattere maggiormente distintivo della sentenza Franzese, perciò, sembra potersi ravvisare nel pressante invito a un *concetto forte di giurisdizione*, che anima tutta la pronuncia in esame e la connota come una soluzione ragionevole, raggiunta dalla giurisprudenza in un determinato momento storico (e di conoscenza filosofica e giuridica), che sarà capace di orientare gli interpreti fino a quando un'argomentazione più ragionevole, più solida, più ricca di spunti non si dimostrerà in grado di sostenere, in qualità di precedente, la giurisprudenza degli anni successivi.

Allo stato attuale, perciò, non sembra di peccare di eccessivo ottimismo se si osserva che – sulla scorta dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nel caso Franzese – tanto la qualità media della giurisprudenza penale in tema di causalità, quanto, a monte, la qualità degli accertamenti tecnico-scientifici che spesso sono messi a fondamento della decisione del giudice – quando si tratta di questioni a carattere specialistico, che esulano dalla sfera di conoscenza del magistrato e necessitano dell'intervento di un esperto in qualità di perito – appaiono significativamente migliori di quanto non accadesse quindici-venti anni orsono.

Certo, si assiste ancora oggi a qualche pronuncia che si produce solo in un "ossequio formale" al *dictum* della sentenza Franzese, tradendone in realtà l'ispirazione più profonda, così come non mancano casi – specie nella giurisprudenza di merito – che vengono decisi sulla base di criteri difformi da quelli enunciati dalle Sezioni Unite, riproponendo schemi estranei al nostro ordinamento come quelli che appiattiscono il concetto di causa su quello, ben diverso, dell'aumento del rischio: tuttavia, se una provvisoria conclusione si può trarre, dopo quest'ultimo decennio di riflessioni sul tema della spiegazione causale mediante leggi scientifiche, è che tale pronuncia ha favorito un'analisi ben più consapevole del problema causale, contribuendo in maniera fondamentale al progresso dell'elaborazione giuridica su questo spinoso argomento.

2. *Le questioni ancora aperte: il richiamo alle frequenze medio-basse*

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, il *dictum* delle Sezioni Unite costituisce l'invalidabile premessa di un percorso radicalmente nuovo, avviatosi proprio a seguito della sentenza Franzese: nonostante l'ampio apprezzamento che essa ha (meritatamente) riscosso, i problemi che tale pronuncia squaderna, a ben vedere, sono tuttavia numerosi e riguardano sia i suoi contenuti dispositivoi, che necessitano, in alcuni passaggi, di essere ulteriormente precisati (potremmo indicarli con l'espressione "*problemi intrinseci*"), sia i limiti applicativi della stessa, ossia la sua utilizzabilità come percorso di pensiero che, pur delineando analiticamente i contenuti del rapporto causale e configurandolo quale pietra angolare della responsabilità nei reati d'evento, lascia tuttavia da verificare se su di esso possa effet-

tivamente poggiarsi qualsiasi edificio del sistema penale (potremmo individuarli, simmetricamente, quali “*problemi estrinseci*”).

Senza che sia possibile, per ovvie ragioni di spazio, addentrarsi compiutamente su ciascuno di tali aspetti, pare tuttavia opportuno – per cogliere appieno la portata cruciale delle statuizioni della sentenza Franzese e individuare correttamente le linee di percorso argomentativo che esse offrono all’interprete, in relazione ai profili ancora incerti – ricapitolare rapidamente i nodi problematici che tuttora presentano grovigli da districare, dando invece per affrontate (e risolte) le questioni sulle quali, nella sostanza, può ritenersi raggiunto un soddisfacente accordo tra gli studiosi.

In particolare, sul versante dei “*problemi intrinseci*” sollevati dalla sentenza Franzese, sono soprattutto il tema delle frequenze medio-basse, della probabilità logica e della causalità omissiva a suscitare – ancora oggi – interessanti discussioni tra gli interpreti, mentre sul crinale dei “*problemi estrinseci*” la principale questione ancora da risolvere pare essere quella della causalità psichica, specialmente in relazione alle diverse forme di responsabilità concorsuale.

In relazione a tali temi si cercherà, nel prosieguo di questo contributo, di verificare quale sia l’attuale “stato dell’arte”, partendo dalle considerazioni svolte dalle Sezioni Unite e confrontandole, di volta in volta, con le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppate nel corso dell’ultimo decennio, nella speranza di poter fornire qualche utile spunto di riflessione al dibattito.

Il primo punto sul quale si deve soffermare l’attenzione, in relazione ai “contenuti applicativi” della sentenza Franzese, è quello relativo ai “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista”, che le Sezioni Unite richiamano, al par. 7 della motivazione, per affermare che anche «coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di eventi (...) possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso di condizionamento, (...) se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa».

Senza che sia qui necessario ripercorrere compiutamente tutti i passaggi argomentativi della sentenza⁶, si deve innanzi tutto segnalare come l’espressione “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” presenti – nella sua formulazione letterale – non pochi profili di ambiguità, visto che essa delinea un contenitore concettuale in grado di accogliere nozioni tra loro anche molto diverse, nel cui ambito possono individuarsi, con buona approssimazione, almeno tre nuclei principali di significato.

In primo luogo, essa abbraccia quelle leggi scientifiche probabilistiche che esprimono un’efficacia esplicativa, in relazione al *caso concreto*, del tutto analoga a quella delle leggi universali: in tali situazioni, in realtà, la legge scientifica surroga

⁶ Per approfondimenti, sia consentito rinviare a D’ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812 ss.

l'ignoranza degli anelli causali intermedi che conducono alla spiegazione, consentendo di affermare che la condotta A è causa dell'evento B, anche se non si è in grado di dimostrare – passaggio dopo passaggio – *perché* A abbia causato B. Si pensi al caso di una sostanza tossica che abbia la caratteristica di far sviluppare, in coloro che vi sono esposti, una patologia del tutto peculiare che si riscontra *esclusivamente* in tali soggetti (l'evento B, dunque, si osserva *solo e soltanto* in presenza dell'antecedente A): in una situazione di questo tipo, anche una generalizzazione a carattere frequentista assistita da un coefficiente percentualistico basso (es.: solo un esposto su cento sviluppa la patologia) è del tutto bastevole ad affermare la sussistenza del nesso causale in relazione al caso singolo, in quanto – se si può asserire con certezza che non esistono altre possibili cause della malattia e che il soggetto è stato effettivamente esposto alla sostanza – tale conclusione è dotata di elevata (per non dire assoluta) credibilità razionale, giacché non si può dubitare che la generalizzazione in questione si sia concretizzata nel caso di specie.

All'estremo opposto rispetto a queste ipotesi, che richiedono solo di individuare la “vittima storica” ma non pongono particolari problemi in merito alla capacità esplicativa del caso singolo, vi sono invece quelle generalizzazioni probabilistiche che non possiedono mai (indipendentemente dal coefficiente di probabilità frequentista) la possibilità di spiegare – *da sole* – l'evento concreto verificatosi *hic et nunc*. È il caso, ad esempio, delle c.d. *leggi epidemiologiche*, che delineano una spiegazione in termini di causalità generale e mettono in relazione una determinata classe di condotte (ad es. l'esposizione a una sostanza in una popolazione) con l'eventuale aumento del rischio di osservare la verifica di un certo evento (ad es. la malattia): lo schema appena delineato è per definizione incapace di spiegare il caso singolo – si potrebbe, anzi, sostenere che tale obiettivo non appartenga affatto ai suoi scopi – in quanto rinuncia radicalmente all'interpretazione della causa in senso deterministico. In tali situazioni, anche un'alta incidenza di casi osservati, che segnali un aumento del rischio di morbilità perfino elevato, non sarà di per sé sufficiente a risolvere il problema dell'imputazione causale di eventi singoli, che, se mai, contribuirà a porre in termini di ipotesi esplicative, da dimostrare nel processo sulla base di dati concreti in grado di corroborarla, conferendole quell'elevata credibilità razionale che, per definizione, non può essere tratta da una legge che sia enunciata in termini di semplice causalità generale.

Detto in altri termini: se una legge è *a priori* incapace di spiegare il caso singolo – perché tale obiettivo non rientra nei “confini di utilizzabilità” della legge stessa – l'obiettivo dell'elevata credibilità razionale resta certamente fuori gioco.

Tra questi due estremi, vi sono poi le correlazioni statistiche cosiddette “*mere*”, in quanto esprimono semplicemente la frequenza relativa di un evento rispetto a un altro, ma non dicono nulla sul caso concreto (è il ben noto caso dello sparatore: Tizio e Caio sparano, rispettivamente, 99 colpi e 1 colpo nei confronti di Sempronio, che muore attinto da un unico proiettile): in questi casi, solo apparentemente

ci si ritrova di fronte a un problema *giuridico* di causalità, in quanto la vera questione problematica non risiede affatto nella determinazione del nesso di condizionamento (Sempronio è morto a causa dell'azione lesiva esercitata dal proiettile), bensì nella corretta individuazione della condotta, non essendo all'evidenza soddisfacente, nel contesto del processo penale, un'affermazione di responsabilità basata sul solo fatto che, *ex ante*, è molto più probabile che il proiettile responsabile della morte sia stato sparato da Tizio invece che da Caio.

A quale categoria di “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista”, tra quelle appena descritte, intendevano riferirsi le Sezioni Unite?

Per rispondere correttamente a tale interrogativo, evitando di incorrere in pericolosi fraintendimenti, non bisogna mai dimenticare che l'architettura generale attorno alla quale si sviluppa la sentenza Franzese poggia su quattro cardini fondamentali: la natura irrinunciabile del concetto condizionalistico di causalità; la persistente vitalità di un modello nomologico di spiegazione, basato su un sapere generalizzante in grado di ricondurre il caso concreto all'interno di una regolarità causale sperimentata e verificabile; il principio secondo cui pretese difficoltà probatorie non possono determinare uno scivolamento verso la tesi, ripudiata dal nostro ordinamento, dell'aumento del rischio; la regola secondo cui, per poter fondatamente addivenire a una pronuncia di colpevolezza, è necessario raggiungere – secondo un percorso di correlazione del *nomos* al dato probatorio, che passa anche attraverso l'esclusione delle possibili spiegazioni alternative – un esito di (probabilità prossima alla) certezza, in merito all'efficacia condizionante della condotta posta alla base dell'ipotesi causale.

Se si tengono a mente queste premesse, non è difficile comprendere come il passaggio motivazionale dedicato ai “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” rappresenti, in realtà, un semplice corollario delle premesse argomentative fatte proprie dalla Suprema Corte, laddove – distaccandosi dalle conclusioni che contraddistinguevano l'orientamento minoritario della pregressa giurisprudenza di legittimità – essa ha riconosciuto che il sapere nomologico espresso nella generalizzazione esplicativa non è *mai da solo sufficiente* a fondare la spiegazione causale di un evento singolo, perché è sempre necessaria la prova della concretizzazione della legge scientifica nel caso di specie (alto, medio o basso che sia il coefficiente percentualistico che essa esprime)⁷.

⁷ In questi termini, in dottrina, già DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 47-48, osservava che «una percentuale statistica alta (es. 90%) può non avere nessun valore eziologico effettivo qualora consti che, in realtà, un certo evento è stato cagionato da una diversa condizione; e viceversa, una percentuale statistica medio-bassa (es. 40%) potrebbe risultare persuasivamente suffragata in concreto dalla verifica dell'insussistenza di altre cause esclusive, sul presupposto che si conoscano tutte le possibili cause di un certo effetto e se ne possa escludere l'incidenza o l'operatività nel caso di specie»; in senso analogo DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico*, cit., p. 654; IADECOLA, *Colpa medica*, cit., p. 603; BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 204.

Ecco perché, a parere di chi scrive, non coglie pienamente nel segno l'opinione di quanti ritengono che la sentenza Franzese abbia delineato una sorta di "modello bifasico" di accertamento della causalità, in base al quale, in prima battuta, si dovrebbe individuare una generalizzazione (di qualunque tipo) in grado di fondare un'ipotesi di spiegazione causale, per poi procedere, in un secondo momento, a provare la causalità specifica, relativa al singolo caso concreto, attraverso l'esclusione dei fattori causali alternativi.

In particolare, il rischio che tale interpretazione nasconde è quello di innalzare a "modello generale" di verifica del rapporto causale quello che, nell'economia complessiva della sentenza Franzese, è solo uno (e per di più residuale, come si vedrà immediatamente) dei possibili percorsi di accertamento a disposizione del giudice.

La ragione che sta alla base della precisazione formulata dalle Sezioni Unite, infatti, può essere ravvisata in quella massima, che potrebbe costituire un ideale sottotitolo dell'intera sentenza, la quale ricorda all'interprete come «a nessuno, neppure al giudice penale, è consentito dedurre fatti da norme»⁸. Il che vuole semplicemente dire, in altri termini, che senza la prova della concretizzazione della generalizzazione nel caso di specie, la legge scientifica da sola non basta a dimostrare la sussistenza del nesso causale, quale che sia il coefficiente percentualistico che essa è in grado di veicolare.

In quest'ottica, è facile comprendere perché la sentenza Franzese introduca *proprio qui* il tema della «sicura esclusione dei possibili fattori causali alternativi»⁹: nel mantenere sempre al centro dell'attenzione, come si è anticipato in apertura, il profilo dell'accertamento processuale, le Sezioni Unite si occupano infatti di scolpire i possibili percorsi probatori attraverso i quali raggiungere la dimostrazione di tale avvenuta concretizzazione: il primo, com'è ovvio, è quello della concretizzazione "*in positivo*" del meccanismo causale, attraverso l'individuazione di almeno alcuni degli anelli causali intermedi che collegano condotta ed evento; il secondo, più complesso, è quello che passa, "*in negativo*", attraverso l'esclusione *certa* di *tutti* i decorsi causali alternativi possibili: prova non facile, certo, ma teoricamente in grado di assicurare quel grado di certezza (espresso in termini di elevata probabilità logica, nel linguaggio delle Sezioni Unite) richiesto nel processo penale per fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato.

Ove ci si mantenga fedeli a tali vincoli, non c'è dubbio che l'impiego di "frequenze medio-basse" non sollevi alcun problema teorico, rappresentando null'al-

⁸ Così CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, cit., p. 1978.

⁹ Sul punto, cfr. ampiamente ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 906 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in corso in Germania e in Spagna.

tro che una semplice specificazione del paradigma nomologico-deduttivo: se, infatti, si sa con certezza che un certo evento E può essere provocato solo e soltanto dalle diverse possibili cause A, B, C e D, e nel caso di specie i dati fattuali consentono di escludere (sempre con certezza) tanto l'intervento di A, quanto quello di B e di C, ne deriva, *con certezza*, che nel caso in oggetto D è causa dell'evento E (c.d. *event token*), a prescindere dal fatto che antecedenti del tipo D causino eventi del tipo E (c.d. *event type*) in una percentuale alta (es. 99%), media (es. 51%) o bassa (es. 30%) di casi.

In casi come quello appena descritto, il riferimento alla frequenza statistica (alta, media o bassa) della generalizzazione invocata è in realtà manifestamente superfluo, poiché ciò che conta è esclusivamente la c.d. *prova per esclusione*, che tuttavia è possibile fornire, con certezza, solo a condizione di: a) conoscere *tutte* le possibili cause di un certo evento; b) poter *escludere con certezza* la presenza, nel caso specifico, di tutte le suddette "possibili cause" tranne una, che sarà appunto la causa dell'evento.

Il fatto che debba trattarsi di una esclusione *certa di tutti* i possibili decorsi causali alternativi è dunque particolarmente significativo, in quanto consente di scolpire – più precisamente di quanto non si sia osservato nella prassi giurisprudenziale dell'ultimo decennio – il percorso probatorio che il giudice è chiamato a seguire, qualora voglia verificare, in base a questa seconda possibile modalità, la sussistenza del nesso causale.

Un esempio particolarmente istruttivo, sul punto, può essere tratto dalla casistica relativa alla tutela della salute dei lavoratori esposti a sostanze tossiche e in particolare dal supposto legame eziologico tra l'esposizione ad altissime dosi di un gas impiegato nella produzione di materie plastiche – il cloruro di vinile monomero (Cvm) – e lo sviluppo di una rara patologia tumorale che colpisce i vasi sanguigni del fegato, nota come angiosarcoma epatico. Le indagini scientifiche condotte tra i soggetti esposti professionalmente alla sostanza tossica considerata, infatti, segnalano come la frequenza con cui si osserva la patologia in esame è davvero estremamente *bassa* (pari allo 0,0114% secondo lo studio multicentrico europeo, condotto dall'Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC)¹⁰; allo 0,0152% per lo studio multicentrico condotto in America¹¹; allo 0,0146% per lo studio condotto dagli scienziati dell'Istituto Superiore di Sanità, in relazione

¹⁰ SIMONATO - L'ABBE - ANDERSEN *et al.*, *Cancer incidence and mortality of vinyl chloride workers in the European multicentric cohort study*, in *Scand. J. Work. Environ. Health*, 1991, p. 159-169; WARD - BOFFETTA - ANDERSEN *et al.*, *Update of the follow-up of mortality and cancer incidence among European workers employed in the vinyl chloride industry*, in *Epidemiology*, 2001, p. 710-718.

¹¹ MUNDT - DELL - AUSTIN - LUIPPOLD - NOESS - BIGELOW, *Historical Cohort Study of 10109 men in the North American Vinyl Chloride Industry, 1942-1972: Update of Cancer Mortality to 31 December 1995*, in *Occup. Environ. Med.*, 2000, p. 774-781.

alla coorte dei lavoratori esposti a Cvm nello stabilimento petrolchimico di Porto Marghera¹²). Come si vede, ci troviamo qui di fronte a coefficienti percentualistici che non sono “medi” e nemmeno “bassi”, ma addirittura infimi, prossimi allo zero.

È possibile basarsi su una frequenza statistica di questo tipo, per spiegare un *singolo evento lesivo*?

Per rispondere a questa domanda, è necessario ricordare in primo luogo come le stesse Sezioni Unite ribadiscono che «il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità *quanto più è alto il grado di probabilità* di cui l'*explanans* è portatore». Ciò significa, specularmente, che *quanto più basso* è il grado di probabilità, *tanto peggio* si è in grado di assolvere allo scopo esplicativo; e poiché quel grado di probabilità, nel caso di specie, è addirittura vicino allo zero, anche il potere esplicativo della percentuale è vicino a zero.

Fatta questa premessa, resta allora da vedere se sia possibile sopperire a questa evidente mancanza di forza esplicativa, mediante il già citato percorso di accertamento imperniato sulla *prova per esclusione*: problema destinato a porsi comunque all'attenzione dell'interprete, visto che gli studi scientifici di cancerogenesi hanno dimostrato, attraverso la ricostruzione delle catene causali rilevanti, che l'esposizione ad elevatissime dosi di cloruro di vinile *può causare*, seppur molto raramente, l'angiosarcoma epatico.

Ebbene, il caso sembra prestarsi particolarmente bene all'applicazione dello schema della prova per esclusione, in quanto la letteratura epidemiologica e clinica ha essenzialmente individuato, quali *possibili cause* dell'angiosarcoma epatico, *solo tre tipi* di antecedenti: l'esposizione ad altissime dosi di Cvm; l'assunzione di elevate quantità di derivati dell'arsenico, rintracciabili in particolare in alcuni pesticidi e in alcuni farmaci come il preparato di Fowler per il trattamento della psoriasi; il contatto con il biossido di torio (thorotrast), sostanza impiegata, soprattutto in epoche meno recenti, come mezzo di contrasto per lo svolgimento di alcuni esami angiografici¹³.

Sulla base di tali premesse, il percorso di verifica del nesso causale “*in negativo*”, delineato dalle Sezioni Unite nei termini sopra ricordati, sembrerebbe applicabile con assoluta facilità: infatti, ove sia possibile dimostrare che il soggetto che presenta la patologia non abbia assunto né arsenico né biossido di torio, essendo invece stato esposto professionalmente, per anni, ad alte dosi di cloruro di vinile, il

¹² PIRASTU - COMBA - REGGIANI - FOÀ - MASINA - MALTONI, *Mortality from Liver Disease among Italian Vinyl Chloride Monomer/polyvinyl Chloride Manufacturers*, in *Am. J. Ind. Med.*, 1990, p. 155-161.

¹³ Sul punto, cfr. ZOCCHETTI, *Angiosarcoma del fegato nell'uomo: considerazioni epidemiologiche*, in *La medicina del lavoro*, 2001, p. 39 ss. ed *ivi* ampi ulteriori riferimenti. L'autore evidenzia come studi recenti ipotizzino un ruolo causale, nell'insorgenza dell'angiosarcoma epatico, anche per altre sostanze – gli steroidi anabolizzanti, il dietilstilbestrolo, i contraccettivi orali, il ciclofosfamide ecc. – per le quali, tuttavia, manca ancora una precisa ricostruzione (almeno parziale) del meccanismo di produzione dell'evento lesivo.

giudice si troverebbe ad avere in mano tutti gli strumenti necessari per procedere, con *certezza*, all'imputazione causale dell'evento lesivo.

Sennonché, non si deve dimenticare che, per poter funzionare, lo schema tracciato dalla Sezioni Unite postula che *tutte le possibili cause siano conosciute*, ossia che non sussistano angoli bui, rappresentati da casi nei quali l'evento si è osservato *pur in assenza* degli antecedenti presi in considerazione al fine di vagliarli attraverso la *prova per esclusione*: il che, tuttavia, non accade quasi mai, come dimostra emblematicamente proprio il caso del Cvm. Infatti, le *tre possibili cause* appena citate (Cvm, arsenico, biossido di torio) riescono a spiegare, messe insieme, appena il 20% dei casi di angiosarcoma censiti negli studi scientifici specializzati. In altri termini, una percentuale pari all'80% di tutti gli angiosarcomi entrati in qualche studio epidemiologico o clinico, resta a tutt'oggi *sconosciuta* nella sua origine, poiché la patologia si è verificata in soggetti che non sono stati mai esposti a *nessuna* delle tre possibili cause individuate dalla letteratura epidemiologica¹⁴.

Come dovrà regolarsi il giudice penale in una situazione del genere? L'impressione di chi scrive è che, stando così le cose, di prova per esclusione non si possa, in tali ipotesi, proprio parlare: non essendo note al giudice *tutte* le possibili cause dell'evento, infatti, non è nemmeno possibile pervenire alla prova del nesso eziologico attraverso l'esclusione delle *altre* possibili cause¹⁵.

Né il problema sembra potersi risolvere facendo riferimento, come pure è stato proposto in dottrina, all'esclusione delle *sole cause note*¹⁶, invece che di *tutte le possibili cause* dell'evento¹⁷. Accogliendo tale tesi, infatti, si verrebbe a far gravare sull'imputato il "peso" dell'incertezza scientifica, in palese contrasto non soltanto col *dictum* delle Sezioni Unite ma, prima ancora, con la presunzione costituzionale d'innocenza, che impone di risolvere a favore dell'accusato i casi nei quali sussistano dubbi in grado di inficiare la credibilità razionale della ricostruzione accusatoria.

Alla luce di queste considerazioni, si può dunque trarre qualche conclusione, in merito al primo dei "problemi intrinseci" che ancora coinvolgono i contenuti applicativi della sentenza Franzese: in particolare, si deve riconoscere che il richiamo alle frequenze medio-basse, così come lo hanno formulato le Sezioni Unite, è senz'altro coerente con un sistema che richiede al giudice penale di fornire una

¹⁴ Per un'analitica illustrazione di tali dati, con dettagliati richiami alla letteratura epidemiologica pertinente, si veda ancora ZOCCHETTI, *Angiosarcoma del fegato nell'uomo: considerazioni epidemiologiche*, cit., p. 44 ss., il quale sottolinea che "se riuscissimo a registrare tutti i casi di angiosarcoma del fegato esistenti nel mondo, la quota di casi per i quali non saremmo neppure in grado di formulare delle ipotesi in merito alla insorgenza della malattia sarebbe ancora più elevata".

¹⁵ STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 413 ss.

¹⁶ Così DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 614.

¹⁷ Così invece DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., p. 48, nonché Cass. Sez. Un. pen., 11.9.2002, cit., p. 1140.

spiegazione forte, in termini di pratica certezza – o, se si preferisce, di elevata credibilità razionale – del *perché* dell'evento lesivo verificatosi. Tuttavia, la coerenza *teorica* del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, in tema di frequenze medio-basse, deve immediatamente fare i conti con una dimensione applicativa che si connota, dal punto di vista dell'effettiva utilizzabilità *pratica*, come verosimilmente angusta: basta appena riflettere sulle peculiarità che tale procedimento implica, per rendersi conto di come esso finisca per assumere, pressoché immancabilmente, i caratteri tipici di una “prova diabolica”.

Infatti, perché si possa dimostrare la sussistenza del nesso causale, partendo da “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” (accompagnati dalla “sicura esclusione” delle altre possibili cause dell'evento), è necessario, *in primo luogo*, che si versi in uno di quei casi in cui la frequenza medio-bassa invocata sia espressione di un effettivo legame causale (*ex ante*) e non di una nuda aggregazione statistica priva di reale potere esplicativo. È necessario, cioè, che l'antecedente del quale si vuole indagare l'efficacia causale, da dimostrare successivamente attraverso la “prova per esclusione”, possa essere effettivamente inserito nell'insieme delle *possibili cause* dell'evento concreto da spiegare nel caso singolo: e perché ciò sia possibile è necessario dimostrare che esistono dei casi in cui antecedenti del tipo di quello preso in considerazione abbiano “provatamente causato” un evento del tipo di quello osservato nel caso di specie, in modo da non incorrere nella fallacia del *post hoc, ergo propter hoc*¹⁸.

Tuttavia, anche qualora venga superata questa prima difficoltà, la “prova per esclusione” del nesso di condizionamento rimarrà pur sempre *estremamente difficile*¹⁹. Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, il procedimento ipotizzato dalle Sezioni Unite può funzionare correttamente *soltanto* nei casi in cui siano conosciute *tutte le possibili cause* di un evento – senza, cioè, che residui una percentuale di casi privi di una qualche spiegazione eziologica – e si sia poi in grado, nel caso concreto, di escludere l'intervento di *tutte le possibili causa meno una*, che potrà essere ritenuta (a quel punto con certezza) condizione necessaria dell'evento.

C'è poi da aggiungere un'ultima considerazione, che rende ancor più ostico immaginare una significativa ricaduta pratica della “prova per esclusione”: ci si riferisce al fatto che, anche nelle eventualità in cui si conosca *ogni possibile causa* di un evento, l'accusa dovrà pur sempre provare, e provare *al di là di ogni ragionevole dubbio* (leggi: con *pratica certezza*), il mancato intervento, nel caso concreto, di ogni singolo fattore causale diverso dal comportamento dell'imputato. Ove tale prova mancasse, infatti, si dovrebbe immancabilmente riconoscere all'imputato il

¹⁸ Sul tema, v. in dettaglio D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, cit., p. 4832 ss.

¹⁹ STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, cit., p. 1237.

beneficio del dubbio, oggi espressamente codificato anche nell'art. 533 c.p.p., col conseguente, obbligato, esito assolutorio del giudizio.

Concludendo sul punto, si può dunque affermare che ciò che conta realmente non è tanto (e non è solo) il coefficiente percentualistico della regolarità invocata per giungere alla spiegazione dell'evento, bensì il grado elevato di *probabilità logica* – intesa come *credibilità razionale* della proposizione che afferma il nesso di condizionalità necessaria tra la condotta dell'imputato e l'evento lesivo – che la conclusione raggiunta dal giudice deve possedere, per essere rispettosa delle regole che presiedono all'attribuzione della responsabilità, nel *contesto* del processo penale.

È senz'altro vero, dunque, che una *elevata credibilità razionale* – o, per utilizzare la terminologia più ricorrente nella giurisprudenza di legittimità, una *probabilità logica confinante con la certezza* – può essere raggiunta anche partendo da frequenze statistiche medio-basse, qualora si seguano, in modo rigoroso, le cadenze descritte in dettaglio nelle pagine precedenti: tuttavia, spetta sempre al giudice, nello schema logico-argomentativo tracciato dalla sentenza Franzese, il compito di verificare, sulla base delle evidenze disponibili nel caso di specie, la reale concretizzazione nel caso specifico della legge scientifica che si ritiene rilevante, e ciò indipendentemente dal coefficiente percentualistico del *nomos* invocato per la spiegazione dell'evento.

3. *Gli sfuggenti contorni giurisprudenziali del concetto di probabilità logica*

Una volta chiarito che il problema pratico della spiegazione causale non attiene tanto al grado di probabilità della generalizzazione invocata (alto, medio, o basso che esso sia), bensì all'effettiva possibilità di raggiungere – a partire da essa – una conclusione in termini di certezza circa l'imputazione dell'evento nel caso singolo, diventa indispensabile dedicare qualche considerazione anche al tema della *probabilità logica*, che la sentenza Franzese ha posto come criterio-guida per l'interprete, accogliendo una concezione di tipo baconiano ben distinta da altre teorizzazioni, *in primis* quella pascaliana o bayesiana²⁰.

Secondo lo schema accolto dalle Sezioni Unite, dunque, essa *non* indica il grado di probabilità *soggettivamente* assegnato dal giudice alla spiegazione, *non* funge da contenitore vuoto che racchiude l'imperscrutabile apprezzamento del giudice e

²⁰ In proposito, cfr. ampiamente COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano, p. 5 ss.; ID., *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in TILLERS - GREEN (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, 2003, p. 192 ss.

nemmeno coincide con il coefficiente percentualistico della legge di copertura (la c.d. probabilità statistica): essa esprime, per usare le parole di Carnap, «il grado di fiducia che può essere attribuito all'ipotesi esplicativa formulata, rispetto all'evidenza disponibile ed alle pertinenti assunzioni nomologiche»²¹.

Il tema merita qualche precisazione, poiché è proprio su questo terreno che sono emersi, nella prassi giurisprudenziale dell'ultimo decennio, i più significativi “*problemi intrinseci*” legati all'utilizzo dei principi enunciati dalla sentenza Franzese²², che molte volte sono stati di fatto aggirati, pur in presenza di un dichiarato «ossequio formale»²³ nei loro confronti.

Le sezioni Unite descrivono la probabilità logica come ciò che consente di affermare che «la conclusione è caratterizzata da un “alto grado di credibilità razionale”», ossia come la «“certezza processuale”, che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione “necessaria” dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio»²⁴.

²¹ Così CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, (1966), trad. it. 1971, Milano, p. 52 ss. Nel suo significato più genuino, dunque, la probabilità logica (o credibilità razionale) non esprime altro che il *grado di conferma* di un enunciato causale singolare, derivante dalle *prove* e dal *sostegno nomologico* disponibile: in tal senso già STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 222 ss. In tema, fondamentali anche le riflessioni svolte da TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 271.

²² Il fenomeno è stato ripetutamente segnalato dalla dottrina: si vedano, *ex multis*, STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1923 ss.; DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2183 ss.; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1994; MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, cit., p. 591; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2133 ss.; BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1265 ss., il quale mette espressamente in guardia contro le «degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale», segnalando come spesso, in giurisprudenza, «si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale».

²³ L'espressione è mutuata dalla relazione dell'Ufficio del Massimario relativa alla Giurisprudenza delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, anni 2002-2004, del 15 gennaio 2005, p. 10.

²⁴ Interessante la prosecuzione del ragionamento svolto dalle Sezioni Unite, ove si afferma che parlando di credibilità razionale «s'intende fare riferimento (...) ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità. La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la “probabilità statistica” attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la “probabilità logica”, seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare,

Affermare la sussistenza del nesso eziologico con alto grado di probabilità logica vuol dire, allora, null'altro che aver raggiunto la *certezza processuale* sul punto, sulla base dell'intero compendio probatorio acquisito nel corso del processo. Il che equivale, nella sostanza, ad aver fugato ogni ragionevole dubbio sulla ricostruzione del nesso causale, la cui sussistenza può essere dunque affermata con certezza: certezza processuale – inevitabilmente distante da un'inattuabile (e non certo solo per il giudice) certezza assoluta – ma pur sempre certezza.

Il punto è di capitale importanza, poiché molti fraintendimenti nascono proprio dalla tendenza della prassi giurisprudenziale a trattare come (processualmente) certo ciò che è, al più, soltanto (processualmente) probabile.

Senza che sia possibile, per evidenti ragioni di spazio, analizzare dettagliatamente tutte le pronunce che sono incappate in questo surrettizio svuotamento dei principi tracciati dalle Sezioni Unite, si possono tuttavia segnalare almeno due linee principali di emersione del fenomeno.

La prima è già stata analizzata e si riferisce alla mancata *sicura* esclusione di *tutti* i possibili decorsi causali alternativi, a fronte dell'utilizzo di generalizzazioni che esprimono semplici frequenze medio-basse di probabilità frequentista.

Emblematica, sul punto, la casistica giudiziaria relativa alla causazione del mesotelioma pleurico, nel caso di soggetti esposti ad amianto: in tali ipotesi, il giudizio controfattuale viene impostato a partire da leggi statistiche tutte dotate di coefficienti pacificamente lontani dalla certezza²⁵, che vengono asseritamente corroborate attraverso la *sicura esclusione* di fattori causali alternativi, la quale, tuttavia, viene affermata pur in presenza di un contesto scientifico che – come nell'esempio del cloruro di vinile monomero analizzato nel paragrafo precedente – non è ancora riuscito ad individuare tutte le *possibili cause* in grado di innescare quella specifica patologia. Come icasticamente si chiedeva Roxin: «come può il giudice decidere su controversie scientifiche, se la scienza non è in grado di farlo?»²⁶.

Eppure non sono rari i casi in cui, ancora oggi, si manifesta la figura del giudice che «si faccia scienziato»²⁷ e decida di bypassare le incertezze scientifiche sulla base del proprio convincimento, che esclude (apoditticamente) la possibile efficacia eziologica di fattori alternativi: così, nella recente sentenza emessa nella vicen-

contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale».

²⁵ Per un'analisi dettagliata della questione, v. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1523 ss.

²⁶ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Monaco, 1997, § 11-12, riportato da ROMANO, *Nesso causale e leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 901, al quale si rinvia per una esaustiva analisi della questione.

²⁷ Si veda BRUSCO, *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 61 ss.

da c.d. Fincantieri²⁸ si è affermato – nonostante congrue evidenze scientifiche di segno contrario – che «il mesotelioma, che resta forma tumorale abbastanza rara, non poteva insorgere negli operai che ne sono rimasti vittima per cause diverse dalla esposizione ad amianto, la quale costituisce praticamente fonte esclusiva (salvo qualche rara eccezione che qui non ricorre la malattia dipende in via esclusiva dalla predetta esposizione)». La Suprema Corte, in questa occasione, ha semplicemente ritenuto di poter pretermettere la valutazione dell'effettivo grado di credibilità razionale dell'ipotesi accusatoria, attribuendole d'imperio il sigillo della *probabilità logica confinante con la certezza*, pur in presenza di un contesto scientifico tutt'altro che certo e di un diverso avviso giurisprudenziale – compiutamente espresso nelle sentenze pronunciate in relazione alle vicende c.d. Montefibre²⁹ e Ferrovie Trento Male³⁰ – che richiama apertamente il giudice all'obbligo di spiegare *perché* ritenga *processualmente certa* una determinata ricostruzione, nel contesto di una valutazione che non consente margini di scelta discrezionale circa il sapere scientifico utilizzabile (che deve, dunque, essere integralmente e compiutamente preso in considerazione)³¹.

Come si vede, il richiamo alla sicura esclusione dei fattori causali alternativi può facilmente trasformarsi, se applicato in maniera difforme dai rigorosi dettami delle Sezioni Unite, in un mero artificio retorico, un espediente per ritenere validato, senza che in realtà sia stato davvero percorso, il ponte che segna il passaggio da un'ipotesi causale meramente probabilistica a un'effettiva certezza processuale, ancorata al riscontro di un'elevata credibilità razionale, circa la fondatezza del legame causale posto a fondamento dell'accusa³².

Se quella appena descritta è la forma più sottile di manipolazione del concetto di probabilità logica, più grossolana – ma non per questo meno pericolosa e, soprattutto, meno diffusa nella prassi – è la tendenza consistente nel dedicare alla verifica del *grado di certezza processuale* dell'ipotesi «un passaggio motivazionale

²⁸ Cass. pen., 24 maggio 2012, n. 33311, in *Dir. pen. cont.*, con nota di ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*.

²⁹ Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Dir. pen. processo*, 2010, pp. 185 ss., con nota di PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*.

³⁰ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in questa *Rivista*, 2011, pp. 469 ss., con nota di BARNI, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*.

³¹ Sul punto, si veda anche Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 22471, in *Dir. pen. cont.*, con nota di PIRAS, *L'impunità dei germi e i germi dell'impunità*.

³² Come ricorda ROMANO, *Nesso causale e leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 906 «affinchè il rischio di manipolazioni giudiziali sia scongiurato, o almeno ridotto al minimo, occorre che le diverse alternative siano nel processo rigorosamente vagliate e concretamente escluse». Analogamente DONINI, *Il garantismo della condicio*, cit., p. 937, secondo cui leggi esplicative di valore probabilistico modesto possono trovare applicazione solo ove «sia davvero possibile escludere altre concause esclusive e alternative operanti in concreto».

puramente decorativo»³³. In tali casi, cioè, si fa leva sulla semplice assonanza fra “probabilità del nesso causale che lega condotta ed evento” e “probabilità logica”, finendo per far coincidere la seconda con la prima.

Volendo citare solo un esempio, tratto dall’ampia casistica in materia di responsabilità colposa dell’operatore sanitario, si può ricordare un caso recentemente sottoposto al vaglio della Cassazione³⁴, nel quale la Corte territoriale aveva ritenuto sussistente il nesso causale rifacendosi esclusivamente alle conclusioni del perito, che aveva stimato come la condotta doverosa omessa avrebbe importato, se tenuta, una probabilità di sopravvivenza pari all’80%. Su tale probabilità statistica veniva fondata, senza alcuna ulteriore considerazione, la probabilità logica dell’accertamento causale, riconoscendo l’elevata credibilità razionale, prossima alla certezza processuale, dell’ipotesi accusatoria. Non sorprende, allora, che la Suprema Corte abbia annullato senza esitazione la sentenza, rilevando che «il giudizio controfattuale è basato esclusivamente su dati statistici» e che il percorso di accertamento tracciato dalla sentenza Franzese si basa su un concetto di probabilità logica ben diverso da quello fatto proprio dalla sentenza di merito.

Anche su questo punto, allora, si può ritenere che il cammino indicato dalle Sezioni Unite sia ancora in pieno svolgimento: che vi possano essere deviazioni, anche gravi, rispetto al *dictum* delle Sezioni Unite, è un dato verosimilmente fisiologico, rispetto all’enorme numero di sentenze di legittimità e di merito prodotte ogni anno in giurisprudenza. Del resto, se per oltre un ventennio è stato possibile assistere a una giurisprudenza (per di più, ampiamente maggioritaria) i cui contenuti affondavano le radici in un’interpretazione della legge contrastante, nella sostanza, con il dettato costituzionale, non è probabilmente ragionevole attendersi che, dopo appena dieci anni dalla rilettura operata delle Sezioni Unite, tutti gli angoli bui risultino pienamente illuminati e tutte le questioni controverse felicemente risolte. Ciò che conta, tuttavia, è che dottrina e giurisprudenza ribadiscano con forza che, per quanto complicato possa presentarsi sotto il profilo del puntuale riscontro processuale, l’accertamento al quale il giudice è chiamato deve in ogni caso pervenire a un esito di probabilità prossima alla certezza. Poco importa se tale conclusione, anche in giurisprudenza, debba assumere alle volte i connotati di una ossessiva ripetizione: come è stato recentemente ricordato, infatti, «quando il giudice di legittimità ribadisce principi apparentemente ovvi, ciò appare come segnale di slittamenti della prassi, da arginare ribadendo quei principi che appaiono disattesi»³⁵.

³³ Così DELL’OSSO, *Probabilità logica e “logiche” giurisprudenziali della mera probabilità: la Cassazione ribadisce i “veri” principi della sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, attualmente in corso di stampa.

³⁴ Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2012, in CED n. 253502.

³⁵ PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 28.

4. *Il rebus dell'efficacia condizionante della condotta omissiva e la recente "riscoperta" della causalità commissiva*

Un altro profilo altamente problematico, all'interno del perimetro applicativo espressamente considerato dalla sentenza Franzese, è quello relativo al tema della causalità omissiva: senza che sia possibile dedicare alla questione, in questa sede, più che un cenno fugace, merita comunque di essere ricordata quell'autorevole opinione critica³⁶, per così dire "radicale", che ritiene che il modello delineato dalla sentenza Franzese – pronunciata, peraltro, proprio in relazione a un'ipotesi di causalità omissiva – non sia applicabile, in virtù della natura bifasica dell'accertamento in essa descritto, proprio in relazione alle ipotesi di causalità dell'omissione.

Tale tesi, in particolare, si colloca in un più ampio orizzonte concettuale che, riecheggiando un vivace dibattito che era in corso di svolgimento già nei primi anni novanta³⁷, ritiene indifferibile, con specifico riferimento ai reati omissivi colposi, un radicale congedo – già in via interpretativa – dai criteri di accertamento tipici della causalità, dovendosi prendere atto dell'impossibilità di accertare in termini "reali" l'efficacia eziologica di un'omissione, ossia di un atto che, in quanto mai compiuto, semplicemente "non è"³⁸.

Tuttavia, sebbene si tratti di un'opinione innegabilmente suggestiva e raffinatamente argomentata, essa non sembra sottrarsi all'insuperabile obiezione di chi osserva che, enunciata in questi termini, «la tesi è palesemente *contra legem*»³⁹. L'abbandono della teoria condizionalistica sul terreno dei delitti colposi omissivi – in assenza di qualsivoglia modifica normativa volta a introdurre fattispecie di mera

³⁶ VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679-1680, secondo il quale sarebbe stato «persuasivamente dimostrato come lo schema bifasico della sentenza Franzese non possa strutturalmente operare rispetto ad una situazione in cui, per definizione, l'evento costitutivo del reato non è causato dalla condotta dell'imputato, bensì da fattori a lui del tutto estranei». In precedenza, nei medesimi termini, MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., pp. 493 ss.

³⁷ Per tutti, v. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 839 ss., cui si rinvia anche per i relativi, ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁸ Per un recente accoglimento giurisprudenziale di questa tesi, cfr. Trib. Pisa, 27 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, con nota critica di ASTORINA, *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*. La sentenza è pubblicata anche in *Dir. pen. cont.*, con nota di BISACCI, *Condotta incauta e condotta causale: sovrapposizioni e discriminazioni in sede di accertamento di causalità e colpa*. In dottrina, sembrano condividere nella sostanza tale conclusione, non senza significative diversità di accenti, anche BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in Id. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 75 ss.; ID., *Il problema della causalità penale*, cit., pp. 85 ss.; R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 147 ss.; ID., *Causalità giuridica*, cit., p. 249 ss.

³⁹ Così, in particolare, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir. (Ann.)*, Milano, 2010, p. 689.

condotta, imperniata sulla mera creazione di un pericolo di lesione nei confronti del bene giuridico – finisce infatti per obliterare del tutto il ruolo centrale del disvalore di evento, per spostare l'intero equilibrio sul fronte del disvalore d'azione, integrato dalla condotta antidoverosa che ha diminuito le *chances* di salvezza del bene giuridico oggetto di tutela⁴⁰.

Il rischio, qui, è quello di tornare a schemi di attribuzione della responsabilità (in relazione a delitti d'evento) analoghi a quelli messi al bando dalle Sezioni Unite, aggirando il problema dell'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito attraverso l'impropria deviazione di una questione la cui natura è e resta schiettamente causale (e dunque attinente alla tipicità del fatto), sui binari della teoria della colpa.

Pertanto, se in ossequio al modello adottato dal codice (e fatto proprio dalla sentenza Franzese) l'affermazione circa la causalità della condotta non può non implicare, nei reati omissivi, la conclusione che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito il verificarsi dell'evento lesivo – «provata la causalità della condotta risulta provata, allora, anche la causalità della colpa»⁴¹ – l'auspicato abbandono della teoria della *condicio sine qua non*, nei reati omissivi impropri, finirebbe col rendere superflua tale verifica e legittimerebbe, una volta spostata la questione dell'evitabilità dell'evento in presenza del comportamento alternativo lecito esclusivamente nel campo della colpa, il ricorso a valutazioni di carattere probabilistico, pacificamente ammesse sul versante della colpevolezza⁴².

Un'analisi compiuta della questione richiederebbe spazi di approfondimento incompatibili con quelli a disposizione di questo contributo: tuttavia, è interessante segnalare come, nella prassi successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, le preoccupazioni manifestate dalla tesi dottrinale in esame, circa il carattere eccessivamente arduo dell'onere probatorio che altrimenti verrebbe a gravare sull'organo d'accusa, abbiano determinato, specialmente in relazione al settore della responsabilità colposa del sanitario, un curioso “mutamento di paradigma”, in base al quale moltissimi casi che, in precedenza, venivano impostati secondo le cadenze tipiche della causalità dell'omissione (si contesta al medico di non aver prescritto la terapia corretta o di aver omissso il trattamento chirurgico più appropriato), vengono oggi “riletti” in una chiave tesa a valorizzare gli schemi interpretativi elaborati sul fronte della causalità commissiva (si contesta al medico di aver prescritto la terapia

⁴⁰ DONINI, *Il garantismo della «condicio sine qua non» e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 921.

⁴¹ In questi termini, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 689.

⁴² Sul grado di probabilità necessario per affermare la cd. causalità della colpa, si vedano in particolare FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 690 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 196 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 408 ss.

sbagliata o di aver optato per un trattamento chirurgico non indicato).

La ragione di tale improvvisa riscoperta è presto detta: si ritiene, infatti, che una volta che sia stata accertata l'esistenza di un nesso di causalità materiale tra una condotta attiva dell'agente e l'evento lesivo verificatosi, al giudice non sarebbe più richiesto di confrontarsi – sul fronte causale – col problema del comportamento alternativo lecito (rispondendo alla seguente domanda: cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse comportato correttamente?), in quanto tale questione sorgerebbe soltanto nei casi di condotte aventi natura omissiva.

Nel contesto della causalità commissiva, invece, il problema appena illustrato – che non atterrebbe più alla causalità materiale ma andrebbe ricondotto nell'alveo dell'imputazione giuridica della responsabilità – sarebbe da collocare più correttamente nel recinto della colpevolezza, all'interno del quale potrebbero essere utilmente invocate categorie di accertamento più flessibili, *in primis* l'aumento del rischio. Con il conclusivo corollario che l'eventuale minor disvalore della condotta antidoverosa che abbia semplicemente diminuito le probabilità di salvezza del bene giuridico potrebbe riemergere efficacemente in termini di dosimetria della pena, spingendo il giudice a orientare il proprio giudizio di commisurazione verso l'estremo inferiore della cornice edittale.

Non sembra, tuttavia, che un mero mutamento di etichetta – causalità commissiva invece che causalità omissiva – sia in grado di spostare realmente i termini del problema: come ricordato perentoriamente dalle Sezioni Unite, infatti, la responsabilità per la *causazione di un evento* può essere affermata, nel nostro ordinamento, solo laddove sia processualmente certo che, senza la condotta dell'agente, lo stesso non si sarebbe verificato. Ogni soluzione che, accontentandosi di surrogati come la "sicura rilevanza statistica della condotta" (cioè, il ripudiato criterio dell'aumento del rischio), obliteri il problema della reale efficacia eziologica del comportamento dell'agente, mutando surrettiziamente l'oggetto del giudizio controfattuale (non più il verificarsi dell'evento, bensì la sua aumentata probabilità), dà dunque vita a una sostanziale dequotazione dell'evento lesivo, che regredisce da elemento costitutivo della fattispecie a mera condizione oggettiva di punibilità: un risultato che, ieri come oggi, si colloca al di fuori dei confini del sistema penale vigente, come la sentenza Franzese non ha mancato, doverosamente, di sottolineare.

5. *I limiti estrinseci della sentenza Franzese: in particolare, il concorso morale e la causalità psichica*

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, la sentenza Franzese ha lasciato in eredità agli studiosi molte questioni ancora aperte e da esplorare. Tra le più interessanti, sebbene non molto frequentate dagli studi penalistici sulla causa-

lità⁴³, vi è quella sottesa alla concretizzazione delle leggi causali nel complicato settore della c.d. “causalità psichicamente mediata”, ossia in quel particolare ambito dell’agire umano in cui l’evento non sia rappresentato da un accadimento naturalistico, bensì da una decisione altrui⁴⁴.

La dottrina, sul punto, si interroga da tempo circa l’utilizzabilità del modello causale classico, di tipo condizionalistico e basato su un giudizio controfattuale, anche per l’accertamento in chiave eziologica dell’interazione psichica fra soggetti che operino nell’ambito di un contesto penalmente “significativo”. Se, da un lato, non sono rare le voci, anche molto autorevoli, che negano autonoma dignità alla categoria della “causalità psichica”, ritenendo che sia necessario esaminare le interazioni psichiche penalmente rilevanti secondo modelli esegetici alternativi, del tutto al di fuori dell’universo delle relazioni causali⁴⁵, dall’altro lato non mancano gli interpreti – che anzi rappresentano l’orientamento maggioritario – che continuano a propendere per la tesi secondo cui, «anche per il mondo psichico, sono da postulare leggi, generalizzazioni, regole»⁴⁶, alla luce delle quali analizzare l’ef-

⁴³ Sul punto, nella letteratura tedesca, cfr. per tutti KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988, *passim*; ID., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, p. 510 ss. Sul tema, inoltre, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, p. 29 ss. Da noi, un inquadramento sistematico della causalità psichica penalmente rilevante si ritrova ampiamente in ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 367 ss.; si vedano, inoltre, CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in Canestrari-Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p. 187 ss.; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 843 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 7 ss.; SERENI, *Istigazione al reato ed autoreponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p. 95-96; CINGARI, *Causalità psichica e massime d’esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 769 ss.; BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari ai modelli differenziati*, Torino, 2010, p. 5 ss.; MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 1111 ss.

⁴⁴ Sul tema, cfr. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 915 ss.

⁴⁵ Cfr., in questo senso, PADOVANI, *La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 405, secondo cui «la causalità “psichica” è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *topoi* concettuali frusti e bislacchi». Critici, sul punto, anche RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 7, per cui l’espressione «“causalità psichica” è per taluni aspetti impropria e, per altri, eccessivamente generica»; nonché CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., p. 199, secondo il quale «sul piano fenomenologico la denominazione appare carente dal punto di vista della capacità semantico-descrittiva», per cui «più che di causa, si dovrebbe parlare di evento psichico di una condotta».

⁴⁶ Così ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 918, e *ivi* ulteriori riferimenti; nella letteratura tedesca, cfr. in particolare K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen 1931, p. 13 ss.; ID., *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 247, 264 ss.

fettivo contributo del partecipe alla realizzazione del reato commesso in concorso morale con altri.

Il dibattito inerente alla causalità psichica – estremamente articolato e “trasversale” rispetto a molte fattispecie di parte speciale, dalla truffa all’associazione per delinquere, dalla violenza sessuale di gruppo alla recente induzione indebita a dare o promettere utilità, per finire alla tematica sempre insidiosa dei confini del concorso esterno nel reato associativo – presenta confini troppo estesi per poter essere qui anche solo grossolanamente riassunto. Tuttavia, non appare inutile interrogarsi sulla possibilità di ricorrere – e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti – allo schema interpretativo tracciato dalla sentenza Franzese anche per verificare l’effettivo valore causale del contributo psichico del partecipe, se non altro perché tale controllo pare innegabilmente imposto dalla clausola generale di atipicità espressa dall’art. 110 c.p., secondo cui tutti coloro che concorrono nel medesimo reato sono sottoposti alla medesima pena.

La totale assenza, qui, di ogni specifica tipizzazione normativa delle forme di concorso, sia esso materiale o morale, fa sì che l’unico criterio a disposizione del giudice, per selezionare i contributi rilevanti rispetto all’evento che costituisce il reato, sia quello dell’accertamento della loro *concreta incidenza causale*. La scelta codicistica a favore di un paradigma atipico, dunque, non esprime affatto un atteggiamento di indifferenza da parte del legislatore del 1930 ma segna, al contrario, una consapevole considerazione della multiforme connotazione che può caratterizzare – e, pressoché immancabilmente, caratterizza – il reato plurisoggettivo, che trova il proprio minimo comune denominatore proprio nel paradigma causale di imputazione.

Se, dunque, è innegabile che il concorso morale appartenga a buon diritto alla categoria «delle “sottigliezze empiriche” del diritto penale»⁴⁷, potendo essere integrato da contributi talmente variabili da rendere addirittura plastica la dialettica fra la rigidità delle categorie giuridiche utilizzate in astratto per descriverlo e la mutevolezza della realtà fenomenica a cui esso fa riferimento⁴⁸, ciò non toglie che, per poter assumere autonoma rilevanza penale, la partecipazione psichica debba sempre costituire una condizione necessaria del reato, un elemento decisivo di “spinta” all’azione del partecipe che materialmente realizza il reato, secondo la nota metafora che ravvisa nell’azione di costui solo l’estremità appuntita del proiettile, che «penetra a cuneo nel vivo del bersaglio, ma che ha dietro tutta la massa che urge, e con la sua spinta vince la resistenza incontrata dal cuneo di punta»⁴⁹.

⁴⁷ Così MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, cit., p. 1114.

⁴⁸ Sul tema del concorso morale come “fatto psichico” v. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell’interazione psichica*, in De Francesco-Piemontese-Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, p. 185 ss.; COCO, *L’imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, spec. p. 16 s.

⁴⁹ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 5.

Osservando le spinte “centrifughe” che, nella prassi giurisprudenziale, hanno talvolta determinato l’erosione degli standard connessi al rispetto del modello causale-condizionalistico, per far posto a modelli più flessibili di valutazione dei contributi psichici penalmente significativi, imperniati su interpretazioni in chiave soggettivistico-psicologica dei fatti psichici⁵⁰, pare allora di grande attualità *proprio* il percorso logico-argomentativo delineato dalla sentenza Franzese, che costituisce – allo stato attuale dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – il migliore ancoraggio al fondamentale canone costituzionale di determinatezza della fattispecie, ineludibile centro gravitazionale attorno al quale devono ruotare tutte le categorie del sistema penale.

Sul punto – che qui non si può far altro che indicare come soluzione ragionevolmente praticabile, senza potersi dilungare in compiute dimostrazioni ed esemplificazioni – il *dictum* delle Sezioni Unite pare attagliarsi in modo particolarmente efficace al problema, nella parte in cui chiarisce che il ricorso a una generalizzazione non basta a fondare il nesso di causalità, perché entra sempre in gioco la necessità di rilevare la pertinenza della legge al caso concreto, ossia di pervenire alla conclusione – non soltanto attraverso l’esclusione di possibili fattori causali alternativi ma, *in primis*, attraverso la dimostrazione positiva, ancorata al compendio probatorio acquisito nel corso del processo – che *proprio quella* è la spiegazione che convince.

Questa fondamentale dimensione *pratica* della verifica causale – che, in assenza di leggi scientifiche potrà pur sempre ricorrere, con gli opportuni stringenti controlli dovuti al loro minor grado di verificabilità empirica, anche a massime di esperienza, purché frutto di solide basi cognitive e non di mere speculazioni – rende forse meno nette, sul piano operativo e della prova, le profonde distanze *teoriche* che separano gli opposti orientamenti appena ricordati, in merito alla possibilità di tratteggiare efficaci generalizzazioni esplicative laddove si abbia a che fare con la libera determinazione della volontà delle persone.

Infatti, fino a che non intervenga nell’ordinamento una radicale rinuncia – ad oggi difficile da pronosticare, e comunque certamente non auspicabile – al paradigma del concorso di persone su base istigativa, la verifica causale che tale istituto postula non potrà che essere condotta secondo le cadenze consuete: in particolare, rimane insuperabile la necessità di ravvisare un nesso eziologico tra la condotta dell’istigatore e quella dell’istigato, solo che al relativo accertamento, su base controfattuale, il giudice potrà pervenire anche «argomentando da una pluralità di segni vagliati anche in base alle esperienze soggettive e oggettive di casi simili: elementi di prova che, insieme ancora una volta alla esclusione di altra ragionevole alternativa, potranno consentirgli di “passare” da un mero *post hoc* ad un “proces-

⁵⁰ Per una rassegna, v. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, cit., p. 1115 ss.

sualmente certo” *propter hoc*»⁵¹.

Anche sull'accidentato fronte della causalità psichica, dunque, i principi enunciati dalle Sezioni Unite contribuiscono a fare da argine verso quelle forme di responsabilità che pretenderebbero di radicarsi in una sorta di “zona franca” della tipicità, larvatamente svincolata dal pieno rispetto dei principi costituzionali di legalità e colpevolezza.

Il già citato richiamo a un *concetto forte di giurisdizione*, che costituisce il carattere più genuinamente distintivo della sentenza Franzese, si estende dunque anche nei territori – estranei all'oggetto specifico di quella pronuncia – della prova dell'istigazione accolta: anche in quest'ambito, il giudice non potrà far leva sulla precarietà del sostrato nomologico disponibile per affermare, autoritativamente, un proprio convincimento intimo e arbitrario, ma sarà chiamato a fornire motivazioni adeguate e razionalmente controllabili alle proprie decisioni, vagliando criticamente i diversi elementi di prova acquisiti nel crogiolo processuale: così, dichiarerà la responsabilità dell'istigatore a titolo di concorso morale, laddove possa concludere «che nella specie è altamente logicamente probabile che la concreta condotta di quel singolo sia stata realmente determinata dall'altro; oppure, ove solo gli resti ancora un ragionevole dubbio, assolverà»⁵².

⁵¹ In questi termini, del tutto condivisibilmente, ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 919, il quale formula l'esempio di C, il quale uccida D proprio perché E lo abbia istigato a farlo. In tale ipotesi, il giudice potrà accertare la sussistenza del nesso eziologico sulla base di elementi diversi dalla generalizzazione invocata come schema esplicativo sottostante (schemi che le recenti evoluzioni delle ricerche neuroscientifiche promettono di definire con sempre crescente precisione), quali ad esempio «i rapporti tra E e C, la risalente inimicizia tra E e D, la figura dominante e tiranna di E e/o la suggestionabilità di C, le pressioni ripetute del primo e le deboli rimostranze del secondo; e così via».

⁵² ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 922.