

FRANCESCO MUCCIARELLI

Omissione e causalità ipotetica:

qualche nota

ABSTRACT:

L'accertamento del nesso di causalità ipotetica in ambito penalistico richiede in primo luogo l'individuazione in astratto della condotta doverosa omessa, per poter quindi formulare una congettura concreta (antecedente virtuale) da inserire mentalmente nella serie causale onde verificarne la portata impeditiva rispetto all'evento. Problematica cruciale è inoltre la valutazione, basata su tutta l'evidenza disponibile, delle ipotesi alternative di decorso causale e del grado di probabilità idoneo a far propendere per una delle possibili ricostruzioni della causalità. Ulteriore eventualità da contemplare è la molteplicità di antecedenti virtuali, che dà luogo al c.d. inter-omettere, determinando riverberi sul nesso di causalità e sulla conseguente ascrizione di responsabilità.

From a criminal law perspective the investigation over the hypothetical causative relationship between an omission and a given event requires the previous identification of the dutiful conduct omitted by the agent and then making a conjecture (virtual antecedent) to be mentally inserted in the concrete situation in order to verify its attitude to avert the event. A crucial matter is the evaluation, using a complete empirical basis, of alternative causal explanations of the event itself and the probabilistic standard to be adopted. A further possibility is the multiple virtual antecedents scenario, so-called inter-omission, which implies a peculiar causative relationship and liability imputation.

KEYWORDS:

Causalità, Omissione, Evento, Nesso eziologico.

Causality, Omission, Event, Causative relationship.

© 2011, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

FRANCESCO MUCCIARELLI

Omissione e causalità ipotetica: qualche nota

0. *Premessa* – 0.1. *Causalità reale e causalità ipotetica* – 0.1.1. *Una specificazione con riguardo all'“omissione”* – 0.1.2. *La descrizione dell'“omissione”* – 0.1.2.1. *Una precisazione linguistica e la “causa di un evento”* – 1. *La causalità dell'omissione e le mosse del suo accertamento* – 2. *Le peculiarità della causalità ipotetica* – 2.a. *La determinazione della condotta doverosa omessa* – 2.a.i. *L'individuazione in astratto della condotta omessa* – 2.a.ii. *La traduzione dell'astratto obbligo di agire in una congettura concreta* – 2.a.iii. *La collocazione dell'antecedente virtuale (la congettura concreta) nella serie di antecedenti che ha effettivamente cagionato l'evento* – 2.b. *La valutazione della portata impeditiva dell'omissione (rectius: della condotta doverosa omessa)* – 2.b.1. *Tutta l'evidenza disponibile e la spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria* – 2.b.1.1. (segue) *Tutta l'evidenza disponibile e la spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria nelle ipotesi di causalità ipotetica* – 2.b.2. *La misura della probabilità del non verificarsi dell'evento singolare* – 2.b.3. *La molteplicità degli antecedenti virtuali: l'inter-omettere.*

0. *Premessa*

La sentenza delle Sezioni Unite 10 luglio 2002¹ (d'ora innanzi *sentenza*

¹ Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, n. 27, pres. Marvulli, rel. Canzio, PM Iadecola, ric. Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss., con nota di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Cass. pen.*, 2002, 3643 ss., con nota di BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli; un nuovo inizio per la giurisprudenza*; in *Foro it.*, 2002, II, 598 ss., con nota di DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite* [ma vedi anche ID., *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Ind. pen.*, 2004, 1115; ID., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 665]; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 con le osservazioni di STELLA, *Etica e razionalità nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, ivi, 767; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, 1994; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di re-*

Franzese) costituisce senza dubbio un approdo significativo nel mai esaurito dibattito sull'accertamento causale² e, più in dettaglio, sulle regole alle quali il giudice deve conformarsi quando sia chiamato a decidere della *rilevanza causale*³ di una condotta umana (attiva od omissiva) rispetto a un evento costitutivo di reato. Ma questo attracco è a ben vedere ancora provvisorio, come forse si conviene a ogni ricerca, piccola odissea nella quale nessun approdo fornisce definitivo e appagante porto sicuro. Sicché in quasi tutto mi trovo d'accordo con le notazioni di Narvaez Mora, che pongono domande tutt'altro che retoriche.

sponsabilità penale per medical malpractice, in *Corr. merito*, 2006, 969. In proposito, sebbene anteriore alla ricordata sentenza, v. anche DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 81. Un quadro completo e critico della giurisprudenza anteriore alla *sentenza Franzese* è fornito da GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, a cura di Forti-Bertolino, Napoli, 2007, vol. I, 729.

² Segnano un punto di riferimento aggiornato e criticamente esaustivo dello 'stato dell'arte' in materia ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., 891; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010. Un'arte che principia con ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen 1931 per proseguire con MACKIE, *The Cement of the Universe. A study of Causation*, Oxford, 1974; CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts*, in *University of Chicago Law Review*, 43, 1975, 69; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975 (nonché 2^a ed., Milano, 2000); HART-HONORÉ, *Causation in the Law*, 2^a ed., Oxford, 1985; WRIGHT, *Causation in Tort Law*, in *California Law Review*, 73, 1985, 1737; ID., *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, 435; ID., *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, in *Iowa Law Review*, 73, 1988, 1001; ID., *Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution and the extent of Legal Responsibility*, in *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, 1071.

³ A ben vedere, al di là delle differenti connotazioni linguistiche, l'oggetto dell'accertamento concerne la rilevanza causale della condotta (attiva od omissiva) dell'agente: il riferimento alla rilevanza (causale) permette di cogliere un profilo tuttavia significativo. Un evento è determinato da una serie di antecedenti che lo hanno preceduto, sicché il nome di "causa" dovrebbe essere riservato soltanto a detta serie, posto che ciascuno degli antecedenti che la compongono costituisce una condizione necessaria, ma non sufficiente per il verificarsi di quell'evento. Cfr da ultimo BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di Bartoli, Firenze, 2010, 147; ID., *Causalità giuridica*, cit. In questo senso v. il fondamentale saggio di STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 e il suo storico volume *Leggi scientifiche* cit. Si noti ancora la distinzione fra singole condizioni necessarie e causa sufficiente, formula, quest'ultima, che vale a indicare l'insieme delle condizioni necessarie: cfr PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, III ed., Torino, 2008, 254.

Ridotto all'estrema sintesi, lo snodo assolutamente problematico della sentenza consiste nella necessità di rispondere all'interrogativo di come debba atteggiarsi il giudizio causale quando la singolarità del fatto ne impedisca (almeno apparentemente) la sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, ovvero quando la legge di copertura non offra un grado di probabilità segnatamente alto in ordine alla portata impeditiva della condotta doverosa omissa, della quale si debba appunto valutare l'idoneità inibente rispetto all'evento *hic et nunc* verificatosi.

Chiamati a questo compito tutt'altro che agevole, i Giudici della legge offrono della questione un criterio ermeneutico di matrice processuale, che ne sposta il cuore sul terreno della prova⁴. Al cospetto del passaggio cruciale della 'individualizzazione' del ragionamento causale, i richiami alla "evidenza disponibile" e "alla spiegazione alternativa che confuta l'ipotesi accusatoria" paiono in qualche misura allontanarsi dal canone della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, nel momento stesso nel quale la nozione di "evidenza" porta con sé una componente qualitativa difficilmente riducibile al(l'apparentemente) sicuro dato quantitativo, tradizionalmente caratteristico dell'approccio scientifico (almeno delle scienze della natura, secondo la classificazione di Dewey). Né a esito diverso conduce la valutazione del richiamo alla confutazione possibile in presenza di una spiegazione alternativa: ancora una volta a far difetto sembra essere il criterio *scientifico* (?) in forza del quale decidere perché la spiegazione alternativa è in grado di smentire quella accusatoria. Vien da chiedersi se queste cadenze argomentative non scontino in realtà un assunto (inespresso) del seguente tenore:

(a) *se un evento E si è verificato nella realtà fenomenica, vi è necessariamente una e una sola serie di antecedenti⁵ che ha prodotto l'evento E.*

Pizzi (il logico) e Maiwald (il giurista) ritengono che da un evento è sempre possibile risalire (nell'ordine delle cose) alla causa (intesa come la serie di

⁴ Cfr CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1193; ID., *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 1971.

⁵ A ben vedere designiamo 'antecedenti' altri eventi soltanto perché si tratta di fatti della realtà fenomenica (al pari dell'evento E) che però si sono verificati prima dell'evento E: in altri termini 'antecedenti' ed 'evento' sono tutti egualmente fatti della realtà fenomenica, mentre la differente connotazione linguistica allude al diverso punto di vista dal quale ci poniamo. Sicché chiamiamo 'evento' quel fatto della realtà fenomenica che, in un particolare contesto, interessa spiegare causalmente, mentre attribuiamo il nome di 'antecedenti' all' 'infinito' numero di fatti della realtà fenomenica che cronologicamente precedono l'evento, essendo il dato della collocazione temporale rispetto al fatto della realtà fenomenica da spiegare causalmente il primo necessario, ma non sufficiente, criterio selettivo per giungere alla individuazione della serie causale che ha effettivamente determinato l'evento accaduto in un 'qui' e in un 'ora'.

antecedenti che ha prodotto l'evento singolare): questa congettura (qui molto semplificata) può essere elevata a ipotesi di lavoro con una variante:

(a₁) *da un evento è sempre possibile risalire alla causa, mentre non è sempre possibile affermare che tale causa possa essere individuata.*

Il senso della variante merita d'essere precisato: nella situazione data, potrebbe accadere che, o per difetto di elementi concreti, sui quali compiere l'accertamento, o per mancanza di leggi scientifiche esplicative (in quanto non ancora disponibili), non sia possibile procedere alla selezione, fra gli antecedenti che hanno preceduto l'evento, di quelli da designare come causalmente rilevanti (secondo una o più leggi scientifiche di copertura). Sicché l'assunto (a), valido sul piano ontologico⁶, non appare altrettanto convincente sul versante epistemico, dove sembra invece valere (a₁): tuttavia la non negabile forza dell'assunto sul piano ontologico finisce con l'imporre al Giudice della legge di trovare un canone esplicativo ulteriore, capace cioè di governare situazioni nelle quali il ricorso al sapere scientifico non conduce a una soluzione compiutamente appagante.

A ben vedere il nucleo problematico comprende a due distinte questioni: da un lato se sia effettivamente necessario 'spingersi a nord' e investigare ulteriormente e non piuttosto arrestarsi, prendendo atto dell'impotenza (relativa allo specifico caso) dell'approccio scientifico e, conseguentemente, affermare l'insussistenza del collegamento causale (o, più esattamente, la non accertabilità dello stesso secondo la regola della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, ciò che conduce a identico esito sul piano dell'accertamento giudiziale)⁷.

⁶ Forse e più propriamente *ontico*, nel senso non heideggeriano con il quale il termine viene adoperato nella filosofia della scienza contemporanea, come riferito a relazioni oggettive fra eventi.

⁷ Si vedano i differenti punti di vista, ad esempio, di CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289; ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: necessità del ricorso a leggi universali statistiche con coefficiente percentuale vicino a cento: il ruolo del giudice e del consulente medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 589 ss.; ID., *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo del diritto penale*, Milano, 2004, *passim*, da un lato e di BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio di probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 1875 ss. dall'altro. In proposito v. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 309; DI GIOVINE, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità, il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 157 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale*, cit., 63; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1994.

Dall'altro, una volta che si sia ritenuto necessario proseguire oltre, occorre cercare paradigmi ermeneutici tali da attribuire alle pur perspicue formule della "evidenza disponibile" e della "spiegazione alternativa che confuta l'ipotesi accusatoria" contenuti rigorosi, come pare indispensabile al cospetto del rilievo che ad essere in gioco è l'accertamento della sussistenza di un elemento costitutivo della fattispecie: e la ricordata esigenza si manifesta con particolare evidenza quando la spiegazione causale prospettata al giudicante si trovi fronteggiata da altra e diversa spiegazione, ovvero, ancora (e con peculiare riferimento alla causalità omissiva) quando si debba decidere quale grado di probabilità deve "raggiungere" la condotta omessa per affermarne la rilevanza impeditiva⁸.

Alla prima questione la *sentenza Franzese* dà un'implicita risposta affermativa, quasi ritenendo che vi siano ambiti della causalità che non rientrano nel paradigma delle leggi scientifiche di copertura (la c.d. causalità singolare, ovvero quei contesti 'umani' – 'troppo umani' ? – nei quali non vi sono adeguate leggi di copertura), sicché, ove il fatto costituente reato avvenga in siffatti territori o abbia tali caratteristiche, l'esigenza dell'accertamento causale non può essere elusa in ragione delle ricordate peculiarità⁹. Per vero la questione meriterebbe ben altro approfondimento, posto che, indipendentemente dal modo semplificato con il quale è stata qui riassunta, alcuni profili della stessa pongono all'interprete interrogativi non aggirabili. Esempificando: è poi così vero che la c.d. causalità singolare è estranea allo statuto della spiegazione secondo leggi scientifiche? In che senso dobbiamo assumere la formula 'leggi scientifiche di copertura' nel presente contesto? Esistono davvero frangenti umani ('troppo umani') da essere estranei alla statuto della scienza, posto che gli eventi di cui discorre il penalista sono fatti della realtà fenomenica che – un po' approssimativamente – avvengono tutti in un mondo compiutamente governato dalla fisica newtoniana e, per ciò, dalle tradizionali scienze della natura, mondo al quale sono estranee le questioni 'filosofiche' poste dal principio d'indeterminatezza o dalla fisica quantistica?¹⁰

⁸ È il caso di notare che nella causalità ipotetica (od omissiva) spesso il problema si pone – come si cercherà di mostrare in seguito – con riferimento a una spiegazione alternativa.

⁹ Per una lettura della *sentenza Franzese* e dei suoi profili problematici in questo senso, v. per tutti BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 249 s., in particolare 292 s.

¹⁰ La questione rimanda a una tematica ben più ampia, che in questa sede può essere soltanto accennata. Il criterio della falsificabilità rispetto ad un evento singolare pone problemi non lievi: l'individuazione di un corvo bianco è accolta pacificamente come enunciato empirico idoneo a falsificare la legge (di forma universale) 'tutti i corvi sono neri'. Notato che sia la asserzione che falsifica sia la legge falsificata si presentano formate da enunciati empirici controllabili tramite esperimento, non può sfuggire che l'evento singolare costituito dal rinvenimento di un corvo bianco permette quantomeno di considerare falsificata la legge 'tutti i corvi sono neri'. Diversamente, se l'enunciato

Anche soltanto tentare di fornire risposte a queste domande condurrebbe ben oltre il tema in discussione, sicché converrà tornare rapidamente alla seconda questione, avvertendo che forse qualcuno dei profili implicati dai ricordati interrogativi troverà riscontro nello svolgimento del presente discorso.

La seconda delle questioni in qualche misura lasciata aperta dalla decisione delle Sezioni Unite concerne il contenuto sostanziale delle formule riguardanti l'“evidenza disponibile” e la “confutazione tramite spiegazione alternativa dell'ipotesi accusatoria” (o, più precisamente, a quali condizioni la spiegazione alternativa possa dirsi confutativa dell'ipotesi accusatoria), formule che determinano lo spostamento della soluzione del problema sul piano processuale (probatorio).

0.1 *Causalità reale e causalità ipotetica*

Come è stato acutamente notato¹¹, la giurisprudenza della Corte di

da verificare fosse ‘Napoleone ha avuto un incubo la notte prima della battaglia di Waterloo’, la possibilità di applicare a un tale enunciato singolare il criterio della falsificazione potrebbe trovare ostacoli insormontabili sul piano teorico. Per vero si potrebbe però osservare che il rinvenimento di un diario di Napoleone stesso, che racconti che la notte prima della battaglia finale egli stesso ebbe un sonno tranquillo (o il ritrovamento di una lettera, nella quale il mamelucco di guardia racconta di una notte serena dell'imperatore) potrebbe valere come confutazione della congettura circa l'incubo. A ben vedere si verte in un territorio nel quale le asserzioni hanno un grado di empiricità assai ridotto e i modi di falsificazione scontano l'assunzione che sia vero quanto scritto nel diario di Napoleone o nella lettera del mamelucco della guardia imperiale: a giustificazione dell'assunto in discorso si è costretti a portare una massima di esperienza (il che erode in qualche misura il canone della legge scientifica almeno in questi ambiti?). In questo senso si veda Cass. Sez. IV, 15 ottobre 2002, in *Foro it.*, 2003, II, 406. Pronuncia, unitamente ad altre dello stesso segno, vivacemente criticata da STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali* (Cass. Sez. IV pen), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 23. In senso analogamente critico, v. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit.; D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di Cassazione sull'“oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 753. Una sorta di replica si legge in BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2599; ID., *Applicazioni concrete*, cit., 1875. da un più generale punto di vista, DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., 397.

¹¹ Il riferimento va al lucido e approfondito studio condotto da BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 75, alle cui osservazioni sono debitore per lo sviluppo dell'argomentazione

Cassazione formatasi successivamente al *dictum* della sentenza *Franzese* rivela, sul piano metodologico, un approccio differenziato al problema dell'accertamento causale e tale differenziazione sembra trarre origine proprio dalla circostanza che i criteri ermeneutici ulteriori delineati nella ricordata pronuncia non appaiono dotati della sperata rigidità e determinatezza, soprattutto quando a essere in gioco è la valutazione del grado di probabilità impeditiva della condotta doverosa omessa¹².

Venendo alla rilevata distinzione d'approccio, essa trascorre non già sul piano tradizionale, incardinato sul binomio azione/omissione (dunque causalità attiva *versus* causalità 'omissiva'), bensì su un bipolarismo differente, radicato nella diversità del decorso causale oggetto del giudizio: da un lato

(i) casi nei quali il decorso causale è 'reale', contrassegnato dalla presenza effettiva della condotta umana fra gli antecedenti che precedono l'evento,

dall'altro

(ii) casi nei quali il decorso causale è 'ipotetico', caratterizzato invece dalla 'mancanza di qualcosa' (la condotta umana doverosa, che avrebbe dovuto esserci e non ci fu).

Riducendo al suo nucleo essenziale la differenza, si sarebbe tentati di affermare che in (ii) entra in gioco un elemento normativo (la mancanza di qualcosa può essere colta nel mondo del diritto soltanto a partire da una regola che 'impone' a quel 'qualcosa' di esserci), mentre in (i) si ha a che fare esclusivamente con elementi della realtà fenomenica (da questo punto di vista, infatti, la condotta umana non differisce in nulla da qualunque altro antecedente che precede l'evento nel *continuum* spazio-temporale).

Assegnando convenzionalmente la qualificazione di *causalità ipotetica*¹³ a (ii), non deve sfuggire che tale qualificazione inerisce non già al risultato dell'accertamento, posto che anche in (i) non è sempre possibile (o, forse, è comunque impossibile¹⁴) giungere a una spiegazione dotata di

che si trova nel testo. Il tema è stato poi ripreso e approfondito dallo stesso BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

¹² Cfr DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss.

¹³ Accolgono questa nomenclatura MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3ª ed., Milano, 2009, 207; MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523.

¹⁴ Se si dovessero condividere le considerazioni che verranno successivamente svolte, si dovrebbe riconoscere che neppure nei casi di causalità reale è possibile giungere comunque ad un grado di certezza in termini di irrevocabile assolutezza ontologica.

un grado di certezza assoluto, bensì al rilievo che in (ii) un'esigenza categoriale del diritto penale (il disposto dell'art. 40 cpv c.p.) impone di introdurre nella serie degli antecedenti causali 'reali' (che ha effettivamente determinato l'evento) un antecedente non esistente nella realtà fenomenica, ma congetturalmente ipotizzato secondo determinate regole (delle quali si dirà). Un tale antecedente, che potrebbe essere convenzionalmente chiamato 'antecedente virtuale' (Av), rappresenta il riverbero dell'omissione, dell'anti-doveroso non agire nella concretezza del reale. Ed è interessante notare che dal ricordato esame della giurisprudenza di legittimità successiva alla pronunzia delle Sezioni Unite emerge un diverso modo di atteggiarsi: più rigoroso e garantista nelle vicende dove si dibattono casi di causalità reale rispetto a quelle nelle quali si ragiona in termini di causalità ipotetica¹⁵. Siffatta diversità è all'apparenza un po' paradossale (e forse lo è oltre l'apparenza), ma potrebbe dipendere dall'esigenza di cui s'è detto in principio, secondo cui la Corte di Cassazione si è fatta carico di governare sul piano ermeneutico anche quelle situazioni di c.d. causalità singolare, dove la sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura sembra non condurre a esiti esaurienti.

0.1.1. *Una specificazione con riguardo all'"omissione"*

L'interrogativo cruciale posto da Narvaez Mora, interrogativo che si rifrange sull'intero tema affrontato dalla sentenza di cui si discorre, può essere ridotto ad una domanda elementare: cos'è l'omissione?

Una risposta formalmente ineccepibile, ma del tutto preliminare, si esaurisce nel dire che l'*omissione* equivale a un semplice *non fare*. La correttezza descrittiva di una simile definizione (omettere ≡ non fare) non è tuttavia sufficiente per il giurista, e segnatamente per chi, occupandosi dell'accertamento causale dal punto di vista del diritto, è chiamato a dover tener conto delle regole convenzionali fissate dall'ordinamento (in specie quella dettata dall'art. 40 cpv c.p.).

A ben vedere l'equivalenza omettere ≡ non fare non è poi così ricca di significato anche al di fuori di un discorso normativo: se dico che Piero non è andato a comprare il latte, per certo affermo che Piero non ha agito e trasmetto questa informazione. Ma quello che interessa al destinatario della comunicazione è che Piero ha non-fatto qualche cosa (comprare il latte) e non tanto il semplice non agire di Piero¹⁶. Un piccolo passo ulteriore conduce su un terreno immediatamente prossimo a quello norma-

¹⁵ Cfr BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 75.

¹⁶ Anche dicendo "Piero non ha fatto nulla" in genere mi riferisco, tramite il contesto, a qualcosa che Piero avrebbe dovuto fare, o che ci si attendeva che facesse.

tivo-giuridico: la rilevanza del non comprare il latte (cioè della non-azione qualificata dall'oggetto dell'azione stessa) dipende dalla circostanza che Piero si era impegnato ad acquistare il latte, generando per tal modo un affidamento in ordine alla circostanza (futura) che la bevanda sarebbe stata disponibile, una volta comperata.

Un impegno di tal genere ha valore soltanto morale e la rilevanza dell'omissione dipende dal contesto:

- l'impegno di Piero era 'con se stesso', perché aveva detto a se stesso che, tornato a casa, gli avrebbe fatto piacere prepararsi un frullato;
- l'impegno era una promessa generica fatta alla moglie, uscendo di casa al mattino;
- l'impegno era una specifica risposta alla domanda della moglie, che gli aveva chiesto di acquistare il latte destinato alla preparazione di un budino per la cena;
- l'impegno era una specifica assicurazione data alla moglie, che gli aveva chiesto di acquistare il latte per preparare la cena per il figlio di pochi mesi.

Ciascuno dei casi esemplificati evidenzia che l'omissione implica non soltanto 'qualcosa' di ulteriore rispetto al semplice non-esserci (alla pura inazione), ma rinvia anche a una regola (nei casi indicati soltanto deontologica/morale e non giuridica) che richiede che quel 'qualcosa' venga fatto. La circostanza che gli impegni non rispettati da Piero siano sforniti di sanzione giuridica rende certi che la regola violata non sia una norma di diritto, ma ciò non esclude affatto che, sul versante contenutistico, il modello concettuale sia il medesimo: anche il non agire di Piero rileva infatti:

- (α) per il contenuto significativo della comunicazione (non aver comprato il latte);
- (β) in quanto sussiste un precedente impegno (un dovere?) di agire in un determinato modo (facendo qualcosa; rispetto all'esempio: 'quel qualcosa' rappresentato dall'acquistare il latte).

Si può allora forse precisare il valore dell'equivalenza tra 'omettere' e 'non fare': la portata semantica del termine 'omettere' rimanda piuttosto a un campo nel quale l'esigenza di attivarsi dipende da un impegno/obbligo/dovere, ciò che implica che all'omissione corrisponda un 'qualcosa' che avrebbe dovuto essere realizzato nella realtà fenomenica e non lo fu. A nessuno sfugge che identico schema concettuale innerva la regola dell'art. 40 cpv c.p., dove la condotta, della quale dovrà poi apprezzarsi la rilevanza causale impeditiva, dipende tanto nella sua esistenza giuridica (come adempimento) quanto nel suo contenuto (quale forma

fenomenica che avrebbe dovuto assumere) dall'esistenza di un obbligo giuridico che esprime il comando di agire¹⁷. Specificando ulteriormente: la condotta omessa esiste come tale nel mondo del diritto in quanto vi sia una corrispondente norma giuridica precettiva che la prevede come obbligatoria, ma sempre quella norma condiziona e contribuisce a descriverne (unitamente alla situazione di fatto nella quale il comando di agire deve realizzarsi) il riverbero concreto (in altri termini: quali caratteri concreti avrebbe dovuto assumere nel contesto dato l'esecuzione del precetto, profilo quest'ultimo di cruciale peso nell'economia dell'accertamento della rilevanza causale impeditiva).

Sul piano giuridico (e, forse, non soltanto su quello) a essere rilevante non è tanto il non agire, il non aver fatto, quanto piuttosto il non aver fatto 'qualche cosa': più precisamente, il non aver posto in essere la condotta che l'omittente aveva l'obbligo giuridico di realizzare. Il riflesso fattuale dell'inadempito obbligo giuridico di agire è l'antecedente virtuale (Av), la cui tipicità dipende dalla rilevanza causale (impeditiva), che deve essere ulteriormente accertata. Utilizzando ancora l'esempio di Piero e del latte, ad essere rilevante è il mancato acquisto del latte (cioè il riverbero del 'non-esserci' dell'azione nel mondo della realtà fenomenica), quindi il mancato adempimento dell'impegno (dell'obbligo giuridico, se l'acquisto del latte fosse richiesto da una norma giuridica). In altri termini: a venire in considerazione è propriamente quella condotta che avrebbe dovuto essere realizzata e non lo fu: ad attirare l'attenzione del giurista (e non solo) è propriamente la *condotta mancante*, intesa nella sua congetturale concretezza¹⁸ e non la sua semplice mancanza (il suo 'non-esserci') inteso come la violazione dell'astratto comando di agire.

Se la sequenza argomentativa fin qui sviluppata non merita di essere censurata, non è azzardato ritenere che il nucleo sostanziale dell'omissione consiste nell'antecedente virtuale e non tanto nel semplice non agire: sotto questo punto di vista è allora irrilevante cosa non si è fatto o cosa si è fatto invece che compiere l'azione doverosa¹⁹.

¹⁷ GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; CADOPPI, *Il reato omissivo improprio*, Padova, 1993; da ultimo, v. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, cit., 523.

¹⁸ Quanto interessa è il riflesso nella realtà fenomenica di un elemento fattuale che non ci fu e che viene ipotizzato come esistente, anche se non si verificò. Il che è specialmente apprezzabile sul versante della valutazione della consueta rilevanza impeditiva della condotta omessa.

¹⁹ Mette conto di notare che, a certe condizioni, può essere rilevante la situazione diversa dall'azione doverosa omessa: il bagnino che non interviene perché soggetto passivo di un sequestro di persona, ma questa situazione non incide sulla circostanza

Il contenuto dell'omissione, il riverbero fattuale dell'inadempito obbligo giuridico di attivarsi, assume distinte configurazioni a seconda della struttura della norma che impone di agire. Da questa diversità strutturale promana la classificazione tradizionale fra reati omissivi propri e reati omissivi impropri (ovvero commissivi mediante omissione, formula definitoria, quest'ultima, già forse più esatta, ma per certo maggiormente suggestiva della pregnanza peculiare che assume in tali fattispecie la condotta mancante)²⁰.

Semplificando grandemente, se la norma incriminatrice descrive in modo tipico la condotta che la norma stessa impone di tenere sotto la comminatoria penale, si parla di reato omissivo proprio; se invece la norma incriminatrice proibisce il verificarsi di un determinato evento come conseguenza di una condotta, l'obbligo di agire (cioè: il comando di tenere una determinata condotta) deriva da una norma bensì giuridica, ma diversa dalla norma incriminatrice: in questo caso (che trova il suo riferimento generale nel canone dell'art. 40 cpv c.p.) si parla di reati omissivi impropri, avvertendo che dovrà poi essere accertata la rilevanza causale impeditiva dell'antecedente virtuale (riverbero fattuale della condotta omessa violando l'obbligo giuridico di agire). Agevole arguire che in entrambe le fattispecie il disvalore è espresso (e la stessa *ratio puniendi* deriva) dal *deficit* del comportamento atteso/richiesto dall'ordinamento.

Ferma questa nota unificante (che conferma come il contenuto della condotta mancante costituisca il nucleo d'interesse), occorre ancora osservare che nei reati omissivi impropri l'accertamento giudiziale non può limitarsi alla verifica della mancanza della condotta tipizzata nella norma precettiva, dovendo ulteriormente (e decisamente) essere dimostrata la rilevanza causale dell'antecedente virtuale rispetto all'evento che si è verificato e che costituisce l'oggetto dell'esplicito divieto posto dalla norma incriminatrice.

0.1.2. *La descrizione dell'"omissione"*

Constatato come la definizione 'reati commissivi mediante omissione' meglio esprima il valore della clausola normativa dell'art. 40 cpv c.p., in

che si possa/debba ulteriormente accertare se l'azione doverosa avrebbe avuto rilevanza causale impeditiva. A ben vedere, poi, in siffatte ipotesi a venire in rilievo è la ragione che ha determinato il mancato compimento dell'azione doverosa comandata dalla norma-precetto e non tanto il mero non-esserci dell'azione stessa.

²⁰ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, XVI ed. a cura di Conti, Milano, 2003, 224 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 592 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 199 ss.; PADOVANI, *Diritto Penale*, VIII ed., Milano, 2008, 115 ss.; PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, cit., 271 ss.; PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2005, 259 ss.

quanto denota la circostanza che si verte in materia di fatti-reato commissivi²¹, rispetto ai quali – proprio in forza della ricordata clausola – viene necessariamente in considerazione un’omissione (*rectius*: la rilevanza causale impeditiva dell’Av), è, sempre da questo punto di vista, possibile osservare distintamente i due problemi cruciali che dominano la tematica della causalità omissiva (o ‘ipotetica’, se si decide – come sembra opportuno – di seguire la denominazione indicata da Bartoli).

Su un versante si colloca il tema della tipizzazione della condotta omessa, da cogliere in una duplice prospettiva: a differenza dei reati omissivi propri (nei quali la condotta omessa corrisponde ed è descritta nella stessa norma incriminatrice, che contiene precetto e sanzione), negli omissivi impropri la descrizione della condotta omessa deriva da un precetto collocato al di fuori della norma incriminatrice, che l’interprete deve ricostruire già sul piano della fattispecie astratta; in altra prospettiva, determinata e descritta che sia la condotta omessa sul piano astratto, occorrerà ulteriormente tradurre il precetto in un’ipotesi (l’antecedente virtuale) che abbia le spoglie di una pur *congetturale concretezza*: sarà cioè necessario provvedere a convertire il comando di agire, ricostruito secondo lo schema astratto dedotto dalla norma precettiva, in quella che, nella realtà fenomenica, avrebbe dovuto essere la *effettiva* condotta dell’agente. Passaggio, quest’ultimo, in nessun modo eludibile, posto che l’apprezzamento della rilevanza causale di un antecedente non può che essere compiuto considerando quell’antecedente *come se* fosse un elemento della realtà fenomenica al pari di quelli effettivamente avvenuti, qualificato quindi da tutti i caratteri necessari a descriverlo *come se* in concreto fosse esistito (*come se* fosse stato posto in essere).

Sull’altro versante sta la valutazione dell’efficacia impeditiva della condotta omessa, valutazione questa che – come si cercherà di mostrare – non differisce sul terreno metodologico da quella attraverso la quale si accerta la rilevanza eziologica di un antecedente effettivamente accaduto nelle ipotesi di causalità reale, con una duplice avvertenza.

Sta in primo luogo la notazione che nell’ordinamento non esiste un indistinto obbligo generale di impedimento dell’evento costitutivo del

²¹ La formula dell’art. 40 cpv c.p., richiamando l’evento (come oggetto dell’obbligo giuridico di impedimento), suggerisce che il contesto concerne una situazione della realtà fenomenica nella quale l’evento costitutivo del reato si è concretamente manifestato, a differenza dell’ambito nel quale si collocano i reati omissivi propri, nei quali il disvalore e il fatto tipico si concentrano e si esauriscono tutti nel non-agire (nel non compiere la condotta comandata dalla norma). È forse questo profilo il dato dal quale scaturisce e si sviluppa l’alternativa fra modelli unitari e modello differenziato in tema di causalità penale: sul punto v. la lucida e approfondita analisi di BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., anche per la completa rassegna bibliografica ivi citata.

reato (*rectius*: del fatto in quanto costituente reato), bensì ed esclusivamente un obbligo di impedire determinati eventi, nella misura in cui l'agente sia a ciò chiamato da un obbligo giuridico che gli impone di tenere una certa condotta²². Espressa in termini diversi, la formula suona all'incirca così: l'obbligo legalmente posto di impedire determinati eventi è limitato ai casi nei quali agire in un determinato modo (porre in essere una certa condotta) sia imposto da una norma giuridica.

In secondo luogo, richiamando la precisazione riguardante la *congetturale concretezza* che deve assumere la descrizione della condotta omessa, non può sfuggire il rilievo che in materia di causalità ipotetica si verte necessariamente in una situazione nella quale l'oggetto dell'apprezzamento causale non è un dato della realtà fenomenica, bensì una mera congettura.

Di entrambe queste avvertenze non è possibile non tenere appropriato conto quando si debba misurare la rilevanza causale impeditiva di una condotta omessa.

Proprio a questo punto s'inserisce uno dei tanti problemi sollevati da Narvaez Mora, quando suggerisce una questione (“*l'accertamento del fatto cui applicare una legge*”) che qui riduco in termini un po' ingenui, destinati tuttavia a tornar comodi nello sviluppo del discorso. Senza alcuna pretesa di anche soltanto sfiorare il perimetro esterno di un dibattito plurimillenario, è possibile – almeno nell'universo di discorso che qui interessa – distinguere fra un *pre-categoriale* (il fatto/i fatti della realtà fenomenica) e un *categoriale*, rappresentato dalle categorie del diritto. Conviene precisare che l'opposizione *pre-categoriale/categoriale* ha qui una valenza puramente convenzionale rispetto all'ambito del discorso che si vien facendo: la designazione di *pre-categoriale*, attribuita ai fatti della realtà fenomenica che rappresentano gli antecedenti dell'evento e l'evento stesso, non vale certo come affermazione di una loro oggettività in termini assoluti, volendo nel presente ambito la designazione significare soltanto che tali ‘fatti’ dovranno essere accolti come elementi che preesistono (e sono indipendenti rispetto) alle categorie del diritto (penale), che a quei fatti si applicano per disciplinarne le conseguenze sul piano giuridico. Esemplificando: la nozione di “morte di una persona” (elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 589 c.p. in quanto evento del reato, definito da un elemento descrittivo della fattispecie) ben può essere considerata un fatto tra i fatti, precedente e indipendente rispetto alle categorie del diritto penale, che vengono in considerazione soltanto se

²² V. FIANDACA, (voce) *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 126; ID., *Il reato colposo mediante omissione*, Milano, 1979; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1284.

quel fatto è stato cagionato da una colpevole e anti-giuridica condotta umana (attiva od omissiva). A ben vedere quella nozione, che convenzionalmente possiamo indicare come ‘fatto della realtà fenomenica’, sconta un giudizio di carattere scientifico, posto che – almeno in determinati contesti – il concetto di ‘morte’ (di una persona) non è definibile sulla base di quella che Husserl chiamerebbe ‘immediata evidenza’²³, bensì sulla scorta di parametri fissati dalla scienza medica: sicché, impiegando ancora una volta l’opposizione *pre-categoriale/categoriale*, si potrebbe dire che il fatto E della realtà fenomenica è definibile come “morte di una persona” sulla base delle categorie (dei parametri) fissati da un ambito convenzionale (nel caso: quello delle scienze mediche). La non-categorialità – ovvero una differente (rispetto a quella del diritto penale) categorialità del fatto-evento “morte di una persona” – è alternativa l’esito della quale è indifferente di fronte alle esigenze dell’accertamento della rilevanza causale di una condotta umana in diritto penale.

Assumere convenzionalmente come dato ‘oggettivo’ il fatto della realtà fenomenica costituente l’evento del reato non implica un impegno sulla precedente questione della ‘oggettività’ di quel fenomeno/fatto della natura, né comporta controindicazione alcuna – una volta che la questione ora cennata sia oggetto di una *epoché* fenomenologica – all’impiego della distinzione *pre-categoriale/categoriale*. In quest’ottica l’evento singolare E (cioè il ‘fatto’ assunto convenzionalmente nel suo essere un dato ‘oggettivo’ appartenente alla realtà fenomenica) viene dunque in considerazione necessariamente prima e indipendentemente rispetto alle categorie del diritto (penale), sicché la spiegazione causale di quell’evento non può che essere condotta secondo le regole proprie delle scienze della natura che presidiano l’ambito nel quale l’evento stesso si è verificato: più precisamente, di quelle scienze che le caratteristiche dell’evento indicano come appropriate a darne una lettura sul versante eziologico²⁴.

²³ HUSSERL, *Ricerche logiche*, vol. II, Milano, 1968, 416.

²⁴ Per esemplificare: se l’evento è la “morte di una persona”, saranno le scienze mediche a fornire il bagaglio di informazioni necessario. Volendo precisare: se dopo una prima valutazione medica di carattere generale, si dovesse riscontrare una lesione all’apparato respiratorio, verranno in gioco le specializzazioni di questo settore, cui dovranno essere eventualmente sommate competenze di tipo oncologico, se la lesione fosse riconducibile a un siffatto genere di patologia. E di qui si dovrebbe procedere ad affinamenti e approfondimenti ulteriori, anche in ambiti diversi da quello strettamente medico, se la lesione e la malattia dovessero suggerire ipotesi esplicative legate all’esposizione a sostanze cancerogene. Come ognuno vede si tratta di un processo che interamente precede le regole proprie del diritto (penale).

0.1.2.1. Una precisazione linguistica e la “causa di un evento”

Prima di procedere oltre, conviene una precisazione di carattere linguistico: sul versante *pre-categoriale* identificare la causa di un evento significa propriamente individuare (in modo tendenzialmente completo) la serie degli antecedenti che hanno prodotto l'evento stesso, senza alcuna connotazione ulteriore rispetto a quella della loro rilevanza eziologica: cioè della predicabilità rispetto agli stessi di un giudizio di valenza causale, giudizio che – come si è detto – non può essere formulato in termini rigorosi se non all'interno di parametri di carattere scientifico.

Convenzionalmente (e la convenzione sembra essere accolta anche dal dettato degli artt. 40 e 41 c.p.) possiamo attribuire il nome di *causa* a ciascuno degli antecedenti che, facendo parte della serie causale, hanno contribuito alla determinazione dell'evento, fermo restando che tale giudizio dipende dall'esistenza di una o più leggi scientifiche che lo giustifichino. E quindi, per essere “causa” nel senso qui considerato, l'antecedente deve essere ‘condizione contingentemente necessaria dell'evento’²⁵. Ferma questa convenzione, non deve sfuggire che a cagionare un evento sono tutti gli antecedenti, ciascuno dei quali costituisce – secondo adeguate leggi di copertura – una delle condizioni necessarie (ma di per sé non sufficiente) per il verificarsi dell'evento stesso in un ‘qui’ e in un ‘ora’: sicché più propriamente dovrebbe dirsi che è *causa* dell'evento l'intera serie di antecedenti individuata come eziologicamente rilevante. Siffatta notazione, forse ridondante sul piano della causalità reale, presenta invece un interesse non marginale sul versante della causalità ipotetica, posto che la condotta omessa potrà essere valutata nella sua portata impeditiva soltanto all'interno della serie causale che ha effettivamente cagionato l'evento.

Rinviano a quanto si dirà in seguito con riguardo al riflesso che la ‘descrizione’ dell'evento singolare ha sulla determinazione del campo degli antecedenti da selezionare e valutare in termini causali, sembra opportuno tener conto di due distinti rilievi: da un lato, la serie di antecedenti che cagiona l'evento è necessariamente complessa, costituita cioè da una molteplicità di distinti antecedenti, ciascuno dei quali, pur essendo partecipe della serie produttiva dell'evento, ha un peso (una rilevanza) causale differente (ma comunque pur sempre necessaria); dall'altro, all'interno di tale serie al diritto penale interessano (dal punto di vista categoriale) soltanto quelli costituiti da una condotta umana (della quale si dovrà poi valutare, sempre secondo le regole del diritto penale, l'eventuale carattere anti-giuridico e colpevole). Come è stato esattamente notato²⁶, si dovrebbe più esattamente parlare di

²⁵ V. per tutti STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1217.

²⁶ Si veda quanto esposto a nota 2 e autori ivi citati.

‘rilevanza causale’ dell’antecedente e, con specifico riferimento all’interesse del penalista, ciò che preme conoscere è propriamente l’attribuibilità di siffatta denotazione alla condotta umana che, secondo le regole *pre-categoriali* (leggi scientifiche di copertura), è stata inserita nella serie produttiva dell’evento.

Come ognun vede, nel caso della causalità reale, nel quale (a differenza delle ipotesi di causalità ipotetica) la condotta umana si è effettivamente realizzata (e quindi in nulla differisce da un qualunque altro antecedente accaduto nella realtà fenomenica), il giudizio di rilevanza causale della condotta rispetto all’evento singolare E dipende esclusivamente dalle regole *pre-categoriali* adottate nel ragionamento esplicativo. Ragionamento che nel caso della causalità reale avrà un carattere sostanzialmente ‘diagnostico’, rivolgendosi a una serie di fatti effettivamente accaduti (antecedenti ed evento) e rispetto al quale potrebbe apparire preferibile il modello nomologico-deduttivo, anche se, a ben vedere (come si cercherà di mostrare in seguito), più corretto sembra il modello abduttivo (di selezione abduttiva)²⁷. Differentemente, quando si verte in situazioni di causalità ipotetica, il ragionamento percorrerà lo schema prognostico, consistendo la domanda nel prevedere “se l’evento singolare E sarebbe egualmente accaduto qualora si fosse verificato l’antecedente A (la condotta doverosa omessa)”: notato che in tale contesto l’indagine concerne una serie congetturale (costituita com’è da fatti effettivamente accaduti fra i quali viene inserito un antecedente virtuale), il modello esplicativo sarà necessariamente quello ipotetico-abduttivo²⁸.

²⁷ Si consideri, proprio con riferimento alla causalità reale, lo schema del “ragionamento all’indietro”, illustrato da Holmes nel caso dello “Studio in rosso”: “Per risolvere un problema di questa natura è essenziale saper ragionare a ritroso. È un’arte utile e saggia, ma poco praticata, forse perché nella vita quotidiana pare più pratico far seguire al ragionamento la direzione del tempo. Per cinquanta persone capaci di ragionare sinteticamente ce n’è una sola capace di ragionare analiticamente”, A. CONAN DOYLE, *Uno studio in rosso*, in ID., *L’infallibile Sherlock Holmes*, 12ª ed., Milano, 1991, 95; v. in proposito le notazioni di GIORELLO-RICCARDI, *Causalità, necessità, spiegazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1559.

²⁸ Fissandone in epoca recente il riferimento essenziale nel pensiero di Carnap (CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971, nonché ID., *Analiticità, significanza, induzione*, Bologna, 1971; ID., *Significato e necessità*, Firenze, 1976; ID., *Introduzione alla logica simbolica*, Firenze 1976; ID., *La costruzione logica del mondo*, Torino, 1997), per un’eccellente visione del metodo nomologico-deduttivo riferita alle scienze dello spirito (per mantenere la distinzione di Dilthey), v. HEMPEL, *Come lavora uno storico*, Roma, 1977; ID., *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1986; ID., *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna, 1968, anche per quanto concerne la trasposizione del metodo nomologico-deduttivo nell’ambito della causalità singolare. Sul versante diverso del modello esplicativo ipotetico abduttivo, il riferimento cruciale va a POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972; ID., *La logica della scoperta*

Consistendo in un giudizio, la valutazione causale implica infatti e conseguentemente il rinvio a un sistema concettuale di riferimento, a un paradigma di leggi e regole all'interno del quale i fatti della realtà fenomenica (evento E e suoi antecedenti) vengono dapprima inquadrati, poi interpretati e infine 'spiegati' secondo il versante della causalità. Sarebbe però a dir poco stravagante affermare che il sistema concettuale di riferimento cui si è alluso possa essere altro dall'approccio scientifico: per usare una metafora un po' scolastica, da Galileo in poi non è seriamente contestabile che lo statuto della scienza rappresenti sul piano metodologico il solo modello esplicativo razionalmente accettabile per interpretare i fatti della realtà naturale²⁹.

Oltre questa constatazione circa la preminenza del metodo scientifico, punto fermo comunque non revocabile in dubbio sul piano di una

scientifica, Torino, 1970; ID., *I due problemi fondamentali della teoria della conoscenza*, Milano, 1987; in precedenza sull'abduzione v. PEIRCE, *Opere*, Milano, 2003, ID., *Scritti di logica*, Firenze, 1981, ID., *Le leggi dell'ipotesi – Antologia dai Collected Papers*, a cura di Bonfantini-Grazia-Prioni, Milano, 1984; ID., *La logica degli eventi*, a cura di Fabbrichesi-Leo, Milano, 1989; KEVELSON, *Peirce, Paradox, Praxis, The Image, the Conflict and the Law*, Berlin-New York, 1990; nonché, con riferimento ai profili indicati nel testo, cfr i contributi di ANTISERI, *C.S. Peirce: la conoscenza come ricerca*, in ID., *Le ragioni della razionalità*, Soveria Mannelli, 2005; BONFANTINI, *Le senios e l'abduzione*, Milano, 1987; FABBRICHESI-LEO, *Introduzione a Peirce*, Roma-Bari, 1993; PRIONI, *Introduzione a Peirce*, Milano, 1990; REILLY, *Charles Peirce's Theory of Scientific Method*, New York, 1970; TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. dir.*, n. 1, 2004. Da ultimo e per una ricostruzione attenta alle ricadute sul versante giuridico, v. BLAIOTTA, *Il realismo critico di K. Popper, un modello di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, 1997, 3869, nonché ID., *Causalità giuridica*, cit. Una precisazione appare tuttavia opportuna: nell'uso di Hempel "nomologico-deduttivo" è un modello (o schema) di *spiegazione* (che Hempel stesso contrappone con il modello statistico-induttivo), mentre il discorso di Popper concerne più propriamente il metodo scientifico, inteso in senso ipotetico-deduttivo, contro la concezione induttivistica del metodo. Ferme restando le indubbie connessioni, la prima contrapposizione si colloca sul piano del contenuto della scienza, la seconda si pone invece a livello del metodo.

²⁹ Si consideri in proposito la notazione generale di Kelsen, che segnala che il pensiero primitivo, permeato dall'animismo, forniva spiegazioni degli eventi (dava cioè ragione del loro accadere) attribuendo a "tutte le cose un'anima", sicché "spiriti invisibili ma potenti" agiscono dentro di esse, reagendo "verso l'uomo così come gli esseri umani reagiscono nei loro mutui rapporti". È questo un modo di spiegare il verificarsi di un evento, ma – come nota lo stesso Kelsen – lo strumento di emancipazione è il principio di causalità, nel senso proprio della scienza moderna, che riconosce la natura come un ordinamento di cose connesse fra loro in base a tale principio (cfr KELSEN, *Causalità e imputazione*, Appendice a ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 9ª ristampa, Torino, 2009, 207). Per una disamina storico-concettuale v. CASSIRER, *Determinismo e indeterminismo nella fisica moderna*, Firenze, 1970.

schematizzazione del problema in termini generali, stanno tuttavia questioni che s'incontrano pur sempre sul versante *pre-categoriale*, quando da asserzioni di carattere astratto si passi a osservare con maggior grado di dettaglio le concrete mosse attraverso le quali procede un accertamento causale. Impossibile essendo nel presente contesto approfondirne i distinti e variegati profili, sarà tuttavia bastevole qualche breve cenno, sufficiente però a fissare alcuni elementi, dei quali si dovrà tener conto quando si tornerà al tema dell'omissione e della sua rilevanza causale così come intesa dal capoverso dell'art. 40 c.p.

La raccolta degli antecedenti

Sta in primo luogo il problema degli antecedenti o, meglio, della loro 'raccolta'. Assunto l'evento singolare E (accaduto in un 'qui' e in un 'ora') come oggetto della spiegazione causale³⁰, esiste un solo criterio assolutamente scevro da pre-giudizi³¹ per la determinazione degli antecedenti, fra i quali operare poi la selezione di quelli che – secondo leggi scientifiche – potranno dirsi causalmente rilevanti. Tale criterio consiste nella caratterizzazione cronologica dei fatti della realtà fenomenica, sicché diamo convenzionalmente il nome di 'antecedente' a un fatto della realtà fenomenica soltanto perché si è verificato prima di un altro fatto, anch'esso appartenente alla medesima realtà fenomenica: come tali, i due fatti ora considerati sono identici e ad esser designato E come evento singolare è quello che avviene successivamente ad un altro, che per questo denominiamo antecedente A. Questa caratterizzazione, pur necessaria, è però del tutto insufficiente per una risposta alla domanda 'causale', posto che la mera collocazione temporale varrebbe soltanto a fomentare un giudizio secondo il canone a-scientifico del *'post hoc, ergo*

³⁰ La circostanza che l'evento E *hic et nunc* verificatosi sia pre-scelto come oggetto della spiegazione causale in quanto corrisponde alla descrizione tipica contenuta in una norma incriminatrice non costituisce affatto una intrusione 'categoriale' del diritto penale nella 'pre-categorialità' dell'accertamento causale: questa connotazione (l'essere l'evento singolare E riportabile alla definizione astratta contenuta in una norma penale) ha soltanto un valore segnaletico, in quanto permette di individuare, tra gli infiniti 'eventi' che accadono nella realtà naturale quello d'interesse per il penalista. Fermo restando che, dopo tale segnalazione, sarà il magistero della scienza a fornirne l'interpretazione causale.

³¹ Al termine pre-giudizi vorrebbe essere attribuita una valenza husserliana, nel senso di giudizi pre-dati, rispetto ai quali occorre una *epoché* fenomenologica: v. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, Torino, 1965; ID., *Meditazioni cartesiane*, 2^a ed., Milano, 1970; ID., *Ricerche logiche*, Milano, 1968; ID., *Esperienza e giudizio, ricerche sulla genealogia della logica pubblicate e redatte da Ludwig Landgrebe*, Milano, 1965.

*propter hoc*³². Essendo potenzialmente infiniti gli antecedenti dell'evento, e comunque, all'atto pratico, in numero particolarmente considerevole, un primo concreto (e cruciale) problema consiste nel decidere il criterio preliminare di individuazione degli antecedenti, fra i quali operare poi la selezione per determinare quelli che compongono la serie causale che ha effettivamente cagionato l'evento e che, quindi, potranno essere designati come 'antecedenti causalmente rilevanti'. In altri termini: impossibile essendo la ricognizione di tutti gli antecedenti che hanno preceduto l'evento, la fase preliminare dell'accertamento causale sconta l'esigenza di una pre-selezione, che, a sua volta, non può essere affidata all'intuizione, alla logica soltanto apparente del caso per caso e neppure a un pre-giudizio che incorpori un (magari inespresso) orientamento in ordine alla spiegazione causale stessa. Un'inadeguata ricognizione degli antecedenti finisce – a ben vedere – con il condizionare in modo decisivo le fasi ulteriori dell'accertamento causale: potrebbero essere infatti esclusi dall'analisi successiva uno o più antecedenti, il cui ruolo potrebbe risultare invece decisivo per giungere a una corretta spiegazione causale dell'evento. Già in questa fase primigenia è presente un non eliminabile coefficiente d'incertezza: per quanto la 'raccolta' iniziale degli antecedenti possa essere affidata a un ampio novero di congetture esplicative scientificamente plausibili, in modo da poter poi tener conto di una gamma di antecedenti selezionati non in base a un pre-giudizio, pare arduo negare l'eventualità (tanto minore quanto maggiore è l'accuratezza della ricognizione, comunque non riducibile a zero) che permangano al di fuori di tale pur indispensabile pre-selezione antecedenti capaci di orientare in modo diverso l'accertamento causale.

La descrizione dell'evento

L'ulteriore snodo problematico, connesso al precedente, consiste nell'evento o, più precisamente, nella sua descrizione³³. Come si è accennato³⁴, per il penalista la *descrizione dell'evento* trova senz'altro un punto di riferimento solido nella tipizzazione contenuta nella norma d'incriminazione: ma essa è descrizione necessariamente astratta e ha valore 'segnalatico', posto che la fattispecie punibile disegna, attraverso tratti essenziali per il diritto penale, un fatto in modo astratto. Verificata l'appartenenza dell'evento *hic et nunc* verificatosi al genere raffigurato nella disposizione incriminatrice, l'accertamento

³² La connotazione temporale implica esclusivamente che la rilevanza causale possa essere predicata soltanto di fatti della realtà fenomenica che hanno preceduto l'evento singolare E (in questo senso antecedenti) e non che lo hanno seguito: ma null'altro che questo, essendo tale caratterizzazione del tutto sformata di elementi selettivi sul piano contenutistico.

³³ V. il fondamentale lavoro di STELLA, *La descrizione dell'evento*, Milano, 1970.

³⁴ V. *supra*, nota 30.

causale (anche e proprio quello che interessa sul versante giudiziario) concerne comunque ed esclusivamente l'evento singolare accaduto in un 'qui' e in un 'ora'. Questa constatazione suggerisce il rilievo ulteriore che l'evento singolare (oggetto della spiegazione in chiave eziologica) dovrà essere descritto in maniera non soltanto obiettiva, ma anche secondo modi e cadenze accurati ed esaustivi: come si cercherà di mostrare in seguito, siffatta caratterizzazione tendenzialmente completa ha speciale rilevanza nelle ipotesi di causalità ipotetica, ma svela il suo valore anche quando si discute di causalità reale. La compiutezza e la precisione della descrizione dell'evento singolare condiziona infatti il numero delle congetture esplicative scientificamente plausibili, sulla base delle quali viene operata la ricognizione degli antecedenti fra i quali selezionare quelli che furono effettivamente rilevanti dal punto di vista causale. Una descrizione dell'evento non meticolosa o non esauriente potrebbe importare la esclusione di congetture esplicative plausibili³⁵, una delle quali potrebbe addirittura essere quella decisiva per individuare gli antecedenti effettivamente rilevanti. Indipendentemente dalle specificità ulteriori in tema di causalità ipotetica, l'ultima notazione pare significativa anche in tema di accertamento della portata causale dell'omissione, sol che si consideri che, per stabilire la valenza impeditiva della condotta omessa, è necessario conoscere preventivamente quale sia stata la serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento: soltanto alla luce di questa conoscenza si potrà infatti decidere se l'antecedente virtuale (Av), inserito nella serie effettiva, ne avrebbe determinato un diverso esito.

1. *La causalità dell'omissione e le mosse del suo accertamento*

Se non è infondato quanto si è fin qui detto, non sembra dubitabile che il transito obbligato, dal quale procede l'accertamento della causalità ipotetica, consiste nell'individuazione della serie di antecedenti che ha effettivamente cagionato l'evento singolare. Il ragionamento esplicativo, che guarda all'indietro (a ciò che è accaduto), indaga su fatti della realtà fenomenica e, tramite un modello di indagine sostanzialmente diagnostico,

³⁵ Si considerino in proposito due fondamentali passaggi dell'impostazione di Holmes, ben illustrativi del suo metodo, anticipatore del razionalismo critico: "Per il momento non ho ancora elementi sufficienti. È un errore gravissimo costruire teorie quando mancano gli elementi necessari. Senza volerlo, si incomincia ad alterare i fatti in modo che si adattino alle teorie, invece di far sì che le teorie collimino coi fatti", A. CONAN DOYLE, *Uno scandalo in Boemia*, tratto da ID., *Le avventure di Sherlock Holmes*, in ID., *L'infallibile Sherlock Holmes*, cit., 484. E ancora: "lo invece mi prefiggo di non avere mai pregiudizi di sorta e di seguire docilmente la guida dei fatti" A. CONAN DOYLE, *I signori di Reigate*, tratto da ID., *Le memorie di Sherlock Holmes*, in ID., *Le ultime avventure dell'infalibile Sherlock Holmes*, 6ª ed., Milano, 1987, 117.

conduce al giudizio di rilevanza causale: ciò che – avverte Narvaez Mora – è indispensabile per l’*“accertamento del fatto cui applicare la legge”*.

Detto che ragioni *‘categoriali’* proprie del diritto penale tengono al centro dell’attenzione la condotta umana³⁶, il paradigma della spiegazione causale non ne risulta modificato: individuazione della serie di antecedenti che ha cagionato l’evento E. Sicché si può non avventatamente dire, seguendo l’insegnamento di un grande empirista inglese della fine dell’800 (Sherlock Holmes³⁷), che si giunge alla individuazione della serie causale dell’evento E secondo una abduzione selettiva³⁸, certamente preferibile allo schema nomologico-deduttivo, che, fondato sostanzialmente sul nucleo concettuale della ripetitività³⁹, oltre a non sfuggire alla critica di Russell e di Popper,

³⁶ La causalità omissiva, fissata dalla formula dell’art. 40 cpv c.p., è in qualche misura l’equivalente normativo della causalità reale. In questo senso v. per tutti, FIANDACA, (voce) *Causalità*, cit., 126; ID., *Il reato colposo mediante omissione*, cit., *passim*.

³⁷ V. AA.VV., *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di Eco e Sebeok, Milano, 1983; BALDINI, *Karl Popper e Sherlock Holmes*, Roma, 1998; BRUCE, *Sherlock Holmes e i misteri della scienza*, Milano, 1997; WAGNER, *La scienza di Sherlock Holmes*, 2007.

³⁸ Approfondirono l’impostazione holmesiana del ragionamento abduttivo Peirce e, in epoca più recente, Popper. In proposito, e per il riflesso sul versante giuridico, si vedano le considerazioni di GIORELLO-RICCIARDI, *Causalità*, cit., 1559; di PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, 234 e di BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit.

³⁹ Si ricordi il divertente esempio di russelliana memoria, che vale anche come critica radicale all’idea di leggi scientifiche verificate una volta per tutte. In un allevamento statunitense un tacchino decise di formarsi una visione del mondo scientificamente fondata (una *wissenschaftliche Weltanschauung*, come avrebbero detto i neopositivisti del *Wiener Kreis*). “Fin dal primo giorno questo tacchino osservò che, nell’allevamento dove era stato portato, gli veniva dato il cibo alle 9 del mattino. E da buon seguace del modello nomologico-deduttivo non fu precipitoso nel trarre conclusioni dalle sue osservazioni e ne eseguì altre in una vasta gamma di circostanze: di mercoledì e di giovedì, nei giorni caldi e nei giorni freddi, sia che piovesse sia che splendesse il sole. Così arricchiva ogni giorno il suo elenco di una proposizione osservativa in condizioni le più disparate. Finché la sua coscienza induttivista non fu soddisfatta ed elaborò un’inferenza del seguente genere: ‘Mi danno il cibo alle 9 del mattino’. Purtroppo questa concezione si rivelò incontestabilmente falsa alla vigilia di Natale, quando, invece di venir nutrito, fu sgozzato” Russell cit. in CHALMERS, *Che cos’è questa scienza*, Milano, 1979, 24. È agevole arguire che il modello predittivo del tacchino è fondato su un pregiudizio ontologista, che, come tale, non esiste (in linguaggio logico, *non extat*: è privo di fondamento). Per quanti casi possano essere enumerati, non v’è nulla che garantisca che il prossimo caso rientrerà anch’esso nell’inferenza tratta dalle osservazioni, in quanto gli esperimenti concepibili e le osservazioni possibili sono infinite per numero e tipologia. Sicché l’unico metodo scientifico valido è il metodo deduttivo dei controlli, basato sulla messa alla prova della teoria tramite le asserzioni che se ne possono dedurre, presupponendo l’obbligo, per il ricercatore, di formulare le sue asserzioni

finisce con l'introdurre problemi ulteriori proprio nei casi (non infrequenti nel panorama penalistico) nei quali si è di fronte a un evento singolare difficilmente riportabile a un evento-modello collocabile in una delle classi di fenomeni, alle quali si rivolge la spiegazione scientifica. Accede infatti allo statuto della spiegazione scientifica e, più in generale, della scienza, il carattere della generalizzazione, consistendo essenzialmente la 'legge scientifica' nella formulazione di proposizioni di carattere esplicativo riguardanti categorie di fenomeni individuati attraverso i caratteri essenziali che li contraddistinguono sotto il versante che interessa l'approccio (scientifico), caratteri a partire dai quali essi vengono considerati come tratti della realtà fenomenica⁴⁰. Il passaggio dal contenuto di carattere generale, proprio della legge scientifica, alla individualizzazione della spiegazione dell'evento singolare, specialmente necessaria nel mondo del diritto penale, costituisce – a veder bene – lo snodo maggiormente problematico quando si verte in tema di 'causalità reale', soprattutto nelle situazioni nelle quali la 'singolarità' dell'evento ne rende ardua la riduzione ad uno dei modelli riferibili a leggi scientifiche esplicative. Fermo restando il non rinunciabile ricorso allo statuto scientifico per qualunque spiegazione causale che pretenda di avere un senso razionale, non può sfuggire il rilievo che, al di là di ogni neopositivistica illusione, neppure nel contesto della causalità reale può correttamente dirsi che il grado di certezza dell'accertamento possa attingere il c.d. 100%. A tacer di ogni considerazione in ordine alla inesistenza di leggi scientifiche a contenuto (ovvero di valore) universale, valide cioè sempre e comunque⁴¹, basti qui far

in modo tale che esse siano falsificabili (smentibili, confutabili, in opposizione agli asserti verificabili giudicati sensati dall'empirismo tradizionale) in sede di esperimento. Popper sostituisce così l'idea di una scienza basata sulla pura *routine* dell'enumerazione con quella di una scienza di ardite congetture e ricerca continua dell'errore, in vista della verità, che resta un ideale regolativo. Con la pubblicazione a Vienna nell'autunno del 1934 (data di stampa 1935) del libro di Popper *Logik der Forschung* si passa dall'era dell'empirismo logico a quella del razionalismo critico.

⁴⁰ Per quanto concerne il punto di vista che qui importa, la caratteristica delle legge scientifica (fornire una spiegazione di carattere generalizzante, idonea a comprendere sotto le proposizioni che la compongono una serie quanto più vasta di fenomeni raggruppati per genere o classe e da questa spiegazione trarre ipotesi di carattere predittivo rispetto al verificarsi in futuro di eventi di quella medesima classe) diverge da quanto interessa l'accertamento causale in diritto penale, che è unicamente orientato alla spiegazione eziologica di un evento singolare. Tale divergenza è tanto maggiore quanto maggiore è la 'ricchezza' di elementi che caratterizzano l'evento *hic et nunc* verificatosi da quelli costituenti i 'modelli' di evento in relazione ai quali è conformata la legge scientifica.

⁴¹ Il canone della falsificabilità della legge scientifica come criterio di selezione epistemologica preclude in radice la possibilità di attribuire a una legge scientifica uno statuto di assolutezza. Precisando: una legge di forma universale assoluta, intesa come una legge dimostrata una volta per tutte e non più suscettibile di falsificazione, non è più

cenno al problema – già prima rammentato – della individuazione ‘completa’ degli antecedenti fra i quali selezionare quelli ‘causalmente rilevanti’. Pur di fronte alla causalità reale, l’esito dell’anche più accurato degli accertamenti vale come ‘convenzionalmente vero’ (cioè allo stato delle conoscenze): un risultato comunque eccellente, considerando soprattutto che i fatti dei quali si occupa il penalista stanno tutti nel mondo delle scienze della natura, governati da leggi di matrice newtoniana⁴².

Disporre del preventivo accertamento della causalità reale (cioè: l’individuazione della serie di antecedenti che ha effettivamente prodotto l’evento) costituisce l’indispensabile assunto di partenza per l’indagine in ordine alla causalità ipotetica, la cui natura strutturalmente congetturale è stata così ben illustrata: “il paradigma ha natura ipotetica, traducendosi necessariamente in un periodo ipotetico dell’irrealtà nel quale in protasi si inserisce un enunciato, relativo all’antecedente condotta umana, di tenore controfattuale”⁴³. Secondo quest’ultimo schema – indotto dall’esigenza categoriale fissata dall’art. 40 cpv c.p. – è la stessa domanda cui occorre dar risposta a implicare la necessità di principiare dall’avvenuto accertamento della spiegazione causale dell’evento. Come si potrebbe infatti porre in termini razionali il quesito “l’evento singolare E si sarebbe verificato egualmente, se fosse intervenuto l’antecedente A?”, se non previamente conoscendo la serie causale che ha effettivamente cagionato l’evento E⁴⁴? In mancanza dell’assunto di partenza, qualunque congettura circa la portata impeditiva della condotta omessa non potrebbe essere falsificabile e, conseguentemente, sarebbe sfornita di qualunque valore euristico: ignorando l’effettivo decorso causale, sarebbe infatti illusorio

neppur congetturabile. Al più si potrebbe parlare di leggi ‘provvisoriamente assolute’, valide cioè fino a quando non falsificate.

⁴² I problemi collegati al principio d’indeterminatezza, talvolta evocati in modo non del tutto appropriato in tema di causalità, riguardano ben precisi ambiti della fisica, ai quali è del tutto estraneo quello di cui si occupa il penalista.

⁴³ PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.

⁴⁴ Si consideri il seguente esempio: un bagnante muore per affogamento e al contempo si accerta che il bagnino, invece di essere al suo posto, dal quale avrebbe dovuto rilevare la situazione di pericolo e intervenire, si trovava altrove. La valenza impeditiva della condotta doverosa omessa (intervento del bagnino) non può essere correttamente apprezzata se non conoscendo la serie causale che ha determinato la morte del bagnante. Si avranno risposte diverse se si ipotizza che il bagnante sia morto perché, colto da un accesso di panico, ha invocato invano aiuto ed è affogato, ovvero se il bagnante, portatore di un aneurisma all’aorta cardiaca, ha riportato la rottura dell’aneurisma ed è affogato in conseguenza del malore derivante dalla patologia di cui era portatore, che avrebbe reso comunque vano l’intervento del bagnino.

attribuire una qualunque valenza eziologica all'antecedente virtuale, posto che la stima della rilevanza causale (nel caso: inibente) non si risolve in una valutazione in termini assoluti, bensì in un giudizio di relazione, del quale costituiscono termini essenziali l'evento singolare (quello che, *ex art. 40 cpv c.p.*, avrebbe dovuto essere impedito) e gli antecedenti reali, che hanno effettivamente determinato l'evento stesso.

A differenza dello schema concettuale che governa l'accertamento della causalità reale, nel mondo della causalità ipotetica il ragionamento assume necessariamente cadenze predittive ("cosa sarebbe accaduto se...") e il giudizio finale circa la valenza impeditiva dell'antecedente virtuale prende le sembianze di una prognosi postuma. Sebbene la formula sia immediatamente evocativa dei paradigmi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di tentativo, è necessario avvertire che quei risultati non potranno qui essere accolti *sic et simpliciter*, sol che si consideri che, mentre nello schema del tentativo si tratta di misurare la probabilità di consumazione di un delitto per definizione non realizzatosi⁴⁵, si è qui invece necessariamente di fronte al già avvenuto accadimento dell'evento (di quell'evento che l'art. 40 cpv c.p. impone di impedire). Nella causalità ipotetica l'oggetto della prognosi postuma è la probabilità di non verificazione di un evento effettivamente accaduto sotto determinate condizioni, rappresentate dalla presenza dell'antecedente virtuale; nella fattispecie disciplinata dall'art. 56 c.p. la valutazione, al contrario, concerne la probabilità di verificazione di un evento che non è accaduto⁴⁶.

⁴⁵ All'evidenza: se l'azione si fosse compiuta o se l'evento si fosse verificato, non si verterebbe nell'ipotesi del tentativo, bensì in quella del delitto consumato.

⁴⁶ Appena il caso di notare che proprio nel caso della prognosi postuma richiesta per la causalità ipotetica maggiore sarà l'effetto del c.d. *hindsight bias*. La circostanza che l'evento si è effettivamente verificato rende infatti particolarmente delicata la comunque indispensabile esigenza di eliminare dal processo valutativo il fattore confondente rappresentato dalla c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*). L'errore del giudizio retrospettivo (*hindsight bias*) consiste nell'attitudine del soggetto a ritenere che sarebbe stato capace di prevedere un evento dopo che l'evento stesso si è verificato ed è noto. Nel caso di specie il verificarsi dell'evento integra appunto l'evento successivo noto che fonda l'*hindsight bias*. In proposito si vedano: FISCHHOFF, *Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 288; FISCHHOFF-SLOVIC-LICHENSTEIN, *Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, 552; FISCHHOFF, *For those condemned to study the past*, in SCHWEDER-FISKE (a cura di), *New Directions for Methodology of Social and Behavioral Science*, San Francisco, 1980, 79; KOEHLER-BRENNER-GRIFFIN, *The calibration of expert judgment*, in GILOVICH-GRIFFIN-KAHNEMAN (a cura di), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, 2002, 686.

Schematizzando all'estremo, l'accertamento della causalità ipotetica implica la risposta alla seguente domanda:

(γ) *posta la serie causale C (dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento), se ci fosse stato l'antecedente virtuale X (dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta), l'evento E non sarebbe accaduto?*

Per verificare la valenza impeditiva della condotta omessa (cioè dell'antecedente virtuale che non soltanto la rappresenta, ma che costituisce anche un 'oggetto' omogeneo con gli antecedenti reali che compongono la serie causale effettivamente causativa dell'evento E), sarà necessario collocare l'Av nella serie causale reale, ottenendo così una 'nuova' serie di antecedenti (composta da tutti quelli reali, che hanno prodotto l'evento singolare, cui si aggiunge quello virtuale, rappresentativo della condotta antidoverosa omessa): la valutazione causale consisterà nell'apprezzare se la 'nuova' serie di antecedenti avrebbe egualmente cagionato l'evento, oppure se, proprio per l'inserzione dell'Av, l'evento E non si sarebbe verificato.

La schematizzazione evidenzia il contrapporsi fra *causalità reale* (quando la condotta dell'agente si è effettivamente realizzata come antecedente reale, come fatto della realtà fenomenica) e *causalità ipotetica* (quando la condotta dell'agente non esiste *in rerum natura*, ma si traduce in un antecedente virtuale, ricostruito sulla base delle regole cautelari alle quali l'agente avrebbe dovuto conformarsi). A ben vedere, infatti, lo schema di ragionamento implicato dagli accertamenti causali richiesti dall'art. 40 cpv c.p. non ha la natura esplicativa di quelli propri della causalità reale, ma assume la forma di un giudizio predittivo ("cosa sarebbe accaduto se...").

La natura prognostico-predittiva del giudizio in tema di causalità ipotetica ne conferma il carattere controfattuale (non diverso da quello in tema di causalità reale quando a quest'ultimo si applichi la formula della *condicio sine qua non*), ma non ne autorizza l'esportazione al di fuori dei territori governati dallo statuto della scienza, intesa come approccio razionale e falsificabile. Saranno ancora una volta leggi rispondenti a tale statuto a fornire l'unica affidabile risposta alla domanda se quella 'nuova' serie causale (formata secondo lo schema prima sintetizzato: serie C + Av X) avrebbe egualmente prodotto l'evento E.

Riguardato da questo angolo prospettico, l'accertamento della causalità ipotetica non differisce strutturalmente da quello della causalità reale, poiché in entrambi i casi viene apprezzata una serie di antecedenti della quale occorre valutare la valenza eziologica (nell'un caso 'produttiva', nell'altro 'impeditiva') rispetto all'evento.

2. *Le peculiarità della causalità ipotetica*

La struttura necessariamente ipotetica (nel senso indicato) della causalità nei reati commissivi mediante omissione e il conseguente carattere prognostico-predittivo del ragionamento esplicativo importano, come accennato in precedenza, due specificità peculiari, che dipendono dalla prospettiva *categoriale* (del diritto penale) e che meritano d'essere ora partitamente analizzate: dapprima (a) il problema della identificazione della condotta doverosa omessa, poi (b) la valutazione della sua portata impeditiva. Il punto di vista del penalista è infatti interessato da qualcosa che nella realtà fenomenica non esiste e non è mai esistito: l'omissione. L'ossimoro 'condotta omissiva' è un breviluogo espressivo di contenuti esclusivamente normativi (che divengono normativo-giuridici quando tale formula venga impiegata nel discorso penalistico). Omettere significa 'non agire': il termine esprime dunque una radicale mancanza, un non-esserci non ulteriormente connotato, ma la rilevanza (penale) di questo non-agire dipende però non da una semplice non-esistenza, bensì dal non aver fatto 'qualche cosa', cioè dal non aver posto in essere una determinata condotta.

La connotazione di questo *deficit* di comportamento, connotazione che è ad un tempo il modo attraverso il quale la condotta omessa può essere, da un lato, naturalisticamente descritta e, dall'altro, tipizzata come espressione di una norma giuridica che la impone, è l'esigenza primaria posta dalla regola dell'art. 40 cpv c.p. in tema di reati commissivi mediante omissione. Appena il caso di notare che la principale delle differenze tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri può essere colta nella già menzionata circostanza che, nei primi, la condotta richiesta è tipicamente descritta nella norma incriminatrice stessa, mentre nei secondi il comportamento preteso deve necessariamente essere ricostruito dall'interprete a partire da regole ulteriori e diverse rispetto alla disposizione incriminatrice, quelle stesse regole che fondano l'obbligo giuridico di cui discorre l'art. 40 cpv c.p.⁴⁷.

Proprio perché l'ordinamento non conosce un generale e generico obbligo di impedimento di eventi costitutivi di reato, bensì il compimento di condotte derivanti da un preesistente dovere giuridico di attivarsi, occorre dapprima individuare la condotta che l'agente avrebbe dovuto realizzare nel contesto: detto nei termini del linguaggio della causalità reale, è necessario definire in via astratta l'antecedente 'virtuale' destinato a rappresentare il riverbero 'concreto' del comportamento richiesto. Implicata

⁴⁷ Cfr per tutti PALIERO, *Le fattispecie causalmente orientate sono davvero a forma libera?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1499.

dalla regola dell'art. 40 cpv c.p., che appunto esige che la condotta sia l'adempimento di un obbligo giuridico, tale descrizione non potrà che essere effettuata se non partendo da un modello di riferimento normativo, che in qualche misura conduce sulle piste della colpa, posto che tale nozione giuridica designa una forma di giudizio (normativo) di natura relativa, nel quale uno dei termini è rappresentato dal comportamento atteso dall'agente-modello definito sulla base delle regole cautelari giuridicamente applicabili nel caso.

La priorità dell'identificazione della condotta doverosa omessa non è soltanto funzione necessaria del profilo categoriale ora segnalato, rispondendo anche a un'esigenza di carattere logico: stando alla formula (γ), l'esatta determinazione dell'antecedente virtuale X è incognita che deve essere risolta prima di porre il successivo quesito concernente la valenza impeditiva rispetto all'evento E. Sembra in proposito conclusivo il rilievo che non è possibile predicare la rilevanza causale (qui: in senso negativo) di un antecedente non conosciuto nei suoi esatti contorni, posto che la valutazione di rilevanza eziologica non può essere espressa in termini assoluti, consistendo (fra l'altro) nella relazione tra due fatti della realtà fenomenica (l'antecedente collocato in una determinata serie e l'evento E effettivamente accaduto).

2.a. *La determinazione della condotta doverosa omessa*

La prima questione [(a) identificazione della condotta doverosa omessa] sembra dunque articolarsi in distinti temi, fra loro logicamente conseguenti: (i) individuazione in astratto della condotta doverosa che avrebbe dovuto essere realizzata; (ii) traduzione dell'enunciato rappresentativo dell'obbligo di agire nell'antecedente virtuale (Av), cioè la congettura concreta (l'enunciato espressivo di quello che avrebbe dovuto essere nella effettività della realtà fenomenica il comportamento richiesto all'omitente); (iii) collocazione di quest'ultimo enunciato all'interno della serie di antecedenti reali che ha storicamente cagionato l'evento singolare.

2.a.i. *L'individuazione in astratto della condotta omessa*

Il tema *sub* (i) è destinato a svolgersi interamente all'interno dell'universo di discorso *categoriale* proprio del diritto penale: la non flessibile matrice impressa dal capoverso dell'art. 40 c.p., che tassativamente esige l'esistenza di un obbligo *giuridico* di *attivazione*, rende certi di siffatta conclusione. Restando ancora nel territorio indicato da Narvaez Mora come quello relativo all'applicazione della legge e che in questa fase precede (viene prima del) l'accertamento del *fatto* (qui inteso come la valutazione della rilevanza causale impeditiva rispetto alla prognosi "*l'evento E non si sarebbe verificato se l'antecedente virtuale fosse stato realizzato?*"), l'individuazione della

condotta doverosa procede dunque e necessariamente secondo schemi giuridico-normativi. Identificate le disposizioni legali che, fondando la posizione di garanzia, determinano l'attualizzarsi dell'obbligo di agire in presenza della situazione fattuale che tale obbligo fa sorgere, i modi per il riconoscimento e per la designazione della condotta omessa (e che avrebbe dovuto essere realizzata) sembrano riportabili allo schema concettuale del giudizio concernente la colpa, avendo riguardo tuttavia al solo profilo normativo di tale categoria. In quest'ultima prospettiva, infatti, il giudizio sulla colpa consiste e si esaurisce nella misura dello scarto fra il comportamento atteso dall'ordinamento (e quindi: dovuto da parte dell'omittente in quanto titolare della posizione di garanzia) e il comportamento effettivamente tenuto, ciò che nell'ambito della causalità ipotetica corrisponde all'omissione, cioè a 'nessun comportamento' (a essere precisi: a un comportamento altro rispetto a quello dovuto). A cadenze in tutto analoghe ben può essere informato il procedimento, attraverso il quale si determina il comportamento omesso per quanto concerne la sua caratterizzazione in termini astratti: la descrizione della condotta non realizzata avverrà dunque in via deduttiva, partendo dalle disposizioni che stabiliscono l'obbligo di agire.

Precisato che sul piano della causalità è del tutto irrilevante che l'omittente abbia non-agito deliberatamente, rappresentandosi e volendo la propria inazione, ovvero che tale inazione dipenda anche soltanto da una generica trascuratezza (situazioni diverse alle quali corrisponde sul versante della colpevolezza l'ascrizione del fatto a titolo di dolo ovvero di colpa), qualche indicazione può ancora essere tratta dal grande arsenale degli studi sulla colpa⁴⁸. Pochi cenni paiono bastevoli a indicare snodi concettuali significativi: la determinazione della condotta omessa è destinata a riuscire meno disagiata e imprecisa quando il precetto, che stabilisce il dovere di attivarsi, è contenuto in disposizioni di "leggi, regolamenti, ordini o discipline" (mutuando la formula codicistica che allude alla colpa c.d. specifica). In tal caso infatti il comando assume – almeno in astratto – vesti plausibilmente circostanziate e contorni sufficientemente accurati: si pensi, per esemplificare, al dettato dell'art. 153 d. lgs 81/08, che prescrive "1. Il materiale di demolizione non deve essere gettato dall'alto, ma deve essere trasportato oppure convogliato in appositi canali, il cui estremo inferiore non deve risultare ad altezza maggiore di due metri dal livello del piano di raccolta; 2. I canali suddetti devono

⁴⁸ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; PALIERO, *Le fattispecie causalmente orientate*, cit., 1499; ID., *Il tipo colposo*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., 517; VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e improprie*". *Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

essere costruiti in modo che ogni tronco imbocchi nel tronco successivo; gli eventuali raccordi devono essere adeguatamente rinforzati; 3. L'imboccatura superiore del canale deve essere realizzata in modo che non possano cadervi accidentalmente persone."

Come ognuno vede, nell'esempio il dettaglio raggiunge, almeno sul piano teorico, un grado di precisione invero notevole, con la conseguenza che è possibile formulare in termini analitici la descrizione (in astratto) del comportamento che doveva essere tenuto. Non altrettanto può dirsi quando l'obbligo giuridico di attivarsi sia espresso da una disposizione bensì idonea a soddisfare il requisito della 'giuridicità', ma che non abbia i caratteri di precisione e analiticità di quelli dell'esempio⁴⁹: il che implica l'intervento dell'interprete già nella fase della determinazione sul piano astratto del tipo di comportamento che doveva essere posto in essere per adempiere al dovere di attivazione. Per quanto soccorso possano recare le *leges artis* o le regole sociali relative all'ambito interessato dalla vicenda, non è chi non veda come in queste ipotesi il contributo dell'interprete finisce con l'essere significativo, se non preponderante, già nella descrizione sul piano teorico di quella che avrebbe dovuto essere la condotta invece omessa⁵⁰: ne deriva un evidente quanto insopprimibile *deficit* di tipicità, tanto maggiore quanto minore è la possibilità per l'interprete di definire contenuto e contorni del comportamento doveroso prescindendo dalla prospettiva dell'evento concreto da impedire (che, nei casi dove è inferiore il grado di specificità della norma-comando, può influenzare la descrizione della condotta che avrebbe dovuto essere realizzata). In altri termini: massimamente in quest'ultima eventualità, sarà necessario che la definizione della condotta espressiva dell'obbligo giuridico di attivarsi non sia condizionata da pre-giudizi derivanti da congetture in ordine al comportamento che, in via di prima approssimazione, può essere immaginato come idoneo a impedire il verificarsi dell'evento.

2.a.ii. *La traduzione dell'astratto obbligo di agire in una congettura concreta*

Detto che da un siffatto rischio non va del tutto esente neppure il caso nel quale il precetto sia espresso da una norma positivizzata, posto che v'è sempre un non eliminabile margine affidato all'interpretazione, non può sfuggire che

⁴⁹ In questo contesto la tradizionale distinzione fra colpa specifica e colpa generica è del tutto irrilevante, posto che a venire in considerazione è piuttosto l'analiticità e la precisione del precetto contenuto nella norma-comando.

⁵⁰ Si veda in questo senso e per tutti, PALIERO, *Le fattispecie causalmente orientate*, cit., 1499; ID., *Il tipo colposo*, cit., 517.

lo snodo problematico caratterizzato dalle maggiori intrinseche difficoltà consiste nell'indispensabile passaggio prima richiamato *sub* (ii) [traduzione dell'enunciato espressivo dell'obbligo di agire in una congettura concreta]. Quanto si è fin qui detto concerne un previo e indispensabile passaggio, tuttavia collocato sul piano della descrizione astratta del tipo (qui: la condotta doverosa intesa come comando di agire): perché di tale comando possa essere valutata in termini razionali la valenza impeditiva, occorre che quella forma astratta sia tradotta nell'antecedente virtuale (la congettura concreta, l'enunciato espressivo di quello che avrebbe dovuto essere nella realtà fenomenica il comportamento richiesto all'omittente). Posto che la rilevanza causale della condotta omessa può essere valutata soltanto attraverso un accertamento che ne misuri l'efficacia impeditiva rispetto alla serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento, appare allora evidente che, per formulare un siffatto giudizio, è necessario disporre di un antecedente virtuale che rappresenti la concretizzazione della condotta doverosa dedotta in via astratta dalla disposizione che stabilisce l'obbligo giuridico di attivarsi. L'antecedente virtuale, proprio in quanto rappresentativo di un'omissione (cioè di una non-azione, di un non-esserci), è una congettura, ma deve poter essere razionalmente inserito fra gli antecedenti reali che compongono la serie che in concreto ha cagionato l'evento. Sicché tale Av dovrà essere collocato fra quelli reali *come se* anch'esso fosse effettivamente esistito. Questo sforzo di dar corporeità ('sangue e carne') all'enunciato desunto dalle regole giuridiche che fondano l'obbligo di impedire l'evento, è indispensabile nella prospettiva necessitata di disporre di una 'nuova' serie di antecedenti (quella storicamente data, che produsse l'evento, arricchita dall'antecedente virtuale, che rappresenta la condotta omessa). Di questa 'nuova' serie di antecedenti si dovrà valutare l'esito causale: se tale esito condurrà al medesimo evento singolare che si era concretamente verificato, si potrà escludere la portata causale impeditiva della condotta doverosa omessa; diversamente, se l'evento singolare non dovesse costituire l'esito di questa 'nuova' serie di antecedenti, ne seguirebbe un giudizio di rilevanza eziologica della condotta omessa.

Sul piano concettuale la costruzione dell'antecedente virtuale come congettura concreta non pare esercizio difficile: partendo dallo schema dedotto dalle regole fondanti l'obbligo giuridico, all'interprete toccherà contestualizzare tale schema astratto, trasformando il comando di agire nella condotta che in concreto doveva essere realizzata: il che implica necessariamente la considerazione della situazione di fatto nella quale l'omittente avrebbe dovuto agire e il tener quindi conto delle circostanze storiche esistenti al momento in cui sarebbe stato doveroso attivarsi. All'atto pratico: tanto maggiori saranno le variabili concrete da apprezzare, tanto più complessa e delicata sarà la formulazione della congettura concreta costituente l'Av, fermo restando lo schema di riferimento. D'altronde la necessaria consapevolezza in ordine a questo non eludibile passaggio ricostruttivo ne permette un corretto

inquadramento all'interno della serie causale effettiva e, insieme, assicura la controllabilità dell'operazione stessa.

Mette qui conto di notare un profilo problematico che, come si è anticipato, deriva dall'insopprimibile riverbero che su tale fase dell'accertamento della causalità ipotetica proviene dalla tematica della descrizione dell'evento. Un esempio permette di inquadrare agevolmente la questione.

L'evento singolare può essere descritto come:

- 1) morte per asbestosi;
- 2) morte per carcinoma polmonare;
- 3) morte per mesotelioma pleurico.

Le tre ipotesi congetture esigono una ricerca sul piano scientifico (medico) in ordine alla esposizione all'amianto, sostanza in grado di determinare le tre diverse malattie. Ammettendo che la serie causale effettivamente produttiva dell'evento sia identificata nell'esposizione del soggetto all'amianto in ambito lavorativo, la determinazione della regola cautelare astratta, che fonda l'obbligo di impedire l'evento in capo al soggetto garante, dipende in modo diretto dal tipo di evento che si è in concreto verificato:

- per il caso (1) la condotta doverosa sarà rappresentata dal rispetto delle soglie di esposizione stabilite in relazione all'asbestosi;
- per il caso (2) la condotta doverosa sarà rappresentata dal rispetto delle più basse soglie di esposizione stabilite in relazione al carcinoma polmonare, introdotte successivamente a quelle originariamente stabilite per l'asbestosi;
- per il caso (3) la condotta doverosa sarà rappresentata dal divieto assoluto di esposizione all'amianto, regola cautelare ulteriormente successiva a quelle in precedenza vigenti.

Nei casi (1) e (2) la regola astratta può essere espressa nella forma sintetica "*rispetto di determinati limiti di esposizione*" e conseguentemente l'antecedente virtuale dovrà essere conformato traducendo quella regola in una congettura concreta. Sicché, considerando il caso (2), si tratterà di collocare diacronicamente – rispetto alla permanenza del soggetto in ambito lavorativo – il momento di entrata in vigore delle regole cautelari e valutare dapprima se i limiti di esposizione erano stati rispettati e, ove ciò non fosse avvenuto, ipotizzare quali presidi avrebbero dovuto essere realizzati per conseguire il risultato doveroso (osservanza dell'obbligo giuridico di attivarsi consistente nel rispetto dei limiti di esposizione).

Quando si verta invece nel caso (3), il procedimento, eguale metodologicamente a quello ora sintetizzato, avrà come sbocco l'individuazione del momento nel quale era sorto l'obbligo di giuridico di attivarsi, qui espresso però dalla regola "*divieto assoluto di impiego ed esposizione*

all'amianto". Come ognuno vede, la trasformazione della regola astratta da ultimo considerata nella condotta che avrebbe dovuto essere in concreto realizzata (cioè nella congettura concreta che costituisce l'antecedente virtuale) implica un quadro di riferimento affatto diverso da quello sotteso al precetto "*rispettare determinati limiti di esposizione*". Né può sfuggire che il tipo di regola cautelare, alla quale il comportamento doveroso avrebbe dovuto conformarsi, muta con il variare del tipo di evento in concreto verificatosi (e che avrebbe dovuto essere evitato).

Ciò tuttavia non significa che l'individuazione della condotta doverosa si esaurisca nella ricerca di un qualsiasi antecedente (virtuale) che avrebbe impedito l'evento. Al contrario: il carattere tassativamente normativo-giuridico del canone imposto dall'art. 40 cpv c.p. esige che la condotta impeditiva consista esclusivamente in un comportamento espressivo di un obbligo giuridico preesistente all'evento *hic et nunc* verificatosi. Conseguentemente non è giuridicamente ammissibile un procedimento che, partendo invece dall'evento accaduto, vada alla ricerca e individui una *condotta qualunque* che quell'evento avrebbe evitato, attribuendo poi al comportamento per tal modo identificato le stigmate della doverosità. In altri termini: il requisito categoriale della doverosità della condotta precede logicamente la valutazione dell'antecedente stesso in termini di consistenza causale impeditiva. La priorità logica del carattere della doverosità permette, da un lato, di non eccedere i limiti segnati dal capoverso dell'art. 40 c.p., il superamento dei quali potrebbe portare a una inammissibile estensione degli ambiti di responsabilità penale oltre il confine della tipicità, qui segnato dal contenuto dell'obbligo giuridico di agire. Dall'altro, consente di stabilire in maniera accettabilmente precisa quale sia, fra i molteplici antecedenti virtuali ipotizzabili, quello del quale dovrà essere misurata la valenza eziologica, pacifico essendo che nella prospettiva penalistica ad avere rilevanza può essere soltanto un comportamento espressivo di un obbligo giuridico di agire.

Siffatta 'precedenza logica' non esclude affatto che alla determinazione e descrizione della condotta doverosa omessa debbano essere tenute estranee considerazioni dedotte direttamente dalla situazione concreta (e dunque anche dal tipo di evento effettivamente accaduto): come si è cercato di mostrare in precedenza e anche nell'esempio da ultimo riportato, già a partire dalla descrizione dell'evento singolare emergono spunti cruciali per la individuazione della (eventuale) regola di comportamento (astratta), alla quale l'omittente avrebbe dovuto adeguarsi.

La richiamata priorità logica esprime soltanto l'esigenza che l'identificazione dell'antecedente virtuale avvenga a partire dal versante normativo-giuridico (cioè dalla ricognizione delle regole giuridiche che, applicabili al caso concreto, avrebbero imposto all'omittente di attivarsi) e non già dalla ricerca e dalla identificazione dell'Av non connotato sul versante giuridico come doveroso, bensì unicamente muovendo dalla sua valenza causale

impeditiva. La qui paventata inversione logica rischierebbe di portare con sé una conseguenza pernicioso nell'accertamento della causalità ipotetica. Il necessario precedente riconoscimento della serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento singolare permette infatti – magari solamente sul piano della pre-comprensione intuitiva – di individuare non soltanto un comportamento umano impeditivo rispetto all'evento, ma anche di essere suggestivo dell'attribuzione a quel comportamento del carattere della doverosità. Rischio grave perché flette il canone dell'art. 40 cpv c.p., ampliandone la portata oltre il fatto tipizzato dalla disposizione, rischio tuttavia non inusitato, sol che si consideri, da un lato, l'evenienza che, quando i beni giuridici lesi sono di primario livello (vita e incolumità), una speciale attenzione viene rivolta alla ricerca di “tutto quello” che avrebbe potuto impedire l'evento lesivo⁵¹ e, dall'altro, l'effetto non facilmente eliminabile derivante dal fattore confondente rappresentato dalla c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*)⁵², questione, quest'ultima, rilevante anche rispetto alla valutazione dell'intrinseca portata impeditiva dell'Av.

2.a.iii. *La collocazione dell'antecedente virtuale (la congettura concreta) nella serie di antecedenti che ha effettivamente cagionato l'evento*

Il terzo snodo problematico della questione attinente all'identificazione della condotta doverosa omessa concerne (iii) la collocazione dell'enunciato che rappresenta l'antecedente virtuale all'interno della serie storicamente produttiva dell'evento singolare. Apparentemente banale, quest'ultimo passaggio dell'accertamento della causalità ipotetica richiede tuttavia qualche notazione ulteriore. Caratterizzato in modo da essere una congettura concreta (come se fosse un antecedente reale pur non essendolo), l'enunciato, rappresentativo della condotta che in concreto avrebbe dovuto essere tenuta, deve essere inserito in modo corretto dal punto di vista cronologico fra gli antecedenti che hanno cagionato l'evento *hic et nunc* verificatosi. Il riferimento al dato temporale appare necessario, in quanto la rilevanza causale impeditiva può dipendere proprio dal momento nel quale l'agire dell'omittente avrebbe potuto/dovuto realizzarsi all'interno del *continuum* temporale costituito dagli antecedenti reali. Anche in questo caso un esempio renderà più agevole inquadrare la questione.

⁵¹ Cfr Cass., 12 maggio 1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, 351 ss., con nota di RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*; Cass., 2 aprile 1987, Ziliotto, in *Cass. pen.*, 1989, 72; Cass., 8 giugno 1988, Montalbano, in *Riv. pen.*, 1989, 424; Cass., 7 marzo 1989, Prinziavalli, *ivi*, 1990, 119; Cass., 5 giugno 1990, Pasolini, in *Giust. pen.*, 1991, II, 108; Cass., 18 ottobre 1990, Oria, in *Cass. pen.*, 1992, 2102; Cass., 12 luglio 1991, Silvestri, in *Foro it.*, 1992, II, 363, con nota di GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente.*

⁵² V. *supra*, nota 46.

Si ipotizzi che A sia vittima di un'intossicazione alimentare e che un primo medico non abbia diagnosticato il disturbo, con ciò ritardando il ricovero in ospedale, dove una lavanda gastrica avrebbe, con alto grado di probabilità, scongiurato il decesso. Si ipotizzi ancora che il medico del pronto soccorso, a sua volta, non abbia posto la corretta diagnosi e non abbia praticato l'intervento terapeutico richiesto dalle *leges artis*, in quel momento ancora idoneo a evitare il decesso di A.

La serie causale, che ha effettivamente prodotto l'evento, è costituita dall'ingestione della sostanza deteriorata e tossica e dai conseguenti effetti sul metabolismo di A. Secondo l'art. 40 cpv c.p. sia il primo medico sia il sanitario del pronto soccorso assumono una posizione di garanzia, che genera nel contesto l'obbligo giuridico di attivarsi. Volendo descrivere in modo sintetico gli antecedenti virtuali, rappresentativi delle condotte doverose omesse da parte di ciascuno dei sanitari, si può dire che esse consistano in:

- a) riconoscimento dei sintomi, posizione della diagnosi e immediato ricovero in ambito ospedaliero per l'effettuazione dell'intervento terapeutico richiesto (per il primo medico);
- b) riconoscimento dei sintomi, posizione della diagnosi ed effettuazione dell'intervento terapeutico richiesto (per il medico del pronto soccorso).

La necessaria contestualizzazione delle due descrizioni così sinteticamente riasunte importerà la considerazione di ulteriori elementi per definire con maggior grado di dettaglio quello che avrebbe dovuto essere in concreto il comportamento dovuto: sicché, pur trattandosi di un esempio volutamente semplice e schematico, si dovrà aver riguardo alle informazioni effettivamente disponibili per il primo medico in ordine alla situazione e alle condizioni di A (la sintomatologia era suggestiva unicamente di un'intossicazione alimentare, il medico aveva condotto in modo diligente l'anamnesi, ecc.) in modo da poter formulare in termini appropriati la congettura concreta in ordine al comportamento effettivamente dovuto nel contesto. In modo non difforme dovrà essere considerata la situazione del medico del pronto soccorso, tenendo ad esempio conto se il primo medico aveva disposto il ricovero segnalando una patologia affatto diversa da quella effettiva e valutando se la stessa (cioè l'errata diagnosi) era purtuttavia compatibile con la sintomatologia presentata da A all'atto del ricovero.

Proseguendo nell'esempio, si immagini per accertato che il primo medico avesse a disposizione tutti gli elementi necessari per porre la corretta diagnosi, sicché sia conseguente affermare che egli sarebbe stato in grado di (e quindi avrebbe dovuto) porre in essere la condotta doverosa descritta in a). Ci si figuri ora che, all'atto del ricovero, il medico del pronto soccorso egualmente non riconosca la sintomatologia e non provveda a effettuare l'intervento terapeutico (così non realizzando la condotta doverosa a lui richiesta). È però di cruciale importanza collocare le due diverse omissioni in modo cronologicamente

esatto all'interno della sequenza temporale degli antecedenti che hanno effettivamente prodotto l'evento. Se infatti si ipotizzasse che il mancato riconoscimento della situazione da parte del medico del pronto soccorso fosse intervenuto in un momento nel quale ogni intervento salvifico fosse ormai destinato all'insuccesso, l'inevitabile conclusione sarebbe che la condotta doverosa omessa descritta in b), fermo restando il suo carattere di antidoverosità, non avrebbe alcun rilievo causale in quanto mancante di efficacia impeditiva (ma delle condizioni in forza delle quali questo ulteriore giudizio possa essere formulato si dirà nel successivo § 2.2.). La semplicità dell'esempio è immediatamente illustrativa del diverso rilievo che avrebbe sul versante causale la collocazione delle omissioni dei due medici in un momento nel quale l'effetto della sostanza tossica è ormai divenuto irreversibile, ovvero quando tale effetto è ancora contrastabile con un appropriato intervento terapeutico.

Ancora una volta – seguendo lo schema di precedenza logica esaminato nel § 2.a.ii – sembra necessario muovere non già dalla valutazione della portata impeditiva della condotta per fissare il momento nel quale, coerentemente con la situazione di fatto, l'omittente avrebbe dovuto agire, bensì – rispettando il vincolo dell'art. 40 cpv c.p. – stabilire con esattezza il momento nel quale l'obbligo giuridico di attivarsi è in concreto sorto. In altri termini, per dar corpo in maniera giuridicamente corretta alla congettura concreta costituente l'Av, occorrerà valutare quando, rispetto alla situazione effettiva, emergono le condizioni che avrebbero reso possibile (e, insieme, doveroso) per l'omittente riconoscere i presupposti fattuali ai quali l'ordinamento collega il dovere di agire ovvero, il che è lo stesso, quando il soggetto che riveste la posizione di garanzia è chiamato a dare concreta attuazione al contenuto della stessa.

Affermare che una certa situazione di fatto è 'riconoscibile' come generatrice del dovere di attivarsi, sconta necessariamente la formulazione di un giudizio di sintesi, nel quale confluiscono, da un lato, la componente legata alla percezione e alla rappresentazione del contesto come tale e, dall'altro, quella concernente la conoscenza/conoscibilità delle regole rilevanti rispetto al caso concreto. Se la componente riguardante il momento percettivo/rappresentativo del contesto come tale può essere facilmente ricondotta a un ambito *pre-categoriale* (pur con le avvertenze innanzi indicate), per certo ad una sfera *categoriale* accede il profilo delle 'regole rilevanti'. Innanzitutto sono destinate a venire in considerazione regole di settore (quelle mediche, se restiamo nell'esempio da ultimo prospettato), non discutibile essendo che proprio l'interpretazione del fatto alla luce di tali regole permette di individuare la condotta richiesta in accordo con le *leges artis*. Anche regole giuridiche vengono tuttavia in gioco, posto che a queste ultime occorre comunque riferirsi per attribuire al soggetto la posizione di garanzia. Il riconoscimento della situazione come in concreto costitutiva del dovere di attivarsi riposa dunque su

quanto l'omittente avrebbe potuto/dovuto conoscere (sia rispetto al contesto fattuale sia rispetto alle regole giuridiche e alle *leges artis*), posto che alla posizione di garanzia dell'omittente accede propriamente (e in via preliminare) il dovere di riconoscere la situazione alla quale l'ordinamento connette l'obbligo (giuridico) di agire per impedire l'evento. Uno schema di tal fatta rimanda al paradigma del giudizio normativo di colpa, dove la valutazione si concentra su quello che avrebbe dovuto essere il comportamento dell'agente-modello. Analogamente, ma qui con riferimento esclusivo al profilo della riconoscibilità della situazione costitutiva del dovere di attivarsi, dovrà essere valutato *quando l'homo eiusdem condicionis ac professionis* (mentalmente sostituito al concreto omittente) avrebbe colto gli estremi suggestivi del dovere di agire per impedire l'evento. Ed è propriamente in tale momento che deve essere collocata, all'interno della serie degli antecedenti reali, la congettura concreta che corrisponde all'antecedente virtuale rappresentativo della condotta doverosa omessa.

2.b. *La valutazione della portata impeditiva dell'omissione (rectius: della condotta doverosa omessa)*

Si tratta ora di esaminare l'altra questione legata alla struttura necessariamente ipotetica della causalità nei reati commissivi mediante omissione e al conseguente carattere prognostico-predittivo del ragionamento esplicativo, che caratterizza la valutazione della portata impeditiva della condotta doverosa omessa. Quanto si è visto nel § 2.a. per identificare la condotta doverosa come la congettura concreta (l'Av), è servito per disporre di una serie (virtuale) di antecedenti che possa essere trattata *come se* fosse una serie di antecedenti effettivamente accaduta, posto che, per apprezzare in termini razionali la rilevanza causale della condotta doverosa omessa, si dovrà verificare l'esito della 'nuova' serie di antecedenti (quella costituita dagli antecedenti reali cui è stato 'aggiunto' quello virtuale). Perché siffatto giudizio possa aspirare a una plausibile razionalità non pare revocabile in dubbio che la risposta alla domanda contenuta in (γ)⁵³ deve essere fornita facendo anche qui ricorso al paradigma della spiegazione secondo leggi scientifiche. In altri termini, soltanto un approccio radicato nello statuto della scienza permette la conferma o la confutazione dell'ipotesi se la 'nuova' serie di antecedenti, congetturalmente costruita secondo le esi-

⁵³ Per (γ): posta la serie causale C (dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento), se ci fosse stato l'antecedente virtuale X (dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta), l'evento E non sarebbe accaduto?

genze categoriali indicate nel § 2.a., avrebbe avuto come esito il non-verificarsi dell'evento singolare effettivamente accaduto. Ed è esclusivamente in accordo con il risultato di tale controllo che potrà predicarsi la rilevanza ovvero la irrilevanza impeditiva della condotta doverosa omessa.

Affinché il richiamo (pur doveroso e non eliminabile) alle leggi scientifiche di copertura non appaia una formula di stile, riferimento vuoto, coperta di Linus alla quale affidare quasi ritualmente la conclusione di questa indagine, occorre spingersi oltre, seguendo così lo sforzo ermeneutico della *sentenza Franzese*. In questo impegno la ricordata pronuncia individua due riferimenti sostanziali (l'esigenza di tener conto di *tutta l'evidenza disponibile* e l'impiego del modello della *spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria*) che, unitamente al criterio della spiegazione secondo leggi scientifiche, confluisce nel paradigma della probabilità logica: a questo paradigma la *sentenza Franzese* sembra affidare per intero il compito di risolvere i nodi centrali dell'accertamento causale, evocando il canone dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", necessariamente chiamato ad informare il giudizio nel suo complesso e, in special modo, la valutazione della 'spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria'⁵⁴.

Sviluppare le indicazioni della *sentenza Franzese* implica misurare la portata contenutistica delle formule che innervano il paradigma della 'probabilità logica' e, per quanto concerne la causalità ipotetica, tener conto delle peculiarità fin qui esaminate per disporre degli elementi necessari a rispondere alla domanda (γ). Rispetto all'ambito della causalità reale è ben poco produttore e comunque non appropriato parlare di decorso casuale alternativo, posto che una e soltanto una è la serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento⁵⁵, sicché quella che la *sentenza Franzese* chiama "spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria" corrisponde, a ben vedere, alla individuazione di una serie di antecedenti della quale si

⁵⁴ Cfr CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit.; ID., *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303.

⁵⁵ Si è in precedenza argomentato in ordine alla 'unicità' della serie produttiva dell'evento singolare: indipendentemente dalla numerosità, dalla complessità e dalla eventuale eterogeneità degli antecedenti, v'è necessariamente una (e soltanto una) serie causale che ha in concreto prodotto l'evento: ragionando a ritroso – secondo il consiglio di Holmes – tale serie deve essere accertata. Né l'assioma trova confutazione nella previsione dell'art. 41 c.p., che allude a molteplicità di cause (*id est*: di serie causali), posto che la norma non fa altro che prendere in considerazione, per disciplinarle, situazioni nelle quali distinte serie di antecedenti si sommano nella produzione dell'evento. Dal punto di vista che qui interessa, la prospettiva non muta, poiché tutte codeste serie (cooperanti nella determinazione dell'evento) ben possono essere considerate complessivamente come la serie di antecedenti che, unitariamente, ha cagionato l'evento singolare.

predica il carattere di essere quella causativa dell'evento: serie, si badi, *altrettanto reale* sebbene *diversa* da quella individuata dall'accusa. Quando si verte invece nel campo della causalità ipotetica il riferimento a un decorso causale alternativo appare congruente con il disposto dell'art. 40 cpv c.p., che esige di congetturare una serie di antecedenti *ipotetica e diversa* da quella *reale* (da quella cioè che ha effettivamente cagionato l'evento), serie *ipotetica* in quanto non effettivamente accaduta nella realtà fenomenica, ma che dovrà essere 'costruita' e valutata *come se fosse reale*. La menzionata congruenza del riferimento al decorso causale alternativo con le ipotesi di causalità ipotetica ben può essere colta osservando che, sotteso al principio dettato dalla norma codicistica sta un quesito che, variando (γ), può essere così formulato:

(γ_1) sappiamo che l'evento si è verificato per una determinata serie causale, ma vogliamo/dobbiamo sapere se, sotto le condizioni ipotizzate (realizzazione della condotta doverosa omessa=presenza dell'antecedente virtuale) quell'evento non sarebbe accaduto.

Per rispondere a tale quesito è invariabilmente necessario immaginare una *serie causale* (non reale ma *ipotetica*) *alternativa* rispetto a quella effettivamente accaduta e valutarne poi l'esito per decidere proprio dell'interrogativo che interessa al diritto penale (la efficienza causale impeditiva di qualcosa che non è esistito nella realtà fenomenica).

Come si è cercato di mostrare, la risposta non può in nessun caso raggiungere il grado di certezza 1, potendo la soluzione di (γ_1) esprimere soltanto un grado di probabilità enunciabile piuttosto che in rigide percentuali numeriche in approssimazioni qualitative. Independentemente dal profilo dell'inesistenza di leggi scientifiche che possano dirsi verificate una volta per tutte e perciò sempre e comunque valide, sta comunque il rilievo che anche la più esatta determinazione quantitativa in ordine alla eventualità di accadimento di un evento futuro nasconde un grado di approssimazione non eliminabile: ed è appena il caso di ricordare che – come si è in precedenza notato – la valutazione della idoneità impeditiva dell'antecedente virtuale ha la forma e la struttura di un giudizio di carattere prognostico. In questo senso sembra quindi doversi collocare il richiamo allo schema della 'probabilità logica' della *sentenza Franzese*, là dove la forza dimostrativa della legge scientifica di copertura non appare ai giudici della legge esauriente e conclusiva.

2.b.1. Tutta l'evidenza disponibile e la spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria

Per non trasformare in una clausola di stile il richiamo operato dalla *sentenza Franzese* al criterio del ricorso a tutta l'evidenza disponibile,

ovvio essendo che tutto il materiale probatorio deve essere oggetto della valutazione giudiziale, occorre leggerne in trasparenza la portata. Riducendo all'essenziale l'argomentare della Corte, sembra potersene ricavare un monito significativo: oltre i dati probatori, che hanno costituito la base sulla quale si è esercitata la ricostruzione della spiegazione causale secondo leggi scientifiche di copertura, il giudice dovrà tener conto e apprezzare anche elementi "ulteriori".

Ma qui sta lo snodo maggiormente problematico: tali elementi, se rilevanti in relazione alla spiegazione causale dell'evento, avrebbero già dovuto esser tenuti presenti nel momento della formulazione della spiegazione (anche soltanto in chiave confutativa); se invece estranei alla struttura della spiegazione, allora correttamente non sono stati considerati, né v'è ragione perché debbano esserlo, se non ipotizzando un punto di vista diverso. Prospettiva quest'ultima che, almeno in prima approssimazione, sembra porsi in contrasto logico con l'assioma che soltanto attraverso il ricorso a leggi scientifiche è possibile formulare una spiegazione causale in termini razionali, assioma che implica che l'intero materiale probatorio disponibile e rilevante debba essere necessariamente inquadrato e vagliato sotto lo schema esplicativo della legge (scientifica) di copertura.

Andando oltre questa prima approssimazione, si deve però osservare che il paradigma dell'accertamento causale tramite sussunzione sotto leggi scientifiche si risolve in un modo esplicativo di carattere abduttivo coerente con la natura diagnostica dell'indagine in tema di causalità reale, dove si tratta di misurare la rilevanza di antecedenti tutti reali (sia quelli costituenti la serie causale individuata dall'accusa, sia quelli costituenti la spiegazione alternativa proposta a confutazione, per rispettare la terminologia della *sentenza Franzese*). Il ragionamento abduttivo tuttavia non contiene in sé la sua validità logica⁵⁶ e la sua conferma non può mai essere espressa in termini assoluti,

⁵⁶ Già Peirce nella fondazione della schema abduttivo avverte di questo limite: v. i riferimenti a nota 28, cui *adde* COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, 1998; FALES, *Causation and Universals*, London-New York, 1990; GLYMORE, *Dimostrare, credere, pensare. Introduzione alla epistemologia*, Milano, 1992; GOODMAN, *Fact, Fiction and Forecast*, Cambridge, 1955; HINTIKKA, *Induzione, accettazione, informazione*, Bologna, 1974; LIPTON, *Inference to the best explanation*, 2nd ed., London-New York, 2004; MEDAWAR, *Difesa della scienza*, Roma, 1972; ID., *Induzione e intuizione nel pensiero scientifico*, Roma, 1974; SALMON, *Causality and Explanation*, Nex York-Oxford, 1998; ID., *40 anni di spiegazione scientifica*, Padova, 1992; WITIGENSTEIN, *Causa ed effetto*, Torino, 2006; ID., *Appendice A (Immediatamente consapevole della causa)*, in ID., *Causa ed effetto*, cit. Si osservi come di questo processo faccia uso Holmes, che, riferendo della serie di elementi che lo hanno portato alla conclusione, osserva: "Ho fucinato ogni anello della mia catena, ogni anello fu da me provato e riprovato, e sono convinto che la catena è solida" A. CONAN DOYLE, *Il*

bensi soltanto in chiave probabilistica⁵⁷. L'impossibilità – già sul piano della legge scientifica in generale – di conseguire conferme empiriche valide in termini assoluti⁵⁸, ma soltanto falsificabili (e dunque asserzioni esplicative provvisorie, valide cioè in quanto non falsificate) non può certo condurre alla paralisi dell'accertamento causale⁵⁹, anche se il citato limite del ragionamento abduttivo implica un riflesso ulteriore rispetto alla spiegazione eziologica nel caso di un evento singolare, come è nel diritto penale.

La strutturale singolarità dell'evento verificatosi in un 'qui' e in un 'ora' (evento che costituisce l'unico oggetto significativo per il giudizio penale) ne esclude radicalmente la riproducibilità empirica, prima ancora e indipendentemente dall'impossibilità sul piano etico e giuridico, confinando l'eventuale verifica al ricorso (ove possibile) a modelli⁶⁰: tale condizione peculiarmente propria dell'accertamento causale in sede penale ne accentua il coefficiente probabilistico (e, in qualche misura, l'incertezza). In tale contesto il richiamo a "tutta l'evidenza disponibile" va colto in stretta connessione funzionale con il riferimento alla "spiegazione alternativa che confuta l'ipotesi d'accusa". Nello scarto tra una (peraltro inattuabile) certezza della spiegazione causale dell'evento singolare e quella, comunque provvisoria e probabilistica, prospettata dall'accusa, si colloca proprio quanto la *sentenza Franzese* denomina come "tutta l'evidenza disponibile": la plausibilità della spiegazione alternativa che confuta quella accusatoria può infatti trovare fondamento (anche) in elementi di fatto non considerati perché ritenuti estranei rispetto all'ipotesi esplicativa o perché non 'raccolti' (e che invece, in quanto facenti parte dell'evidenza disponibile, dovranno essere valutati per una loro intrinseca valenza confutativa),

segreto degli occhiali a pince-nez, tratto da ID., *Il ritorno di Sherlock Holmes*, in ID., *Le ultime avventure dell'infallibile Sherlock Holmes*, cit., 447.

⁵⁷ Sul piano prasseologico non deve tuttavia sfuggire che vi possono essere casi – senz'altro esigui quanto a numero – nei quali un'abduzione iniziale riceve una tale quantità di conferme empiricamente valide da poter essere considerata "corroborata" in termini di certezza convenzionale (o allo stato), ovvero provvisoria (dove il grado di provvisorietà è infimo). Si pensi, per esemplificare, a un evento-morte conseguente al ferimento da arma da fuoco della vittima, avvenuto alla presenza di decine e decine di testimoni e di cui esiste, per qualunque ragione, una ripresa audio-visiva.

⁵⁸ V. i riferimenti riportati *supra*, in nota 39.

⁵⁹ A tacer di ogni altra considerazione, l'impiego di leggi scientifiche rimane l'unico modo razionale di spiegare i fatti della realtà fenomenica e il grado di affidabilità delle asserzioni esplicative fondate su leggi scientifiche è, per certo, maggiore di quello che può attingere l'accertamento giudiziale complessivamente considerato.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, al caso del crollo di una diga, dove in qualche misura è possibile – almeno in via astratta – congetturare un modello 'empirico' dell'evento: certamente non così quando l'evento è la morte di un uomo, ascritta a un errore terapeutico o all'esposizione a sostanze tossiche in ambiente di lavoro.

ovvero perché possono costituire l'ammagliatura sulla quale si basa una diversa spiegazione dell'evento (pur essa basata su leggi di copertura, eventualmente diverse da quelle che reggono l'ipotesi d'accusa).

Non è difficile scorgere nel modo di procedere indicato dalla *sentenza Franzese* il precipitato dello schema popperiano secondo congetture e confutazioni, dove la congettura ha pieno titolo di essere utilizzata come spiegazione (allo stato) corretta fino a che non sia stata falsificata (fermo restando l'obbligo di formulare la spiegazione attraverso asserzioni che possano essere sottoposte a confutazione). La congettura non confutata ben può essere quindi assunta come vera, o, in termini holmesiani, si può anche affermare che “questo procedimento parte dalla supposizione che, eliminato tutto quello che è impossibile, quello che rimane, per quanto improbabile, è la verità”⁶¹.

Lo stretto collegamento, necessariamente istituito fra “tutta l'evidenza disponibile” e “la spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria”, conduce tuttavia alla domanda cruciale: quando due spiegazioni causali di un medesimo evento fra loro alternative si fronteggiano, sulla base di quali criteri il giudice dovrà preferirne una piuttosto che un'altra? Se si verte in tema di causalità reale, la situazione appare abbastanza semplice, almeno sul versante della posizione del problema: a confrontarsi sono infatti due congetture esplicative basate ciascuna sulla selezione di antecedenti tutti reali (cioè effettivamente accaduti prima dell'evento), selezione avvenuta tenendo conto di tutta l'evidenza disponibile e illuminata da leggi scientifiche che forniscono un senso razionale alla selezione stessa. Decidere se la serie causale S^1 (fra i cui antecedenti sta quello costituito dalla condotta umana) sia quella effettivamente produttiva dell'evento (sicché possa dirsi che la condotta umana è

⁶¹ L'enunciazione completa è la seguente “Questo procedimento parte dalla supposizione che, una volta eliminato tutto ciò che è impossibile, quel che rimane, per quanto improbabile, non può che essere la verità. Può darsi benissimo che si presentino parecchie spiegazioni: nel qual caso si deve provare e riprovare, finché l'una o l'altra di esse non offra una somma convincente di convalide. Applicheremo ora questo principio al caso in questione”, A. CONAN DOYLE, *L'avventura del soldato dal volto terreo*, tratto da ID., *Il taccuino di Sherlock Holmes*, in ID., *Le ultime avventure dell'infallibile Sherlock Holmes*, cit., 749. L'assioma (come lo chiama Holmes stesso) è ripreso in un dialogo con Watson e la formulazione marca nettamente l'anticipazione dell'idea della falsificazione: «Watson: “A me sembra una tesi assai improbabile”, Holmes: “Non dobbiamo mai dimenticare il nostro vecchio assioma che quando tutte le altre ipotesi falliscono, quel che rimane, per quanto improbabile, non può che essere la verità. Ora nel caso attuale tutte le altre ipotesi sono fallite”» (corsivo nel testo), A. CONAN DOYLE, *L'avventura dei progetti Bruce-Partington*, tratto da ID., *L'ultimo saluto di Sherlock Holmes*, in ID., *Le ultime avventure dell'infalibile Sherlock Holmes*, cit., 618.

casualmente rilevante, ‘causa’ quindi dell’evento), ovvero se l’altra serie S^2 (alla quale è estranea la condotta umana) è invece maggiormente plausibile come spiegazione, non sembra in alcun modo giudizio che possa essere affidato a criteri non razionalmente controllabili (come sono, ad esempio quelli del buon senso o del senso comune⁶²) e neppure potrebbe trovare ospitalità un canone legato alla prevalenza della spiegazione che comunque individua una ‘causa’ penalmente rilevante, tale cioè da portare l’accertamento giudiziario ad un esito capace di soddisfare esigenze di giustizia male intese. Illuminante in proposito il superiore criterio ermeneutico dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”⁶³ che, pur situato sul piano propriamente *categoriale* nell’art. 533 c.p.p., è tuttavia coerente con la ricordata necessaria esigenza che la scelta fra le spiegazioni a confronto avvenga secondo un criterio razionalmente controllabile. Proprio la controllabilità razionale (cioè secondo paradigmi che possano essere sottoposti a verifica critica e dunque a confutazione) è lo snodo strutturale dell’altrimenti evanescente criterio ermeneutico ora ricordato: a fondarne il più alto valore non è tanto il richiamo al dubbio, come categoria comunque metodologicamente appropriata, quanto l’aggettivazione ‘ragionevole’, che qualifica l’incertezza come radicata non in una percezione soggettiva consistente con il piano della pre-comprensione intuitiva, ma sulla confutabilità (tramite esperimento⁶⁴) dell’asserzione che quel dubbio fomenta. Per avere valore euristico, la messa in dubbio dell’affermazione A deve procedere dalla diversa affermazione B, che la smentisce, ma che dev’essere – anche quest’ultima – dotata di una sua intrinseca razionalità, caratteristica che ne esige, come s’è accennato, il fondamento su asserzioni che siano smentibili (e dunque accettabili fino a quando non smentite). Se dunque è la ragionevolezza (nel senso precisato) del dubbio il nucleo essenziale del canone interpretativo dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”, non sembra difficile scorgere proprio nello statuto della razionalità il principio regolatore per decidere se, al cospetto

⁶² ‘Senso comune’ e ‘buon senso’ sono formule linguistiche del tutto inutilizzabili nel contesto di qualunque spiegazione che pretenda d’essere razionale o scientifica: fondate o su una intuizione soggettiva o su un pregiudizio di carattere ontologico (ad esempio la ripetitività dei fenomeni naturali), non si reggono su asserzioni falsificabili tramite un esperimento empirico e, per ciò solo, non possono valere come criteri di giudizio neppure minimamente affidabili. In proposito v. MUSGRAVE, *Senso comune, scienza e scetticismo*, Milano, 1995.

⁶³ Cfr CANZIO, *Prova scientifica, op. loc. cit.*; ID., *L’“oltre ogni ragionevole dubbio”*, *op. loc. cit.*

⁶⁴ Il termine esperimento è qui da intendersi in senso lato: più propriamente nel senso popperiano, per cui le asserzioni costituenti una legge scientifica debbono poter essere soggette a falsificazione empirica.

“di tutta l’evidenza disponibile”, “la spiegazione alternativa è in grado di confutare l’ipotesi accusatoria”.

Prima di esaminare più da vicino questo profilo della questione, una breve notazione sembra non inopportuna. L’esclusione del ragionevole dubbio esige un apparato motivazionale adeguato e specifico: la semplice asserzione della non ragionevolezza del dubbio trasformerebbe questo canone in una formula vuota, in uno stilema non diverso dal ‘libero convincimento’⁶⁵. In altri termini: l’argomentazione dovrà vertere sulle ed esplicitare le ragioni della non plausibilità del dubbio, ragioni che dovranno essere affidate ad asserzioni a loro volta controllabili (popperianamente: falsificabili).

Venendo al cuore (di tenebra?) dell’intera questione, ‘razionalità del dubbio’ significa esclusivamente comparazione fra spiegazioni alternative, entrambe fondate secondo lo schema della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura? Ovvero si potrà, in casi ove la singolarità dell’evento assume note preponderanti, abbandonare questo paradigma?

Si pensi, per esemplificare, al problema della utilizzabilità in chiave esplicativa causale delle leggi epidemiologiche, che, per loro struttura, non permettono la individualizzazione dell’implicazione causale rispetto all’evento singolare⁶⁶, ma, al più, autorizzano una connotazione in termini di aumento del rischio⁶⁷ generato dalla condotta (attiva od omissiva) dell’agente. Può, ad esempio, (•) il riferimento all’esistenza di una legge (senz’altro scientifica come quella) epidemiologica integrare la

⁶⁵ Per una compiuta elaborazione filosofica del discorso ‘pratico’ come strumento di verifica su enunciati ipoteticamente considerati v. HABERMAS, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, 127 ss., le cui osservazioni in tema di ‘universalizzabilità’ del discorso possono essere impiegate anche al di fuori del contesto meta-etico cui propriamente si riferiscono.

⁶⁶ V. per tutti in questo senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 183.

⁶⁷ Per la negazione che l’aumento del rischio possa fondare una spiegazione causale cfr per tutti STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001; ID., *Verità, scienza e giustizia, le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss. In senso analogo, v. sentenza *Franzese*. Sul punto v. ROXIN, *La problematica dell’imputazione oggettiva*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Roma, 1998, 83. Per una sintesi critica della teoria del rischio, v. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945. In materia si vedano ancora MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988; CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel reato colposo d’evento*, Napoli, 1989; DONINI, *La causalità omissiva e l’imputazione “per aumento del rischio”*, cit., 47; ID., *Imputazione oggettiva dell’evento*, Torino, 2006; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 151; ID., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 365; MASSARO, *“Concretizzazione del rischio” e prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale medesimo*, Milano, 2010.

ragionevolezza del dubbio in chiave almeno confutativa⁶⁸? È bastevole, a fondare una spiegazione causale che superi il vaglio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio”, (●●) l'affermazione del legame eziologico fondato non su una legge scientifica di copertura, ma su una rilevazione di carattere tecnico-osservativo, neppur assistita da una base statistica, quando una tale rilevazione permetta tuttavia la ricostruzione di una serie di antecedenti logicamente consistente⁶⁹?

Rispondere analiticamente agli interrogativi qui posti porterebbe molto lontano dal tema e richiederebbe uno spazio incompatibile con quello disponibile: qualche notazione sintetica tuttavia è necessaria per esaminare il riverbero della presente questione in tema di causalità ipotetica.

Impiegando come riferimenti i due esempi accennati, rispetto a (●) la non discutibile natura razionale (scientifica) di una spiegazione fondata su una legge epidemiologica non autorizza a negarne la rilevanza come fondamento di un “dubbio ragionevole”. Con un'avvertenza, però: la circostanza che le leggi epidemiologiche non sono in grado di individualizzare la spiegazione causale, le rende inservibili, in assenza di elementi ulteriori, per reggere da sole la spiegazione dell'evento in termini affermativi. Questa evidente asimmetria trova tuttavia una coerente giustificazione – quantomeno sul piano *categoriale* e forse non soltanto su quello⁷⁰ – nella portata garantistica essenzialmente sottesa al criterio ermeneutico dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio”, sol che si consideri che a superare il limite del dubbio razionale è la prova della sussistenza di un elemento costitutivo del reato e non certo quella della sua insussistenza. In altri termini: se la spiegazione S^2 si basasse su una legge epidemiologica per selezionare una serie causale produttiva dell'evento diversa da quella proposta dall'accusa con la spiegazione S^1 (che comprende fra gli antecedenti

⁶⁸ Nel senso che la legge epidemiologica possa avere, da sola, valenza di legge di copertura di una implicazione causale in senso affermativo, v. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; ID., *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 4415.

⁶⁹ Si consideri ad esempio il caso giudicato da Cass. Sez. IV, 15 ottobre, 2002, cit. Sul sapere esperienziale, v. JEDLOWSKI, *Il sapere dell'esperienza*, Milano, 1995.

⁷⁰ La questione meriterebbe ben altro approfondimento, ma forse anche sul piano *pre-categoriale* (beninteso, rispetto alle categorie del diritto penale) la citata asimmetria conserva la sua coerenza: si immagini che A sia una legge epidemiologica sulla base della quale sia falsificata la spiegazione B, perché B contiene asserzioni incompatibili con A: sicché si concluda che B è confutata. Si immagini ora che A¹ (legge epidemiologica) corrobori la spiegazione B¹, sicché si possa dire che B¹ è congettura provvisoriamente vera perché allo stato non confutata. Guardando il valore delle due congetture (B e B¹) non è azzardato affermare che quella più solida è B, proprio perché è stata irrevocabilmente confutata. In questo senso cfr MUSGRAVE, *Senso comune*, cit.

una condotta reale umana), S^2 potrebbe essere considerata confutazione adeguata di S^1 , in quanto, essendo S^2 stessa radicata (tramite il collegamento alla legge epidemiologica) nel paradigma della scienza, ben può fondare un dubbio ragionevole, che – sul piano probatorio, per dirla con la sentenza *Franzese* – smentisce S^1 .

Venendo al secondo degli esempi segnalati (●●), la mancanza della legge scientifica di copertura (rispetto al caso singolare) impone una cautela ancora maggiore⁷¹. A principiare da una precisazione circa il significato che si deve attribuire al riferimento alla locuzione ‘legge scientifica di copertura’. Spiegare le ragioni del crollo di una diga implica necessariamente l’impiego di conoscenze di altissimo livello in campo ingegneristico (cominciando dalla scienza delle costruzioni) e sconta cognizioni nel campo della fisica, sicché è intuitivo il riferimento a leggi scientifiche intese come il patrimonio di regole che presiedono al settore d’interesse. Se invece ciò che deve essere ‘spiegato’ è il difettoso funzionamento di un paracadute⁷², il riferimento, altrettanto intuitivo, va a conoscenze di carattere tecnologico, in genere empiricamente ricavate dall’esame sperimentale (nel caso: dell’apparecchiatura alla base degli incidenti), alle quali mal si addice il nome di ‘legge scientifica’, sicché – a prima vista – può sembrare che in un caso del genere (e si tratta di un genere sufficientemente popoloso nell’esperienza giudiziaria) a far difetto sia proprio la legge scientifica di copertura. Di più: in casi come quello prospettato non è neppure possibile riprodurre attraverso un modello empirico la situazione, per ricavarne indicazioni (retrospettive) sulla dinamica del fatto, né – in genere – sono disponibili studi o ricerche di carattere generale, dai quali sia possibile trarre elementi di valutazione significativi rispetto all’evento *hic et nunc* verificatosi. La singolarità del caso sembra qui assumere una pregnanza tale da sfuggire – quasi necessariamente – alla riportabilità al paradigma della spiegazione secondo leggi scientifiche. Ma, come si è avvertito poc’anzi, la questione è – come suggeriva Wittgenstein a proposito di quelli filosofici – un problema linguistico mal posto. Occorre distinguere i due differenti profili sottesi a casi del genere di quello qui ipotizzato. Sta in primo luogo quello attinente al nome ‘legge scientifica’: restando all’esempio, il funzionamento del paracadute come tale risponde (e può quindi essere spiegato) attraverso il ricorso a *leggi scientifiche* (locuzione qui usata nel senso ‘classico’ del termine), posto che i meccanismi che ne comandano l’apertura sono riportabili

⁷¹ Sul sapere incerto (esperienziale o scientifico che sia) si vedano le conclusive riflessioni di TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 22 ss.; ID., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006. V. anche BESSO MARCHESE, *Probabilità e prova: considerazioni sul giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1119.

⁷² Il riferimento esemplificativo va ancora a Cass. Sez. IV, 15 ottobre 2002, cit.

agli schemi di leggi della fisica che si occupano di forze e di resistenze dei materiali e così via per ogni altro particolare coinvolto. Si può quindi non avventatamente affermare che la conoscenza di carattere tecnologico (cui si è fatto prima cenno) in realtà si fonda su un retrostante (e inespresso) bagaglio di conoscenze scientifiche, che in genere non vengono messe in campo, restando quasi nascoste, ma che ben possono essere in ogni momento esplicitate di fronte a una specifica esigenza motivazionale. Tale mancata esplicitazione, se dipende da un'economia espositiva, è del tutto ininfluyente rispetto al tema cruciale della razionalità della spiegazione causale: se affermo che un colpo d'arma da fuoco, che ha colpito il cuore di V, è 'causa' dell'evento morte di V, esprimo una valutazione causale che può essere sorretta da sintetici richiami a poco più che massime d'esperienza, né in sede di autopsia e di perizia medico-legale si andrà molto oltre, riferendo tali elaborati 'scientifici' che il proiettile ha effettivamente raggiunto l'organo vitale, determinando il decesso della vittima. Inespresse, ma solide, dietro queste asserzioni stanno leggi della balistica e della medicina, che in ogni momento sorreggono le formule convenzionali adottate per spiegare casualmente l'evento-morte di V⁷³. Ma l'esplicitazione può invece diventare necessaria e anzi doverosa, quando si tratti di confutare la spiegazione causale basata sulla regola tecnologica, proprio perché ad essere posta in discussione è appunto la regola tecnologica applicata in funzione esplicativa nel caso concreto.

Per altro verso – ed è il secondo dei profili cui si è fatto riferimento – stanno elementi del fatto non riportabili allo schema delle leggi scientifiche (ad esempio: la non 'abitudine' del paracadutista alla nuova procedura di lancio), dei quali non tuttavia è possibile non *tener conto* nella spiegazione

⁷³ Le formule convenzionali del tipo di quelle richiamate nel testo funzionano come tali se utilizzate all'interno di ambiti dove vengono riconosciute per il loro valore convenzionale ed evocativo di contesti ulteriori (cioè delle leggi scientifiche che ne costituiscono il fondamento). Ma se dovessi spiegare causalmente la morte di V ad un soggetto del tutto ignaro dell'ambito convenzionale nel quale le formule si collocano, le cose starebbero in modo ben diverso. Si pensi a un aborigeno australiano convinto che la morte di V dipende dal suono dell'esplosione e che tale rumore sia la manifestazione della reazione punitiva per la violazione di un tabù perpetrato da V medesimo: in questo caso dovrei intraprendere un lungo percorso argomentativo, che principia con la illustrazione della fisiologia umana e trascorre per le leggi della balistica. Non può sfuggire che soltanto in questo modo potrei confutare *razionalmente* la diversa spiegazione 'causale' proposta dall'aborigeno. E, proseguendo in questa fantasiosa ipotesi, non potrei far ricorso neppure alla formula della *condicio sine qua non*: l'aborigeno potrebbe efficacemente osservare che, eliminata mentalmente la violazione del tabù, la morte di V non si sarebbe verificata. Preso atto che ciò ulteriormente dimostra la natura puramente logico-formale dello schema della *condicio sine qua, non* e la sua povertà sul piano euristico, dovrei ancora argomentare, spiegando che asserzioni non suscettibili di controllo mediante esperimento non hanno alcun valore e, per ciò solo, sono inutilizzabili nella spiegazione causale.

causale dell'evento singolare, in quanto fanno parte – secondo la terminologia della *sentenza Franzese* – di “tutta l'evidenza disponibile”. Se si ha riguardo al tratto essenziale, è facile coglierlo nella necessaria risposta alla domanda: *come si tiene conto* di tali elementi, per valutarne la eventuale rilevanza nella spiegazione, che deve aver doverosamente presente “tutta l'evidenza disponibile”? “Come tener conto” significa “secondo quali regole apprezzare questi estremi del fatto”, regole che non potranno essere affidate alla non controllabile pre-comprensione intuitiva del giudicante, ma che devono trovare un fondamento in qualche misura oggettivo (nel senso di controllabile secondo lo schema della asserzione confutabile).

L'(errato) ordine, impartito dal controllore di volo al comandante di un aereo di procedere lungo una pista che immetteva su quella di decollo, è stato (correttamente) considerato fra le cause⁷⁴ che hanno determinato l'evento-collisione con un altro aereo che impegnava la pista principale⁷⁵. Se nessuno dubita della consistenza di questa connessione causale, è altrettanto indubitabile che non vi sia una legge scientifica di copertura (intesa in senso classico) che regga questa implicazione causale. La solidità dell'implicazione si fonda – a ben vedere – sulla sua coerenza fattuale con la ricostruzione dell'episodio storicamente dato nella sua interezza (rispetto a “tutta l'evidenza disponibile”) e sulla circostanza che, sul piano della realtà fenomenica, quell'antecedente rientra nella serie di antecedenti che ha portato all'evento, in quanto la sua eliminazione mentale avrebbe interrotto (o comunque modificato in modo radicale) lo svolgersi della sequenza storica degli antecedenti produttiva dell'evento. È allora sul piano della coerenza argomentativa che è possibile controllare la congettura secondo la quale l'errato ordine si colloca nella serie causale produttiva dell'evento: ma ‘coerenza argomentativa’ è formula che, a sua volta, rinvia a un passaggio ulteriore, posta la naturale portata relativa del termine ‘coerente’ (si è coerenti rispetto a qualcosa: nel caso: a un universo di valori che permettono di affermare che l'asserzione è logicamente plausibile rispetto all'ambito di discorso).

Affermare la plausibilità logica di un assunto del genere di quello ipotizzato implica, ad esempio, che l'affermazione non violi il principio di non contraddizione, assunto quest'ultimo principio come il cardine essenziale della correttezza – quanto meno formale – dell'argomentare: sicché l'affermazione sarebbe confutata dall'esistenza di una circostanza di fatto incompatibile con l'antecedente considerato (si immagini che, dopo l'ordine di procedere, il pilota, riconosciutane l'erroneità, abbia segnalato lo sbaglio alla torre di controllo,

⁷⁴ Causa intesa come una delle condizioni contingentemente necessarie per la produzione dell'evento.

⁷⁵ Cass., sez. IV pen., 19 febbraio 2008, n. 22614, in *Cass. pen.*, 2009, 537 ss.

decidendo quindi di arrestare l'avvicinamento dell'aereo alla pista principale, per riprendere successivamente tale manovra sulla base di una propria autonoma valutazione in ordine alla libera disponibilità della pista principale).

Ed ancora: la razionalità dell'argomentazione, intesa come sua plausibilità logica, dipende dalla circostanza che l'affermazione, di cui si predica la rilevanza causale, sia rispettosa di assiomi di portata generale che presiedono alla tematica della causalità: in primo luogo (per quanto ovvia e scontata sia la notazione) che il fatto apprezzato come 'causa' preceda cronologicamente l'evento; che la proposizione (cui si riferisce l'affermazione causale) concerna un fatto della realtà naturale, empiricamente dato e storicamente riscontrato, non essendo immaginabile una serie causale effettivamente produttiva di un evento che non sia costituita tutta da antecedenti a loro volta effettivamente accaduti nella realtà fenomenica. Che, infine (ma soltanto per chiudere l'esemplificazione), quel fatto, così come connotato, si collochi in una sequenza di antecedenti non arbitrariamente selezionati, ma complessivamente coerente⁷⁶. Sicché la serie di antecedenti per tal modo individuata (e della quale fa parte anche un antecedente del genere cui appartengono quelli ipotizzati negli esempi), per poter essere qualificata come una razionale spiegazione dell'evento singolare (e come tale accolta), dovrà essere composta da antecedenti, ciascuno dei quali risponda, autonomamente considerato, alle caratteristiche qui indicate; ma tale condizione di 'corrispondenza' dovrà essere soddisfatta anche dalla sequenza di antecedenti selezionata considerata nel suo complesso. Seppur il tema meriti ben ulteriore approfondimento e affinamento (soprattutto in relazione ai requisiti di coerenza logica degli antecedenti del genere di quello qui ipotizzato), sembra tuttavia possibile giungere a una (almeno provvisoria) conclusione.

Se si ammette – come non sembra altrimenti possibile – che

se un evento si è verificato, una e soltanto una serie di antecedenti lo ha prodotto (v. (a) in § 0)

allora la serie di antecedenti selezionata utilizzando (anche) criteri come quelli sopra riassunti può essere considerata, almeno allo stato delle conoscenze, come la serie causale che ha cagionato l'evento. La spiegazione causale per tal modo individuata si presenta infatti come quella dotata della maggiore probabilità logica, in quanto è sopravvissuta al processo di falsificazione di

⁷⁶ Si consideri che la contraddizione è considerata da Popper criterio di eliminazione di un'ipotesi insoddisfacente (POPPER, *Congetture e confutazioni*, cit., 533), così come un'ipotesi allo stato non confutata (anche sulla base di una contraria esperienza passata) è preferibile ad altra non 'esposta' a confutazione (o caratterizzata da un più basso grado di falsificabilità) anche per la predizione di un caso futuro o per la spiegazione di uno non (ancora) osservato: in questo senso MUSGRAVE, *Senso comune*, cit.

tutte le altre possibili (congetturabili) spiegazioni causali dell'evento stesso. Che una tale spiegazione sia 'provvisoria' è perfettamente coerente con il paradigma della scienza e insieme autorizza a dire che essa ha valore "al di là di ogni ragionevole dubbio", poiché di tale canone ermeneutico ci si è già avvalsi confutando le altre possibili congetture esplicative. Sicché quel che rimane, per dirla con Holmes, è, per quanto improbabile, la verità, essendo stato escluso tutto ciò che è impossibile (in quanto è stato falsificato).

I criteri indicati non paiono contraddire il canone generale della susunzione sotto leggi scientifiche. Anche nei luoghi nei quali non è possibile far riferimento a una legge scientifica (intesa in senso 'classico') perché non ve ne sono di applicabili, a venir impiegati sono comunque paradigmi e protocolli esplicativi controllabili razionalmente (in quanto costituiti da asserzioni confutabili): ed è questo, in ultima analisi, il canone fondante della scienza popperianamente intesa. Né deve sfuggire che tali luoghi devono metodologicamente essere contenuti entro gli ambiti più ristretti, dal momento che, fin dove possibile perché esistente, prevale il ricorso alla legge scientifica di copertura (anche se per il tramite di un richiamo implicito o inespresso)⁷⁷.

Con un'avvertenza finale, che ribadisce il primato dell'approccio secondo leggi scientifiche (in senso 'classico'): se la rilevanza causale dell'antecedente selezionato secondo i criteri innanzi riassunti, o se la sua collocazione nella sequenza di antecedenti assunta come spiegazione dell'evento, o se la sequenza complessivamente considerate, sono falsificate da regole dedotte da una legge scientifica, quella spiegazione è irrevocabilmente confutata, dal momento che un più alto grado di credibilità razionale assiste asserzioni tratte da leggi scientifiche rispetto a quelle derivanti da un approccio da esse non sostenuto (e che quindi potrà metodologicamente essere impiegato soltanto in mancanza di leggi scientifiche di copertura).

2.b.1.1. *(segue) Tutta l'evidenza disponibile e la spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria nelle ipotesi di causalità ipotetica*

Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo si atteggiano in modo peculiare quando si versi in fattispecie di causalità ipotetica, nelle quali,

⁷⁷ Per esemplificare si pensi al caso dell'incidente aereo innanzi riferito e di cui alla sentenza della nota 75. L'antecedente costituito dalla collisione fra i due aerei (che immediatamente precede l'evento integrante i reati di omicidio colposo plurimo e disastro aereo) trova una sua spiegazione nelle asserzioni di carattere tecnico relative alla presenza dei due aerei sulla pista e ai loro reciproci movimenti: ma quelle asserzioni fondano la loro razionalità (e dunque la loro falsificabilità) su retrostanti leggi scientifiche, dalle quali sono state desunte e alle quali in ogni momento possono essere ricondotte.

come si è avuto modo di mostrare, il tipo di ragionamento è strutturalmente prognostico, dovendo rispondere alla domanda:

(γ) posta la serie causale C (dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento), se ci fosse stato l'antecedente virtuale X (dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta), l'evento E non sarebbe accaduto?

ovvero, nella variante,

(γ_1) sappiamo che l'evento si è verificato per una determinata serie causale, ma vogliamo/dobbiamo sapere se, sotto le condizioni ipotizzate (realizzazione della condotta doverosa omessa=presenza dell'antecedente virtuale) quell'evento non sarebbe accaduto.

Sia in (γ) sia in (γ_1) emerge chiaramente il nucleo problematico rappresentato dalla valutazione prognostica della portata impeditiva della condotta doverosa omessa. Al di là delle cautele alle quali chiama la doverosa attenzione a contrastare la fisiologica tendenza all'*hindsight bias*⁷⁸, oltre le considerazioni che conducono alla individuazione del comportamento che l'omittente avrebbe dovuto porre in essere, la questione essenziale consiste nel determinare in modo razionale il grado di probabilità di impedimento dell'evento, ulteriormente al quale si può – al di là di ogni ragionevole dubbio – affermare che l'evento singolare non sarebbe accaduto. In altri termini: la natura prognostica del giudizio richiesto in materia di causalità ipotetica esige anche l'individuazione di un parametro intorno al quale fondare in termini controllabili (e, per questo, razionali) l'accettabilità della previsione in ordine alla verifica/non verifica dell'evento costitutivo del reato.

L'intrinseca difficoltà del giudizio predittivo si acuisce dunque per l'esigenza di dover caratterizzare tale giudizio in forma tale da permettere di 'misurare' la probabilità d'impedimento, poiché a questa misura sembra essere legata la valutazione finale sulla rilevanza causale *ex art. 40 cpv c.p.* della condotta doverosa omessa. In sintesi estrema, nessuno è disposto a negare la rilevanza causale (impeditiva) di un intervento terapeutico che, se praticato, avrebbe importato una probabilità salvifica stimata dai protocolli medici intorno al 94% dei casi⁷⁹, non altrettanto nel caso in cui tale

⁷⁸ V. *supra*, in nota 46.

⁷⁹ Si pensi alla mancata diagnosi di un aneurisma all'aorta addominale, rispetto alla quale l'intervento chirurgico in fase elettiva è stimato – pur essendo intervento di c.d.

percentuale fosse di poco superiore all'1%. Come ognuno vede, l'esempio prescelto concerne una situazione nella quale sono disponibili leggi scientifiche (mediche) di copertura, sicché questo peculiare tratto, proprio della causalità ipotetica, si presenta strutturalmente identico sia quando la spiegazione causale procede secondo il più affidabile criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche, sia quando la spiegazione stessa è invece condotta secondo i criteri cui s'è fatto cenno nel precedente § 2.b.1. A ben vedere infatti la questione ora accennata segue, anche logicamente, non soltanto l'identificazione della serie di antecedenti produttiva dell'evento, ma pure la valutazione (che necessariamente implica la già avvenuta identificazione della serie causale reale) in forza della quale si attribuisce a un antecedente virtuale (Av) valenza impeditiva rispetto all'evento stesso.

Conseguita che sia – attraverso il sostegno di paradigmi di carattere scientifico ovvero ricorrendo ai criteri innanzi indicati – la conclusione che una condotta doverosa omessa sarebbe stata potenzialmente idonea a precludere il verificarsi dell'evento, è conclusione questa bastevole a ritenere integrato il dettato dell'art. 40 cpv c.p., o sarà invece ancora necessario interrogarsi sulla forza di questa prognosi? Una più che remota *possibilità*⁸⁰ d'impedire l'evento è caratterizzazione dell'antecedente virtuale (cioè del riverbero concreto del condotta doverosa omessa) razionalmente accettabile e congruente per ritenere integrato l'estremo di fattispecie richiesto in questi casi nei reati commissivi mediante omissione? L'esempio di nota 79 (aneurisma all'aorta) illustra chiaramente quanto s'è detto: per certo anche l'operazione in situazione d'emergenza ha una (almeno in astratto) idoneità impeditiva rispetto all'evento-morte, ma la bassa percentuale di probabilità di successo autorizza ad affermarne la rilevanza causale al cospetto della legge penale?

I riferimenti ai dati quantitativi (numerici), in grado di esprimere l'entità percentuale della prognosi, soltanto a prima vista paiono affidabili. Indipendentemente dalla loro intrinseca fondatezza, essi finiscono con l'essere

alta chirurgia – con probabilità di successo nell'ordine del 94% dei casi: se alla mancata diagnosi (e al conseguente non praticato intervento) consegue la morte del paziente, nessuno dubita della rilevanza causale impeditiva della mancata diagnosi. Si ipotizzi ora che altro paziente, portatore della medesima patologia, giunga in ospedale con l'aneurisma (di notevoli dimensioni) all'aorta addominale già aperto e sanguinante. La mancata diagnosi preclude ovviamente l'intervento chirurgico, che però ha – nelle condizioni date – una percentuale di successo non superiore al 25%.

⁸⁰ Concetto, quello di possibilità, che esprime una valutazione qualitativa, difficilmente escludibile in termini assoluti e comunque per definizione esistente dal momento la condotta doverosa omessa è tale in quanto in astratto è richiesta da una norma precetto che mira a impedire eventi del genere di quello verificatosi: sicché la mera possibilità di impedimento dell'evento è sempre predicabile della condotta doverosa omessa (intesa in senso astratto come contenuto della norma-comando).

d'aiuto limitatamente ai casi nei quali il numero che condensa la previsione si attesta verso i due estremi della scala (in altri termini: è prossimo al 100% o allo 0%): senza voler ricorrere all'ipotesi scolastica dell'equiprobabilità, di fronte a un caso nel quale, in assenza dell'intervento chirurgico, si andrebbe incontro a un esito mortale, quand'anche i protocolli medici indicassero nel 30% o nel 40% la probabilità di successo di quel tipo d'intervento, si potrebbe fondatamente negarne la rilevanza causale impeditiva, soltanto sul riflesso che – pur eseguito – maggiore sarebbe la probabilità d'insuccesso rispetto a quella di un esito salvifico? In contrario starebbe infatti l'osservazione che, in mancanza di quell'atto chirurgico, la probabilità dell'evento-morte sarebbe maggiore di quella che si avrebbe se l'intervento, pur 'rischioso', non venisse effettuato. Sviluppando questa strada argomentativa, è facile avvedersi che si potrebbe procedere oltre, ipotizzando percentuali sempre più alte di probabile insuccesso dell'intervento e ritenerele tuttavia significative in senso impeditivo, sempre che si possa affermare che il decorso della malattia si sarebbe evoluto verso l'evento-morte con una probabilità maggiore di quella relativa del grado d'insuccesso dell'intervento. Portando all'estremo un siffatto ragionamento, si giungerebbe alla conclusione (immaginando un caso ben difficilmente congetturabile in concreto) che un intervento chirurgico, accreditato per la sua straordinaria difficoltà, di esiti favorevoli nel 5% dei casi, avrebbe rilevanza causale impeditiva se la probabilità di permanenza in vita del paziente, non sottoposto a quella operazione, fosse, ad esempio, inferiore all'1%. In mancanza di un criterio di selezione dai tratti plausibilmente oggettivi, legato bensì alla situazione concreta⁸¹, ma che abbia un riscontro di carattere generale e astratto (tale da non affidare siffatta valutazione alla soltanto apparente logica del caso per caso), il giudizio sulla rilevanza impeditiva rilevante ex art. 40 cpv c.p. dell'antecedente virtuale (e più ancora, sul suo modello astratto: la condotta doverosa omessa) rischierebbe d'essere potentemente condizionato da componenti di valore di carattere eminentemente soggettivo. Si pensi, ad esempio, alla più o meno spiccata propensione a stimare comunque rilevante causalmente (in senso impeditivo) un intervento che accresca, anche di poco, la probabilità di sopravvivenza del paziente⁸², mentre a conclusione diversa si potrebbe agevolmente giungere quando ad essere in gioco non fosse il bene vita, ma altro di rango inferiore. A ben vedere, però, una soluzione improntata alla differente gerarchia dei beni giuridici protetti non sembra plausibile, in quanto darebbe luogo a una difformità di criteri di valutazione della rilevanza impeditiva dell'Av: soluzione per un canto incongrua, perché ne conseguirebbe una

⁸¹ Il diritto penale si occupa della spiegazione causale dell'evento singolare e non della costruzione di leggi generali in materia di causalità.

⁸² Si vedano le sentenze citate *supra*, in nota 51. In dottrina, in senso critico, cfr per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 208-209.

molteplicità di canoni ermeneutici destinata a rendere ancor più complessa e incerta l'intera materia della causalità ipotetica; soluzione, per altro e soprattutto, inammissibile perché farebbe entrare in una valutazione di natura *pre-categoriale* (rispetto alle categorie del diritto penale) componenti di carattere assiologico, sostanzialmente e strutturalmente estranee alla fase che Narvaez Mora ha in modo efficace definito quella nella quale occorre “*accertare il fatto cui applicare la legge*”.

Il percorso argomentativo della *sentenza Franzese* si impegna anche su questo fronte, richiamando, come s'è visto, gli strumenti ermeneutici del “ricorso a tutta l'evidenza disponibile” e della “spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria”, entrambi coordinati sotto il superiore canone dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Dipende verosimilmente (anche) dall'assenza di un riconosciuto criterio selettivo l'oscillazione, registrata pur nella giurisprudenza di legittimità, tra pronunzie che, magari non esplicitamente, affermano la sussistenza del legame causale rispetto a condotte che avrebbero impedito l'evento con una probabilità relativamente bassa⁸³, e altre, che, invece, pretendono una percentuale specialmente alta (prossima all'unità, espressiva dunque di una ‘certezza allo stato’) in ordine alla non verificazione dell'evento costituente reato. Azzardando una tematizzazione (più che sintetica) in ordine al profilo pre-categoriale delle due impostazioni, si potrebbe forse osservare che il versante che esige una probabilità prossima alla certezza trova fondamento nel rilievo che, così come nella causalità reale l'antecedente costituito dalla condotta (attiva) umana è realmente esistito e quindi ha spiegato un contingente concreto effetto causale nella produzione dell'evento, altrettanto deve essere nella causalità ipotetica, sicché anche l'Av (rappresentativo della condotta omessa) deve essere connotato in termini assimilabili a quelli di un fatto della realtà effettivamente accaduto (tale essendo l'antecedente-condotta umana nella causalità reale) e che, quindi, ha svolto un'altrettanto effettiva valenza eziologica nella produzione dell'evento. Sotteso a questa trama argomentativa sta poi il rilievo che nella causalità ipotetica il giudizio richiesto dall'art. 40 cpv c.p. ha natura squisitamente prognostico-predittiva, che ne aumenta in modo strutturale il coefficiente d'incertezza. Mentre nella causalità reale ad essere oggetto di valutazione è una serie di antecedenti tutti

⁸³ Cass., sez. IV pen., 31 ottobre 1996, Giannitrapani, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, 657 ss.; Cass., sez. IV pen., 9 maggio 2003, Monti, in *Dir. prat. lav.*, 2003, 2758. In dottrina, STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss.; D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale fra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4812; AGAZZI, *La causalità e il rischio delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, cit., 379; ID., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 393.

effettivamente accaduti, sicché il giudizio di rilevanza eziologica connette fatti della realtà, in quella ipotetica il giudizio formulato è, a sua volta, fondato su un dato congetturale (l'esistenza dell'Av) e consiste esso stesso in una congettura ("cosa sarebbe accaduto se...": v. (γ) e (γ_1)), sicché il grado di attendibilità, che tale giudizio può conseguire, è inferiore al suo omologo in relazione alle ipotesi di causalità reale. Il che è ulteriore ragione per spiegare l'atteggiamento interpretativo che richiede nei casi di causalità ipotetica una valutazione di probabilità prossima alla certezza in ordine al portata impeditiva dell'antecedente virtuale espressivo della condotta doverosa omessa.

Sul versante opposto si collocano le considerazioni (i) che oggetto della valutazione è la probabilità di impedimento dell'evento derivante dal mancato compimento di un'azione doverosa, come tale non soltanto dovuta dall'omitente, ma anche destinata a prevenire eventi del genere cui appartiene quello accaduto e (ii) la non esplicitata traslazione del canone dell'art. 41 c.p. sulla c.d. equivalenza delle cause, sicché qualunque fattore potenzialmente impeditivo dovrebbe a questa stregua essere apprezzato come causalmente significativo ex art. 40 cpv c.p.. Tali considerazioni meritano una breve notazione: quanto a (i) è facile avvedersi come la stessa, pur suggestiva, sia connotata da una (peraltro non sempre) inespressa valenza assiologica, posto che la doverosità dell'azione omessa finisce in quest'ottica con il reagire in una valutazione di natura differente, quale è la rilevanza causale dell'antecedente virtuale che la rappresenta; mentre – come si cercherà di mostrare tra breve – la finalità preventiva della norma-precetto, che pur impone di agire, ha valenza astratta e non contingente.

Quanto a (ii) è agevole rilevare che la regola dell'art. 41 c.p. implica comunque che la c.d. concausa sia anch'essa qualificabile come condizione contingentemente necessaria dell'evento, sicché – a ben vedere – il problema della misura della portata impeditiva dell'Av rimane nella sostanza immutato. Per rispondere alla domanda (γ) ⁸⁴ la valutazione effettivamente significativa concerne infatti non l'astratta potenzialità impeditiva, ma la portata in concreto impeditiva (rispetto all'evento *hic et nunc* verificatosi nel contesto) dell'Av (cioè, come detto, della traduzione in congettura concreta della condotta doverosa omessa, così come in astratto dedotta dalla astratta norma-precetto).

D'altronde: se si ammettesse la rilevanza causale anche di condotte doverose omesse assistite in concreto da un infimo grado di probabilità impeditiva, l'ambito di ascrizione della responsabilità ex art. 40 cpv c.p.

⁸⁴ (γ) posta la serie causale C (dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento), se ci fosse stato l'antecedente virtuale X (dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta), l'evento E non sarebbe accaduto?

finirebbe con l'essere molto più ampio di quello relativo alla causalità reale⁸⁵. In linea squisitamente teorica è infatti arduo escludere sul piano della mera congettura⁸⁶ la rilevanza causale impeditiva della condotta doverosa omessa, proprio perché – in astratto – la condotta doverosa omessa è tale in quanto mira a prevenire eventi appartenenti al genere cui accede quello accaduto. Ciò di cui occorre misurare la portata impeditiva è infatti (e unicamente) l'antecedente virtuale (la congettura concreta), che rappresenta nella realtà fenomenica ciò che avrebbe dovuto esserci (la reificazione dell'omissione). Diversamente, l'accertamento causale nella causalità ipotetica si dovrebbe concludere con l'identificazione della condotta doverosa omessa (intesa in astratto, nel senso precedentemente indicato), posto che tale condotta – in via generale prescritta da una norma giuridica – è ulteriormente connotata dalla qualità d'essere impeditiva di eventi del genere di quello accaduto. Sicché se questa implicazione fosse bastevole, sarebbe del tutto superfluo interrogarsi sulla effettiva portata impeditiva dell'Av (cioè dell'antecedente virtuale che avrebbe dovuto rappresentare nella realtà fenomenica la condotta doverosa omessa), poiché finirebbe ad esser altrimenti giudicata sufficiente a fondare il giudizio di rilevanza causale (impeditiva) la mera potenzialità che in tal senso è indubbiamente propria della condotta comandata dalla norma. A ben vedere però, in quanto semplice riverbero del comando normativo, la condotta doverosa omessa, nella sua astrattezza, esprime semplicemente e nulla più che la diminuzione del rischio di verifica di eventi di genere: ma l'oscillazione del rischio (la diminuzione così come l'aumento) non è un criterio di valutazione significativo in materia causale, non potendo una congettura (quale è il rischio) avere influenza alcuna su un fatto realmente accaduto (quale è l'evento accaduto in un 'qui' e in un 'ora')⁸⁷.

La questione sembra trovare un ulteriore chiarimento mettendo al centro dell'attenzione l'oggetto essenziale della prognosi, in cui consiste (e si esaurisce) il giudizio di causalità impeditiva richiesto dall'art. 40 cpv c.p.: l'impedimento dell'evento. Evento bensì appartenente al genere di quelli astrattamente descritti dalla norma incriminatrice, ma che, come oggetto della spiegazione causale (qui in senso impeditivo), è per il diritto penale unicamente l'evento singolare, accaduto *hic et nunc*. L'antecedente virtuale (cioè il riverbero concreto della condotta doverosa omessa) deve essere strettamente collegato con l'evento effettivamente verificatosi, in quanto è la valutazione – in termini causali – di questo collegamento ad autorizzare il giudizio prognostico-predittivo circa la probabilità che l'evento singolare non sarebbe

⁸⁵ Si vedano sul punto le notazioni di BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali*, cit., 75.

⁸⁶ E meramente congetturale è il giudizio prognostico-predittivo in cui consiste l'accertamento causale nella causalità ipotetica

⁸⁷ Per alcuni riferimenti v. *supra*, in nota 67.

accaduto in presenza della concretizzazione della condotta richiesta dalla norma-precetto. Come nella causalità reale, soltanto antecedenti effettivamente accaduti possono avere un effetto causale rispetto all'evento, corrispondentemente nella causalità ipotetica soltanto di un antecedente, che abbia le sembianze (congetturali) di uno reale, potrà essere valutata la rilevanza causale (impeditiva). Non un concetto di genere (come la condotta doverosa omessa, che si deduce in via generale dal contenuto astratto della norma-precetto e che concerne la prevenzione di eventi colti nella loro generalità), ma un antecedente bensì virtuale che deve essere tuttavia ricostruito nel concreto, *come se* fosse un dato della realtà fenomenica, è l'estremo del quale vagliare la portata impeditiva.

Assumendo che Av avrebbe impedito l'evento E con l'1% di probabilità, ne predico una valenza impeditiva, ma contestualmente devo ammettere che è maggiormente probabile che E sarebbe accaduto anche in presenza di Av, poiché la percentuale, che esprime la probabilità che E accada ugualmente, è maggiore di quella espressiva del suo non verificarsi. Considerata la questione da questo punto di vista – avvantaggiato dalla scelta di percentuali quasi antipodiche – si sarebbe quasi tentati di dire che, nel caso ipotizzato, l'Av (e dunque la condotta doverosa omessa da esso rappresentata) non è causalmente rilevante (in senso impeditivo) rispetto all'evento singolare E.

Una notazione all'apparenza scontata merita d'essere qui convenientemente evidenziata: l'antecedente virtuale – omologo speculare della condotta attiva eziologicamente efficiente nella causalità reale – deve essere, in modo corrispondente a quella, *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento*. Tale corrispondenza speculare non è tuttavia perfetta: se nella causalità reale è lecito denominare 'causa' ogni antecedente che costituisce una delle condizioni contingentemente necessarie per il verificarsi dell'evento singolare, non altrettanto può dirsi nella causalità ipotetica rispetto alla *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento*. Chiamando *ccpe* (condizione contingentemente produttiva dell'evento) la condizione contingentemente necessaria per il verificarsi dell'evento e *ccie* (condizione contingentemente impeditiva dell'evento), *ccpe* è predicabile di uno qualunque dei fattori che concorrono alla produzione dell'evento accaduto in 'qui' e in un 'ora' in quanto tali fattori siano partecipi della serie causale reale che ha determinato l'evento stesso. *Ccie* è invece riferibile in modo esclusivo a quell'Av *da solo* in grado di impedire l'evento singolare. Se così non fosse, se cioè anche in presenza dell'antecedente virtuale l'evento si verificasse ugualmente (o, in termini corretti: se avesse comunque una probabilità maggiore di verificarsi), la denotazione *ccie* non potrebbe essere attribuita a quell'antecedente virtuale, pur riverbero della condotta doverosa omessa (astrattamente considerata), dal momento che quest'ultima esprime una finalità (potenziale) preventiva, ma non certo la concreta portata

impeditiva rispetto all'evento storicamente accaduto. Il carattere impeditivo non può infatti essere attribuito all'antecedente virtuale X tutte le volte nelle quali il non verificarsi dell'evento singolare è condizionato (dipende) da altro e distinto antecedente virtuale, espressivo di un differente comando di agire, che si rivolge a un omittente diverso da quello che avrebbe dovuto porre in essere X: in questo caso AvX non è condizione contingentemente necessaria di non-E, in quanto per non-E occorre anche un altro e diverso Av.

In termini differenti: la prognosi consiste e si esaurisce nel controllare in termini razionali se l'antecedente virtuale, inserito nella serie causale reale come se fosse un antecedente esso stesso reale, avrebbe avuto *da solo* la 'forza' d'interromperla, precludendo la verifica dell'evento singolare.

Questa notazione non implica affatto che, rispetto ad un medesimo evento singolare, vi sia soltanto un antecedente virtuale da solo in grado di impedirne la verifica, ben potendosi congetturare una molteplicità di antecedenti virtuali fra loro diversi e tuttavia capaci di impedire l'evento: fermo restando, tuttavia, che ciascuno di siffatti immaginati antecedenti virtuali deve essere – singolarmente e autonomamente – idoneo a inibire il verificarsi dell'evento. Detto che quest'ultima osservazione verrà ripresa a proposito del tema che efficacemente Narvaez Mora ha chiamato "inter-omettere", non è forse inopportuna qualche nota ulteriore sulla non perfetta corrispondenza tra *condizione contingentemente necessaria per la produzione dell'evento (ccpe)* e *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento (ccie)*. *Ccpe* designa uno dei fattori necessari perché l'evento accada ed è quindi condizione *necessaria*, ma *non* necessariamente anche *sufficiente* (anzi, nella massima parte dei casi, *ccpe* è uno fra gli antecedenti reali che costituiscono la sequenza che ha effettivamente cagionato l'evento). Tuttavia non è revocabile in dubbio il rilievo che tale qualità ben può essere riferita a un antecedente senza il quale l'evento singolare non sarebbe accaduto, anche se tale antecedente non è da solo capace (sufficiente) a produrre l'evento E (come per vero dimostra sul piano logico il ricorso al meccanismo di controllo della *condicio sine qua non*). Appare altresì non confutabile l'ulteriore appunto che allo stesso modo il combinato disposto degli artt. 40 co. 1 e 41 c.p. impone sul versante *categoriale* (del diritto penale) analoga conclusione, posto che il canone dell'equivalenza delle cause non permette di negare la rilevanza causale di un antecedente (costituito da una condotta umana) sol perché caratterizzato da una portata (causale) quantitativamente ridotta rispetto a quella di altri antecedenti, pur essi costitutivi della serie causale reale, che ha cagionato l'evento.

Come s'è accennato, non altrettanto può dirsi quando si debba rispondere alla domanda (γ) (di matrice categoriale, in quanto dettata dall'art. 40 cpv c.p.):

(γ) *posta la serie causale C (dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento), se ci fosse stato*

l'antecedente virtuale X (dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta), l'evento E non sarebbe accaduto?

Ciò che il capoverso dell'art. 40 c.p. esige di controllare sul piano *pre-categoriale* (rispetto alle categorie del diritto penale) è se l'evento E non sarebbe accaduto qualora nella serie causale C fosse stato presente l'antecedente virtuale X: ma perché questa incognita possa dirsi risolta in modo affermativo, occorre necessariamente dimostrare che l'AvX è *da solo* condizione ad un tempo *necessaria e sufficiente* perché l'evento E *non* si verifichi.

Secondo quanto si è cercato di illustrare nel § 2, l'esigenza di rispondere alla domanda (γ) (o alla sua variante (γ_1)) procede da un profilo squisitamente *categoriale* proprio del diritto penale: sulla base di una congettura controfattuale di matrice normativa, l'art. 40 cpv c.p. estende l'ascrivibilità del fatto anche a colui che, essendovi giuridicamente tenuto, non ne ha impedito il verificarsi. Se questa constatazione implica da un lato che si debba tener conto della regola *categoriale* che fonda il momento genetico e la ragion d'essere della domanda (γ), dall'altro tale constatazione non può in alcun modo mutare la natura *pre-categoriale* dell'oggetto della risposta e del paradigma euristico cui far riferimento, dal momento che una valutazione della probabilità che un evento (realmente accaduto) non si sarebbe verificato sotto determinate condizioni (*id est*: in presenza di un determinato Av) non può essere razionalmente compiuta (*id est*: in modo controllabile) se non operando sul piano della realtà e usando quindi le regole che presiedono ad accertamenti di tale genere. Ancora con Narvaez Mora: si verte nel tema dell'*accertamento del fatto cui applicare una legge*.

La matrice normativa di (γ) ne fissa il perimetro e detta al contempo i caratteri che la risposta deve possedere per essere adeguata e coerente alla struttura della domanda: se il riverbero concreto della condotta doverosa omessa (la congettura concreta, l'antecedente virtuale) 'avrebbe dovuto impedire l'evento', ciò significa in modo non controvertibile che potrà essere qualificato come rilevante causalmente in senso impeditivo unicamente quell'antecedente virtuale, la cui presenza all'interno della serie reale effettivamente produttiva dell'evento singolare E, è *da sola* bastevole (necessaria e sufficiente) per affermare (in modo razionale e controllabile: "al di là di ogni ragionevole dubbio") che E stesso non si sarebbe verificato. D'altronde il carattere di 'impeditivo' non potrebbe essere predicato di un Av qualora l'evento E mantenesse una probabilità maggiore di verificarsi egualmente all'esito della 'nuova' sequenza di antecedenti composta da quelli effettivamente accaduti fra i quali è stato aggiunto quello virtuale (che in questo caso esprime soltanto una diminuzione del rischio di accadimento dell'evento tale tuttavia da non autorizzare la diversa prognosi di non verificazione come congettura dotata del maggior grado di falsificabilità).

Né tale carattere (quello d'essere impeditivo) potrebbe essere attribuito all'antecedente virtuale X, se quest'ultimo potesse impedire l'evento soltanto in presenza di altro e diverso antecedente virtuale: la presenza congetturale del solo AvX nella serie causale reale non permetterebbe infatti la conclusione (anch'essa congetturale) che tale sequenza avrebbe avuto un esito diverso, proprio perché l'esito non-E non consegue in via esclusiva a AvX (o, il che è lo stesso, dipende dalla con-presenza di AvY).

Sembra dunque conclusione non azzardata quella per cui è Av nel senso preteso dall'art. 40 cpv c.p. quell'antecedente che *in concreto* sarebbe stato *da solo* idoneo (necessario e sufficiente) a *impedire* il verificarsi dell'evento singolare E (peraltro effettivamente accaduto).

Ne segue che, essendo l'antecedente virtuale condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento, tale carattere dovrà essere accertato *in concreto*, con riferimento cioè alla situazione reale, in quanto è propriamente il comportamento, che *in concreto* avrebbe dovuto essere tenuto dall'omittente, a dover soddisfare la condizione in presenza della quale (*condicio cum qua non*) l'evento E non sarebbe accaduto. La già rilevata impossibilità di assumere come criterio di rilevanza impeditiva la mera astratta potenzialità espressa dalla condotta doverosa omessa (tale in quanto designa condotte preventive rispetto a eventi del genere cui appartiene quello singolare accaduto *hic et nunc*) conferma che l'idoneità impeditiva (più precisamente: che la valutazione prognostica necessaria per rispondere a (γ)) deve essere apprezzata rispetto al caso concreto, all'interno della serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento.

2.b.2. *La misura della probabilità del non verificarsi dell'evento singolare*

Nell'economia dell'accertamento predittivo richiesto dalla causalità ipotetica, per decidere se l'antecedente virtuale sia nel concreto *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento*, il problema si concentra – a questo punto – nella identificazione del criterio in forza del quale l'asserzione prognostica (“l'evento E non sarebbe accaduto se Av...”.) può dirsi razionalmente accettabile. Congetturando l'Av come avvenuto, l'affermazione che l'evento singolare E non si sarebbe verificato non potrà che avere valenza probabilistica, caratterizzata da uno strutturale grado d'incertezza, ulteriore rispetto a quello che connota l'accertamento della causalità reale. In quest'ultima la spiegazione causale ha infatti ad oggetto un evento effettivamente accaduto, sicché in concreto una e soltanto una sequenza di antecedenti reali può averne determinato il verificarsi, ciò implicando che, una volta falsificate altre possibili spiegazioni, quella restante potrà essere accolta come corretta, sempre che tale residuale spiegazione sia a sua volta compatibile con il canone generale

dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio”⁸⁸. Sicché se l'antecedente reale, in cui consiste la condotta umana, fa parte della serie per tal modo identificata, quella stessa condotta potrà dirsi ‘causa’ dell'evento secondo la regola dettata dagli artt. 40 co. 1 e 41 c.p.

Un siffatto paradigma non sembra tuttavia poter trovare applicazione nelle ipotesi di causalità ipotetica: gli assunti (a) e (a₁), visti nel § 0⁸⁹, non sono utilizzabili in quanto scontano l'effettività della sequenza degli antecedenti e dell'evento E: pur costituendo l'individuazione della serie causale effettivamente produttiva dell'evento indispensabile accertamento prodromico per rispondere alla domanda (γ), proprio tale loro radicamento nella effettività storica preclude l'implicazione ulteriore secondo la quale, per dirla con Holmes, quel che rimane è, per quanto improbabile, la verità, essendo stato escluso tutto ciò che è impossibile (in quanto è stato falsificato). Il non controvertibile rilievo che l'oggetto essenziale della prognosi richiesta dall'art. 40 cpv c.p. consiste in una congettura (la non verificazione di un evento singolare storicamente accaduto) confuta in radice la possibilità di ricorrere in modo speculare allo schema esplicativo da ultimo richiamato in relazione alla causalità reale. Se l'indagine contro-fattuale trova nei casi disciplinati dal primo comma dell'art. 40 c.p. un ancoraggio tuttavia solido nell'evento verificatosi nella realtà, la regola dell'art. 40 cpv c.p. esige invece di controllare la connessione (causale-impeditiva) fra due congetture (l'antecedente virtuale e il non-evento singolare)⁹⁰: sicché proprio il carattere meramente ipotetico dell'oggetto del controllo (l'impedimento dell'evento E: cioè il suo non-esserci) non autorizza conclusioni fondate secondo il modo contro-fattuale tipico della causalità reale proprio perché a far difetto, nella causalità ipotetica, è il fatto storico oggetto della spiegazione (l'evento *hic et nunc* verificatosi). La ‘controfattualità’ dell'accertamento imposto dall'art. 40 cpv c.p. coinvolge non soltanto l'antecedente virtuale, ma anche l'esito della ‘nuova’ sequenza di antecedenti (costituita da quelli effettivamente accaduti cui si aggiunge quello virtuale, sicché tale ‘nuova’ serie è, complessivamente considerata, anch'essa ‘virtuale’).

⁸⁸ Si tenga presente, come notato nei §§ 2.b. (in particolare anche nota 64) e 2.b.1., che il richiamo alla ragionevolezza del dubbio importa che l'asserzione circa la sussistenza del nesso causale deve comunque avere il carattere della controllabilità nel senso popperiano del termine (ed essere quindi suscettibile di falsificazione mediante esperimento).

⁸⁹ (a) se un evento E si è verificato nella realtà fenomenica, vi è necessariamente una e una sola serie di antecedenti che ha prodotto l'evento E; (a₁) da un evento è sempre possibile risalire alla causa, mentre non è sempre possibile affermare che tale causa possa essere individuata.

⁹⁰ La prospettiva non muta anche a considerare come oggetto di valutazione la ‘nuova’ serie causale costituita dalla sequenza di antecedenti reali (che ha prodotto l'evento). Di tale nuova serie – congetturale in quanto alterata rispetto quella effettiva per l'inserzione dell'antecedente virtuale – si deve stimare l'esito, altrettanto congetturale.

Il giudizio sulla causalità ipotetica può essere così riassunto:

(δ) *posta C (serie di antecedenti reali produttiva dell'evento E), se Av, allora non-E.*

L'implicazione “*se Av, allora non-E*” è ammissibile tutte le volte in cui in concreto la probabilità di non-E in presenza di Av è maggiore di quella di E pur in presenza di Av. Sicché la caratteristica essenziale, la qualità *ccie* potrà essere predicata di Av soltanto quando la probabilità di “Av allora non-E” è maggiore di quella “*se Av, allora (ugualmente) E*”.

È dunque la misura della probabilità del non verificarsi dell'evento E in presenza del solo antecedente virtuale (avuto riguardo alla integrale concretezza del caso: “tutta l'evidenza disponibile” di cui discorre la *sentenza Franzese*) l'ultima e, forse, più delicata delle questioni in tema di causalità ipotetica.

Come s'è in precedenza osservato, situazioni nelle quali la relazione “*se Av allora non-E con probabilità dell'1%*”, oltre ad essere poco più che scolastiche, non generano alcun dubbio per l'immediata evidenza della reciproca, secondo la quale E continua a essere l'esito di gran lunga maggiormente probabile della serie causale (reale) C, sicché ad Av non può essere attribuita rispetto al caso concreto la qualità *ccie* (condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento E). Ferma restando la già segnalata perplessità sulla natura rigorosa delle traduzioni numeriche dei coefficienti di probabilità, è tuttavia necessario procedere oltre e considerare che, come notato nel § 2.b.1. (●●), si presentano alla valutazione richiesta dall'art. 40 cpv c.p. tanto situazioni nelle quali l'implicazione “*se Av, allora non-E*” può essere integralmente risolta secondo leggi scientifiche di copertura, quanto altre, nelle quali questo modo esplicativo non può essere adoperato.

Nel primo caso sul versante *pre-categoriale* (che è poi quello che unicamente qui interessa) la soluzione si presenta agevole sul piano teorico. In accordo con le leggi scientifiche, si dovrà ritenere l'antecedente virtuale condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento *se*, sulla base delle richiamate leggi di copertura, l'antecedente virtuale può essere considerato idoneo a modificare l'esito della serie di antecedenti produttiva dell'evento. Perché il grado di probabilità dell'implicazione possa essere giudicato accettabile, occorrerà altresì che la reciproca inversa (*se Av, allora ugualmente E*) sia caratterizzata in modo tale da non costituire neppure un “ragionevole dubbio”.

Sebbene il canone dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio” abbia matrice per certo *categoriale*, impresso com'è nell'art. 533 c.p.p., il suo impiego in questo tratto dell'accertamento causale non sembra affatto inappropriato ed eccentrico. Da un lato sta infatti il rilievo che, come di-

scusso nel § 2.b.1., il ricordato canone è comunque coerente con la controllabilità razionale (cioè secondo paradigmi suscettibili di verifica critica e dunque di confutazione), che qualifica l'incertezza come radicata non in una percezione soggettiva consistente con il piano della pre-comprensione intuitiva, ma non con quello della confutabilità (tramite esperimento) dell'asserzione che tale dubbio fomenta. Sicché, è bene ribadirlo, non sembra difficile scorgere proprio nello statuto della razionalità l'estremo unificante tra la regola categoriale dell'art. 533 c.p.p. e un approccio scientifico nel senso popperiano del termine. Dall'altro sta poi la considerazione che, promanando l'accertamento della causalità ipotetica da un'esigenza squisitamente *categoriale*, ben può una regola *categoriale* (come appunto quella del richiamato art. 533 c.p.p. in relazione alla previsione dell'art. 40 cpv c.p.) fissare il limite di accettabilità della implicazione "se Av, allora non-E", posto che la domanda (γ) (derivante da un'esigenza anch'essa *categoriale*) esige che la risposta debba essere adeguata e coerente alla struttura della domanda medesima.

In ultima analisi sembra allora non azzardato suggerire che sia proprio il canone dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" a poter costituire il criterio selettivo finale in materia di causalità ipotetica per l'attribuzione in concreto all'antecedente virtuale della qualifica *ccie*, soprattutto nei casi nei quali la sproporzione fra le probabilità di non-E rispetto a quelle di E in presenza di Av non appaia per immediata evidenza. È propriamente la ragionevolezza del dubbio, intesa come fondatezza razionale (controllabilità secondo leggi di copertura di matrice scientifica) dell'asserzione nel contesto confutativa di "se Av, allora non-E" (cioè: "se Av, allora ugualmente E"), a mostrare come la congettura (doppiamente) contro-fattuale, in cui consiste la risposta alla domanda (γ), non raggiunge la misura sufficiente a rendere credibile, rispetto al contesto integralmente considerato, la prognosi sulla non verifica dell'evento E.

Due esempi permettono di illustrare quanto s'è detto.

Si immagini che il soggetto S, portato della malattia M, non venga adeguatamente assistito e che la malattia non venga perciò diagnosticata. Si ipotizzi ancora che i protocolli terapeutici raccomandino, in relazione alla malattia M, l'effettuazione d'urgenza di un intervento di alta chirurgia. L'omissione degli esami, che la regola dell'arte medica avrebbe richiesto e da cui dipende la successiva omissione dell'atto chirurgico, costituisce a pieno titolo l'Av, del quale si deve però valutare la idoneità impeditiva rispetto all'evento-morte di S. Si assuma ancora che l'intervento chirurgico sia caratterizzato da un significativo grado di difficoltà (ad esempio: 60% di esiti infausti) e che la sua non effettuazione non sposti dal punto di vista cronologico il verificarsi del decesso. Indipendentemente dall'entità della percentuale espressiva delle aspettative di sopravvivenza all'operazione chirurgica, sembra razionale concludere che, nel caso concreto, Av debba

essere considerato condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento. Rispetto all'evento-morte in concreto accaduto (decesso a causa della malattia M), l'effettuazione dell'intervento chirurgico (secondo le regole della *lex artis* applicabile) avrebbe incrementato le probabilità di sopravvivenza di S (morto, fra l'altro, non per le conseguenze di un intervento peraltro non eseguito). Né potrebbe attribuirsi alla reciproca inversa (probabilità di morte a seguito delle complicità dell'intervento: "se Av, allora ugualmente E") la caratteristica del dubbio razionale. Il grado d'incertezza derivante dalla pur probabile non sopravvivenza all'intervento omesso non è infatti idoneo a confutare l'ipotesi d'accusa. L'implicazione "se Av, allora ugualmente E" (dove Av è l'intervento chirurgico ed E l'evento-morte come complicanza irrimediabile dell'intervento) è infatti sorretta da un'asserzione che, pur oggettivamente razionale, non confuta l'altra congettura ("se Av, allora non-E", dove Av è l'intervento chirurgico omesso a seguito della mancata esecuzione degli esami clinici ed E l'evento-morte per la malattia M). Asserire che la probabilità di sopravvivenza all'intervento chirurgico non sono pressoché certe (che hanno un grado di certezza prossimo all'unità) non implica affatto la falsificazione della congettura per la quale l'intervento chirurgico stesso avrebbe potuto essere impeditivo dell'evento-morte come conseguenza della malattia M. L'indicata asserzione nulla dice infatti rispetto alla legge di copertura che regge "se Av, allora non-E" (i protocolli terapeutici che raccomandano in quel dato contesto l'effettuazione di quella, pur rischiosa, operazione).

E tale conclusione sembra mantenere la sua validità indipendentemente dalla probabilità di successo dell'atto chirurgico. Se, come doveroso, si ha riguardo a tutta l'evidenza disponibile (cioè alla intera complessità della situazione) e, in particolare, all'evento singolare (accaduto in un 'qui' e in un 'ora', oggetto dell'obbligo impeditivo fissato dall'art. 40 cpv c.p.), ci si avvede agevolmente che (soltanto) l'Av "intervento chirurgico" ha portata in concreto impeditiva rispetto all'evento *hic et nunc* accaduto, mentre l'eventualità che la morte di S si verifichi egualmente (a seguito dell'intervento stesso) non implica la confutazione di "se Av, allora non-E".

Una piccola variante apportata all'esempio dimostra il valore pregnante della raccomandazione della *sentenza Franzese* di tener conto di tutta l'evidenza disponibile: si immagini che, *ex post*, in sede di autopsia, risulti che S era portatore di una rarissima forma di allergia, patologia nella specie ignota al paziente e non rintracciabile neppure con diligenti accertamenti in fase preoperatoria. Si ipotizzi ancora che i protocolli terapeutici escludano in tali situazioni la praticabilità di interventi chirurgici. In quest'ultimo contesto dell'Av fin qui considerato non potrebbe predicarsi la portata in concreto impeditiva, in quanto sussiste il ragionevole dubbio che l'evento E sarebbe egualmente accaduto. Si consideri, a conferma della conclusione, la ricostruzione seguente, modulata a partire dalla serie causale che ha cagionato

l'evento. Il decesso E interviene come complicanza estrema della malattia M, che avrebbe potuto essere impedito da Av (l'intervento chirurgico). Ma – rispetto al caso concreto – una legge di copertura (il protocollo medico che tiene conto dell'allergia di cui è portatore S) autorizza ad affermare che E sarebbe accaduto egualmente anche in presenza di Av (anzi: proprio a cagione di Av). L'esito della serie di antecedenti produttivi dell'evento singolare non sarebbe stato quindi modificato proprio perché, considerata la situazione nel suo complesso, Av non ha efficacia impeditiva.

Il secondo esempio muove da una diversa prospettiva, ma, come si cercherà di esporre, permette di mostrare che egualmente il canone dell'"al di là del ragionevole dubbio" finisce con l'essere lo strumento ermeneutico maggiormente affidabile per misurare la forza della congettura per cui "se Av, allora non-E".

Si ipotizzi il caso del decesso di S senz'altro dovuto a un tumore polmonare e si ponga che la spiegazione causale verta sulla riconducibilità della malattia all'abitudine al fumo di sigaretta di S, spiegazione sorretta da adeguate leggi di copertura. Si immagini ora l'esistenza di una norma che proibisca la fabbricazione e la vendita di sigarette, divieto sistematicamente violato dal produttore-fornitore di sigarette a S. Agevole la congettura che l'Av è rappresentato dal comportamento rispettoso del precepto normativo cui il fornitore avrebbe dovuto adeguarsi. Di un siffatto antecedente virtuale occorre valutare sul piano *pre-categoriale* la portata impeditiva rispetto al caso concreto. Caso concreto che, nella sua interezza, mostra tuttavia che S era stato per un lungo periodo esposto oltre i limiti normativamente fissati in ambito lavorativo a sostanze nocive potenzialmente cancerogene, l'effetto cancerogeno delle quali ha come organo-bersaglio proprio il polmone, senza che sia però possibile distinguere dal tipo di tumore a quale delle due tipologie di sostanze (quelle derivanti dal fumo di sigaretta ovvero quelle presenti in ambito lavorativo) la malattia è riconducibile. Rispetto alla prima congettura (dove Av è il rispetto del divieto, condizione contingentemente necessaria per il non verificarsi di E, ed E è l'evento morte per tumore al polmone), si tratta di valutare se, al cospetto dell'evidenza disponibile, E sarebbe egualmente accaduto. La ragionevolezza del dubbio pare qui fondata in modo razionale, in quanto si basa anch'essa su leggi scientifiche di copertura (quelle relative agli effetti dell'esposizione alle sostanze nocive presenti in ambito lavorativo). In questo caso si dovrebbe concludere che la congettura "se Av (dove Av è il comportamento rispettoso del divieto di produrre-vendere sigarette), allora non-E (E = morte per tumore polmonare)", non può essere accolta, perché sussiste un dubbio ragionevole che E sarebbe accaduto ugualmente in presenza di Av.

Anche in questo caso una variante all'esempio permette di illustrare ulteriormente la efficienza dello schema ermeneutico suggerito. Si ipotizzi

dunque l'esistenza di uno studio epidemiologico sulla coorte degli addetti allo stabilimento dove aveva lavorato S e che tale studio evidenzi che il numero degli ammalati di tumore al polmone e dei soggetti deceduti per quella malattia sia di gran lunga inferiore al numero degli attesi. Ferma restando la già riferita non utilizzabilità delle leggi epidemiologiche a fondare in termini positivi la spiegazione causale di un evento singolare, la non revocabile natura scientifica delle leggi epidemiologiche stesse (e degli studi che ad esse si conformano) implica, nel caso dell'esempio, l'affievolimento della ragionevolezza del dubbio in ordine alla probabilità che E sarebbe accaduto ugualmente anche in presenza di Av. In altri termini: l'implicazione di partenza mantiene un grado di probabilità sufficiente a caratterizzarla come condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento, in quanto la congettura confutativa (per la quale "se Av, allora ugualmente E") è a sua volta falsificata dal risultato dello studio condotto secondo leggi scientifiche epidemiologiche⁹¹. Tale falsificazione incide infatti sulla ragionevolezza del dubbio, che a sua volta si fondava proprio sulla congettura alternativa per tal modo smentita.

Lo schema argomentativo non è destinato a mutare nel secondo dei casi in precedenza considerati: quando si verta cioè in situazioni nelle quali non sia possibile il ricorso a leggi scientifiche di copertura. Come notato nel § 2.b.1, il *deficit* aumenta in modo significativo la delicatezza dell'accertamento, che tuttavia non può che seguire il medesimo schema. Quando esista un ragionevole dubbio che l'evento singolare sarebbe accaduto egualmente anche in presenza dell'antecedente virtuale, allo stesso modo di quanto visto dianzi non potrà essere attribuita ad Av la qualità d'essere condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento e, per ciò solo, la congettura "se Av, allora non-E" dovrà considerarsi confutata. Con l'avvertenza che qui l'assenza di leggi scientifiche (in senso classico) impone una valutazione peculiarmente cauta, che tuttavia non potrà che strutturarsi secondo le cadenze che si sono illustrate nel § 2.b.1 (in particolare sub (●●)).

Azzardando una conclusione, si può forse dire che il criterio per decidere se la congettura "se Av, allora non-E" è in concreto (rispetto all'evento singolare E) caratterizzata da un razionale (e dunque controllabile) grado di probabilità in ordine alla portata impeditiva del solo Av, consiste nel controllare se l'implicazione stessa non viene falsificata dalla congettura contraria e con essa incompatibile per cui "se Av, allora ugualmente E", fermo restando che quest'ultima contraria congettura dev'essere a sua volta assistita da criteri che ne fondano la plausibilità razionale. In questo senso la falsificazione corrisponderà quindi alla razionale fondatezza del dubbio, per eccellenza strumento ermeneutico.

⁹¹ Sulla idoneità delle leggi epidemiologiche a fungere da confutazione, v. § 2.b.1 (●) e nota 68.

2.b.3. *La molteplicità degli antecedenti virtuali: l'inter-omettere*

Il tema è già stato anticipato e qui basteranno poche notazioni, che prendono lo spunto dall'osservazione di Narvaez Mora, che parla di inter-omettere, alludendo alla situazione nella quale possano essere individuate in un dato contesto plurime omissioni. Come argomentato nel § 2.b.1.1., se l'antecedente virtuale dev'essere da solo idoneo a impedire l'evento E, ciò non esclude affatto che molteplici possano essere, rispetto al medesimo evento singolare effettivamente accaduto, gli antecedenti virtuali, ciascuno dei quali idoneo a impedirlo. Il fondamento normativo dell'obbligo di attivarsi, da un lato, e, dall'altro, la caratteristica che l'antecedente virtuale deve essere da solo in grado di impedire l'evento, impongono alcune precisazioni, che qualche esempio permetterà d'illustrare.

Si immagini il caso ipotizzato in 2.a.iii.: A rimane vittima di un'intossicazione alimentare, un primo medico non diagnostica il disturbo, con ciò ritardando il ricovero in ospedale, dove una lavanda gastrica avrebbe scongiurato il decesso. Anche il medico del pronto soccorso non pone la corretta diagnosi e non pratica quindi l'intervento terapeutico richiesto dalle *leges artis*. Nessun dubbio sul piano *categoriale* che entrambi i sanitari rivestano una posizione di garanzia, che genera nel contesto l'obbligo giuridico di attivarsi. Se si assume che ancora al momento del ricovero in ospedale l'intervento terapeutico avrebbe avuto esito salvifico, ben si può ritenere che la qualità d'essere condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento può essere predicata di entrambi gli antecedenti virtuali ipotizzati (rispettivamente: riconoscimento dei sintomi, posizione della diagnosi e immediato ricovero in ambito ospedaliero per l'effettuazione dell'intervento terapeutico richiesto per il primo medico e, per il medico del pronto soccorso, riconoscimento dei sintomi, posizione della diagnosi ed effettuazione dell'intervento terapeutico richiesto). Preme notare che in questo esempio ciascuno degli antecedenti virtuali rispetta la condizione di essere da solo idoneo a impedire l'evento e che, anche con riguardo al piano *pre-categoriale*, è del tutto irrilevante che la serie causale produttiva dell'evento possa essere interrotta in due differenti momenti cronologici. Autonomamente e singolarmente considerato, ciascuno dei due Av soddisfa l'implicazione "se Av, allora non-E".

A conclusione diversa si perviene immaginando che nessuno dei due antecedenti abbia da solo l'idoneità impeditiva richiesta, sicché di debba concludere che "se Av₁, allora egualmente E" e "se Av₂, allora egualmente E": il che, sul piano *pre-categoriale* è immediatamente evidente e non richiede certo ulteriore commento. Ma la risposta è destinata a rimanere la medesima anche se ipotizza che il combinarsi dei due antecedenti virtuali avrebbe impedito l'evento, con l'avvertenza che la ragione fondante è, in questa seconda ipotesi, di natura *categoriale*, incardinata com'è nel canone

non flessibile della personalità della responsabilità penale. Se l'obbligo giuridico di attivarsi impone all'omittente di agire in un determinato modo nel contesto, è quel medesimo obbligo giuridico a segnare i confini della responsabilità, confini la cui determinazione dipende (anche) dal risultato (congetturale) che l'Av avrebbe in concreto conseguito. Sicché se, come immaginato, l'antecedente virtuale (espressivo in concreto del comando della norma-precetto) fosse stato posto in essere, ma ne risultasse in concreto l'inidoneità a impedire l'evento singolare, la circostanza che l'evento medesimo non sarebbe accaduto qualora anche un altro e diverso omittente avesse realizzato l'Av derivante da una per lui diversa norma-precetto, addossare la responsabilità penale dell'evento non impedito ad entrambi gli omittenti significherebbe attribuire a ciascuno di essi una responsabilità penale a titolo oggettivo, derivante dal non agire di un terzo. Una diversa conclusione finirebbe con il trovare il suo (magari inconfessato) motivo d'essere nel vecchio brocardo "*qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*".

Un'ultima variazione permette di trovare un ulteriore conforto alla ricostruzione dell'inter-omettere qui suggerita. Si ipotizzi dunque che la struttura dell'obbligo giuridico sia tale da porre in capo a una pluralità di soggetti il dovere di attivarsi, eventualmente anche secondo modalità comportamentali diverse (diversità irrilevante rispetto al problema prospettato). Da un lato si immagini che la norma-precetto comandi a ciascuno degli omittenti di porre in essere il medesimo comportamento (sicché ognuno avrebbe dovuto realizzare il medesimo Av). Dall'altro si pensi a una norma-comando che prescriva a ciascun omittente di realizzare un tratto del comportamento costitutivo dell'Av (sicché l'Av risulta dal combinarsi di distinti sotto-Av, singolarmente dovuti da ciascun omittente).

È facile avvedersi che, sul piano *pre-categoriale*, si è in presenza di un unico antecedente virtuale (o perché è la concretizzazione in capo a diversi soggetti dello stesso comando, o perché alla sua concretizzazione debbono concorrere 'pro-quota' differenti soggetti, ciascuno dei quali è tuttavia tenuto a porre in essere la frazione di Av che gli compete). In una situazione siffatta, come ognuno vede, l'antecedente virtuale soddisfa l'essenziale condizione di essere da solo sufficiente ad impedire l'evento, ciò che trova su piano *categoriale* piena corrispondenza nel dettato dell'art. 110 c.p., con la conseguenza che la responsabilità penale per il mancato impedimento dell'evento E potrà essere affermata *ex art. 40 cpv c.p.* con riguardo a tutti gli omittenti.