

QUESITI

ANDREA PERIN

L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*

La questione oggetto del presente contributo concerne il criterio in base al quale la responsabilità per il mancato impedimento di un evento lesivo possa essere imputata al titolare della posizione di garanzia quando un pregiudizio del medesimo tipo si sarebbe possibilmente o probabilmente verificato nonostante l'adozione di un contegno conforme all'aspettativa di diligenza. Sul piano della giurisprudenza, detta questione si presenta con una certa frequenza soprattutto in materia di responsabilità medica (tipico è il caso dell'errore o del ritardo diagnostico). Lo studio prende le mosse dalla descrizione di alcuni casi paradigmatici al fine di esaminare le questioni dogmatiche rilevanti attinenti alla struttura del fatto tipico e alla rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel giudizio d'imputazione in cui si sostanzia il cd. "nesso di rischio". Quindi, su questo piano, si ripropone il confronto fra la teoria della "evitabilità" e quella dell'"aumento del rischio" (sub-specie di "diminuzione di chances"), sostenendo l'opportunità, per le ragioni che saranno esposte, di riconsiderare l'adozione di questo secondo - solo apparentemente meno garantista - criterio ascrittivo.

This paper deals with the objective imputation for "improper omission", focusing on those cases in which a harmful event of the same type of the caused (or not avoided) hic et nunc event would have possibly or probably occurred despite the adoption of a behaviour consistent with the expectation of "due diligence" - the so-called "duty of care". This question frequently arises in medical malpractice jurisprudence (e.g., in cases of diagnostic errors and/or delays in treatment). The discussion considers some paradigmatic cases in order to examine the conceptual structure of the "typical negligent conduct" and the relevance of the hypothetical causal courses for the imputation judgment in which consists the verification of the normative "risk link" between the careless conduct and the harmful event. So, on this field, the author compares the theory of "avoidability" beyond any reasonable doubt and that of the mere "increase of risk", in order to discuss and defend some arguments in favour of the "decrease of chances" criterion of objective imputation.

SOMMARIO: 1. La tesi dell'aumento del rischio. - 1.1. Breve retrospettiva e introduzione al dibattito in materia di "imputazione oggettiva dell'evento". - 1.2. (Segue) E "causalità omissiva". - 2. Quattro casi paradigmatici. - 3. L'equivalenza fra azione ed omissione nella tesi condizionalistica di Federico Stella. - 4. (Segue) L'inferenza causale: struttura e differenziazione. - 5. L'importanza di distinguere fra condotte commissive ed omissive. - 6. Causalità attiva e causalità omissiva: metodo di distinzione - 7. Il requisito della "causalità omissiva". - 8. Evitabilità vs. aumento del rischio. La situazione in Italia prima delle Sezioni unite *Franzese* (cenni). - 9. La rilevanza del "comportamento alternativo diligente" nella struttura delle fattispecie colpose causalmente orientate. Regole cautelari "proprie" e "improprie" (rilettura del caso della novocaina). - 10. (Segue) L'irrelevanza dei decorsi causali ipotetici nella tesi normativistica di Enrique Gimbernat (il caso dell'errore diagnostico). - 11. La tesi dell'evitabilità. - 12. La tesi della "diminuzione di chances". Alcuni argomenti. - 13. (Segue) Repliche preventive e precisazioni a proposito delle "regole improprie". Ancora sulla tesi di Gimbernat - 14. (Segue) A proposito della ridefinizione dell'evento. Una soluzione di compromesso per il caso dell'errore diagnostico - 15. Per concludere. Sul rapporto fra disvalore della condotta e disvalore d'evento, e a proposito delle recenti riforme in materia di responsabilità medica.

1. La tesi dell'aumento del rischio.

Il criterio ascrittivo dell'aumento del rischio fu (ri)proposto da Claus Roxin in un contributo dedicato al nesso normativo tra comportamento antidoveroso ed evento lesivo nei reati colposi¹, esaminando, tra gli altri, i casi del farmacista, del ciclista ubriaco e della novocaina². Si trattava di ipotesi caratterizzate dalla particolarità per cui l'evento si sarebbe possibilmente, probabilmente o certamente verificato nonostante l'adozione di un contegno diligente da parte di chi l'aveva provocato³.

Contro le impostazioni *lato sensu* causali e la teoria più restrittiva basata sul giudizio di prevenibilità dell'evento in base al canone *in dubio pro reo*, Roxin presentò un criterio idoneo – nella sua prospettiva –, da un lato, ad impedire un regresso alla logica del *versari* (responsabilità per mera inosservanza di un dovere, di qualsivoglia dovere di diligenza) e, dall'altro, ad evitare assoluzioni inopportune sul piano politico-criminale.

La questione, infatti, era ed è tuttora la seguente: «è *necessario* o *giusto* punire l'autore della condotta positiva colposa, pur nei casi nei quali l'osservanza della regola cautelare sarebbe stata inutile (o di incerta efficacia) in vista dell'impedimento dell'evento lesivo? – O punire vuol dire riproporre il vecchio principio, di ascendenza canonistica, del *versari in re illicita?*»⁴.

Questo problema ascrittivo, si noti, non venne immediatamente distinto da quello della «realizzazione del rischio»⁵, criterio in base al quale si richiede

* Articolo elaborato nell'ambito del progetto di ricerca Fondecyt N° 11170924, finanziato su base competitiva da CONICYT (*Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica* del Governo del Cile), di cui l'autore, attualmente professore di diritto penale presso la Universidad Católica del Norte, è il ricercatore responsabile.

¹ Il criterio dell'aumento del rischio, segnalò Roxin, era già stato proposto da Mittasch in un «quasi dimenticato» contributo del 1943: ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, 74, 411, 431 ss.

² Per alcune riesposizioni di quei casi, cfr. ad esempio: CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 97 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, 194 ss.; SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 223 ss.

³ Si tratta di ipotesi ampiamente discusse nella dottrina tedesca soprattutto a partire dal contributo di EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, in *Festgabe für Reinhard von Frank, I*, a cura di Hegler, Tübingen, 1930, 569.

⁴ FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *L'indice penale*, 2006, 945, 952-3. Ampiamente, in argomento, DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'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, 32 ss.

⁵ Riferendosi in particolare al caso della novocaina, esaminato da Exner (EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., 587-8), Roxin ritenne che la soluzione da lui affacciata rispondesse nella sostanza e negli esiti a quella già proposta da Engisch mediante il ricorso al criterio della «realizzazione del rischio»: ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg*, cit., 411 ss. Su questo «errore di impostazione», SUMME-

che l'evento sia la materializzazione dello specifico rischio che la norma inosservata mirava a prevenire⁶; oppure, in altri termini, che l'evento rappresenti la realizzazione del rischio non consentito creato dalla condotta⁷. Tuttavia, secondo la dottrina oggi prevalente, il criterio della realizzazione del rischio andrebbe tenuto concettualmente separato dal giudizio (eventualmente successivo) che concerne l'ipotetica idoneità preventiva della condotta alternativa diligente⁸.

In realtà, come spiegheremo in seguito, un aspetto del nesso normativo tra negligenza ed evento può talvolta assorbire o confondersi con l'altro⁹, ma ciò dipende dalla natura dell'elemento dogmatico logicamente presupposto, cioè dalla particolare tipologia di *regola cautelare* in cui si concretizza il dovere di diligenza¹⁰.

RER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 276 ss.

⁶ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 272. «Considerare tipica una condotta per il solo fatto che essa, anche se remoto antecedente di un risultato lesivo, contrasti però con una norma scritta di diligenza, porta ad accollare a titolo di colpa quel risultato, per il solo fatto che si versava *in re illicita*»: *op. ult. cit.*, 57. Peraltro, il contributo di Marinucci non fu il primo ad occuparsene. Sotto l'insegna della colpa, come egli stesso segnalò, anche autori legati al paradigma presuntivo della *culpa in re ipsa* avevano già mostrato come la responsabilità colposa dovesse essere circoscritta ai soli eventi rientranti nell'ambito di protezione della norma violata: ad es., BRICOLA, *Dolus in re ipsa, Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 33, nota 54. Cfr. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 624 ss., 642. Ma si tratta di una teoria di origine civilistica: v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 424-5, nota 190, e MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 11-2.

⁷ La definizione dell'illiceità della condotta veniva (e viene tuttora) espressa, nella prospettiva della imputazione oggettiva dell'evento, non già in termini di "violazione del dovere" e/o di "prevedibilità", ma di "creazione di un rischio illecito" o "non consentito". Sulla coincidenza (invero non del tutto pacifica) fra superamento del rischio consentito e violazione del dovere di diligenza, cfr. ad es.: GALLO, voce *Colpa*, cit., 640; BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi* (1960-1), in *Scritti di diritto penale*, I, 1, a cura di Canestrari - Melchionda, Milano, 1997, 67; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 206 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 140 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 149 ss.; FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 949 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 6 ss., 525 ss.; MAIWALD, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana* (trad. Fornasari - Pausco), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1 ss., 8 ss., 13 ss.

⁸ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 429, 446; CORCOY BIDASOLO, *El delicto imprudente*, cit., 473 ss.; ampi riferimenti alla dottrina tedesca in SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 275 ss.

⁹ Anche su questo aspetto, cfr. l'indagine di SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 261 ss.

¹⁰ Mette bene in evidenza la stretta relazione esistente fra tipologia e funzione della regola cautelare e nesso di antigiuridicità VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, *passim*.

1.1. Breve retrospettiva e introduzione al dibattito in materia di “imputazione oggettiva dell’evento”.

A proposito dei criteri d’imputazione dell’evento alla responsabilità dell’autore della condotta inosservante, occorre immediatamente rilevare che l’esame del corrispondente nesso normativo – e dei profili ad esso afferenti, tra cui, come vedremo, quello della “causalità omissiva” – viene inquadrato nella letteratura penalistica italiana sia all’interno del «nesso di rischio»¹¹ che nel discorso riguardante la cd. «causalità della colpa»¹².

Questa diversità terminologica va intesa anche alla luce del complesso dibattito dogmatico sviluppatosi nel nostro Paese fra sostenitori e detrattori della teoria della “imputazione oggettiva dell’evento”. Benché un attento e approfondito esame della discussione meriterebbe uno studio ad essa specificatamente dedicato, il chiarimento che segue sarà utile a spiegare – rinviando però anche alle riflessioni che verranno svolte nel prosieguo della trattazione – in quali termini il concetto di “imputazione oggettiva” viene assunto nel presente lavoro in materia di “causalità omissiva” (a partire dal titolo).

Per intendere la discussione sorta in Italia a proposito della *objektive Zurechnungslehre*¹³ e del suo contestato valore dogmatico, è utile soffermarci sulla tesi critica sostenuta da Giorgio Marinucci¹⁴, il quale, come noto, intese rilevare come i risultati sostenuti da taluni autori sotto l’insegna della “moderna teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento” avrebbero trovato in realtà la propria origine e ragione normologica, ancor prima, nella teoria dei reati colposi¹⁵.

¹¹ Cfr., su questo concetto, DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 19 ss., 37 ss., e *passim*.; anche in prospettiva critica, CORCOY BIDA-SOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcellona, 1989, 379 ss., 423 ss.

¹² L’espressione “causalità della colpa” è quella a cui appare tradizionalmente più legata la dottrina italiana, anche in ragione del dettato dell’art. 43 c.p. A questo riguardo, v. ad es. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 207 ss., 240 ss. Ciò nonostante, sottolinea l’improprietà di tale locuzione, poiché sottende in realtà questioni puramente normative («la colpa [...] non può causare nulla»), VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1973.

¹³ Cfr. in particolare i contributi di DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss. (parte I), 1114 ss. (parte II); CASTALDO, *L’imputazione oggettiva nel delitto colposo d’evento*, cit., *passim*; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, n. 3, 779 ss.

¹⁴ MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., 3 ss.

¹⁵ Ad es., nella teorica già sviluppata dallo stesso MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 261 ss. V. inoltre il contributo di MAIWALD, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., 1 ss., spec. 8 ss., 19-20, il quale riprende il contributo di Marinucci per dare a propria volta conto del fatto che alcuni criteri d’imputazione oggettiva possono trovare il proprio fondamento e la propria legittimazione normologica nella teoria della colpa.

In effetti, negli anni '60 del secolo scorso il criterio dello «scopo di protezione» fu “scoperto” e valorizzato – oltre che dalla teoria normativa della colpa, anche – all’interno del filone di pensiero che, aggiornando le teorie causali dell’adeguatezza (concezioni normative della causalità¹⁶, però poi non a caso strettamente legate al concetto di diligenza¹⁷) e recuperando le omologhe teorie dell’imputazione di Larenz e Honig, culminò nella *moderne objektive Zurechnungslehre*. Nella dottrina tedesca, la necessità di accertare, ai fini dell’imputazione, che l’evento fosse tra quelli che la norma violata intendeva evitare (essendo concretizzazione del rischio non consentito creato dalla condotta), nonché la stretta relazione esistente fra prevedibilità dell’evento e scopo di protezione della norma, furono evidenziate, recuperando un’idea di Engisch¹⁸, dai contributi di Ulsenheimer¹⁹ e Rudolphi²⁰. Ma solo nel fondamentale contributo di Roxin di poco successivo²¹ il criterio in parola iniziò ad essere valorizzato – come già, per certi versi, in uno studio monografico precedente di Enrique Gimbernat²² – come concetto sistematico.

¹⁶ Il primo tentativo di affrancare l’adeguatezza dalla teoria della causalità fu compiuto dal filosofo del diritto e civilista tedesco Karl Larenz nel suo famoso studio del 1927 (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“* (1927), Aalen, 1970). Quest’indagine fu ripresa dal penalista Richard Honig (HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festschrift für Reinhard von Frank*, I, Tübingen, 1930, 174), per essere poi riscoperta e rivalutata in senso normativistico e sistematico da Claus Roxin.

¹⁷ Un mutamento determinante per l’adeguatezza, sul piano contenutistico, e (secondo alcuni) per la colpa, sul piano sistematico, giunse già con i contributi di Engisch, nei quali il primo criterio, non più letto in chiave meramente statistica, venne associato espressamente al concetto di diligenza: «l’adeguatezza» deve essere posta «come elemento speciale della fattispecie accanto alla causalità», «perché essa come essenza costitutiva dell’inosservanza del dovere di diligenza è strettamente collegata al rischio consentito e a simili momenti riguardanti il dovere di diligenza, che stanno al di fuori della causalità [...]» (ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, 59, così cit. da MAIWALD, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., 18, nota 67). Per ulteriori riferimenti e letture in parte contrastanti sul significato dogmatico del contributo di Engisch, in particolare, a proposito della discussa anticipazione della colpa – o, comunque, di un suo elemento “oggettivo” – al piano del fatto tipico, cfr.: DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell’imputazione oggettiva dell’evento*, cit., 612 ss., spec. 617 e nota 93; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., spec. 139-140; MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa*, cit., 8 ss.

¹⁸ L’idea secondo cui le norme che stabiliscono doveri di diligenza hanno come obiettivo non quello di impedire un evento in generale, ma un evento ben determinato: ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 61.

¹⁹ ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965.

²⁰ RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, in *JuS*, 1969, 549 ss.

²¹ ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 132 ss.

²² Autore al quale, infatti, si deve l’introduzione della teoria della imputazione oggettiva dell’evento nella

Tuttavia, secondo Marinucci, quei profili del «nesso tra colpa ed evento» trattati dai sostenitori della teoria tedesca come aspetti del nesso di rischio²³ avrebbero dovuto essere studiati, non già come criteri di imputazione oggettiva, bensì nel luogo sistematico spettante alla stessa colpa, cioè – come ribadito da egli stesso anche in altri più recenti contributi, discostandosi così dalla propria impostazione post-welzeliana originaria²⁴ – in sede di colpevolezza, ove si realizzerebbe la auspicata «trasfigurazione»²⁵. Con ciò si spiega l'icastica immagine di «morte» associata alla teoria criticata, trattandosi per l'appunto di un mero «duplicato concettuale» di aspetti già noti alla teoria della colpa. Il confronto dialettico fra sostenitori e detrattori della *objektive Zurechnungslehre* è stato quindi per anni piuttosto intenso, sviando (chissà) l'attenzione da problemi sostanziali – ci sembra – più urgenti e rilevanti di alcune (talvolta) sterili rivendicazioni “territoriali”. In effetti, che all'esito dell'evoluzione dogmatica del XX secolo sia possibile osservare una certa sovrapposizione concettuale e funzionale fra teoria della colpa (sotto il profilo del nesso normativo tra inosservanza cautelare ed evento) e teoria dell'imputazione obiettiva è stato riconosciuto, si può dire, da entrambi i partiti²⁶. Tuttavia, mentre alcuni autori hanno concentrato le proprie riflessioni sulle comuni questioni sostanziali sottese alle diverse denominazioni categoriali – approccio metodologico che condividiamo, perché consente di rimediare a vecchie incomprensioni e di superare il problema delle “etichette” –, altri hanno intrapreso una ricerca di ragioni storiche e dogmatiche che consentissero di conquistare terreno nella sistematica del reato colposo cercando di eliminare quella «infeconda», «dan-

dottrina di lingua spagnola: v. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (1966), Madrid, 1990. Questo lavoro venne pubblicato in lingua spagnola ma costituisce la rielaborazione di una ricerca – la tesi dottorale del suo Autore, diretta non a caso da Heinrich Henkel – presentata in Germania già nel 1962: GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Questa nota bibliografica è importante e indicativa per varie ragioni: poiché quest'Autore introdusse in Spagna il criterio dello “scopo di protezione” della norma; e, da un punto di vista più generale, perché promosse una tendenza per così dire “metodologica” che sarà più evidente nella dottrina spagnola a partire dagli anni '80, cioè quella di rivolgersi quasi esclusivamente alla letteratura penalistica tedesca e non più, se non in sempre più rare occasioni, a quella italiana.

²³ V., di nuovo, su questo concetto, anche per altri riferimenti, i contributi cit., *supra*, nota 11.

²⁴ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 28 ss., 54 ss., 59 ss., 66 ss., 73 ss.

²⁵ Ulteriormente sostenuta nella seconda parte di quel famoso saggio: MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 25 ss. Per questa impostazione sistematica, v. anche di MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 10 ss., 13 ss.

²⁶ Cfr. comunque, anche per altri importanti riferimenti, DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 588 ss., 1114 ss.; MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 15 ss., 25 ss., 35 ss.; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., spec. 795 ss.; nonché HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento* (trad. Cornacchia), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 745, spec. 752 ss.; e MAIWALD, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 10 ss.

nosa» e perfino «imbarazzante» duplicazione concettuale²⁷.

Ora, come noto, esiste diversità di vedute anche fra chi sostiene che, a forza di progressive sotto-categorizzazioni, si sia realizzata di fatto una progressiva dissoluzione della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (ragion per cui questa andrebbe come tale - come teoria univoca - respinta²⁸), e chi, invece, invertendo la rotta, intende operare una ricomposizione ordinata di quei problemi mediante la categoria del "nesso di rischio", intesa quale espressione «trasversale» del principio di «responsabilità per fatto proprio»²⁹.

Pur non potendo approfondire adeguatamente in queste sede le complesse ragioni dogmatiche a favore dell'una o dell'altra impostazione³⁰ -, a nostro parere ciò che interessa davvero valutare è se i criteri e i sotto-criteri di volta in volta elaborati per cercare di risolvere i "casi complessi" sono in grado di giustificare in maniera convincente l'effetto giuridico provocato in termini di attribuzione o meno della responsabilità per il fatto (e l'evento) all'autore della condotta inosservante. Nondimeno, trattandosi - come già accennato, e come avremo modo di chiarire ulteriormente strada facendo - di questioni di opportunità, cioè di razionalità del criterio adottato rispetto allo scopo, ci sembra legittimo e forse preferibile adottare la prospettiva dell'imputazione oggettiva³¹. Questa scelta, a nostro parere, consente anche di distinguere con maggior chiarezza - già sul piano terminologico - le questioni di causalità (materiale) e di colpa (*ex ante*) da quelle di ascrizione *ex post*³²; e non impedisce comunque di assumere quei medesimi risultati positivi, utili e condivisibili

²⁷ V. ancora, anche per gli opportuni riferimenti, MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 7 e *passim*.

²⁸ V. ad es. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 333 ss., 346-7, la quale però, "laicamente", riconosce che taluni risultati raggiunti dalla propria indagine possono coincidere «con quelli di un largo settore della dottrina d'oltralpe»: *op. ult. cit.*, 473.

²⁹ DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., spec. 149 ss., 159.

³⁰ Rinviamo però, anche per gli ulteriori opportuni riferimenti, alla letteratura già citata ed in particolare al contributo di MAIWALD, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., *passim*.

³¹ In questo senso, di nuovo, FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 952-3.

³² Sugli sbilanciamenti in favore dell'imputazione dell'evento *ex post* a discapito della valutazione della liceità della condotta secondo un giudizio *ex ante* prodotti dall'influenza «un tanto "imperialista"» dell'imputazione oggettiva dell'evento nella teoria del reato colposo - così, SILVA SÁNCHEZ, *Prólogo*, in *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo - Buenos Aires, 2006, XII -, cfr. nello stesso volume i contributi di FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*, 1 ss., e ROBLES PLANAS, *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, 61 ss. Riflessioni analoghe, in una comparazione fra Italia e Spagna incentrata sul rapporto fra "principio di affidamento" (rilevante nella prospettiva *ex ante*) e "auto-esposizione della vittima al pericolo" (eventualmente valutabile *ex post*), anche in PERIN, *La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales*, in *Rev. electr. cienc. pen. crim.*, 2016, n. 18, 1, 18 ss., 26-7.

portati dalla teoria normativa della colpa - sulla scorta anche dell'insegnamento di Marinucci - sotto il profilo del nesso fra inosservanza del dovere di diligenza ed evento³³.

1.2. (Segue) E "causalità omissiva".

Ciò chiarito, proseguiamo ora la nostra riflessione sulla questione introdotta nel § 1, osservando che la dottrina dell'aumento del rischio è stata criticata fondamentalmente per le seguenti ragioni.

In primo luogo, per una certa ambiguità di prospettiva, non essendo chiaro se l'aumento del rischio andasse valutato *ex ante* oppure *ex post*. Adottando il primo punto di vista - così sembrò ragionare in un primo momento Roxin -, si sarebbe infatti dovuto sempre concludere per l'imputazione. Tutte le azioni che oltrepassano la misura del «rischio consentito», rilevò Ulsenheimer, determinano *ex ante* un aumento del rischio³⁴. L'incontestabilità della critica venne riconosciuta dallo stesso Roxin, quando specificò che la valutazione sull'aumento del rischio avrebbe dovuto essere effettuata in relazione all'evento concretamente verificatosi e, quindi, alla luce delle circostanze di fatto conoscibili *ex post*³⁵. Questa soluzione, benché conservi anche secondo alcuni seguaci una certa ambiguità, è quella accolta dalla successiva dottrina dell'aumento del rischio³⁶.

In senso critico, si eccepirono inoltre la violazione del principio *in dubio pro reo* e la surrettizia trasformazione dei reati colposi di evento in *reati di pericolo concreto*. Ci occuperemo fra poco di questi ulteriori aspetti, poiché essi riaffiorano anche nel dibattito più recente in materia di "causalità omissiva". Infatti, nei reati "omissivi impropri", l'accertamento della causalità si traduce nel medesimo giudizio ipotetico, incentrato sul "comportamento alternativo lecito", che nei reati commissivi rappresenta il secondo momento del nesso di rischio. Si tratterebbe quindi di valutare se l'intervento doveroso (diligente) del garante nel decorso causale sarebbe stato idoneo, con una *probabilità*

³³ Assumiamo quindi, al di là dell'opzione terminologica adottata, una posizione sostanzialmente "laica" e almeno in questo senso, ci sembra, analoga a quella espressa da DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., *passim* (v. nota 28).

³⁴ ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, cit., 134 ss.; più di recente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Santa Fe, 2011, 263.

³⁵ ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, cit., 132 ss., spec. nota 18, dove si distingue chiaramente il giudizio sulla creazione del rischio non consentito (*ex ante*) da quella sull'effettivo aumento del rischio (*ex post*).

³⁶ Per tutti: SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter (Zeit.)*, 1975, 435, 647 ss., 649; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 147 ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 513 ss.

confinante con la certezza, ad impedirne l'esito infausto³⁷.

Quest'ultima, ancorata al criterio della *evitabilità*, è l'opinione sostenuta, almeno in Italia, dalla dottrina prevalente (per le ragioni che indicheremo in seguito). Tuttavia, specialmente rispetto al settore della responsabilità medica, data la particolare natura delle regole cautelari disponibili in quel contesto, alcuni autori hanno richiamato l'attenzione sull'esigenza di riconsiderare il significato e l'incidenza delle valutazioni controfattuali sottese al giudizio di responsabilità, con l'obiettivo di proporre una «più approfondita e aggiornata teoria dell'aumento del rischio» che, per le ipotesi di omissione impropria, significherebbe l'adozione del criterio di imputazione (alternativo all'evitabilità) della «mancata diminuzione del rischio» o della «diminuzione di *chances*»³⁸.

Ciò premesso in via generale, in questo studio ci chiederemo: *(A)* in via preliminare, come distinguere fra “causalità commissiva” e “causalità omissiva” (o fra condotte commissive ed omissive); *(B)* e quindi, sulla base di quale criterio procedere al giudizio in ordine all'esistenza del nesso di “causalità omissiva” (ovvero, del nesso di imputazione obiettiva per omissione impropria).

2. Quattro casi paradigmatici.

Vediamo alcuni esempi e, per ciascuno, alcune varianti che accompagneranno le nostre riflessioni.

*Caso 1. - La distrazione del guardiano di un passaggio a livello*³⁹. Prima variante *(1a)*: il guardiano non aziona la chiusura delle barriere nonostante il sopraggiungere di un treno. Seconda variante *(1b)*: il guardiano aziona erroneamente l'apertura delle sbarre poco prima del passaggio del treno. In entrambi i casi, un'automobile attraversa la ferrovia in quel frangente e, in seguito all'impatto fra i due mezzi, il conducente muore sul colpo.

Caso 2. - L'errore esecutivo del chirurgo. Durante un intervento in sala operatoria, il chirurgo commette un errore esecutivo che complica il prosieguo

³⁷ Per tutti, GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 405 ss. Per altri riferimenti alla dottrina tedesca sul punto, GIMBERNAT, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»*, in *An. der. pen. cienc. pen.*, 2000, LIII, 29, 49 ss.

³⁸ FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., spec. 959 ss. Sulla “versione moderna” della teoria dell'aumento del rischio applicata ai reati omissivi sul piano dell'accertamento causale, v. anche SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 404 ss. Sul criterio della “diminuzione di *chances*” fra giurisprudenza di legittimità penale e civile, v. invece il contributo di D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della «vittima» effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 2543.

³⁹ L'esempio è tratto nella sostanza dallo scritto di GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, in *An. der. pen. cienc. pen.*, 1994, XLVII, 3, 5, 41-2, il quale, riferendosi a copiosa giurisprudenza spagnola degli anni '60, lo utilizza per corroborare la tesi che esamineremo in seguito.

dell'operazione⁴⁰. Prima variante (2a): il chirurgo incide involontariamente un'arteria nel corso di un intervento di rimozione di un tumore, errore che determina una irrimediabile emorragia. Seconda variante (2b): analogo errore esecutivo avviene durante un intervento d'urgenza; il danno sopravvenuto - provocato dall'errore operativo del chirurgo - viene arginato, ma la necessità di controllare l'emorragia gli impedisce di proseguire l'intervento concentrandosi adeguatamente sul problema originario (quello che ha richiesto l'intervento d'urgenza)⁴¹. In entrambe le ipotesi il paziente muore: nel caso (2a), a seguito dell'emorragia; nel caso (2b), per il problema originario.

Caso 3. - L'esposizione del lavoratore a sostanze tossiche. Tizio, operaio dipendente di un'azienda siderurgica presso cui lavora da diversi anni a stretto contatto con polveri di amianto, lamenta l'insorgenza di una patologia polmonare amianto-correlata, che lo conduce alla morte. Prima variante (3a): l'esposizione (in ipotesi, prevedibilmente) dannosa avviene senza che fossero disponibili misure di protezione idonee ad evitare l'inalazione letale delle polveri. Seconda variante (3b): l'esposizione (in ipotesi, prevedibilmente) dannosa avviene senza che il datore di lavoro adotti misure di protezione, pur disponibili, idonee ad impedire l'inalazione delle polveri e quindi l'insorgere

⁴⁰ Dobbiamo tenere conto, nel formulare l'esempio, che secondo l'interpretazione data dalle sez. un. al neo introdotto art. 590 *sexies* c.p. (riforma "Gelli-Bianco"), l'ipotesi di *errore esecutivo* commesso con *colpa lieve* in ottemperanza di buone pratiche non sarebbe punibile. V. al riguardo, CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 3, 246, 254; CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite. Tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, 25, 28 ss.; ROJATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 2 ss. Per altri riferimenti a proposito delle recenti riforme in materia di colpa medica, v. *infra*, la bibliografia indicata nelle note da 157 a 159.

⁴¹ Cfr. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari - Giunta - Guerrini - Padovani, Pisa, 2009, cit., 247, 250, che propone il tipico esempio di decesso del paziente causato da una patologia innescata da corpo estraneo dimenticato al termine di un'operazione a cielo aperto. Qui, la questione si fa più complessa perché la "parcellizzazione" del dovere di diligenza fa sì che l'omessa "conta dei ferri" da parte di un componente dell'*équipe* possa - diciamo così - assorbire la precedente dimenticanza (eziologicamente commissiva) del ferro da parte di un secondo elemento della medesima, sicché la condotta nel suo complesso assume sembianze omissive attirando l'attenzione del giudice verso chi ha omissso la conta e non verso chi dimenticando la garza o l'attrezzo ha innescato il decorso mortale (salvo però, come mostra l'Autore con la giurisprudenza cit., *ivi*, 252, attribuire il dovere di "contare i pezzi" a tutti i componenti dell'*équipe*, con buona pace del *principio di affidamento*). Cfr. su questo punto (e, in particolare, sul dovere di mutua vigilanza), RISCATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 20 ss., 31 ss., 71 ss.; MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor, 2009, 404.

della patologia mortale.

Caso 4. - L'errore diagnostico del medico. Coinvolto in un incidente stradale, Tizio riporta gravi lesioni articolari che richiedono un immediato intervento chirurgico di riduzione delle fratture. La ricomposizione riesce ma, all'esito dell'operazione e durante la prima visita di controllo, il paziente mostra i segni di una evidente ipotrofia muscolare, ciò che dovrebbe suggerire al "medico modello" di verificare la presenza di una lesione nervosa nella zona interessata dal trauma. Tuttavia, nonostante la riconoscibilità dell'*Anlass* (l'occasione di attivarsi), l'indagine non viene eseguita e la degenerazione muscolare raggiunge in breve tempo uno stadio irreversibile, confermando inequivocabilmente la presenza di una lesione. Prima variante (*4a*): viene ipotizzato il reato di lesioni colpose e, perizie alla mano, risulta chiaro *ex post* che una diagnosi tempestiva (in occasione della prima visita di controllo postoperatoria) avrebbe consentito di adottare misure terapeutiche certamente idonee ad evitare la degenerazione irreversibile del tessuto muscolare. Seconda variante (*4b*): non è possibile stabilire *ex post* se, a seguito di una diagnosi tempestiva, l'adozione delle opportune strategie terapeutiche avrebbe consentito di impedire il deperimento del tessuto muscolare, poiché le tecniche disponibili (ad es., un intervento di reinnervazione) offrono soltanto relative possibilità di successo in casi di quel tipo.

3. L'equivalenza fra azione ed omissione nella tesi condizionalistica di Federico Stella.

Affrontiamo anzitutto la prima questione (*A*) chiedendoci perché rileva - se rileva - la distinzione, così incerta e faticosa in taluni casi, fra causalità commissiva e causalità omissiva (ovvero fra azione ed omissione)¹².

In uno dei più rilevanti contributi in materia, Federico Stella ricorse al concetto di «condizione statica» argomentando l'irrilevanza della distinzione fra

¹² A proposito del dibattito filosofico in merito al *non-agere* quale categoria pre-giuridica, cioè alla cd. dimensione «ontologica» dell'omissione - molto legata alla ormai superata difficoltà di concepire come da un *nil* possa "derivare" un evento (la concezione *normativa* è oggi agevolata, come vedremo, dalla comprensione del problema nella più ampia tematica della imputazione oggettiva dell'evento nel reato omissivo improprio) -, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. 1, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 151 ss., 172 ss. Sottolinea l'Autore come spesso su queste tematiche gli sforzi della dottrina si siano incanalati su «false piste». Infatti - e ne daremo un esempio in questo paragrafo -, «i giuristi del secolo scorso - ma financo oggi [l'Autore scrive nel 1988, *N.d.R.*] si rinvergono tracce di questo 'peccato originale' che viziò gran parte delle ricerche in tema di *Unterlassung* - non avevano capito che si trovavano a contatto con una materia che andava 'maneggiata' diversamente da quanto si era adusi fare nell'ambito dell'*azione*. Cercavano così, con mille artifici, di 'adattare' il *non-agere* all'*agere*, come se ciò fosse logicamente possibile» (*op. ult. cit.*, 154).

azione e omissione⁴³. Infatti, «se si considerano le entità che entrano nelle relazioni di causa ed effetto come processi ed eventi – scriveva l’Autore citando Rudolf Carnap –, si deve riconoscere che questi termini comprendono anche processi statici». «Ecco – inferisce Stella –, il nocciolo della questione sta proprio qui. Poiché le ‘entità’ che entrano nella relazione di causa ed effetto sono processi o eventi, non c’è alcun dubbio che in quella relazione entri anche l’omissione, anche il non fare». Quindi, «quando si afferma che una persona ha omesso di fare qualcosa, non si fa altro che descrivere uno *stato (...) della persona*»⁴⁴.

Quest’impostazione equipara azione e omissione implicando in entrambi i casi un approccio materialmente e logicamente condizionalistico. «Dove sta – interroga Stella – l’asserita differenza concettuale fra causalità attiva e causalità omissiva? Non certo nell’uso della nozione di condizione necessaria: anche per il non-fare possiamo dire che è causale quando, *senza lo stato* della persona costituito dal «non compiere l’atto dovuto», l’evento lesivo non si sarebbe verificato; anche con riferimento all’omissione risulta esatto sostenere che il concetto penalmente rilevante di causa coincide con il concetto di condizione *sine qua non*, intesa come condizione contingentemente necessaria»⁴⁵.

4. (Segue) L’inferenza causale: struttura e differenziazione.

Data questa premessa condizionalistica, se si ritiene inoltre, come ha sostenuto lo stesso Stella, che la prova causale sottende un ragionamento inferenziale di tipo nomologico-deduttivo, si può essere indotti a concludere che anche per la verifica del nesso causale omissivo sia inevitabile l’impiego di leggi universali o statistiche con coefficiente probabilistico «prossimo a uno»⁴⁶. In questo modo, tale nesso potrebbe essere accertato soltanto qualora sia dato sostenere, sulla base di una correlazione descritta da un enunciato secondo cui – date le condizioni *xy* – l’antecedente di tipo *A* comporta (quasi-)sempre un

⁴³ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1251 ss.

⁴⁴ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1252.

⁴⁵ STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1252-3.

⁴⁶ STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L’attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1911 ss., 1918 ss. Questa via, come noto, era stata seguita da alcune sentenze di legittimità dei primi anni duemila (precedenti alle sez. un. *Franzese*), nelle quali si legge che «il procedimento utilizzato per stabilire se l’omissione è condizione necessaria non è diverso, ma identico, nella sua struttura, a quello cui si ricorre per giustificare la causalità dell’azione» (Cass., sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688, Baltrocchi) e che «una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone» nell’uno come nell’altro caso «una legge statistica con un coefficiente percentualistico vicino a cento» (Cass., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 2139, Musto): in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277, con il commento adesivo di CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, 278, spec. 289, 293 ss.

risultato di tipo *B*, che la condotta alternativa lecita (*A*) avrebbe evitato l'evento (*B*). Non c'è altro modo di sostenere logicamente che «senza lo stato della persona costituito dal «non compiere l'atto dovuto» l'evento lesivo non si sarebbe verificato». Il riferimento esplicito (e inevitabile⁴⁷) all'atto dovuto (mai realizzato) pone immediatamente la questione su di un piano - non già naturalistico, bensì - *ipotetico e normativo*⁴⁸.

Tuttavia, già prima della sentenza a Sezioni unite *Franzese*⁴⁹, la tesi secondo cui il nesso di causalità potrebbe essere accertato solo sulla base di «leggi scientifiche esprimenti una probabilità pari o prossima al 100%»⁵⁰ è apparsa non tanto «troppo rigorosa»⁵¹, quanto piuttosto «manifestamente *erronea*»⁵².

La nozione di «legge scientifica», assunta dal penalista sotto l'influenza prevalente del pensiero neopositivista ma il cui statuto epistemologico risulta quanto mai indeterminato⁵³, si riferisce in realtà nella pratica a qualunque enuncia-

⁴⁷ Lo riconosce anche STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, cit., 1915 e 1918, nota 69, dove riproponendo alcune note critiche di Paliero nei riguardi della sua tesi (PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 ss.), concorda nel ritenere, come osservato dall'Autore citato, che «Calato nella formula condizionalistica, il modello euristico della causalità omissiva si differenzia da quello della causalità attiva, caratterizzandosi per così dire come controfattuale di secondo grado». «Paliero ha ragione» - scrive Stella -, «e io aderisco senz'altro alla sua idea del giudizio controfattuale di secondo grado».

⁴⁸ Analogamente, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., 1980.

⁴⁹ Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, *Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss., ampiamente commentata in letteratura.

⁵⁰ STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime* (1^a ed.), Milano, 2001, 307; *Id.*, *Giustizia e modernità* (2^a ed.), Milano, 2003, spec. 333 ss.; CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva*, cit., 289 ss.; *Id.*, *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico-legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 2, 589 ss.; D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4831, spec. 4837 ss e 4844 ss.

⁵¹ Come invece ritenuto da DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, I, 513, 537-9.

⁵² Così, VIGANO, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 3, 380, 381. Riconoscono la «impraticabilità [...] di un modello d'indagine fondato unicamente su inferenze di tipo nomologico-deduttivo, ossia affidato alla sola spiegazione offerta da leggi universali o quasi universali» e, quindi, il superamento di qualunque esitazione in ordine alla possibilità di ricorrere alle generalizzazioni probabilistiche, più di recente, anche ROMANO, D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1129, 1134 ss. Sulla utilizzabilità di leggi aventi coefficiente statistico medio-basso, purché si possa giungere con «certezza razionale» alla prova della causazione, v. già DONINI, *La causalità omissiva*, cit., spec. 48 ss., 73; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 634, 648 ss.; ROMEO CASABONA, *Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal*, in *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, a cura di Romeo Casabona - Sánchez Lázaro, Granada, 2010, 117, 123 ss.

⁵³ A questo proposito, v. di recente il contributo di CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di coper-*

to, dotato o meno di base empirica, chiamato a indicare e descrivere in termini statistici o probabilistici una correlazione fra classi di eventi⁵⁴. «Qualunque generalizzazione, però, resta inevitabilmente svincolata dalle concrete, uniche ed irripetibili (spesso imperscrutabili) connotazioni del *caso concreto*. Pertanto, anche qualora quest'ultimo vi appaia riconducibile, essa potrà fornire soltanto una *possibile interpretazione* degli eventi occorsi e considerati»⁵⁵.

Il giudizio causale, inteso come *giudizio logico-esplicativo*, deve allora articolarsi in due momenti.

Occorre anzitutto individuare le possibili “cause”, cioè le reti di condizioni idonee, *ceteris paribus*, a cagionare un tipo di evento. E allo scopo di determinare il ventaglio di *spiegazioni possibili*, ciascuna di esse dovrà essere supportata da enunciati esplicativi plausibili e affidabili, quand'anche dotati di basso valore statistico, idonei a fornire copertura alla possibile correlazione con l'evento (“causalità generale”)⁵⁶. In secondo luogo, si tratta di stabilire se

tura, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1087. Sul rapporto fra condizionalismo e “legalità scientifica” e sul superamento del modello fysicalistico fondato su costanti universali, cfr. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 9, 1037, 1039 ss.; LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, spec. 93 ss.; MAZZA, *Causalità omissiva: un approccio alternativo*, in *Trattato di biodiritto, La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 817, 825 ss. V. inoltre HARRISON, *The development of the concept of laws of nature*, in *Creation: Law and Probability*, a cura di Watts, Fahrnam, 2008, 13 ss.

⁵⁴ V. ad es. le considerazioni svolte a margine della sentenza di Cassazione sul caso “Grandi Rischi” in PERIN, *La inferencia causal, el problema de la demarcación y el uso del análisis filogenético en el proceso penal: ¿Hacia una nueva figura de juez? (A propósito de la Sentencia de la Corte de Casación italiana en el caso Grandi Rischi y sobre la responsabilidad penal por contagio de agentes infecciosos)*, in *Rev. der. gen. hum.*, 2016, n. 44, 65, 74 ss., rispetto alle affermazioni della Corte a proposito delle teorie psicologiche, le quali *non* costituirebbero affatto «espressione di un'attività scientifica rigorosamente controllabile, bensì stimolanti 'teorie metafisiche'», idonee nondimeno, in quanto riconducibili alle «massime di esperienza», ad essere «utilizzate allo scopo di alimentare la concretezza di un'ipotesi causale, secondo il procedimento logico dell'abduzione» (Cass., sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478/16, in www.penalecontemporaneo.it, 82, 86). Sul ricorso alle «generalizzazioni empiriche del senso comune», BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 3, 1265, 1268. Critico, fra gli altri, DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, cit., 526-7.

⁵⁵ PERIN, *La crisi del “modello nomologico” tra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 3, 1371, 1374-5.

⁵⁶ Da questo punto di vista, si apre naturalmente il problema epistemologico (popperianamente inteso) della “demarcazione”, fra scienza e non-scienza e, nell'ambito di ciò che può essere considerato “scienza” idonea a fornire enunciati di copertura al diritto, fra enunciati accreditati o dotati di sufficiente consenso, e non. Su questi aspetti la letteratura è ormai sterminata. Fra i contributi più recenti e significativi, in Italia: TOMASI, *Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo*, in *BioLawJ.*, 2016, n. 1, 81 ss.; BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio - Lupária, Milano, 2018, 75 ss. Il notevole ritardo maturato dalla giurisprudenza italiana in relazione al problema della valutazione della “credibilità” delle tesi scientifiche introdotte nel processo è stato ben evidenziato nell'indagine di MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 3 ss.

la condotta umana contemplata dall'ipotesi accusatoria sia stata, entro la cornice di una delle possibili spiegazioni (o "cause"), una "condizione *contingentemente* necessaria" dell'evento ("causalità individuale"). E a tale scopo, ove necessario, si tratterà di escludere l'incidenza (di per sé sufficiente⁵⁷) dei percorsi causali alternativi ipotizzati (cioè delle spiegazioni alternative a quella che contempla, fra le sue condizioni singole, la condotta indicata dall'ipotesi accusatoria)⁵⁸.

La generalizzazione di copertura non può quindi consentire una *deduzione*, ma soltanto fornire un *indizio*, un'*ipotesi di spiegazione* fra le diverse sostenibili⁵⁹. Infatti, dal punto di vista logico, mentre premesse universali possono condurre a conclusioni false (perché nel caso concreto possono darsi comunque spiegazioni alternative dell'evento), l'utilizzo di generalizzazioni statistiche (totalmente a prescindere dal coefficiente probabilistico) può consentire di inferire conclusioni plausibili e motivabili, cioè razionalmente sostenibili (sempre che si riescano a escludere le ipotesi alternative)⁶⁰.

Ciò nonostante, è stato anche chiarito che l'inferenza bi-fasica abduttiva indicata dalla sentenza *Franzese* riflette un itinerario logico di tipo esplicativo, pertanto strutturalmente adeguato e applicabile alle sole ipotesi di causalità reale⁶¹.

Nei casi di *omissione impropria*, quelli di cui ci stiamo occupando, contestandosi al garante di non avere adeguatamente (diligentemente) contrastato i fattori di rischio presenti nella situazione concreta ed effettivamente sfociati nella produzione dell'evento (in questo dovere di "contrasto", più che di vero

⁵⁷ Cfr. di nuovo, in relazione alla riduttiva funzione attribuibile al cpv. dell'art. 41 c.p., DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., 682 ss., 686-7.

⁵⁸ Sullo schema logico-argomentativo utilizzabile a sostegno dell'accertamento causale, cfr.: DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., spec. 57 ss, 72 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., spec. 669 ss.; ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 891, 902 ss.; ROMANO, D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto*, cit., 1137, i quali, in particolare, riconoscono non essere indispensabile, al fine della buona riuscita dell'inferenza esplicativa, «poter scartare con certezza, *ex post*, ogni immaginabile causa alternativa, ivi comprese quelle puramente congetturali e destituite di affidabili appigli logici».

⁵⁹ «La conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale non può essere dedotta automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile»: così, la sentenza della Cass. sez. un. *Franzese*.

⁶⁰ In questo senso, fra gli altri, anche VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1978-9.

⁶¹ Sul punto: VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 109 ss., 123 ss.; *Id.*, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1977; VIGANO, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679, 1680 ss.; *Id.*, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., 380 ss.

e proprio impedimento, si sostanzia infatti la posizione di garanzia), la verifica probatoria decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità consiste - anche a voler riabilitare la «condizione statica» di Stella - in un giudizio controfattuale di tipo *ipotetico-predittivo*, non già quindi *esplicativo*, relativo a ciò che sarebbe accaduto qualora l'agente avesse adempiuto il dovere di diligenza⁶².

Ciò non toglie - anzi, implica - che presupposto indefettibile anche di questa valutazione sia la ricostruzione in termini "reali" (o materiali) del meccanismo di produzione dell'evento, se e quando possibile, secondo il modello inferenziale appena indicato. Su di esso, infatti, avrebbe dovuto incidere la condotta diligente del garante, in considerazione dell'area di rischio (delle categorie di evento e delle fonti di pericolo) afferente alla posizione di garanzia⁶³. «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 attribuire una qualunque valenza eziologica all'antecedente virtuale, posto che la stima della rilevanza causale (nel caso: inibente) non si risolve in valutazione in termini assoluti, bensì in un giudizio di relazione [...]»⁶⁴.

5. L'importanza di distinguere fra condotte commissive ed omissive.

Ciò ribadito in via generale, torniamo ora ai casi indicati nel § 2 per cogliere l'importanza di distinguere le condotte omissive da quelle commissive.

Riprendiamo il caso 1 (il guardiano del passaggio a livello). Adottando la prospettiva di Stella, la condotta dovrebbe essere qualificata, alternativamente: in termini *commissivi*, nel caso in cui egli *azioni* l'apertura delle barriere (*Ib*); e in termini *omissivi*, qualora invece le *dimentichi aperte* - supponendo, ad esempio, che le abbia azionate il collega del turno precedente - (*Ia*).

Una prima perplessità di fronte a questa impostazione riguarda il fatto che, come già diffusamente osservato in letteratura, anche la condotta "omissiva"

⁶² Ha ritenuto invece necessario applicare anche all'omissione un modello inferenziale basato sulla distinzione fra "causalità generale" e "causalità individuale", sottolineando attraverso molteplici esempi tratti dalla letteratura medica che «le probabilità *ex ante* associate alla diagnosi e alla prognosi non sono in grado di darci informazioni su ciò che è realmente accaduto», STELLA, *Causalità omissiva*, cit., 1897 ss., 1918 ss. Questa presa di posizione, tuttavia, si vede a nostro giudizio condizionata dalle assunzioni "naturalistiche" dell'Autore, e dalla convinzione che, come visto, anche in ipotesi di causalità omissiva sia necessario ricorrere a leggi scientifiche «universali o statistiche con frequenza vicinissima a 1».

⁶³ Analogamente, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1978.

⁶⁴ MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, 2010, 137, 159-60.

di chi non compie l'atto dovuto (azionare la chiusura delle barriere) può essere - e, spesso e inevitabilmente, viene - integrata mentre si realizzano o dopo che si siano realizzati comportamenti attivi (ad esempio, quello di chi si allontana dal posto di guardia)⁶⁵. È ovvio, ma utile ripeterlo; poiché, al contrario, nella prospettiva in questione si cercava di vedere nell'omissione una non-azione su di un piano puramente "fisicalistico"⁶⁶.

Ad ogni modo, l'equiparazione condizionalistica fra azione ed omissione potrebbe essere accettabile se la distinzione non avesse ripercussioni sul piano dell'inferenza causale. Abbiamo già osservato però che così non è, ma a questo proposito occorre iniziare a distinguere.

In effetti, ha ragione chi - come Gimbernat - osserva che non esiste alcuna differenza, dal punto di vista del risultato del giudizio di imputazione, fra il considerare attiva od omissiva la condotta colposa del guardiano⁶⁷. La *mancata chiusura* del passaggio a livello è indubbiamente condizionalistica rispetto all'evento. Nella prospettiva di Stella, «*senza lo stato* della persona costituito dal «non compiere l'atto dovuto», l'evento lesivo non si sarebbe verificato». Ovvero (il controfattuale, abbiamo rilevato, è inevitabile): se il guardiano avesse chiuso le barriere (l'atto dovuto) *certamente* quell'evento non si sarebbe verificato (*1a*). Così com'è condizionalistica l'azione data dall'*apertura delle barriere*: se il guardiano non avesse aperto le barriere (condotta alternativa lecita) *certamente* quell'evento non si sarebbe verificato (*1b*).

Questo caso sembra dunque dare ragione a Stella. Ma ciò accade, come constateremo meglio strada facendo, perché la condotta alternativa lecita è segnata, in entrambe le varianti del caso, da una regola cautelare "propria", cioè da una regola che assicura in tutti i casi d'evitare l'evento (del tipo afferente al suo "ambito di protezione"). Per cui, sia eliminando l'azione antidoverosa compiuta che lo stato della persona costituito dal «non compiere l'atto dovuto» (cioè aggiungendo l'atto dovuto), il giudizio controfattuale funziona.

I conti però non tornano nel caso 4 (l'errore diagnostico). Nella prima variante (*4a*), dove abbiamo ipotizzato che una diagnosi tempestiva (l'atto dovuto) avrebbe consentito di adottare misure terapeutiche certamente idonee ad evi-

⁶⁵ L'osservazione ripresa nel testo, lungi dal voler riprendere la vecchia teoria (naturalistica) dell'*aliud agere* (sulla quale, in senso critico, v. ad es. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Milano, 2007, 81 ss.), serve invece a evidenziare (al contrario) l'insostenibilità di qualsivoglia impostazione naturalistica che veda nell'omissione uno "stato della persona" dato da un non agire, un "non muoversi".

⁶⁶ Sul "fisicalismo" come corrente filosofica, chiaramente riconoscibile - come visto nel § 3 - nel *background* epistemologico di Federico Stella, v. STOIJAR, *Physicalism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017 (Winter Ed.), in www.plato.stanford.edu.

⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., 41-2.

tare l'evento, l'eliminazione mentale dell'omissione dell'atto dovuto, che si traduce nella aggiunta mentale dello stesso, porta ad una conclusione certa in ordine alla condizionalità dell'omissione (l'evitabilità). Ma nella seconda (4b), dato che l'opzione terapeutica disponibile in caso di diagnosi tempestiva è indicata da una regola cautelare che non assicura il buon esito dell'intervento ("impropria"), non riusciamo a stabilire che cosa sarebbe accaduto se il medico avesse agito correttamente, nemmeno *ex post*. E qui, non a caso, si apre inevitabilmente la questione - irrisolvibile su di un piano puramente naturalistico, quello su cui si svolgono le riflessioni di Stella - di stabilire sulla base di quale criterio normativo di imputazione l'evento sia ascrivibile o meno all'omissione del garante.

Gravida di implicazioni è inoltre la qualificazione della condotta del datore di lavoro rispetto agli eventi malattia e morte nel caso 3 (esposizione professionale). La questione, già affrontata nella nostra giurisprudenza, è la seguente: ai fini della qualificazione delle condotte dei garanti della sicurezza e della salute, rileva soltanto l'*esposizione* dei lavoratori a certe sostanze - il che indurrebbe a qualificare come commissive le condotte dei suddetti garanti, individuata nell'astensione la condotta alternativa lecita -, oppure occorre considerare come condotta alternativa lecita l'*adozione di misure cautelari* idonee a prevenire tali malattie, qualificando quindi tali posizioni come ipotesi di mancato intervento impeditivo, e quindi come omissioni improprie?

Alla luce di quanto puntualizzato in ordine all'inferenza causale, mentre nel primo caso sarebbe sufficiente accertare il nesso di "causalità individuale" fra l'esposizione (ancorché prolungata nel tempo⁶⁸) e l'evento (operazione peraltro, come sappiamo, molto difficile, poiché sottende la necessità di escludere le plausibili spiegazioni alternative dell'evento); nel secondo, invece, oltre a doversi stabilire che fu l'esposizione all'amianto (e non un'altra causa, cioè una rete di condizioni che esclude il fattore dato dall'esposizione nel luogo di lavoro) a provocare la patologia, occorrerebbe eliminare mentalmente lo "stato passivo" del datore di lavoro e quindi chiedersi che *cosa sarebbe accaduto* se eventuali misure di protezione (laddove disponibili ed esigibili secondo un giudizio *ex ante*) fossero state adottate.

Infine, nel caso 2 (l'errore esecutivo del chirurgo) la distinzione fra azione ed

⁶⁸ Con i problemi che questo comporta, ad es., in caso di successione delle posizioni di garanzia. Sul punto, GROTTI, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 3, 561 ss. Rispetto alla giurisprudenza più recente, si veda la sentenza di Cassazione sul caso "Montefibre-bis" e, al riguardo, il dettagliato commento di ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis, sulla scia del precedente 'Cozzini'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 5, 372.

omissione può perfino trascendere la responsabilità dell'autore diretto. Nei casi in cui l'operazione chirurgica rappresenta l'intervento salvifico in relazione ad un precedente accadimento e quindi ad un corso causale innescato da una condotta precedente (ad esempio, un incidente stradale provocato colposamente), la questione che si pone è se imputare o meno l'evento-morte alla condotta che, nell'immediato, ha provocato soltanto gravi lesioni. Si tratta quindi di valutare (lo ripetiamo, in termini di *opportunità*) la rilevanza del contributo colposo del terzo nella causazione dell'evento-finale ai fini di stabilire od escludere la responsabilità del primo agente. La questione è cioè la seguente: che rilevanza assume – se la assume – l'errore medico ai fini della imputazione oggettiva dell'evento a chi ha innescato il corso causale?

Come ha sostenuto parte della dottrina, la risposta dipenderebbe dalla qualificazione in termini commissivi od omissivi della condotta colposa del medico chiamato a intervenire: nel caso si tratti di *omissione*, l'evento dovrebbe essere ascrivibile all'autore dell'incidente perché rappresenterebbe la “realizzazione del rischio” non consentito innescato dalla sua condotta; in caso contrario, la condotta *commissiva* colposa del medico rappresenterebbe un antecedente – o anello causale intermedio – idoneo a “interrompere” il nesso di rischio tra la condotta del primo autore e l'evento-morte finale. In questa seconda ipotesi, la condotta dell'autore dell'incidente resterebbe materialmente condizionalistica ed anche colposa rispetto allo stesso; ciò che verrebbe a mancare, su di un terzo livello di imputazione (successivo alla causalità materiale e alla violazione del dovere di diligenza), sarebbe la relazione normativa tra l'inosservanza e l'evento data dal suddetto nesso di rischio⁶⁹.

6. Causalità attiva e causalità omissiva: metodo di distinzione.

Vediamo allora quale criterio generale consente di distinguere le ipotesi commissive da quelle omissive improprie. Procediamo per gradi, considerando nuovamente i nostri casi.

Ripartiamo dal passaggio a livello (caso 1). Abbiamo ipotizzato due situazioni: quella del guardiano che lascia aperte le barriere (*1a*) e quella in cui egli aziona il meccanismo di apertura nonostante l'imminente sopraggiungere del treno (*1b*). Da un punto di vista strettamente naturalistico – quello difeso da Stella – ci troviamo di fronte ad un *agire* e a un *non agire*. Tuttavia, come abbiamo già osservato, considerare soltanto il movimento corporeo empiricamente rilevabile non avrebbe senso: perché anche una “non-azione”, come

⁶⁹ Per ulteriori dettagli su questo specifico dibattito, si rinvia all'indagine di FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 595 ss., spec. 601.

quella che consiste nel lasciare aperte le barriere (non chiuderle), può essere compiuta mediante azione (ad esempio, recandosi in altro luogo invece che restare al posto di guardia)⁷⁰.

A noi interessa l'incidenza della condotta *rispetto all'evento penalmente rilevante*.

La *ratio* del posto di guardia (il suo "scopo di protezione") - e così quella della corrispondente posizione di garanzia - è quella di fare in modo che non si verifichino collisioni fra i mezzi in transito nell'intersezione fra strada e ferrovia. Compito del soggetto responsabile è quindi quello di impedire ai veicoli l'attraversamento della ferrovia per l'imminente sopraggiungere del treno. Comportandosi come si è ipotizzato, in entrambi i casi, il guardiano *non si attiva allo scopo di bloccare* il decorso causale contemplato dal proprio dovere di controllo e (prevedibilmente) sfociante in un evento lesivo.

Veniamo ora al caso 3 (ma il discorso può valere in generale, in relazione a qualunque tipo di "somministrazione" prevedibilmente nociva).

Sulla questione relativa alla qualificazione in termini commissivi od omissivi della condotta dei garanti della sicurezza, la Corte di Cassazione si è espressa nel tempo in modo ondivago. Sulla scorta della pronuncia del 2006 sul caso del Petrolchimico di Porto Marghera⁷¹, la sentenza *Cozzini*⁷², riguardante un caso di esposizione alle fibre di amianto⁷³, aveva definito *commissivo* il contegno degli imputati - i garanti succedutisi nella posizione di garanzia in qualità di datori di lavoro - e considerato di per sé rilevante «*l'avvelenamento somministrato con dosi quotidiane*»⁷⁴. Diverso è però l'orientamento espresso dal-

⁷⁰ V. di nuovo il chiarimento in nota 65. La stessa cosa si osserva molto di frequente in materia di responsabilità medica: cfr. ad es. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1969 ss.

⁷¹ Cass., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, Bartalini, in *Foro it.*, 2007, II, 550.

⁷² Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini *et al.*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷³ Per un'attenta considerazione della vicenda, GROTTO, *Morti da amianto e responsabilità penale*, cit., 561 ss. Sull'importanza della sentenza in questione in relazione alla funzione di *gate-keeper* assegnata al giudice di merito si è già svolta qualche riflessione in PERIN, *La crisi del "modello nomologico"*, cit., 1377 ss. Si rinvia a quel contributo anche per ulteriori riferimenti.

⁷⁴ L'espressione viene da DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 67-8. Critici a questo proposito ROMANO, D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto*, cit., 1145-6, 1147 ss., secondo i quali, «alludere ad un avvelenamento 'a dosi quotidiane' [...] è un palese fuori luogo», poiché ciò che in realtà è avvenuto in tutti i casi simili a quello esaminato in sentenza, è che «durante la permanenza dei lavoratori in fabbrica [...] i responsabili aziendali non hanno provveduto, come invece era loro dovere fare [...], a informarli dei pericoli cui andavano incontro, e [...] a predisporre nell'ambiente di lavoro tutte quelle necessarie misure che avrebbero potuto eliminare o almeno attenuare i rischi di malattie come quelle che [...] i lavoratori hanno contratto». La posizione della Corte nel caso *Cozzini* sarebbe quindi «finalizzata ad una semplificazione probatoria nell'accertamento del rapporto causale», poiché, in buona sostanza, ciò consentirebbe di flessibilizzare il giudizio in ordine all'*evitabilità* (quale riferito alla "causalità della colpa" - al comportamento alternativo lecito -, e non alla causalità omissiva).

la sentenza *Fincantieri*⁷⁵, che, in relazione ad un caso analogo, aveva invece valorizzato il profilo omissivo dato dalla *mancata adozione di misure preventive* capaci di proteggere i lavoratori durante l'esposizione⁷⁶. Più di recente, questa stessa diversità di vedute si è riscontrata nuovamente nella giurisprudenza sia di merito che di legittimità⁷⁷.

Partiamo da una premessa inoppugnabile. In entrambi i casi si tratta anzitutto di ricostruire il nesso di causalità reale o materiale fra esposizione e patologie, senza il quale, come abbiamo osservato, non sarebbe neppure possibile affrontare, eventualmente, il giudizio ipotetico-prognostico in cui si sostanzia la verifica della "causalità omissiva".

A questo punto, ammesso e non concesso che si riesca a dimostrare che l'evento è stato provocato dalla esposizione del lavoratore nel luogo di lavoro, tutto dovrebbe dipendere, a nostro parere, dal giudizio sull'esistenza e sulla esigibilità oggettiva (al tempo dell'esposizione causante) di misure preventive idonee ad impedire quel tipo di evento; assenti (o comunque inesigibili *ex ante*) le quali, la condotta rilevante resterebbe soltanto la "somministrazione" dell'agente patogeno che, in sé considerata, ha carattere indubbiamente commissivo rispetto all'evento⁷⁸. E questo per la seguente ragione: l'indisponibilità (o l'inesigibilità) di misure adeguate rispetto al fine preventivo si traduce, sotto il profilo della colpa, in un *obbligo di astensione* dall'utilizzo di dette sostanze⁷⁹. In caso contrario, qualora cioè sia dato sostenere che al

⁷⁵ Cass., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311, Ramacciotti *et al.*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁶ Per un confronto critico esaustivo delle sentenze *Cozzini* e *Fincantieri*, ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷⁷ Il modello *Cozzini* (impianto motivazionale sul paradigma causale *commissivo*) viene seguito ad es. dal Trib. Verbania nella vicenda *Montefibre-bis*, su cui ZIRULIA, *Amianto: la Cassazione annulla le condanne nel processo Montefibre-bis*, cit., 374 ss. Cfr. invece l'impostazione assunta da Trib. Milano, Sez. V, 28 febbraio 2015, n. 2161, e Trib. Milano, Sez. V, 15 luglio 2015, entrambe in *Dir. pen. cont.*, con note di JANN, rispetto a Trib. Milano, sez. VI, 15 luglio 2015, n. 8292, indicata da ROMANO, D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizioni ad amianto*, cit., nota 6. V., inoltre, la rassegna di giurisprudenza presentata e discussa nel recente studio monografico di ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, 50 ss., 231 ss.

⁷⁸ Condivide la qualificazione in termini *commissivi*, fra tutti, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 118-9. Segnali di una certa sovrapposizione fra verifica della rilevanza eziologica della somministrazione (causalità materiale) e "causalità omissiva" si notano tuttavia in Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 42519, in www.penalecontemporaneo.it, dove in relazione alla questione dell'accertamento nel caso di malattie multifattoriali si legge (5) che «il rapporto causale va riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche e soprattutto ai tempi dell'offesa, sì che dovrà riconoscersi il rapporto eziologico non solo nei casi in cui sia provato che la condotta omessa avrebbe evitato il prodursi dell'evento verificatosi, ma anche nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani [...]».

⁷⁹ Benché, secondo alcuni autori (ad es. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 194 ss., 236 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova,

tempo dell'esposizione erano disponibili ed esigibili misure precauzionali idonee ad impedire l'effetto patogeno dell'esposizione, il nesso causale potrebbe essere verificato sulla base di un giudizio controfattuale basato sulla condotta alternativa lecita data dalla loro *adozione*. Solo in questo secondo caso, quindi, la prova del nesso causale (omissivo) richiederebbe chiedersi che cosa sarebbe accaduto se tali cautele fossero state adottate.

Possiamo riformulare il nostro punto di vista nei seguenti termini: qualora si esponga altri ad un agente prevedibilmente lesivo, ciò rientrerà nel rischio consentito (eventualmente giustificato dall'utilità sociale dell'attività realizzata) soltanto qualora siano disponibili ed applicate misure certamente idonee ad impedire che tale pericolo si realizzi (cioè cautele "proprie"). Altrimenti, la condotta diligente consisterà nella pura astensione. Perciò, mentre in un caso (*3b*) si tratterà di considerare la *mancata adozione di dette misure* (omissione impropria), nell'altro (*3a*) rileverà la *mera esposizione* (condotta commissiva). Torniamo infine in sala operatoria (caso 2). Per decidere sulla natura commissiva od omissiva dell'errore esecutivo del chirurgo, occorre anche qui valutare l'oggetto dell'intervento e la sua incidenza in relazione all'evento penalmente rilevante.

Se l'errore del chirurgo produce o concorre a determinare (spiegandola) la morte del paziente, si tratta senz'altro di colpa commissiva. Nella variante (*2a*), il decorso eziologico in atto, rispetto al quale il chirurgo è chiamato a intervenire, è rappresentato dall'evoluzione maligna del carcinoma; ma l'effetto dell'incisione non ha nulla a che vedere con questo, rilevando penalmente in quanto ne origina un altro, l'emorragia, che conduce autonomamente alla morte del paziente.

Il discorso cambia quando l'errore del medico si traduce in un tentativo fallimentare (*i.e.*, colposo) di fronteggiare il rischio attuale di cui il paziente è portatore (variante *2b*). Sicché, nella misura in cui impedisca di intervenire adeguatamente al fine di contrastare il decorso causale originario, l'incisione erroneamente eseguita si traduce in - *rectius*, porta di fatto alla integrazione di - una omissione (impropria) di intervento salvifico⁸⁰.

Il tipico esempio di omissione è quello dell'*errore diagnostico* che ritarda o

2011, 340), la regola cautelare possa avere solo contenuto "modale e conformativo" (non potendo quindi consistere in un dovere di astensione). *Contra*, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 18-9, già condiviso in PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Polít. Crim.*, 2017, n. 23, 207, 215, in www.politicacriminal.cl.

⁸⁰ Cfr. in senso analogo SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcellona, 1999, 75-6, 84, il quale individua un'ipotesi di condotta medica omissiva nell'adozione di un metodo terapeutico non sperimentato che, per quanto si riveli innocuo (non nocivo, di per sé), si traduce però di fatto in un non-intervento, e quindi in un'omissione di trattamento.

impedisce l'inizio di un'efficace terapia (il nostro caso 4)⁸¹. Anche qui – scrive con chiarezza Veneziani – «è la patologia in atto (il fattore di rischio preesistente alla condotta del medico) a “cagionare” la morte del paziente (o a tradursi nella “malattia” intesa quale evento lesivo...)» e «non è di nessuna utilità, ai fini della ricostruzione della fattispecie colposa d'evento [...], considerare il mero comportamento (attivo) del medico [...]. Poco importa, cioè, che il medico abbia visitato il paziente (senza però diagnosticare il male che il medico *eiusdem conditionis et professionis* avrebbe senz'altro riconosciuto e senza quindi disporre la giusta terapia) [...]. Ciò che conta è che il medico non ha fatto ciò che in base alle regole cautelari avrebbe dovuto fare per fronteggiare il rischio»⁸². La condotta è quindi omissiva perché inadeguata rispetto al rischio e al decorso patologico o mortale che era chiamata ad arginare.

Esaminate queste fattispecie, risulta chiaro che la condotta non va apprezzata in modo puramente naturalistico (come condizione efficiente o statica *in assoluto*), ma valutata a partire dagli effetti prodotti rispetto all'evento rilevante, cioè al decorso causale al quale partecipa o rispetto al quale dovrebbe intervenire. Insomma: va *relazionata al corso di eventi* che si contesta⁸³.

Per concludere sul punto (A). Sarà quindi *commissiva* qualunque condotta che acceda attivamente al decorso causale che spiega l'evento lesivo (oggetto del giudizio di imputazione), divenendone parte efficiente. Ad esempio: l'errore del medico che genera l'emorragia (poiché l'emorragia, e non altro, spiega la morte del paziente); la condotta che si sostanzia nella somministrazione di sostanze tossiche (sempre, come chiarito, che non fossero disponibili ed esigibili *ex ante* cautele idonee ad “accompagnare” l'esposizione evitando i prevedibili effetti lesivi).

Il profilo della condotta *omissiva* che interessa al diritto è invece del tutto *ipotetico e normativo*: si tratta dell'azione che il titolare di una posizione di garanzia *avrebbe dovuto compiere* di fronte a un decorso potenziale o attuale

⁸¹ V., ad es., Cass., sez. IV, 27 gennaio 2006, Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, 2792, riguardante un caso di mancata diagnosi reiterata di una patologia neoplastica, commentata da AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, *ivi*, 2795 ss.

⁸² VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 98-100; analogamente, *Id.*, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., 1972; nonché MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, spec. 13 ss., 140 ss.

⁸³ Sui limiti e la “superficialità” della distinzione su base meramente naturalistica fra azione ed omissione, v. anche VIVES ANTÓN, *Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis*, in *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 1113, spec. 1117 ss.; ma sulla necessità, nondimeno, di partire dall'evento e dalla ricerca di un legame empirico-causale fra esso e le condotte astrattamente rilevanti (criterio della «reale efficacia condizionante»), AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva*, cit., 2799 ss.

diretto a sfociare in un evento lesivo (un evento del tipo compreso nell'ambito di protezione della posizione di garanzia). Pertanto, in sintesi, va considerato penalmente omissivo il contegno del soggetto che: (a) *non interviene* per contrastare un decorso causale riconducibile allo "scopo di protezione" della posizione di garanzia di cui è titolare (ad esempio: la condotta del guardiano nella variante (1a), ovvero qualora lasci semplicemente aperte le barriere); (b) che rispetto ad esso *interviene in modo inadeguato e insufficiente* (ad esempio: l'errore del medico che non causa materialmente la morte del paziente, ma impedisce di eseguire con successo un intervento salvifico, e quindi di contrastare un decorso mortale in atto, nel caso 2b); o (c) che *interrompe l'esecuzione del medesimo intervento* di contrasto (ad esempio: la condotta del guardiano nella variante (1b), qualora cioè azioni l'apertura delle barriere nonostante il sopraggiungere del treno: poiché tale "azione" si traduce normativamente in una mancata interruzione *sub-specie* di interruzione dell'azione di contrasto del decorso causale dato dal sopraggiungere dei veicoli).

7. Il requisito della "causalità omissiva".

Chiarito il criterio generale che consente di distinguere le condotte omissive da quelle commissive, iniziamo ora a concentrarci sulla seconda questione affacciata in sede introduttiva (B), chiedendoci sulla base di quale criterio sia opportuno - se e quando opportuno - risolvere il giudizio ipotetico-prognostico in ordine all'esistenza di un nesso di "causalità omissiva" (*rectius*, di un nesso di imputazione obiettiva per omissione impropria).

Come già accennato e come vedremo meglio in seguito, i metodi proposti per stabilire la sussistenza del "nesso omissivo" sono essenzialmente i seguenti: mentre la dottrina prevalente sostiene che il nesso sussiste qualora si possa dimostrare a posteriori la "evitabilità" dell'evento, alcuni autori sostengono sia sufficiente poter affermare l'avvenuta "diminuzione di chances".

Prima di approfondire la questione affacciata dobbiamo sgombrare il campo da un dubbio preliminare: l'abbandono del criterio della *evitabilità* implicherebbe una violazione del testo legale?

Secondo l'art. 40 cpv. c.p., «*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*». La disposizione stabilisce una relazione di *equivalenza normativa*: alla causazione materiale di un evento (mediante una condotta commissiva) corrisponde, per il diritto penale, la titolarità di un "obbligo di impedimento" accompagnata dal non impedimento di un

evento⁸⁴. L'assunzione di una "posizione di garanzia"⁸⁵ rispetto a una classe di eventi e/o a una categoria di soggetti garantiti non va però confusa con la *possibilità* di impedire uno specifico evento. Fra *dovere impeditivo* e *dovere di diligenza*, infatti, esiste piuttosto un rapporto di «presupposizione logica»⁸⁶.

Un evento che si ha l'astratto dovere di impedire, ma che ciò nondimeno si verifica, può essere imputato astrattamente già in quanto rientrante nella sfera di protezione definita dalla posizione di garanzia⁸⁷; per l'imputazione soggettiva (per colpa) è però necessario che il garante abbia violato il dovere di diligenza (prospettiva *ex ante*) e che fra detta inosservanza ed evento sussista un "nesso di rischio" (prospettiva *ex post*).

Quando si considera il requisito della "causalità omissiva" si fa riferimento all'ultimo livello di imputazione dell'evento (sul piano della tipicità, nella prospettiva sistematica qui assunta). Pertanto, rinunciando alla valutazione del "comportamento alternativo lecito" non si fa alcun torto all'art. 40; piuttosto, si manca di stabilire l'esistenza di un nesso normativo fra inosservanza ed evento che è un nesso di imputazione oggettiva⁸⁸.

Più che una indiscutibile violazione del diritto positivo, escludere la valutazione dell'ipotetica efficacia impeditiva del comportamento alternativo doveroso comporterebbe quindi una rinuncia al cd. disvalore di evento⁸⁹. L'unico modo per mantenere l'imputazione penale ancorata ai fatti è allora quello di adottare un metodo di ascrizione entro certi limiti naturalistico. Occorre perciò chiedersi se l'omissione - l'inadempimento del dovere - abbia determinato o potuto effettivamente determinare l'evento ricorrendo al ragionamento controfattuale basato sull'aggiunta mentale dell'azione alternativa diligente e

⁸⁴ V., per tutti, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 37 ss.

⁸⁵ La funzione o l'obbligo di garanzia è l'obbligo giuridico che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente: così, MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337; v. inoltre i fondamentali contributi di SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, spec. 187 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 149 ss.

⁸⁶ GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 104.

⁸⁷ V., in questo senso, il concetto di *imputatio* proposto da CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 27 ss., 343 ss.

⁸⁸ Cfr. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 41-2, che sembra quasi voler dedurre direttamente dal testo del codice la condizione secondo cui il garante dovrebbe avere «la possibilità di attivarsi evitando» l'evento «con una probabilità confinante con la certezza» (*ad impossibilia nemo tenetur*). In realtà, come stiamo per vedere, anche questo Autore concorda nel ritenere che «l'elemento letterale, da solo, è troppo debole per poter sostenere una tale soluzione».

⁸⁹ Cfr. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti fra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494, 535 e *passim*.

sul ricorso alle generalizzazioni empiriche, scientifiche o esperienziali⁹⁰, con tutti gli inconvenienti che comunque questo comporta. Infatti, se a volte il ragionamento ipotetico conduce ad esiti verosimilmente (benché mai assolutamente) certi⁹¹, più spesso una risposta è approssimabile solo in termini probabilistici.

8. Evitabilità vs. aumento del rischio. La situazione in Italia prima delle Sezioni unite Franzese (cenni).

Chiarita la necessità di ricorrere ad un ragionamento controfattuale, iniziamo ad entrare nel cuore del nostro discorso a proposito del dibattito insorto fra chi sostiene che il giudizio ipotetico-prognostico andrebbe risolto sulla base del criterio condizionalistico della “evitabilità” e chi invece, in posizione minoritaria, sostiene l’opportunità di recuperare il criterio dell’aumento del rischio *sub-specie* di “diminuzione di chances”.

In Italia, questo dibattito va inteso alla luce degli indirizzi prevalenti fino al punto di svolta rappresentato dalle Sezioni unite *Franzese* (2002)⁹². In materia di responsabilità medica (in particolare, di fronte a casi di *errore diagnostico*), prima di allora, buona parte della giurisprudenza di legittimità era solita dichiarare la sussistenza del nesso causale omissivo - la “evitabilità” - qualora l’ipotetica condotta diligente del professionista (l’esatta e tempestiva diagnosi) fosse stata ritenuta in grado di impedire l’evento anche con un livello basso o medio-basso di probabilità.

A questo orientamento si opponevano diverse pronunce richiedenti livelli di probabilità alti o medio-alti, o quantomeno «serie ed apprezzabili possibilità di successo». Tuttavia, né in un caso né nell’altro si richiedevano la certezza o quantomeno un grado di probabilità con essa confinante⁹³. L’argomento

⁹⁰ Cfr. ad es.: GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 385 ss.; CADOPPI, ZANOTTI, *Il reato omissivo*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 66, 83; VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 38; ROMEO CASABONA, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, in *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, a cura di Gimbernat Ordeig - Schünemann - Wolter, Madrid, 1994, 35-6.

⁹¹ Come nel caso del passaggio a livello (caso 1); o nell’esempio, ricorrente nella manualistica, della *baby-sitter* che, distratta, non impedisce al bambino sotto custodia di cadere dalla finestra o di affogare nello stagno. Ragionevolmente, qui, un’adeguata sorveglianza avrebbe potuto impedire l’evento. Ma, come si intuisce, il vero problema sta “a monte” e consiste nel definire e giustificare il livello di diligenza - di sorveglianza - pretendibile nel caso concreto, senza presumere *sic et simpliciter* la colpa dalla assunzione volontaria della posizione di garanzia.

⁹² Cass., sez. un., 7 novembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss.

⁹³ V. l’ampia rassegna giurisprudenziale proposta da VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 103 ss.; *Id.*, *Il nesso tra omissione ed evento*, 1982 ss.; cfr. pure BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, 1188, 1194 ss.

“emotivo” – non l’unico possibile, come spiegheremo – alla base di queste soluzioni è noto: «quando è in gioco la vita umana, anche solo poche probabilità di successo di un immediato e sollecito intervento [...] sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell’incuria colpevole del sanitario [...]»⁹⁴.

La stessa tendenza ha caratterizzato anche il settore degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, dove gli eventi morte o lesioni sono stati spesso ascritti ai responsabili della sicurezza accontentandosi della possibilità che l’esito infausto fosse “derivato” dalla condotta (o, talvolta, in base a vere e proprie presunzioni fondate sulla mera constatazione di una posizione di garanzia)⁹⁵.

Reagendo a questa tendenza generale e accogliendo le intenzioni garantistiche di un filone giurisprudenziale minoritario ispirato alla “condizione statica” di Stella⁹⁶, le Sezioni unite Franzese ricostruiscono il processo inferenziale in cui consiste l’accertamento causale, prendendo posizione anche in relazione alla specifica questione relativa alla causalità nei reati omissivi impropri. Tuttavia, come abbiamo già osservato, quella struttura inferenziale bi-fasica (la «abduzione ordinaria»⁹⁷) può valere soltanto per le ipotesi di causalità commissiva e, se del caso, per ricostruire il decorso causale che il garante avrebbe dovuto contrastare mediante la condotta alternativa lecita. Necessariamente eterogeneo, non esplicativo bensì ipotetico-predittivo (benché *a posteriori*), è invece il giudizio controfattuale necessario a stabilire il nesso di “causalità” (*rectius*: d’imputazione oggettiva) in caso di omissione⁹⁸.

⁹⁴ Così, ad es., Cass., sez. IV, 7 gennaio 1983, Melis (cit. da VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 106). La differenziazione del parametro eziologico per classi di beni, o per settori di rischio, sarebbe avvenuto tuttavia, secondo DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per l'aumento del rischio”*, cit., 62 ss., sulla base di un argomento destituito di ogni fondamento logico-giuridico: anzitutto perché «la causalità [...] resta nozione oggettiva non manipolabile dall’interprete al mutare delle fattispecie e degli interessi in gioco»; inoltre, perché «tutte le principali regole cautelari riguardanti la prevenzione di eventi lesivi e la cui violazione sia sanzionata penalmente a livello di reato di evento sono geneticamente programmate a neutralizzare rischi per l’integrità fisica e la vita».

⁹⁵ VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell’evento: profili attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 493, 496.

⁹⁶ Su tale filone, CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva*, cit., 293 ss.; MONTAGNI, *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale*, Padova, 2002, 95 ss. Cfr. sul punto VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1983 ss.

⁹⁷ Su questo concetto, TUZET, *La prima inferenza. L’abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, spec. 66 ss. e 115 ss.

⁹⁸ Ancora, su questi aspetti e sulla Franzese, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1980 ss., 1985 ss.

9. La rilevanza del “comportamento alternativo diligente” nella struttura delle fattispecie colpose causalmente orientate. Regole cautelari “proprie” e “improprie” (rilettura del caso della novocaina).

Soffermiamoci ora con più attenzione sull'inquadramento sistematico della questione.

Nelle fattispecie colpose commissive, come abbiamo già rilevato, la valutazione in ordine alla efficacia impeditiva del “comportamento alternativo doveroso” rappresenta l'ultimo momento del giudizio di imputazione nell'ambito del fatto tipico. Dopo aver accertato il nesso di causalità materiale, l'inosservanza del dovere di diligenza e l'appartenenza dell'evento alla “sfera di protezione della norma” inosservata (o, se si preferisce, la “realizzazione del rischio nell'evento”), ci si dovrebbe chiedere che cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse comportato nel modo ritenuto obiettivamente esigibile.

Se tale ultima verifica non fosse compiuta, si sostiene, non potrebbe dirsi integrato quel “nesso di rischio” o quel requisito di “causalità della colpa” (suggerito in questi termini dal nostro art. 43 c.p.) che consente di distinguere la causazione di un evento *mediante una condotta inosservante* (ancora un *versari in re illicita*) dalla causazione di un evento *per colpa*.

Si è anche osservato che questo secondo profilo del nesso fra condotta negligente ed evento riguarderebbe soltanto i casi in cui sia già stata verificata la corrispondenza tra l'accadimento concreto e il modello di previsione espresso dalla regola di diligenza inosservata⁹⁹. Infatti, un conto sarebbe verificare che una regola cautelare avrebbe “fallito”, rivelandosi *ex post* inadeguata ad affrontare la situazione di rischio per cui era stata pensata come modello di prevenzione: in questi casi «l'interruzione del nesso di imputazione sarebbe [...] da ascrivere, prima ancora, alla assenza della ‘realizzazione del rischio’ nell'accadimento concreto»; «il fatto non può considerarsi realizzazione del pericolo illecito in quanto in esso non sono riscontrabili gli aspetti che nella prospettiva *ex ante* l'agente avrebbe dovuto riconoscere»¹⁰⁰. Altra questione – e qui verrebbe in causa il “comportamento alternativo lecito” –, che l'insuccesso preventivo riguardi proprio i pericoli identificati *ex ante* e realizzati nell'accadimento concreto¹⁰¹.

Anche nelle fattispecie di omissione impropria, il giudizio ipotetico-prognostico rappresenta, nell'impostazione corrente, l'ultimo passo del giudi-

⁹⁹ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 664.

¹⁰⁰ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 664-5; VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 85 ss.

¹⁰¹ FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 665-6. V. anche SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 287 ss., 299 ss., 311 ss.

zio di imputazione (sempre limitandoci al fatto tipico). Le espressioni “causalità omissiva” o “ipotetica”¹⁰² – per alcuni inopportune, perché fonti di equivoci¹⁰³ – si spiegano perché solo chiedendosi che cosa sarebbe accaduto se l’agente si fosse attivato come avrebbe dovuto per fronteggiare il decorso causale sfociato nell’evento lesivo è possibile stabilire un nesso logicamente condizionalistico fra omissione ed evento¹⁰⁴.

In entrambi i casi – azione od omissione – il giudizio sull’ipotetica idoneità impeditiva del comportamento alternativo doveroso assume però un rilievo autonomo a seconda del modello di previsione – cioè del tipo di norma cautelare – che si considera quale base di giudizio. E qui, entra in gioco una distinzione chiave (che ci occuperemo di emendare, pur confermandone la tendenziale utilità), cui abbiamo già fatto cenno: quella fra regole cautelari “proprie” ed “improprie”¹⁰⁵.

Si pensi al tipico caso di attraversamento di un incrocio a semaforo rosso dal quale derivi un incidente e la morte della vittima incolpevole: causalità e inosservanza della dovuta diligenza da parte di chi commette l’infrazione sono fuor di dubbio; altrettanto chiaro è che l’evento – l’impatto avvenuto nel crocevia e la morte del conducente regolarmente in transito – rappresenta la realizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire. Il tipo di norma in considerazione – una regola cautelare “propria” – è tuttavia tale da non richiedere di ipotizzare che cosa sarebbe accaduto se l’autore della violazione avesse atteso la luce verde. Certamente, infatti, quell’evento non si sarebbe verificato, giacché la norma che impone l’arresto di fronte alla luce rossa, se rispettata, garantisce che mai si verifichino incidenti del tipo contemplato dal suo cono di protezione¹⁰⁶. Pertanto, in un caso del genere, anche la dottrina che non attribuisce alcuna rilevanza al “comportamento alternativo lecito”,

¹⁰² Per tutti, BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 47 ss.

¹⁰³ Già segnalati, ad es., da CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 407 ss.

¹⁰⁴ Ciò nonostante, deve essere chiaro che, come anche nelle fattispecie commissive, si tratta di un criterio di imputazione la cui normatività risiede nel giudizio meramente ipotetico in cui si traduce e nella natura altrettanto normativa degli estremi del rapporto (irreale) che rappresenta: una condotta doverosa mai realizzata e un evento inevitabilmente concepito come risultato di un processo di astrazione rispetto a quello verificatosi *hic et nunc*. V. su quest’ultimo aspetto il § 14.

¹⁰⁵ VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 15 ss. Sulla validità della distinzione, v. anche DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 109.

¹⁰⁶ In termini generali, sono state definite “proprie” le regole cautelari «basate su un giudizio di prevedibilità dell’evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito»: VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 15.

risolvendo l'intero "nesso di rischio" nello "scopo di protezione" della norma, giungerebbe al medesimo risultato¹⁰⁷.

Secondo le medesime cadenze logiche, e alla luce della medesima acquisizione dogmatica – la strettissima, indissolubile relazione fra il profilo teleologico del modello di previsione e il giudizio ipotetico sul comportamento alternativo lecito – potrebbe essere riletto il famoso caso della novocaina.

Nella versione semplificata diffusasi in dottrina, come noto, il medico iniettò una dose di cocaina al posto della novocaina e il paziente morì; tuttavia, anche qualora fosse stata iniettata novocaina, il paziente sarebbe probabilmente morto a causa di un'intolleranza a tale sostanza.

Tradizionalmente, la costante da cui muove l'analisi del caso è data dalla violazione della *lex artis* medica che impone l'utilizzo dell'anestetico; premesso ciò, il problema consisterebbe nel decidere sulla "opportunità" di punire la condotta lesiva e colposa dell'anestesista sapendo, ciò nondimeno, che l'evento «più o meno» *hic et nunc* si sarebbe comunque verificato¹⁰⁸.

Questa lettura del caso prescinde tuttavia dal soffermarsi sulla previa definizione (affatto scontata) della regola cautelare inosservata¹⁰⁹, la quale potrebbe essere identificata con il dovere di verificare (come oggi, per prassi e protocollo, avviene prima di qualunque intervento chirurgico) la tolleranza del paziente all'anestetico ed eventualmente, se possibile, cambiare strategia terapeutica. In questa prospettiva, ridefinita la violazione rilevante, l'evento diviene indubbiamente imputabile, sia *ex ante* che *ex post*, giacché la morte per intolleranza rientrerebbe nello scopo di protezione di una regola che dovrebbe potersi definire "propria" (cioè idonea ad evitare tutti gli eventi del tipo che de-

¹⁰⁷ Il discorso vale tanto in relazione ai reati commissivi – come nell'esempio indicato nel testo – quanto in relazione a quelli omissivi. Si pensi di nuovo all'esempio del passaggio a livello e alla condotta omissiva del guardiano (caso 1). La condotta alternativa lecita – la chiusura delle barriere durante il passaggio del treno – avrebbe certamente impedito qualunque evento rientrante nello scopo di protezione dell'obbligo di garanzia e della norma di condotta medesima (trattasi quindi, anche in questo caso, di regola cautelare "propria").

¹⁰⁸ Questo «più o meno» (a cui ricorre ad es. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 110), lungi dal rappresentare un'approssimazione casuale, mostra uno degli aspetti realmente problematici del giudizio ipotetico-prognostico in esame. Ci torneremo alla fine, nel § 14.

¹⁰⁹ V. ad es. HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, 176. Nella dottrina italiana CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., 103, criticando l'opinione di Eb. Schmidt (secondo il quale il medico era da ritenersi colpevole essendo *prevedibile* la morte del paziente tanto usando la cocaina quanto la novocaina, per cui avrebbe dovuto astenersi dal praticare l'anestesia), ritiene che «l'aspetto della prevedibilità dell'evento ha poco a che vedere con la tematica del comportamento alternativo». Nel punto di vista di Castaldo, cogliamo una tendenza diffusa fra i sostenitori della imputazione oggettiva dell'evento, quello di sottovalutare il ruolo "sistematico" della prevedibilità (cioè della colpa come giudizio *ex ante*), in favore di un punto di vista tutto o prevalentemente ascrittivo, e quindi *ex post*. V. su questo, *supra*, la nota 32.

finisce lo scopo di protezione), per cui il contegno “alternativo doveroso” dell’anestesista avrebbe evitato la morte del paziente per *shock* anafilattico¹¹⁰.

10. (Segue) L’irrelevanza dei decorsi causali ipotetici nella tesi normativistica di Enrique Gimbernat (il caso dell’errore diagnostico).

In molti altri casi, invece, il criterio dello “scopo di protezione” non è in grado di assorbire la valutazione dell’idoneità impeditiva del “comportamento alternativo diligente”, giacché, nonostante la (apparente) realizzazione del rischio nell’evento, *può darsi che l’adozione di un contegno diligente non sarebbe bastato ad evitarlo (rectius: ad evitare un evento del medesimo tipo, «più o meno hic et nunc»).*

Torniamo alla nostra ipotesi errore diagnostico (caso 4). Nella seconda variante (4b) si ipotizza il reato di lesioni colpose, ma non è possibile stabilire se una diagnosi tempestiva della lesione nervosa (condotta alternativa diligente, decorso causale ipotetico) avrebbe consentito di intervenire efficacemente, evitando il definitivo deperimento del tessuto muscolare. Infatti, le tecniche terapeutiche disponibili in casi di quel tipo – gravi lesioni nervose traumatiche – implicano soltanto relative possibilità di successo.

In termini penalistici, si tratterebbe di poter adottare soltanto regole cautelari che, «a fronte della prevedibilità dell’evento [...], non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo»¹¹¹. Cioè regole cautelari “improprie”.

In queste ipotesi, non essendo possibile stabilire che cosa sarebbe accaduto se l’agente si fosse comportato correttamente, sembra imporsi la soluzione assolutoria.

Tuttavia, secondo un orientamento normativista sostenuto in modo particola-

¹¹⁰ Sottolinea questa possibile differente lettura del caso anche MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., 196. Analogamente, VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell’attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, cit., 145, 158-9. Nelle parole dell’Autore italiano ci sembra però di cogliere un equivoco diffuso. Scrive Vallini che fra le due regole di condotta ipotizzabili – 1) iniettare novocaina al posto della cocaina; 2) non iniettare né cocaina né novocaina – non avrebbe senso «interrogarsi sulla portata causale del “comportamento alternativo lecito” [...] prendendo a parametro il primo dei due precetti [...], quando lo stesso risulta incongruo rispetto alla tipologia di rischi concretamente esistenti [...]». In realtà, il fatto che quel “comportamento alternativo” sia, nei fatti, privo di capacità impeditiva, dimostra semplicemente che... *non quella, ma altra è la regola cautelare da elevare a criterio di giudizio [...]*» (corsivo nostro). Il possibile equivoco starebbe nel definire la norma di condotta rilevante ai fini del giudizio di colpa in base alla sua effettiva idoneità preventiva. Invece, ci sembra, la regola di diligenza non è necessariamente quella idonea ad impedire l’evento (valutazione tutt’al più possibile *ex post*), bensì quella obiettivamente esigibile nella situazione concreta e secondo un metro di giudizio applicabile *ex ante*: in questo senso, PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 214 ss.

¹¹¹ VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 15.

re da Enrique Gimbernat¹¹², al fine di imputare la responsabilità per l'evento lesivo basterebbe invece verificare, oltre alla sussistenza di una posizione di garanzia (o di un ambito di responsabilità) e di una condotta colposa ad essa pertinente (commissiva od omissiva che sia), che l'evento verificatosi sia fra quelli che la norma violata mirava a prevenire (scopo di protezione della norma), rendendosi dunque irrilevante qualsivoglia valutazione in ordine all'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito¹¹³.

La tesi in questione muove da comprensibili preoccupazioni antinaturalistiche. Si evidenzia, infatti, come, sul piano logico, il giudizio sulla cd. "causalità omissiva" consista, nella prospettiva della dottrina prevalente, in un semplice adattamento della teoria valida per i reati commissivi. La differenza fra le due costruzioni - causalità commissiva e causalità omissiva - risiederebbe soltanto nell'aggiunta mentale della ipotetica condotta doverosa, ma il giudizio resterebbe parimenti *controfattuale* e *condizionalistico*. Il modello controfattuale, però, per ammissione implicita dei suoi stessi sostenitori, non riuscirebbe a raggiungere lo scopo di stabilire una connessione davvero condizionalistica con l'evento; tant'è che, come abbiamo già avuto modo di annotare, spesso ci si accontenta di una probabilità probatoria «confinante con la certezza»¹¹⁴. Si adotta, cioè, un metodo di accertamento naturalistico (fondato su "leggi scientifiche"), ma poi, più o meno consapevoli dell'aporia controfattuale, ci si affi-

¹¹² V., *supra*, nota 22.

¹¹³ Dato che ci riferiamo ad un Autore spagnolo, val la pena osservare che nonostante il *Código penal* anteriore al 1995 non prevedesse una clausola di equivalenza analoga a quella del codice italiano, ma soltanto una disposizione generale secondo cui «*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*» (art. 1), la necessità di fondare la responsabilità omissiva sul dovere di impedimento sotteso alla posizione di garanzia era condivisa dalla dottrina prevalente. Sullo stato della questione alla vigilia del codice del 1995, ROMEO CASABONA, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, cit., 33 ss.

Oggi, l'art. 11 del *Código penal* stabilisce quanto segue: «*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*». Rispetto a questa disposizione, può valere a nostro giudizio quanto già osservato rispetto all'art. 40 cpv. del c.p. italiano: la clausola di equivalenza non implica, *di per sé*, la evitabilità dell'evento. Una cosa infatti è la sussistenza di un obbligo di garanzia, elemento normativo che *equivale* alla esistenza di un nesso di causalità materiale nei reati commissivi (primo livello di imputazione); altra cosa - e successivo piano di imputazione - è che il *mancato impedimento* possa dirsi *colposo*; e, ulteriormente (terzo piano), che l'evento sia *imputabile (per colpa)*. Su questa disposizione, nella dottrina italiana, MANTOVANI, *La causalità omissiva nel codice penale spagnolo*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2005, n. 2, 237 ss.; in quella spagnola, per tutti, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general* (8ª ed.), Valencia, 2010, 241 ss.

¹¹⁴ Per tutti, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 405 ss.

da ad un canone argomentativo palesemente «arbitrario»¹¹⁵.

Che cosa significa infatti che la condotta alternativa diligente avrebbe «quasi certamente» o «con altissima probabilità» evitato l'evento?

Di fronte a queste criticità, l'idea sostenuta da Gimbernat è quella di ricorrere ad un giudizio ascrittivo – non più controfattuale, ma – *teleologico-normativo*. Infatti, secondo il penalista spagnolo, ai fini dell'imputazione dell'evento basterebbe verificare che «la fonte del pericolo [...], oltre il rischio consentito come conseguenza della non adozione di misure di precauzione», sia quello poi realizzatosi nell'evento. «Alla persona che non rispetti il proprio obbligo di controllare originalmente e posteriormente (in modo periodico o permanente) detta fonte, entrando questa nella sfera del rischio non consentito e provocando l'evento tipico, si imputerà detto evento a titolo di omissione impropria, in quanto responsabile normativa (se avesse adottato le misure di precauzione omesse, la fonte di pericolo sarebbe rimasta nei limiti del consentito) della situazione antiggiuridica generata»¹¹⁶.

I sostenitori di questa tesi puntano il dito contro la teoria condizionalistica e la contraddizione in cui cadrebbe l'approccio naturalistico-controfattuale del «comportamento alternativo lecito», aporia evidenziata dalla necessità di ricorrere quasi sempre a formule ambigue e intrinsecamente indeterminate per stabilire a quali condizioni possa dirsi sussistente il rapporto «causale» (l'evento sarebbe stato evitato con «quasi certezza», con una «probabilità confinante con la certezza», ecc.). In realtà, si osserva, non solo alla domanda che ci si pone non è quasi mai possibile rispondere, ma ciò che non è accaduto né mai accadrà davvero non conta; ciò che rileva è soltanto *che cosa è realmente accaduto*, cioè *se la condotta ha creato un rischio illecito e se di tale rischio l'evento costituisce espressione e realizzazione*¹¹⁷.

In buona sostanza, date le intrinseche contraddizioni del paradigma condi-

¹¹⁵ Così lo ha definito lo stesso STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217, 1256. Critica analoga, benché proveniente dal fronte normativista, è quella espressa da GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., 27 ss. Cfr. le considerazioni altrettanto problematiche di GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 385 ss., il quale tuttavia aderisce alla tesi della «evitabilità» contro quella dell'aumento del rischio (*op. ult. cit.*, 405 ss.).

¹¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., 45, 53 (trad. nostra). Cfr. questa soluzione con quella proposta in via generale (anche per le condotte commissive) da CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., 27 ss., spec. 343 ss., ricorrendo al concetto cardine di «*imputatio*».

¹¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., 41, 43, 45; più di recente, *Id.*, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»*, cit., 41 ss. 46 ss. Seguendo le stesse orme, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., 199 ss.; *Id.*, *¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?*, cit., 105 ss.

zionalistico, si ritiene preferibile ricorrere ad un criterio *puramente normativo* di imputazione. Così, il giudizio controfattuale svanisce venendo assorbito dal criterio d'imputazione che caratterizza comunque (per tutti) il primo versante del “nesso di rischio” (o della “causalità della colpa”): la realizzazione del rischio creato dalla condotta, ovvero, la appartenenza dell'evento verificatosi all'ambito o allo scopo di protezione della norma cautelare inosservata¹¹⁸.

E questo, si badi bene, anche nei casi di omissione impropria.

In un caso deciso dal *Tribunal Supremo* spagnolo¹¹⁹, il medico non diagnosticò colpevolmente una peritonite a causa della quale il paziente morì. Criticando il percorso argomentativo della Corte, che in quella sentenza asserisce la evitabilità dell'evento senza però dimostrarla¹²⁰, scrive Gimbernat che per imputarlo basta invece verificare se il «*foco de peligro*» (la peritonite) «*por encima del riesgo permitido a consecuencia de la no aplicación de medidas de precaución [...] ha causado efectivamente y sin duda*» il corrispondente evento tipico¹²¹.

Qual è dunque il contenuto di tale “nesso” fra il “rischio illecito” e l'evento, nella prospettiva indicata da Gimbernat?

Questa teoria si basa sulla considerazione per cui una cosa è richiedere che il rischio preesistente (la peritonite), realizzatosi nell'evento, sia del tipo che la regola cautelare dovrebbe contrastare, altro invece dover *anche* verificare se il *rischio conseguente alla mancata diagnosi e al mancato trattamento* ha causato la morte; cioè se la morte è avvenuta “a causa” del rischio lasciato inalterato dall'omissione (ciò che, come abbiamo visto, il penalista italiano indica generalmente come secondo versante della “causalità della colpa”).

Nel primo caso, per imputare il risultato tipico, basterebbe verificare la sussistenza di una posizione di garanzia, di una condotta colposa ad essa pertinente e che l'evento - il decorso causale giunto a compimento - rientri nell'ambito di protezione della posizione di garanzia e della cautela inosserva-

¹¹⁸ In questo senso, già GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., 140 ss.

¹¹⁹ Trib. Supremo, 5 luglio 1989 (RJ. 1989/6091).

¹²⁰ Infatti, leggiamo: «[...] dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse [...], teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo [...] y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo. Afirmer esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, le conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento [...]. La actuación del médico procesado [...] contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal».

¹²¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Causalidad, omisión e imprudencia*, cit., 44-5.

ta. Lo stesso ragionamento sarebbe evidentemente applicabile al nostro caso 4. Il medico è titolare di una posizione di garanzia e la sua condotta appare indubbiamente negligente; la lesione, inoltre, sembra costituire la realizzazione del tipico rischio che la norma violata mirava a prevenire: sussisterebbero insomma (o almeno così sembra) tutti i requisiti richiesti dalla fattispecie omissiva, compreso il nesso di rischio (dato dalla mera realizzazione del medesimo) fra la condotta colposa e l'evento verificatosi.

Nel secondo, invece, si tornerebbe ad adottare una logica condizionalistica (ancorché ipotetica), poiché il rischio realizzatosi nell'evento sarebbe quello *conseguente* al mancato tempestivo intervento; un rischio, cioè, che non si sarebbe realizzato nell'evento se l'agente avesse adottato il comportamento dovuto.

Tuttavia, la difesa da Gimbernat – ancorché autorevolmente ritenuta «plausibile»¹²² – sconta nondimeno una certa ambiguità. Infatti, essa sembra riconoscere implicitamente che si possa verificare l'effettiva realizzazione del rischio *conseguente* all'omissione nell'evento, ciò che implica un ragionamento controfattuale, ma senza chiedersi se vi sia stata un'effettiva incidenza della mancata diagnosi nella sussistenza del medesimo rischio di morte (cioè che cosa sarebbe successo che la diagnosi fosse stata realizzata correttamente).

Si evidenzia quindi una contraddizione. Ciò tuttavia ha una spiegazione. Ce ne occuperemo fra poco¹²³.

C'è comunque anche un altro motivo fondamentale per cui questa tesi non ci pare sostenibile. Come abbiamo osservato, ciò che nelle fattispecie omissive “sostituisce” funzionalmente il nesso eziologico come primo livello di imputazione è soltanto la titolarità dell'obbligo di garanzia rispetto al tipo di evento (cioè l'evento deve essere uno di quelli rientranti nell'ambito di protezione della posizione di garanzia). Tuttavia, qualora l'evento venisse ascritto alla colposa inattività – o alla inadeguata attività – dell'agente senza valutare anche l'ipotetica efficacia impeditiva del contegno doveroso, la responsabilità si reggerebbe interamente sul disvalore della condotta, senza giustificarsi sul co-essenziale disvalore d'evento.

Per evitare questo risultato, d'accordo con la dottrina prevalente, occorre tenere fermo un requisito irrinunciabile, che è il seguente: quando *certamente* la condotta diligente, prudente, osservante, ecc., non sarebbe valsa ad evitare

¹²² Da SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, cit., 84.

¹²³ Come avremo modo di constatare (*infra*, § 13), l'impostazione di Gimbernat patisce l'impossibilità, nei casi in cui verrebbero in causa “regole improprie”, di definire davvero con precisione l'ambito di protezione della norma cautelare, cioè di stabilire se l'evento costituisce davvero la realizzazione del tipico rischio che la norma inosservata sarebbe chiamata a prevenire.

l'evento, questo non potrà essere ascritto alla responsabilità dell'agente (del garante, come dell'autore materiale) per quanto palese, grave o insopportabile possa essere giudicata la sua condotta (o la sua inattività)¹²⁴. Per il resto, si tratta di stabilire che tipo di rilevanza possa assumere il comportamento alternativo lecito e come debba essere affrontato il giudizio ipotetico sulla sua idoneità impeditiva.

11. La tesi dell'evitabilità.

La dottrina prevalente, come anticipato, identifica il requisito della causalità omissiva con il criterio della evitabilità: solo qualora all'esito del giudizio controfattuale sia dato ipotizzare che, con certezza o «quasi certezza», l'intervento del garante avrebbe evitato l'evento lesivo, questo sarà ascrivibile alla sua mancata o inadeguata attivazione. Pertanto, anche qualora l'omissione sussista e appaia inequivocabilmente colposa, senza la prova della prevenibilità non potrà sussistere nessuna responsabilità.

Quest'orientamento poggia anzitutto sulla considerazione secondo cui quella omissiva rappresenta una forma di responsabilità più onerosa di quella commissiva, giacché l'ordinamento non intima all'individuo soltanto di astenersi dal produrre eventi dannosi, bensì di attivarsi affinché determinati (potenziali o attuali) decorsi causali non sfocino in eventi lesivi¹²⁵. L'evitabilità dell'evento, quale requisito dell'imputazione, rappresenterebbe quindi un presidio di garanzia.

Ulteriormente, si osserva, la fattispecie omissiva risulta priva di quel nesso di imputazione "forte" dato dal rapporto di causalità materiale fra condotta ed evento. Perciò, anche autori consapevoli della *probatio diabolica* in cui molto spesso si traduce l'evitabilità, così come della «necessità di un equilibrio fra disvalore di azione e di risultato [...] che superi l'oggettivismo del danno»¹²⁶, sostengono che l'equivalente normativo della causalità commissiva deve trovarsi nel requisito e corrispondente giudizio di certa (o altamente probabile) prevenibilità.

Significativa, in questo senso, è l'autorevole posizione assunta da Donini, secondo il quale, mentre nel caso di colpa commissiva «il dubbio sull'evitabilità

¹²⁴ Fra gli altri, in questo senso, DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1487, 1505; VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1695, 1705 ss.

¹²⁵ Sulla natura della pretesa statutale sottesa all'incriminazione dell'omissione, cfr. (anche in prospettiva storica): SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 7 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 1 ss.; CADOPPI, *Omissione, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Milano, 2011, 1311 ss.

¹²⁶ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., 534.

dell'evento non esclude che la causazione dell'evento sia "fatto proprio" del soggetto»¹²⁷, nel caso di condotta omissiva sarebbe sempre necessario verificare l'evitabilità dell'evento con una probabilità confinante con la certezza. Risolvere il dubbio sulla prevenibilità – che è anche quello sulla causalità dell'omissione – attraverso la teoria dell'aumento del rischio, si sostiene, porterebbe il nesso causale tra omissione ed evento a svanire del tutto¹²⁸.

12. La tesi della diminuzione di *chances*. Alcuni argomenti.

Accogliendo, almeno in parte, persuasivi argomenti proposti da altrettanto autorevoli esponenti della dottrina, però, anche chi scrive concorda nel ritenere che la questione possa essere definitivamente sottratta al terreno della causalità e studiata – anche in relazione all'omissione impropria – su quello della "imputazione per colpa", cioè della "causalità della colpa"¹²⁹, o, meglio (anche per le ragioni già enunciate nella prima parte del nostro studio), della imputazione oggettiva dell'evento¹³⁰.

Ricordiamo di nuovo il dato positivo: «*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire* – si legge –, *equivale a cagionarlo*» (art. 40, cpv., c.p.). Sul piano letterale, come altre analoghe clausole di conversione, essa si limita a richiedere due elementi: (1) la titolarità di un obbligo di impedimento (che definisce, a sua volta, una "posizione di garanzia"); (2) e il mancato impedimento di un evento afferente a quell'obbligo da parte del garante¹³¹.

Il giudizio sull'idoneità impeditiva del comportamento alternativo doveroso invece, come già osservato, si "incardina" nelle ipotesi di azione come in quelle di omissione, rappresentando l'ultimo eventuale passo dell'imputazione del fatto tipico, da compiersi una volta che sia stata individuata e definita la norma di condotta inosservata (e, così, il comportamento alternativo lecito) e la

¹²⁷ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., 41 ss., spec. 44; cfr. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 223.

¹²⁸ DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., spec. 533-5. Contrario a qualunque differenziazione fra imputazione colposa commissiva ed omissiva, invece, EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1053, 1061 ss.

¹²⁹ In questo senso, ANGIÓN, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1279, 1308 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., spec. 1697-8, 1701-2, 1705 ss.

¹³⁰ Cfr. ad es.: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 407 ss., 451 ss.; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., 243-4; FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 952 ss.

¹³¹ Condividiamo in questo senso l'interpretazione di VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1717.

rispondenza dell'evento al relativo modello di previsione e prevenzione (lo scopo di protezione della norma)¹³². Il riferimento normativo è quindi in questo caso non già l'art. 40 cpv., ma l'art. 43 (n. 3) del codice, secondo il quale il fatto dannoso è colposo se l'evento si verifica «*a causa*» dell'inosservanza di una norma di diligenza, prudenza o perizia.

Esaminare la questione dell'idoneità impeditiva della condotta alternativa lecita sul piano della imputazione dell'evento per colpa consente di mettere in discussione il dogma della evitabilità e di porre al centro dell'attenzione il profilo teleologico della norma di condotta inosservata. Infatti, benché si sia sostenuto che «tutte le principali regole cautelari riguardanti la prevenzione di eventi lesivi [...] sono geneticamente programmate a neutralizzare rischi per l'integrità fisica e la vita»¹³³, in realtà, come abbiamo verificato (riferendoci, in particolare, all'attività medico-chirurgica), talune norme di condotta finalizzate a contrastare determinate categorie (più o meno definibili) di eventi, pur essendo doverose, «non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo»¹³⁴.

Accennando a questo aspetto, abbiamo riconsiderato il nostro esempio di *omessa diagnosi tempestiva* (caso 4b); uno dei tanti rispetto ai quali, perizie alla mano, non è possibile stabilire se l'azione omessa avrebbe impedito l'evento, ma neppure che sarebbe stata certamente inefficace allo scopo. Nel nostro esempio, in particolare, non è possibile stabilire se la definitiva degenerazione del tessuto muscolare sarebbe stata evitata qualora il medico avesse tempestivamente diagnosticato la lesione nervosa traumatica nella fase postoperatoria, consentendo così l'adozione delle opportune terapie. Tali terapie, infatti, sono indicate da regole cautelari cd. "improprie".

In casi di questo genere, l'assunzione della tesi prevalente - volendo prendere sul serio il requisito della *evitabilità oltre ogni ragionevole dubbio* -, porterebbe quasi sempre all'assoluzione (*in dubio pro reo*)¹³⁵. Il che imporrebbe una riflessione di carattere non solo dogmatico, ma anche e soprattutto politico-criminale: tenere ferma l'idea che il diritto vigente richieda la prova della sicura (o quasi...) efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa significherebbe ammettere *a posteriori* la non doverosità di quelle regole modali

¹³² VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1709 ss.

¹³³ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., 62-3.

¹³⁴ VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 15. Anche questo, di nuovo VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., spec. 1705-6.

¹³⁵ Nonostante rifiutino di trattare la questione sotto l'insegna della "causalità omissiva", ritengono imprescindibile la prova della *evitabilità*, ad es.: ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., 1308 ss., 1311; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., 243-4.

inidonee ad assicurare, sia *ex ante* che *ex post*, la buona riuscita dell'intervento preventivo e impeditivo¹³⁶.

Avendo tali regole cautelari l'obiettivo di fronteggiare un determinato *tipo di rischio*, per quanto possibile e nei limiti della competenza ascrivibile al singolo individuo, aumentando le *chances* di salvezza del bene giuridico protetto, sembra in effetti più coerente richiedere, ai fini dell'imputazione dell'evento, che l'inadeguata attivazione abbia (almeno) diminuito le probabilità di successo.

13. (Segue) Repliche preventive e precisazioni a proposito delle “regole improprie”. Ancora sulla tesi di Gimbernat.

Benché a questa tesi possano essere opposte numerose critiche, ad esse sembra possibile replicare in maniera ragionevole.

In primo luogo – è stato scritto –, la teoria della diminuzione di *chances* comporterebbe l'abbandono della *csqn* e, con essa, del disvalore di evento, profilandosi una «imputazione oggettiva dell'evento senza causalità» e sulla base di «meri parametri di rischio»¹³⁷. Si è tuttavia già osservato che il requisito normativo della cd. “causalità omissiva” non implica necessariamente l'evitabilità, ma soltanto un astratto dovere impeditivo (*rectius*: di contrastare un determinato tipo di decorso causale attuale o potenziale) e la verifica dell'evento (del tipo afferente all'ambito di protezione della posizione di garanzia). Il nesso di imputazione, al di là della mera clausola di equivalenza, può quindi essere declinato tenendo in considerazione ragioni di opportunità¹³⁸.

La questione, come per le fattispecie commissive, si pone nei termini dell'imputazione dell'evento per colpa, laddove la “colpa” può essere talvolta integrata dall'inosservanza di norme di comportamento inidonee ad assicura-

¹³⁶ Il che potrebbe significare, secondo VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, cit., 1687-8, «decretare la morte della responsabilità medica per omesso impedimento di eventi lesivi a carico del paziente». Considerazioni analoghe sono svolte da PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1229, 1234.

¹³⁷ DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 101 ss. *Id.*, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., spec. 533-4; analogamente, PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 4, 1231, 1235-6. Nella dottrina tedesca, in questo senso, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (orig., 1988), Madrid - Barcellona, 2004, 594-5.

¹³⁸ Poiché, come già ricordato, la questione ad oggetto del nostro studio – come tutte le questioni di imputazione obiettiva – riflette un problema di opportunità (e quindi di valutazione in ordine alla razionalità del criterio decisionale rispetto allo scopo), non già di mero accertamento: v., in questo senso, FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 952-3.

re il buon esito dell'intervento impeditivo... in relazione agli eventi - che si ritengono - afferenti al loro specifico cono di protezione (regole cautelari "improprie").

Ciò è evidente se torniamo a considerare nuovamente la seconda variante del caso di errore diagnostico (4b). Nell'ipotesi in cui la diagnosi fosse stata corretta, non è dato sapere (*ex ante*, ma neppure *ex post*) se l'opzione terapeutica disponibile, qualora adottata nei tempi concessi da una diagnosi tempestiva, avrebbe consentito di evitare la degenerazione definitiva del tessuto muscolare (conseguente alla lesione nervosa traumatica riportata dal paziente).

A questo proposito però, riprendendo un punto lasciato in sospeso, è giunto il momento di fare una precisazione fondamentale: il concetto di regola cautelare "impropria" cela invero un problema di *ignoranza*. Non sarebbe infatti corretto sostenere l'esistenza di regole "improprie", se non nel senso di riconoscere il fatto che, spesso, non sappiamo davvero se il caso concreto rientri fra quelli rispetto ai quali la regola cautelare sarebbe efficace, e quindi "propria". Nel nostro caso 4, ad esempio, sappiamo che una certa terapia riabilitativa potrebbe permettere di evitare la definitiva degenerazione muscolare, ma quello che realmente non sappiamo è se le caratteristiche di quel trauma (del caso clinico in questione, con tutte le sue imperscrutabili particolarità, incluse le caratteristiche fisiologiche del paziente come individuo irripetibile) siano tali da consentire alla terapia di essere efficace (come, in ipotesi, ha già dimostrato di esserlo in altri casi analoghi)¹³⁹.

È anche per questo motivo che - al di là del necessario equilibrio fra disvalore della condotta e disvalore di evento (*supra*, § 10) - la tesi di Gimbernat non può essere accettata; poiché essa stessa, nel definire che è sufficiente verificare che l'evento appartenga all'ambito di protezione della norma inosservata, sconta il fatto di non poter davvero verificare, in molti casi, se tale appartenenza normativa sussista. Ed è per questo che può essere opportuno chiedersi che cosa sarebbe successo *se...*

Nel caso di omessa diagnosi esaminato dallo stesso Gimbernat, sussistendo la posizione di garanzia e l'inosservanza della dovuta diligenza, l'evento afferente al loro spettro di protezione dovrebbe essere imputabile - in quella prospettiva - anche qualora l'omissione, in ipotesi, non abbia avuto *alcuna minima*,

¹³⁹ Cfr., in altro contesto ma in senso affine, le riflessioni di ROVELLI, *Sette brevi lezioni di fisica*, Milano, 2014 (1^a ed. digitale), *passim*, a proposito della nostra *ignoranza* circa il funzionamento del mondo e su come da ciò dipenda il nostro modo di interagire con esso. In particolare, su come una certa accezione di *probabilità* rispetto alla possibilità di previsione "nomologica" degli eventi e delle loro relazioni rifletta spesso, non tanto la probabilità intrinseca di dette relazioni, quanto piuttosto il fatto che molti aspetti di esse ci sono ancora sconosciuti.

possibile o probabile incidenza nella produzione dell'evento verificatosi.

In realtà, quando risulti che l'evento "più o meno *hic et nunc*" si sarebbe forse comunque verificato, potrebbe non sussistere neppure il primo versante del nesso di rischio.

Nel nostro caso *4b*, nonostante la prevedibilità dell'evento (che comunque è sempre, in certa misura, un *tipo di evento*) è impossibile sapere - ancor prima di che cosa sarebbe successo se si fosse diagnosticata tempestivamente la lesione - se la terapia riabilitativa disponibile include nel proprio scopo di protezione (*id est*: l'insieme dei casi clinici rispetto a cui sarebbe efficace) anche il caso clinico particolare e irripetibile a cui si sarebbe potuta applicare (con incerte possibilità di successo).

Insomma: la distinzione fra regole cautelari "proprie" e "improprie" riflette un'evidente approssimazione e si giustifica soltanto sul piano della nostra ignoranza. Tutte le regole cautelari, rispetto al proprio reale (ideale, ma spesso indeterminabile) ambito di protezione, sono regole "proprie". Anche l'opzione terapeutica del nostro esempio lo è, ma non sappiamo rispetto a quali casi analoghi a quello *de quo* (in quali specifiche circostanze, rispetto a quali pazienti, entità di lesione, ecc.).

Come si è osservato criticamente, accogliendo il criterio dell'aumento del rischio (o della perdita di *chances*), «un problema di fatto, la difficoltà probatoria [...]», diventerebbe «la base per un mutamento generale di imputazione oggettiva»¹⁴⁰. Le ragioni anzidette indicano però che non si tratta soltanto di un problema di prova, ma anche di tenere conto di un dato di realtà (di cui la nostra ignoranza, del resto, fa parte) - cioè la necessità, in taluni casi, di ricorrere a schemi comportamentali di questo tipo -, adeguando il giudizio di imputazione alla tipologia di regole cautelari disponibili in taluni settori e alla loro *precaria e approssimativa caratterizzazione teleologica*.

Perciò, delle due l'una: o si accetta che le regole cautelari incapaci di assicurare la prevenzione della classe di eventi a cui vengano comunque applicate ("improprie") non assumono rilievo penale, o si riconosce la possibilità di imputare la lesione non impedita quando sia argomentabile una diminuzione di *chances*.

A questo punto, però, occorre svolgere ulteriori precisazioni.

Prima precisazione. Tale ragionamento implica necessariamente un giudizio *ex post*. Ciò che venne contestato a Roxin quando propose il criterio dell'aumento del rischio¹⁴¹ vale tuttora in relazione all'imputazione dell'evento

¹⁴⁰ Ancora DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, cit., 533.

¹⁴¹ ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, cit., 431 ss.

per colpa: tutte le azioni che oltrepassano la misura del rischio consentito determinano *ex ante* un aumento del rischio. Come più volte ribadito da Stella, «decisive, per verificare [...] ciò che sarebbe potuto accadere, sono le probabilità *ex post*»¹⁴².

Seconda precisazione. Benché la valutazione sulla diminuzione di *chances* (nell'omissione) debba essere effettuata in relazione all'evento concretamente verificatosi ed alla luce di tutte le circostanze di fatto conoscibili una volta ottenuta la spiegazione del decorso causale sfociato nell'evento¹⁴³, non ci sembra possa essere richiesto, come invece sostenuto da Viganò, di «fornire puntuale dimostrazione che quella condotta omessa sarebbe stata davvero efficace a contrastare» il decorso causale in atto «alla luce di tutte le conoscenze acquisite al momento del giudizio»¹⁴⁴. Quantomeno, non nel senso di esigere la dimostrazione di una qualche efficacia impeditiva. Coerentemente alla tesi sostenuta, dovrebbe invece essere sufficiente, al fine di sostenere una sentenza di condanna, riuscire ad argomentare che l'azione doverosa omessa avrebbe potuto impedire la verificazione dell'evento. E questo, in ragione del *caveat* precedente a proposito del concetto di «regola cautelare impropria».

Terza precisazione. Alla considerazione secondo cui pretendere l'evitabilità significa rinunciare di fatto alla rilevanza penale di certe (ipoteticamente gravi) inosservanze si potrebbe replicare che, «laddove si evidenzia un *deficit* relativo alla protezione di beni giuridici fondamentali in un certo settore», sarebbe necessario chiedersi, piuttosto, se il modello colposo causalmente orientato sia realmente idoneo a soddisfare le esigenze di protezione alla base della ristrutturazione sottostante al rifiuto della evitabilità; invece che insistere manipolando il reato colposo di danno, in altri termini, potrebbe essere opportuno valutare la tipizzazione di illeciti di natura amministrativo-disciplinare o la predisposizione di modelli di pericolo concreto «incentrati su violazioni di gravità tale delle *leges artis* da poter essere avvertite come criminali»¹⁴⁵.

Quella indicata, e da tempo studiata dalla dottrina¹⁴⁶, è in effetti una via per-

¹⁴² STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, cit., 1907 e *passim*. Non però, per le ragioni già indicate, nel senso di richiedere un'inferenza causale identica a quella necessaria per la prova della causalità commissiva.

¹⁴³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 509, 513 ss.; FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 961.

¹⁴⁴ VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1723.

¹⁴⁵ VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 225-6; *Id.*, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., 2000.

¹⁴⁶ V. ad es. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 963, 987 ss., dove si propone di superare il modello del reato colposo di evento predisponendo «un sistema fondato (tra l'altro) su illeciti di condotta, tale da garantire che la pericolosità di quest'ultima rispetto

corribile. Si tratta tuttavia di una soluzione diversa e non necessariamente alternativa all'adozione del criterio d'imputazione della "diminuzione di *chances*". Sostenere l'opportunità di adottare quest'ultimo criterio non significa rinunciare al disvalore di evento trasformando surrettiziamente il reato omissivo improprio in un reato di pericolo o di mera condotta¹⁴⁷: affinché si possa parlare di reato omissivo improprio, l'evento dannoso, che deve appartenere all'ambito di protezione individuato dalla posizione di garanzia, «si deve essere effettivamente verificato»¹⁴⁸.

Insomma, la tesi in discussione potrebbe offrire una soluzione intermedia fra quella condizionalistica richiedente la sicura evitabilità dell'evento e quella normativistica che si accontenta della mera realizzazione del rischio. In questo modo, si eviterebbe di pretendere una prova incompatibile con la natura ipotetica e (doppiamente) controfattuale del giudizio¹⁴⁹, proponendo al contempo un argomento plausibile sul duplice piano sistematico e dogmatico: la collocazione della questione sul piano dell'imputazione oggettiva dell'evento per colpa (come momento di tipicità) e la riflessione sul profilo teleologico (talvolta approssimativo) delle regole cautelari.

14. (Segue) A proposito della ridescrizione dell'evento. Una soluzione di compromesso per il caso dell'errore diagnostico.

L'estrema complessità della questione e la difficile sostenibilità del criterio condizionalistico dell'evitabilità si possono cogliere infine sul piano della *descrizione dell'evento*. L'argomento in cui consiste il ragionamento che segue non è affatto secondario rispetto a quanto osservato in precedenza.

Riprendiamo per l'ultima volta l'esempio della lesione nervosa traumatica (caso 4, variante *4b*) e ipotizziamo che, secondo le perizie, una diagnosi tempestiva avrebbe consentito con "alta probabilità" o "quasi certamente" di evitare il *totale deperimento del tessuto muscolare*, ma non anche la definitiva e sostanziale *disfunzione articolare*. Ebbene, è chiaro che considerando come evento il risultato dell'irreversibile lesione muscolare, cioè il *danno fisico* come tale nella sua *specificità*, si potrebbe agevolmente giustificare una sentenza di condanna (l'evento *hic et nunc* era *evitabile*); generalizzando maggiormente

all'evento lesivo [...] sia attestata da regolarità scientifiche note o, in alternativa, demandata a una verifica giudiziaria nel caso concreto».

¹⁴⁷ Così, invece, tra gli altri: FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, cit., 594-5; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., 1311; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 107.

¹⁴⁸ VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1719; in termini analoghi, già CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 516.

¹⁴⁹ Di nuovo, al riguardo, STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, cit., 1078 ss.

- ma di poco, e comunque ragionevolmente - l'estremo oggettivo del nesso di imputazione, cioè considerando rilevante la *grave riduzione della mobilità*, ovvero il più generico *danno funzionale*, l'evento - così ri-descritto - potrebbe invece ritenersi sostanzialmente *inevitabile*, con conseguente assoluzione (la specificità del danno fisico sarebbe stata probabilmente evitabile, ma non anche il sostanziale danno funzionale, che anche adottando una condotta diligente sarebbe in ipotesi rimasto)¹⁵⁰.

Di fronte al problema della ri-descrizione, a parere di chi scrive, nessuna soluzione può dirsi corretta *a priori*. È, di nuovo, una questione di opportunità e ragionevolezza del giudizio.

Si può certo sostenere - aderendo all'opinione di Veneziani - che piuttosto di rinunciare al nesso "forte" della evitabilità nell'omissione, occorrerebbe considerare l'evento sempre «nella sua specifica dimensione di luogo e tempo, ossia *hic et nunc*», giacché «solo se si valuta l'evento con la necessaria precisione è [...] possibile impostare correttamente il giudizio circa la sussistenza del nesso di causalità» ed evitare di «restringere in maniera eccessiva la sfera della responsabilità penale» in rapporto alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose¹⁵¹.

La soluzione citata si mostra tuttavia impraticabile sul terreno puramente naturalistico (quello proprio della causalità). L'evento *hic et nunc* non è quasi mai realmente distinguibile da altri ipotetici "più o meno *hic et nunc*". Non-dimeno, la sua eventuale esatta identificazione lo renderebbe imputabile ogni qual volta si riuscisse a dimostrare che la condotta alternativa lecita lo avrebbe impedito nella sua singolarità, senza però poter evitare un evento *del tutto analogo e paragonabile* sotto il profilo dell'incidenza lesiva (del pregiudizio al bene giuridico e all'integrità della vittima).

Nell'esempio proposto, ammesso che si riesca a dimostrare l'esatta entità dell'attuale e irreversibile lesione nervosa lamentata dal paziente, si porrebbe il problema di comparare l'evento *hic et nunc* (*quella lesione di quell'entità, sviluppatasi con quelle specifiche tempistiche e modalità*) con una lesione ipoteticamente più lieve o con un'atrofia muscolare leggermente inferiore, ma altrettanto pregiudizievole ed irreversibile; cioè con un danno *naturalisticamente distinguibile*, ma *nella sostanza equivalente* dal punto di vista del pre-

¹⁵⁰ Cfr., di nuovo, Cass., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 42519, cit. *supra*, in materia di esposizioni professionali ed eventi multifattoriali (5): può riconoscersi il nesso causale, implicitamente inteso come omisivo, «non solo nei casi in cui la condotta omessa avrebbe evitato il prodursi dell'evento verificatosi, ma anche nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani [...]».

¹⁵¹ VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 129-31.

giudizio funzionale.

Dimostrare che una diagnosi tempestiva avrebbe di poco (ma quanto poco?) rimediato alla ridotta funzionalità dell'arto interessato dalla lesione - domandiamoci - consentirebbe davvero di ritenere evitabile, e quindi correttamente imputabile, il danno fisico? È questo un giudizio che rende giustizia al disvalore di evento? In altri termini: siamo davvero convinti che il giudizio *ex post* sull'evitabilità dell'evento (quale evento?) rappresenti in sé il miglior presidio garantistico contro un'indiscriminata e illiberale espansione della responsabilità omissiva del garante?

15. Per concludere. Sul rapporto fra disvalore della condotta e disvalore d'evento, e a proposito delle recenti riforme in materia di responsabilità medica

Una volta chiarita la pertinenza dell'accaduto alla posizione di garanzia e allo specifico dovere di attivazione dell'agente, qualora venga in causa una regola di condotta inidonea ad assicurare il buon esito dell'intervento - "impropria", cioè, come abbiamo detto, *imprecisa* sul piano della definizione dello "scopo di protezione", ma non per questo meno vincolante -, sul piano dell'imputazione oggettiva per colpa, l'evento non impedito dovrebbe poter essere ascrivibile qualora *ex post* sia dato ritenere che l'adempimento del dovere avrebbe diminuito le probabilità di lesione del bene giuridico (aumentandone quindi le *chances* di salvezza)¹⁵².

Abbandonate impraticabili teorie condizionalistiche¹⁵³, e portata la questione sul terreno normativo (e politico-criminale¹⁵⁴) dell'imputazione, il momento decisivo per l'attribuzione della responsabilità diventerebbe allora quello della colpa e della prioritaria valutazione sul *disvalore della condotta* (*ex ante*).

È lì che, anche a parere di chi scrive, occorre davvero «fare sul serio»¹⁵⁵.

È una buona strada sembrava essere stata indicata. Infatti, al contrario della

¹⁵² Ritiene sia lecito ricorrere a imputazioni omissivo-colpose con aumento del rischio *anche minimo* CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., 508 ss., spec. 512, 521; analogamente, nella dottrina italiana, BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 47 ss., 103 ss., 106. V. anche la nota seguente.

¹⁵³ «Né il legislatore, né tantomeno l'interprete possono *inventarsi* un nesso causale tra un *non facere* ed un evento, laddove tale nesso non esista in *rerum natura*»: VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1716. Cfr. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 417-8, il quale in ipotesi di omissione sostituisce alla causalità condizionalistica la nozione di «causalità come influenza».

¹⁵⁴ FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, cit., 952 ss.

¹⁵⁵ VIGANÒ, *Riflessioni sulla cd. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., 1724; analogamente, PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica*, cit., 1234, secondo il quale «il vero terreno, sul quale va trovato l'equilibrio tra esigenze di tutela degli interessi del paziente ed istanze della professione medica, è quello della colpa».

incomprensibile formulazione dell'art. 590 *sexies* c.p.¹⁵⁶, il modello di responsabilità adottato dalla riforma “Balduzzi”, benché a sua volta non esente da critiche e dotato secondo alcuni di uno spazio di applicazione ridotto¹⁵⁷, stava dando ciò nonostante alcuni suggerimenti ragionevoli ed equilibrati nel senso di limitare l'intervento penale alle sole ipotesi di “colpa grave”; indicazioni utili, riteniamo, persino in una prospettiva ri-costruttiva della “colpa” come categoria generale, anche al di là delle indiscutibili specificità della “colpa medica”¹⁵⁸.

La questione politico-criminale relativa alla opportunità di estendere un regime di quel tipo anche ad altri settori caratterizzati da una comparabile utilità sociale resta comunque aperta, come dimostra il più recente dibattito in materia¹⁵⁹. Tuttavia, per quanto concerne almeno il settore della responsabilità

¹⁵⁶ V. i commenti indicati *supra*, nota 40.

¹⁵⁷ Così ad es. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 3, 1176, 1196-7. Sull'ambito applicativo ed altri aspetti della medesima riforma, cfr. inoltre: GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 819, 829 ss.; DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in questa *Rivista*, 2014, n. 1, 6 ss.; PERIN, *La crisi del “modello nomologico”*, cit., 1397 ss.; CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 1, 170, 179 ss.; MONTANARI VERGALLO, *La colpa sanitaria verso la fase del bilanciamento: analisi de iure condito e proposte di riforma*, Milano, 2016, 73 ss. Per ulteriori proposte, riflessioni e riferimenti, ma già all'indomani della più recente riforma “Gelli-Bianco” (oltre ai contributi cit. *supra*, in nota 40), cfr.: CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 261 ss., 344 ss., 417 ss.; nonché i contributi di: MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la canonicità di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in questa *Rivista*, 2017, n. 3, 1 ss.; IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 6, 53; VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590-sexies c.p.*, in *Leg. pen.*, 2017, 1 ss.; BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 5, 233 ss.; DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Dalle Sez. Un. “Mariotti” alle esperienze angloamericane*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, 1 ss. Inoltre, sul rapporto fra responsabilità penale e “medicina difensiva”: FORTI, CATINO, D'ALESSANDRO, MAZZUCATO, VARRASO, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale ‘criminogeno’*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2012; MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; SCLAR, HOUSMAN, *Medical Malpractice and Physician Liability: Examining Alternatives to Defensive Medicine*, in *Harv. Health Pol. Rev.*, 2003, n. 4, 75; FRANKS, *The Surprising Relevance of Medical Malpractice Law*, in *Univ. Chic. L. Rev.*, 2015, n. 82, 317, 344 ss.

¹⁵⁸ In questo senso, si rinvia alle riflessioni già svolte in PERIN, *La condotta lesiva colposa*, cit., 223 ss., 247 ss., 253 ss.

¹⁵⁹ Sarebbe parso irragionevole delimitare il campo applicativo di un regime come quello previsto dalla riforma “Balduzzi” al solo ambito della colpa dell'esercente le professioni sanitarie, secondo DI GIOVI-

medica, un futuro (probabile, ancorché non così prossimo) ulteriore intervento legislativo potrebbe essere l'occasione per riprendere ciò che di buono quel modello stava mostrando sul piano della definizione dei limiti della colpa penalmente rilevante (grave) ed eventualmente prendere posizione anche in materia di imputazione oggettiva¹⁶⁰.

In questo senso, un nuovo ragionevole equilibrio fra *disvalore della condotta* e *disvalore d'evento* potrebbe essere trovato considerando anche che dietro l'apparente garantismo della *csqn* applicata all'omissione possono nascondersi ricostruzioni giudiziali del dovere di diligenza "obiettivamente esigibile" funzionali soltanto a che l'evento, *ex post*, possa dirsi evitabile "oltre ogni ragionevole dubbio". Quanto è maggiore la pretesa di diligenza personificata dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, infatti, tanto più agevole può risultare, almeno in taluni casi, sostenere che la condotta alternativa doverosa avrebbe "quasi certamente" evitato l'evento.

NE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 6 ss.; MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico*, cit., 1193 ss., 1205 ss. Analogamente, si dichiara favorevole all'estensione della stessa disciplina a tutte le attività contraddistinte dalla presenza di rischi consentiti in ragione della loro riconosciuta utilità sociale, ROIA-TI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216, 225-6. Altri autori invitano però a considerare, da vari punti di vista, le peculiarità dell'ambito medico (in primo luogo, il fattore dato dall'organizzazione complessa entro la quale l'individuo potenzialmente responsabile è chiamato ad operare): in questo senso, CAPUTO, *"Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012, 105 ss., 126 ss.; RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco*, cit., 15 ss. e *passim*.

¹⁶⁰ Sulla questione definitiva, in relazione agli istituti di parte generale, v. le riflessioni di MELCHIONDA, *Definizioni normative e riforma del codice penale (spunti per una rinnovata riflessione sul tema)*, in *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, coordinato da Cadoppi, Padova, 1996, 391, 408 ss., il quale mostra chiaramente, sul piano meta-dottrinale, la difficoltà di conciliare l'esigenza (tipicamente espressa dalla scienza penale tedesca) di «evitare che il legislatore possa essere chiamato ad operare scelte di tipo unilaterale, laddove, in particolare, il corrispondente dibattito scientifico non abbia ancora raggiunto un sufficiente livello di precisione ed omogeneità dogmatica», e quella, sospinta da una «dichiarata aspirazione ad una maggior tassatività sostanziale del sistema di parte generale» (specie da parte della dottrina italiana), di indurre il legislatore a «più univoche indicazioni di disciplina» (*op. ult. cit.*, 413-4).