

A VENT'ANNI DALLA SENTENZA "FRANZESE"(*)

di Giovanni Canzio

SOMMARIO: 1. Il contesto storico-culturale. – 2. La causalità: il modello condizionalistico. – 2.1. Una premessa di sistema. – 2.2. La crisi del modello classico. – 3. La causalità fra diritto e processo: la sentenza "Franzese". – 4. Criticità e valori di fondo del paradigma classico.

1. Il contesto storico-culturale.

Sul finire del secondo millennio Tullio Padovani rilevava con preoccupazione come il fenomeno della "processualizzazione del diritto penale" stesse scardinando significativamente le tradizionali categorie sostanziali, segnando il netto e incontrastato "dominio del processo sul diritto sostantivo" e riservando "per la zavorra del diritto penale il mare dell'oblio"¹. Gli itinerari interpretativi della giurisprudenza di legittimità sembravano invero caratterizzati negli stessi anni non dalla opportuna interazione tra diritto penale e processo, bensì dall'attribuzione al secondo di un ruolo preminente rispetto al primo nel definire i termini effettuali della rilevanza penale delle condotte e della responsabilità degli agenti.

Si deve pertanto riconoscere che il Progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale, elaborato nel settembre 2000 e definitivamente approvato nella seduta del 26 maggio 2001 dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta da Carlo Federico Grosso², venne a configurarsi come momento di profonda riflessione sistematica e di vera e propria svolta nella crisi dell'ermeneutica e dell'applicazione del diritto penale sostanziale.

Come risulta categoricamente affermato nelle premesse della relazione illustrativa, le proposizioni dell'articolato erano ispirate "dalla impronta garantista della tradizione liberaldemocratica" e centrate, tutte, sulla piena realizzazione dei principi di legalità e di colpevolezza. Ebbene, fra esse non furono rare quelle che, nel porre le premesse per le future opzioni da parte del legislatore e nel disegnare nuovi e più razionali modelli, esaltavano tuttavia, *de iure condito*, il dovere dell'interprete, relativamente a taluni istituti di diritto sostanziale, di fondare le prassi applicative sulla base di prospettive ermeneutiche già immanenti nell'ordinamento, ma fin ad allora

(*) Il testo sarà inserito nel *Trattato breve sulla prova scientifica*, a cura di C. CONTI e A. MARANDOLA, di prossima pubblicazione ed. Giuffrè-Francis Lefebvre.

¹ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, *Indice pen.*, 1999, 527.

² L'articolato e la relazione del Progetto preliminare elaborato dalla Commissione Grosso sono pubblicati nel sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) sotto la voce *Strumenti / Commissioni di studio*.

pretermesse o non ancora compiutamente dispiegate negli orientamenti giurisprudenziali.

La Cassazione penale ebbe il merito di cogliere in non poche e importanti decisioni il segnale di novità contenuto, anche sotto il profilo metodologico, nelle linee fondamentali del disegno riformatore, recependone, nella formazione del diritto vivente, le chiare e condivisibili indicazioni per la soluzione interpretativa di talune questioni controverse di notevole rilievo.

2. La causalità: il modello condizionalistico.

Il che avvenne con particolare riguardo alla rivisitazione della categoria -di primaria importanza nel diritto penale classico- della causalità.

2.1. Una premessa di sistema.

Non esistendo una nozione ontologica di “causa”, l’indagine sulla individuazione dei fattori che contribuiscono all’accadimento di un evento ha una evidente dimensione pratica e non può prescindere dallo specifico punto di vista dell’osservatore³.

Nell’area del diritto e del processo penale, l’indagine sulla spiegazione di un singolo e irripetibile evento, verificatosi *hic et nunc*, persegue lo scopo pratico di ascrivere la paternità di un fatto di reato a una persona, senza peraltro trascurare la concretezza delle differenti situazioni idonee a limitare la portata generalizzante e pervasiva del criterio di imputazione. Sicché, secondo il temperamento suggerito dalle teorie della “causalità adeguata” o della “causalità “umana”⁴, non si ritengono attribuibili all’agente i fattori esterni da lui non dominabili, anomali, atipici, imprevedibili, eccezionali.

In quella stessa area i tratti essenziali del concetto di causalità vanno inoltre misurati sul terreno dei principi costituzionali di responsabilità penale per fatto proprio o personale (art. 27 comma 1, Cost.) e di legalità o tipicità oggettiva degli elementi costitutivi del fatto-reato (art. 25 comma 2, Cost.), che vanno puntualmente accertati nel processo sulla base delle informazioni probatorie e del sapere esperienziale e scientifico disponibile.

Lo statuto delle spiegazioni causali dell’evento lesivo del bene giuridico protetto risulta disegnato in due sole norme del codice penale risalente al 1930, gli articoli 40 e 41, che sono articolate in brevi ed efficaci disposizioni e che, sembrando scolpite nel marmo, sono state fatte salve da ogni progetto di riforma del codice penale avviato negli ultimi decenni. Le due norme, intitolate rispettivamente al “rapporto di causalità” e al

³ G. LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Carocci, 1999.

⁴ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934.

“concorso di cause”⁵, prestano adesione alla teoria condizionalistica della “*conditio sine qua non*” (*causa but for* nei sistemi di *common law*), il cui sviluppo rinvia a una duplice dimensione – logica e scientifica – della causalità.

L'imputazione dell'evento consegue dunque agli esiti inferenziali del procedimento logico di astrazione controfattuale, che fa ricorso allo schema di eliminazione mentale del fattore condizionante, ed è sorretta dal riferimento a leggi scientifiche di copertura, che svolgono una funzione delimitativa dei confini dell'illecito penale, consentendo di selezionare nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate le condotte tipiche penalmente rilevanti.

Nella quasi generalità dei sistemi giuridici europei e anglosassoni lo statuto logico della causalità risulta invero integrato, nella sua dimensione scientifica, dalla sussunzione della spiegazione sotto “leggi di copertura” (*Covering Law Model*)⁶. Nella consapevolezza, peraltro, che il sapere esperienziale e scientifico accessibile al giudice è costituito, oltre che dalle tradizionali e consolidate massime di esperienza, sia da leggi generali e universali (invero non numerose), che asseriscono nella successione di determinati eventi lineari e invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi statistico-quantitative o addirittura epidemiologiche (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica), che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa.

Sebbene i postulati della fisica e della matematica contemporanee (Einstein, Planck, Heisenberg, Gödel) e il relativismo cognitivo (Russel, Wittgenstein) abbiano svelato, fin dagli inizi del XX secolo, i limiti dello statuto della causalità nel rapporto fra eventi, tanto l'ordinamento positivo quanto la scienza giuridica penalistica considerano tuttora irrinunciabile il modello condizionalistico. Ciò sul rilievo che le soluzioni offerte dal sapere scientifico classico – ad esempio, le leggi di Newton –, pur non estrapolabili per l'indeterminazione informativa delle grandezze relative a oggetti come gli atomi oppure a oggetti in moto con velocità prossima a quella della luce, sembrano ancora in grado di rispondere efficacemente ai più comuni problemi dell'esperienza quotidiana, attinenti ai fenomeni fisici, naturali e biologici.

Mette conto di rimarcare che al descritto paradigma della causalità sono rimasti fedeli tutti i progetti di riforma della parte generale del codice penale succedutisi nel tempo fin dal 1992: si vedano, rispettivamente, gli schemi predisposti dalle Commissioni ministeriali Pagliaro, 1992, art. 10; Grosso, 2001, artt. 13 e 14; Nordio, 2005, art. 11; Pisapia, 2007).

⁵ M. ROMANO, *Artt. 40 e 41*, in *Comm. sist. del cod. pen.*, Giuffrè, 2004.

⁶ Sull'epistemologia del modello di causalità conforme a leggi scientifiche, cons. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; ID., voce *Rapporto di causalità*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XXV, 1991; nonché, per il “secondo” Stella, ID., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2001, 157.

2.2. La crisi del modello classico.

E però, le caratteristiche del modello causale hanno attraversato una fase critica nella giurisprudenza di legittimità sul finire del secolo scorso. Per talune materie e in particolare per l'attività professionale medico-chirurgica, cui non appartengono, di regola, parametri di correlazione dotati di standard euristici assoluti, e per la quale, a fronte della pluralità dei fattori che entrano in gioco e delle incerte diagnosi eziologiche, le rilevazioni statistiche ed epidemiologiche sono spesso strumenti decisivi per l'identificazione del nesso causale, tendeva ad essere valorizzata una ricostruzione della causalità in termini prognostico-probabilistici di non sicura affidabilità ovvero di imputazione oggettiva dell'evento, di fatto adesiva alla teoria dell' "aumento o mancata diminuzione del rischio" di matrice tedesca. Da un lato, si suggeriva lo slittamento verso quest'ultima area sulla base di una prognosi di pericolo *ex ante* e di apprezzamento della mera "causabilità", in contrasto con i principi costituzionali di legalità e responsabilità personale, che esigono invece la verifica *ex post* dell'effettiva rilevanza causale della condotta umana nella produzione dell'evento singolo. Per altro verso, al criterio di razionale e umana certezza, di alto grado di credibilità razionale, di probabilità confinante con la certezza, proprio del paradigma classico, si andava sostituendo nel ragionamento giudiziale lo schema delle "serie e apprezzabili", in realtà indefinite e mutevoli nelle percentuali e perciò incerte, probabilità di successo dell'intervento terapeutico doveroso richiesto, ma omesso, anche sulla base di limitate probabilità salvifiche (in un caso quantificate addirittura nella misura del trenta per cento). Così finendosi, ingiustificatamente, per trasformare illeciti di evento in reati di condotta o di mero pericolo di lesione del bene protetto.

Il modello causale, che quella giurisprudenza fondava sul criterio dell' "aumento o mancata diminuzione del rischio"⁷ di produzione dell'evento lesivo, conseguente al non corretto esercizio dell'attività professionale, intendeva indubbiamente rispondere alla esigenza valoriale di rafforzare la tutela penale in materie che coinvolgono beni giuridici di primario rilievo. Ma esso – come si avverte nella Relazione del Progetto *Grosso* – non appariva rispettoso dei principi costituzionali di legalità e tipicità delle fonti e di personalità della responsabilità penale (Cost., artt. 25 e 27), definendosi come penalmente rilevanti anche eventi lesivi che non potevano essere ritenuti, dal punto di vista logico-scientifico, conseguenza "certa" della condotta terapeutica realizzata o omessa. E neppure dei principi strettamente processuali in tema di valutazione della prova e di statuizioni decisorie del giudice penale, conseguenti alla situazione di dubbio o d'incertezza probatoria (art. 192, commi 1 e 2, e 530 comma 2, c.p.p., ancor prima dell'introduzione della più rigorosa regola decisoria dell'"*al di là di ogni ragionevole dubbio*" di cui all'art. 533 comma 1).

La Commissione *Grosso* aveva assunto una meditata posizione critica nei confronti delle richiamate applicazioni giurisprudenziali e aveva ribadito il tradizionale principio della *conditio sine qua non*, sottolineando anzi con particolare efficacia che anche

⁷ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 32.

gli enunciati sulla causalità nei reati omissivi debbono rispondere, come per i reati di azione, ai profili di condizionalità necessaria e soddisfare il requisito dell'alto grado di credibilità razionale non insidiata da plausibili ipotesi alternative.

L'art. 14 del Progetto preliminare recita nella versione originaria: *"1. Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito con certezza l'evento"*, precisandosi poi nella Relazione – in considerazione della forte valenza semantica del termine *"certezza"*, vincolante per un giudizio oggettivamente assoluto rispetto alla situazione controfattuale – *"probabilità confinante con la certezza che può ragionevolmente raggiungersi"*. La norma, nella versione definitiva approvata dalla Commissione il 26 maggio 2001, conferma in tema di rapporto di causalità nei reati omissivi quest'ultima indicazione, ribadendo l'esigenza di un superamento di quegli indirizzi giurisprudenziali per i quali l'omissione antidoverosa sarebbe casualmente efficiente quando l'evento si sarebbe ottenuto con un qualsiasi, pure apprezzabile, grado di probabilità, anche se non prossimo alla *"certezza"*.

In presenza peraltro dell'inadempimento di obblighi giuridici di attivarsi, i quali fondano la tipicità dell'omissione antidoverosa da parte del titolare della posizione di garanzia (per la quale cons. l'art. 18 del Progetto), e con riferimento alle tipologie delittuose correlate all'esercizio di attività professionali alle quali male si adatta uno schema troppo rigido della causalità materiale, si osserva tuttavia nella medesima Relazione che un giusto equilibrio fra tipicità e flessibilità della responsabilità commissiva mediante omissione potrebbe essere individuato anziché sul terreno della parte generale su quello della parte speciale del codice penale. Si auspica quindi l'introduzione di mirate, differenziate e sufficientemente tipizzate figure di *"delitti di rischio"* di mera condotta omissiva, per poter rispondere ad esigenze valoriali condivisibili di reazione contro inadempimenti colpevoli, anche gravi, ma dei quali sia dubbia la rilevanza causale rispetto al verificarsi dell'evento lesivo, in funzione del pericolo derivante dall'antidoverosa omissione ma, comunque, a salvaguardia del principio di responsabilità per fatto proprio.

3. La causalità fra diritto e processo: la sentenza *"Franzese"*.

La solida contaminazione intellettuale fra sapere scientifico ed esperienziale, maturata nel laboratorio della riforma della parte generale del codice penale ad opera della Commissione GROSSO, riuscì ad abbattere il muro del reciproco e autoreferenziale dogmatismo della dottrina e della giurisprudenza. E s'incrociò con le rinnovate riflessioni che, proprio negli stessi anni, andavano maturando indiscussi Maestri, come Federico Stella (il *"secondo"* Stella) e Michele Taruffo, insieme con giovani studiosi quali Ombretta Di Giovine, Massimo Donini e Rocco Blaiotta (quest'ultimo, poi, divenne presidente della Quarta sezione della Cassazione penale ed estensore di importanti arresti giurisprudenziali), sui temi cruciali della causalità e della colpa, della prova e della decisione, della verità e del dubbio, della protezione dell'innocente.

Risultò allora vincente l'intuizione che le strutture delle categorie del diritto penale classico, per essere adeguatamente ricostruite, dovessero concretizzarsi verso il fatto, nel crogiuolo del processo penale.

E così la causalità, posizionata tanto al centro delle teorie della conoscenza quanto nel cuore del processo (di cui s'avvertì non essere affatto indifferente il modello del rito, accusatorio o inquisitorio), finì per evidenziare luminosamente la complessità della sua dimensione, sia logico-giuridica che scientifica, di elemento costitutivo del reato. Con il lineare corollario che anche il nesso causale non può non restare assoggettato allo stesso rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Fu questo, dunque, l'approdo ermeneutico cui pervenne vent'anni orsono la sentenza – pubblicata l'11 settembre 2002 - delle Sezioni unite penali “*Franzese*”⁸, la quale, realisticamente e fuori di ogni schema *a priori* di tipo deterministico e meramente deduttivo, espresso in aridi termini di probabilità statistico-numeriche, propone di misurare la spiegazione dell'evento sul terreno delle regole del paradigma indiziario⁹ e dei criteri di conferma dell'ipotesi accusatoria dentro il processo penale. Invero, nulla esclude che anche coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista, se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento del necessario nesso di condizionamento¹⁰. Nella prospettiva, alla luce della verifica induttiva e aggiuntiva della contingenza individuale dell'evento singolo, corroborata da concrete evidenze probatorie, di costruire inferenze e spiegazioni - di ordine non quantitativo ma qualitativo - dotate di “elevata credibilità razionale” o di “alta probabilità logica” circa la corrispondenza dell'enunciato di accusa ai fatti, invece di una utopistica “certezza” assoluta, umanamente non praticabile.

I principi affermati dalla sentenza “*Franzese*” hanno trovato costante e incontrastata applicazione nella giurisprudenza successiva, fino ai giorni nostri, e sono stati esplicitamente ribaditi dalla più recente sentenza delle Sezioni unite “*Espenhahn*” del 2014¹¹.

⁸ Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, Rv. 222138-222139: “*Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio*”.

⁹ Sul più debole “paradigma indiziario o divinatorio”, contrapposto allo statuto scientifico forte del “paradigma galileiano”, C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. GARGANI (a cura di), *Crisi della ragione*, Einaudi, 1979.

¹⁰ Avverte acutamente G. SHAFER, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton University Press, 1976, che “*probability is not about number, is about reasoning*”.

¹¹ Cass. pen., sez. un., 4 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn* e altri, Rv. 261103 (est. Blaiotta): “*Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo*

La dimensione logica e ipotetico-probabilistica della causalità è così chiamata a fare i conti, nel passaggio cruciale della conoscenza giudiziale, con i metodi, i fini, le regole e le garanzie del modello cognitivo del processo penale, quanto alla ricostruzione probatoria degli elementi costitutivi del fatto di reato, alla efficacia dimostrativa delle prove assunte nel contraddittorio, alla giustificazione razionale della decisione, allo standard probatorio necessario per la statuizione di condanna dell'imputato.

Sicché non sono indifferenti i metodi e le regole del rito. Invero, rispetto alle scheletriche categorie dell'abrogato codice di procedura penale di stampo inquisitorio (c.p.p. 1930, artt. 299, 474 n. 4, 475 n. 3 e 524 n. 3) e alle insufficienti regole del processo civile (c.p.c. 1940, artt. 115, comma 2, e 116, commi 1 e 2; disp. att. c.p.c., art. 118; c.c., art. 2729 comma 1) si palesa di ben altro spessore il più moderno statuto epistemologico del codice VASSALLI del 1989, nel quale la scienza (le leggi scientifiche di più o meno alto grado di attendibilità empirica), l'esperienza (le consolidate massime di esperienza, che formano il repertorio di conoscenze empiriche dell'uomo medio), la logica (i criteri d'inferenza, prevalentemente induttivi) e l'accertamento della verità di tipo "corrispondentista" (secondo la regola *BARDA*¹²) risultano mediati dal principio di stretta legalità, nel prisma costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova.

Avvertono, infatti, le Sezioni unite che nel modello accusatorio del processo penale il giudice, ben oltre la tradizionale formula del "libero convincimento", è impegnato nell'operazione logico-esplicativa della *quaestio facti* propria dell'indagine causale alla stregua dei percorsi di tipo ipotetico-probabilistici disegnati dall'art. 192, commi 1 e 2, quanto alle linee del ragionamento probatorio, e dall'art. 546, comma 1 lett. e) c.p.p., per la doverosa ponderazione del grado di resistenza dell'ipotesi di accusa rispetto alle ipotesi antagoniste o alternative (*exceptio ex pluribus causis*).

L'accertamento della verità si pone, pertanto, sul terreno del giudizio di falsificazione o di conferma dell'enunciato di accusa e si fonda su un rigoroso confronto tra l'ipotesi e i fatti, mediante la ricerca e la valutazione delle più ampie informazioni probatorie, chiamate a corroborare la forza esplicativa dell'operazione controfattuale e delle leggi scientifiche di copertura¹³.

coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto). Da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. IV, Sez. 4, n. 9705 del 15/12/2021, Pazzoni, Rv. 282855, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹² Per la rilevanza del principio nelle democrazie postmoderne caratterizzate dalla c.d. società del rischio, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003.

¹³ In proposito, va anche richiamata l'importante sentenza Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010 n. 43786, Cozzini, Rv. 248943-944 (est. Blaiotta), che, nel condividere i noti criteri enunciati nel 1993 dalla Corte Suprema USA nella sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* per il vaglio di affidabilità di una teoria o un metodo e di un *expert testimony*, ai fini della loro ammissibilità come prova scientifica nel processo, ne ha arricchito la portata, con riguardo alla fase della valutazione della prova scientifica, aggiungendo l'indipendenza e l'affidabilità dell'esperto, l'ampiezza e il rigore del dibattito critico che ha accompagnato la ricerca, le finalità e gli studi che la sorreggono, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica ecc.

Avvertono infatti i teorici della logica formale che la probabilità assegnata è sempre relativa all'evidenza disponibile¹⁴, cioè alla qualità e quantità delle informazioni che, recando elementi aggiuntivi rispetto al *nomos* di base, lo sottodeterminano, particolarizzando l'evento nelle peculiari e irripetibili circostanze spazio-temporali del caso concreto.

D'altra parte, le coordinate di tale indirizzo teorico possono essere coerentemente collocate entro il moderno paradigma epistemologico della scienza, il cui schema critico-falsificazionista si coniuga con gli esiti del probabilismo logico¹⁵.

Con il lineare corollario che, poiché occorre pervenire alla conclusione, processualmente (e moralmente) "certa", che la condotta dell'imputato è stata davvero condizione "necessaria" dell'evento, a lui per ciò attribuibile come fatto proprio, qualora l'ipotesi formulata dall'accusa non abbia retto all'urto della confutazione, l'incertezza o l'insufficienza probatoria e il non irragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta comportano la neutralizzazione dell'accusa e l'esito assolutorio. E ciò, ormai, non solo in forza del tradizionale canone "*in dubio pro reo*" (art. 530, comma 2, cod. proc. pen.), ma in ossequio alla regola decisoria di matrice anglosassone, recepita prima in talune decisioni della Corte di cassazione e poi normativamente positivizzata, secondo la quale "*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*" (art. 533, comma 1 c.p.p., sost. dall'art. 5 legge 20 febbraio 2006, n. 46, c.d. legge PECORELLA)¹⁶.

Se le categorie del diritto penale sostanziale non possono essere piegate ad asserite esigenze processuali e a pretese difficoltà di prova o all'arbitrario convincimento del giudice, il deficit esplicativo non mette dunque in crisi lo statuto condizionalistico della causalità logico-scientifica, quanto piuttosto ne segna i confini, comportando una risposta assolutoria, sul rilievo dell'insufficiente grado di conferma dell'ipotesi prospettata dall'accusa, in perfetta coerenza con la presunzione di innocenza dell'imputato e, più in generale, con le fondamentali garanzie dettate dagli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost. per il processo penale di stampo accusatorio¹⁷.

4. Criticità e valori di fondo del paradigma classico.

Il diritto vivente di fonte giurisprudenziale viene elaborato per offrire alla comunità dei giuristi – di cui resta culturalmente debitore – il "*precedente*", come

¹⁴ I. M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1999.

¹⁵ K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, 1998.

¹⁶ G. CARLIZZI, *La regola del ragionevole dubbio nel processo penale, con particolare riguardo al giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2021, II, 209.

¹⁷ C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, *Sistema penale*, 9 febbraio 2021; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1229. Cons., volendo, G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. CANZIO e L. LUPARIA, Cedam, 2022.

orizzonte d'intesa che si auspica condiviso e perciò utile per la soluzione dei futuri casi simili o analoghi.

Tuttavia, anche il più autorevole "precedente" rappresenta solo la soluzione più ragionevole che fino a quel momento è stata raggiunta e che resiste nel tempo fino a quando non ne venga acquisita una più persuasiva, più rispondente all'evoluzione della scienza giuridica e, perciò, ancor più ragionevole¹⁸. Sicché anche il precedente della sentenza *Franzese* non si configura affatto come una "gabbia della ragione", sembrando viceversa avere aperto, nel divenire storico del diritto, percorsi di ricerca e scenari nuovi sia in dottrina che in giurisprudenza.

All'incrocio fra scienza e diritto e fra verità e dubbio si riconosce che, nel passaggio dall'ipotesi di accusa all'esito della sua conferma o falsificazione, secondo inferenze prevalentemente induttive e di valenza probabilistica, viene a snodarsi, seppure in forme nuove e moderne, il perenne dramma del giudicare in condizioni di incertezza probatoria, soprattutto laddove sono in gioco vicende di elevata complessità e rilevanza sociale.

Certo, il garantismo della teoria condizionalistica secondo il modello classico di spiegazioni causali supportate da leggi scientifiche e statistiche di copertura, implementato dalla ricchezza e pluralità delle informazioni individuali disponibili e dalla sicura esclusione di decorsi alternativi, continua a presentare varianti applicative e inediti capoversi, il cui scrutinio risulta, di volta in volta, davvero impervio non solo per l'interprete ma anche per il legislatore.

Basti pensare ai difficoltosi itinerari investigativi della causalità omissiva, per la doppia ipoteticità del giudizio controfattuale¹⁹; ai tuttora oscuri percorsi della causalità psicologica, nonostante le nuove metodologie di esplorazione funzionale del cervello come le neuroscienze cognitive²⁰; alla variabilità e indecifrabilità della trama causale in contesti caratterizzati, soprattutto nell'ambito delle scienze naturali come la medicina e la biologia, dalla complessità e pluralità dei fattori eziologici e talora da coefficienti probabilistici medio-bassi; all'incerto perimetro definitorio del concorso di persone nel reato e in particolare del "concorso esterno"²¹; alle condizioni e ai limiti di utilizzabilità

¹⁸ P. BORRE', *La Corte di cassazione oggi*, in *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, 157.

¹⁹ C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.

²⁰ M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013.

²¹ Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005 n. 33748, Mannino, Rv. 231671: "In tema di associazione di tipo mafioso, assume il ruolo di "concorrente esterno" il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'affectio societatis, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima. (In motivazione la Corte, rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, ha specificato che non è sufficiente una valutazione ex ante del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento ex post, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del

dei risultati delle indagini epidemiologiche²²; al costante pericolo di slittamento della spiegazione causale verso la colpa²³; all'uso meramente retorico che si rinviene talora in giurisprudenza dell'espressione "probabilità logica", per argomentare il grado di persuasività dell'accertamento in ordine ad uno degli elementi della fattispecie²⁴.

Come pure, occorre sottolineare la divaricazione venutasi a creare fra il settore civile e quello penale, con riguardo allo schema differenziato della causalità affermatosi per l'illecito civile, in cui il criterio di collegamento fra condotta e evento, nonostante la comune esigenza di accertare il nesso causale di fatto, si atteggia prevalentemente atipico²⁵. L'orientamento instaurato dalla giurisprudenza penale con le Sezioni unite "Franzese", che hanno stabilito il criterio della probabilità confinante con la certezza nell'accertamento del rapporto causale, non viene recepito dalla giurisprudenza civile di legittimità, che, viceversa, ha ritenuto non applicabili nel relativo giudizio quei principi. E ciò in ragione delle asserite differenze – di struttura, funzione, valori in gioco e regole probatorie – tra la responsabilità civile e quella penale, che giustificerebbero anzi la divaricazione tra i criteri di accertamento della causalità penale e della causalità civile. Le Sezioni unite civili²⁶, oltre a ribadire il principio della distribuzione degli oneri probatori tra le parti nella responsabilità contrattuale, insieme con l'ammissibilità della prova per presunzioni del nesso causale, mutuano infine dal sistema nordamericano il criterio logico del "più probabile che non" (ispirato alla regola della normalità causale), secondo lo schema della probabilità relativa o della "preponderanza dell'evidenza".

E però, dopo un ventennio, sembra condivisibile l'assunto di quel fine giurista che è Massimo Donini, secondo il quale le persistenti difficoltà probatorie di qualche settore, come quello medico-chirurgico (caratterizzato da complessità, multifattorialità, talora oscurità delle dinamiche: un problema di fatto, a ben vedere!) non giustificano, in difetto di una solida teoria causale sostitutiva, un mutamento generale della imputazione oggettiva, ancorata a parametri di mero rischio per l'attribuzione dell'evento.

Resta ferma l'idea di fondo, di matrice liberale e garantista, per la quale, in ossequio al principio costituzionale (ed etico) della responsabilità personale per fatto proprio, non possono confondersi concettualmente un "fattore di rischio", di cui non è provata l'efficacia eziologica *ex post*, e una "causa"²⁷.

concorrente)".

²² L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè, 2007.

²³ D. CASTRONUOVO, *Colpa penale, Enc. del dir., I tematici: Il reato colposo*, a cura e con la Presentazione di M. DONINI, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, 200.

²⁴ G. BONIOLO, G. GENNARI, [Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2021, 3.

²⁵ P.G. MONATERI, D. GIANTI, *Nesso causale [dir. civ.]*, Enc. Treccani, *Diritto on line* (2016).

²⁶ Sui peculiari e asimmetrici standard probatori della ricostruzione del nesso causale nel contesto ordinamentale della responsabilità civile, v. le sentenze Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-577-582-594, rispettivamente Rv. 600899-600903-600915-600921, in tema di responsabilità aquiliana del Ministero della salute per danni da trasfusione di sangue infetto.

²⁷ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 498 ss., che, fra l'altro, raccoglie l'esortazione della Commissione Grosso per la costruzione di soluzioni legislative differenziate di parte speciale per talune fattispecie omissive di pericolo, nelle quali sia palese il

disvalore dell'azione. Cons. anche, volendo, G. CANZIO, *A dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022.