

IL NODO IRRISOLTO DELLA SENTENZA FRANZESE E LE CONSEGUENZE NEFASTE NEI PROCESSI D'AMIANTO^(*)

di Roberto Bartoli

Nel "festeggiare" i vent'anni della sentenza Franzese, l'autore coglie l'occasione per fare il punto in tema di causalità, riconoscendo non solo i meriti, ma anche i limiti di questa storica pronuncia. Muovendo dal contrasto giurisprudenziale che si è creato sui processi in tema di responsabilità da amianto, si evidenzia come la causa risieda nel principio formulato proprio dalla sentenza Franzese secondo il quale le carenze esplicative derivanti dall'impiego di una legge statistica possono essere compensate attraverso evidenze probatorie derivanti dalla probabilità logica. Un principio destinato ad entra in rotta di collisione con la personalità della responsabilità penale.

SOMMARIO: 1. La struttura differenziata della causalità penale tra decorso reale e decorso ipotetico. – 2. Il contrasto giurisprudenziale in tema di causalità nei processi d'amianto: una realtà che fa male. – 3. La causa del contrasto ravvisabile nella sentenza Franzese. –3.1. I grandi meriti della sentenza Franzese. – 3.2. Il grande limite: la compensazione della probabilità statistica con la probabilità logica. – 4. Le recenti condanne in tema di amianto basate proprio sulla "compensazione Franzese". – 5. Il ruolo dei giudici di merito e di legittimità davanti ai contrasti esplicativi. – 6. Nuovi scenari strutturali in tema di causalità: la "compensazione Franzese" applicabile al decorso causale ipotetico. –7. Le ragioni per rimettere la questione alle Sezioni Unite.

1. La struttura differenziata della causalità penale tra decorso reale e decorso ipotetico.

In estrema sintesi, si può affermare che il criterio per accertare il nesso di causalità in ambito penalistico non è più, come si insegnava una volta, la *condicio sine qua non*, né, a dire il vero, la causalità scientifica. Piuttosto, attraverso una vera e propria sinergia tra scienza giuridica e giurisprudenza di legittimità, è stato elaborato un modello di causalità che non esito a definire differenziato, assumendo nella sostanza una configurazione che distingue tra decorso causale reale e decorso causale ipotetico¹.

^(*) Il presente contributo è stato pubblicato nella *Rivista Italiana di Medicina legale*, 04/2022. Si ringraziano l'Editore Giuffrè e i Direttori Fabio Buzzi e Francesco Centonze per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

¹ A dare la svolta in tal senso fu, ormai trent'anni fa, proprio su questa rivista, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *questa Rivista*, 1992, p. 821 ss.; dopo di che, su quella scia, G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir.*

Anzitutto, rispetto al decorso causale reale opera un paradigma di accertamento che si può definire realistico, scientifico/esplicativo ed *ex post*. Per realistico s'intende che ha ad oggetto la catena causale che lega l'evento alla condotta e quindi i fattori che compongono tale catena, fattori che sono reali in quanto si sono effettivamente, storicamente verificatisi nella realtà materiale. Per scientifico s'intende che il legame tra i fattori è stabilito dalle leggi scientifiche, da un sapere esplicativo elaborato fuori dal sapere giuridico e mutuato dal diritto. Per *ex post* s'intende che nell'accertamento si procede a ritroso, dall'evento alla condotta, spiegando ogni volta il legame che intercorre tra i singoli fattori, per cui assai rilevante risulta essere il fattore immediatamente antecedente alla morte.

Inoltre, sempre rispetto al decorso causale reale si possono distinguere due fasi, quella della causalità generale e quella della causalità individuale, vale a dire nella sostanza tra una fase/dimensione sostanziale e una fase/dimensione processuale. Ed infatti, da un lato, accusa e difesa formulano ipotesi di spiegazione causale che devono essere scientificamente fondate (causalità generale/dimensione sostanziale); dall'altro lato, si deve verificare quale catena, tra quelle ipotizzate, si sia effettivamente prodotta nel caso concreto (causalità individuale/dimensione processuale). Da osservare fin d'ora come le due dimensioni generale/sostanziale e individuale/processuale, proprio perché attinenti ad ambito giuridici differenti, a loro volta comportino delle differenze. Ed infatti, la causalità generale ovvero la dimensione sostanziale, risponde al principio della personalità della responsabilità penale: non è possibile imputare un evento in assenza di una certezza assoluta circa il suo collegamento con una condotta umana e quindi circa la spiegazione scientifica, poiché altrimenti si porrebbe il rischio di imputare a un soggetto un evento che non ha realizzato, violandosi così il fondamentale principio della personalità della responsabilità personale e più precisamente il principio di responsabilità per fatto proprio ovvero il divieto di responsabilità per fatto altrui. La causalità individuale/processuale, risponde invece al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, per cui in presenza di un'incertezza, di un dubbio in ordine alla ricostruzione probatoria dei fatti, il giudice non può che assolvere: l'insuperabile incertezza sui fatti gioca necessariamente a favore del reo proprio perché l'accusa non risulta provata. Con la conseguenza che, a rigore, in assenza di una certezza nella spiegazione scientifica di un evento si assolve, ma non perché *in dubio pro reo*, ma perché condannare nel dubbio scientifico/esplicativo significherebbe condannare con il rischio di una responsabilità per fatto altrui.

In secondo luogo, occorre verificare il decorso causale ipotetico. In premessa si deve subito precisare che questo decorso è – per così dire – eventuale. Mentre infatti la spiegazione scientifica del decorso causale reale di un evento è una componente indefettibile della causalità, sempre presente e da accertare quale che sia il tipo di reato che viene in gioco (attivo od omissivo, doloso o colposo), il decorso causale ipotetico

proc. pen., 2009, p. 523 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, *ivi*, 2009, p. 1679 ss.; successivamente, con sviluppi ulteriori, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 331 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, Torino, 2010, p. 47 ss.

invece viene in gioco soltanto in presenza di componenti omissive, e quindi non solo in presenza di omissioni – per così dire – *tout court*, ma anche in presenza di violazione di regole cautelari (c.d. componente omissiva della colpa).

Ebbene, una volta spiegato un evento, in presenza di una condotta/componente omissiva, ci si deve interrogare sull'efficacia del comportamento alternativo lecito e rispetto a tale decorso opera un paradigma di accertamento decisamente diverso da quello precedente, che si può definire irreali, prognostico-probabilistico ed *ex ante*. Irreali perché oggetto della verifica non è più la realtà che si è effettivamente verificata, bensì una realtà che viene soltanto immaginata: ci si interroga su cosa sarebbe accaduto se la condotta omessa fosse stata realizzata. Si parla anche di doppia ipotesi, per contrapporla all'ipotesi di causalità generale elaborata rispetto al decorso reale, perché mentre qui c'è un'ipotesi di una realtà che si è verificata, nell'ipotetica si ha a che fare con un'ipotesi di un qualcosa che si immagina, quindi con un'ipotesi di un'ipotesi. Meglio però parlare di irrealità, proprio per evitare qualsiasi fraintendimento. La struttura è prognostico-probabilistica, nel senso che si compie un giudizio predittivo (orientato al futuro anche se collocandosi nel passato al momento della realizzazione di una condotta), di vera e propria proiezione/previsione e non di spiegazione: e come ogni previsione tale giudizio non può che assumere una struttura per l'appunto probabilistica, in quanto rispetto alle previsioni non può mai esserci una certezza. Infine, si tratta di un giudizio *ex ante* perché concentrato sulla condotta e che pertanto muove dalla condotta verso l'evento.

Attenzione. Questo giudizio relativo all'efficacia del comportamento alternativo lecito, risulta essere a sua volta articolato in diverse fasi. Da un lato, occorre individuare il comportamento alla luce del contesto concreto; dall'altro lato, si deve misurare la sua effettiva efficacia "impeditiva", escludendo eventuali fattori neutralizzanti l'efficacia. Così, ad es., una volta che si è accertato che il medico doveva effettuare un ECG sarà indispensabile verificare se tale strumento fosse presente e funzionasse nella struttura, poiché là dove si accertasse la mancanza o il non funzionamento, non è possibile rendere il medico responsabile. Certo, poi si possono porre problemi di eventuali responsabilità ulteriori, individuali, se ad es. il medico era a conoscenza del malfunzionamento e non lo aveva mai segnalato, di organizzazione se i vertici, ricevuta una segnalazione, non lo avevano accomodato: ma rispetto alla causalità ipotetica opera un fattore impeditivo.

Un'ultima precisazione. Volendo si può dire che la causalità scientifica ha soppiantato la *condicio sine qua non*, ma soltanto sul piano del decorso causale reale, per cui, una volta spiegato tale decorso, non avrebbe alcun senso compiere il giudizio di eliminazione mentale e chiedersi se, eliminata la condotta, l'evento si sarebbe verificato egualmente oppure no. Diversamente, sul piano del decorso causale ipotetico, la *condicio sine qua non* mantiene ancora la sua valenza e operatività, non potendo operare la causalità scientifica, proprio perché in questo ambito non si tratta più di spiegare un decorso causale, ma di prevedere cosa sarebbe potuto accadere.

2. Il contrasto giurisprudenziale in tema di causalità nei processi d'amianto: una realtà che fa male.

Tutto ciò premesso, adesso vorrei partire da un dato di fatto che penso si possa considerare incontrovertibile: il contrasto giurisprudenziale che sussiste in tema di responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto, e più precisamente in ordine alla riconduzione del tumore polmonare all'amianto e al c.d. effetto acceleratore delle esposizioni successive².

Ebbene, da un lato, v'è un orientamento che ritiene che manchi una legge scientifica che, al netto del mesotelioma pleurico, spieghi le patologie da amianto: « in presenza di patologie neoplastiche multifattoriali, la sussistenza del nesso causale non può essere esclusa sulla sola base di un ragionamento astratto di tipo deduttivo, che si limiti a prendere atto della ricorrenza di un elemento causale alternativo di innesco della malattia, dovendosi procedere ad una puntuale verifica - da effettuarsi in concreto ed in relazione alle peculiarità della singola vicenda - in ordine all'efficienza determinante dell'esposizione dei lavoratori a specifici fattori di rischio nel contesto lavorativo nella produzione dell'evento fatale»³.

Dall'altro lato, v'è invece un orientamento che, ammessa la natura statistica delle leggi esplicative, ritiene che la causalità si possa accertare o escludere di volta in volta in concreto da parte del giudice: «in tema di affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche e l'evento-morte dovuto a malattia professionale, il dato scientifico sulle proprietà oncogene di una sostanza non è sufficiente dovendo il giudice di merito vagliare nel caso concreto la pertinenza di tale informazione nel passaggio dalla causalità generale a quella individuale, e dovendo esercitare un controllo critico sull'affidabilità delle basi scientifiche e sul grado di convergenza delle opinioni nella comunità scientifica [...] In particolare, il giudice è tenuto ad accertare se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali»⁴.

Ebbene, si tratta di un contrasto che fa davvero male, perché con riferimento all'impianto che abbiamo esposto prima, verte sul decorso reale, e più precisamente sulla

² Per un quadro complessivo della giurisprudenza e delle problematiche, v. per tutti S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018; F. CENTONZE, *Prova scientifica e processi d'amianto*, in *Enc. dir., I tematici*, II-2021, *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Milano, 2021, p. 1027 ss.

³ Cass. pen., Sez. IV, n. 12175/2017, Bordogna; Cass. pen., Sez. IV, n. 16715/2018, Cirocco.

⁴ Cass. pen., Sez. IV, n. 22022/2018, Tupini. Nello stesso senso Cass. pen., Sez. IV, n. 38029/2022, Grandi e altri; Cass. pen., Sez. IV, n. 34341/2020, Mo; Cass. pen., Sez. IV, n. 12151/2020; Cass. pen., Sez. IV, n. 45935/2019, Spallanzani; Cass. pen., Sez. IV, n. 43665/2019, Alzati; Cass. pen., Sez. IV, n. 55055/2017, Pesenti.

spiegazione del legame tra i fattori e quindi nella sostanza sulla causalità generale, sulla dimensione sostanziale. Un contrasto quindi che va al cuore delle problematiche costituzionali della penalità, perché in esso si gioca proprio il destino del principio di personalità della responsabilità penale e più precisamente della responsabilità per fatto proprio: insomma, il rischio è quello di punire per un fatto altrui e quindi di cedere a istanze generalpreventive talmente consistenti da giungere addirittura alla punizione del c.d. capro espiatorio.

Per comprendere ancora meglio la drammaticità di questa situazione non si possono che riportare le parole espresse recentemente niente popò di meno che dal Presidente Rocco Blaiotta che, assieme al Presidente Giovanni Canzio, si può considerare uno dei grandi forgiatori del nuovo modello differenziato di causalità penale. Si perdoni la lunga citazione, ma ci sembra necessario riportarla nella sua interezza: «vi è qualcosa di allarmante nello stato della nostra giurisprudenza a proposito della legge scientifica relativa all'effetto acceleratore dell'esposizione protratta all'amianto, dalla cui controversa esistenza dipende l'esito di molti processi. Infatti, l'innesco del processo carcinogenetico si verifica nelle prime fasi dell'esposizione, ma l'esplosione della malattia avviene diversi decenni più tardi, al termine di un processo molto complesso ed in parte oscuro. Evidentemente, la sorte del giudizio nei confronti di molti garanti che si sono succeduti nella gestione del rischio lavorativo è legata all'esistenza o meno dell'accelerazione dell'indicato processo per effetto della prosecuzione dell'esposizione anche dopo che ha avuto luogo l'innesco di cui si parla. // La legge è affermata o negata nei diversi giudizi. La Corte di Cassazione ha indicato alcuni criteri per orientarsi. I principi vengono costantemente richiamati, ma i giudizi continuano a giungere ad esiti opposti. Questo, evidentemente, non può essere infine accettato. Qualcuno sbaglia. La Corte, se si guardano le cose nel loro insieme, sembra disposta ad accettare la violazione del principio di non contraddizione. Questa situazione di disordine razionale dovrebbe aver termine. Qualche sentenza, probabilmente senza volerlo, si trincerava dietro la formale coerenza logica della motivazione. Vi è da temere che la compassione per le vittime sia il principale fattore che ostacola la presa di contatto con la realtà»⁵.

3. La causa del contrasto è ravvisabile nella sentenza Franzese.

La grande domanda è: perché si è giunti a questo stato di cose? Com'è potuto accadere che si verificasse e si protrasse per oltre vent'anni un contrasto così problematico? Anche perché ci sta dicendo con assoluta certezza che o qualcuno è stato assolto pur essendo colpevole oppure che qualcuno è stato condannato pur essendo innocente. Un contrasto tragico nella sua impossibilità ad essere ricomposto, proprio perché attiene a questioni su cui si gioca il destino del principio di personalità della responsabilità penale.

⁵ R. BLAIOTTA, *L'educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, amianto, vittime diffuse*, in *Sistema penale*, 15 giugno 2021.

Ebbene, a mio modesto avviso, la causa di questo contrasto risiede proprio nella sentenza Franzese, nel senso che all'interno della sentenza Franzese si trova quel germe che ha consentito che si sviluppasse questo stato di cose⁶.

3.1. I grandi meriti della sentenza Franzese.

Ma andiamo per ordine. La sentenza Franzese ha avuto dei meriti che non esito a definire epocali. Il primo grande merito, per certi aspetti contingente, ma non per questo meno significativo, è stato quello di aver tolto la giurisprudenza da un vero e proprio *impasse* argomentativo. Ed infatti, il tema della causalità pre-franzese era divenuto un dialogo tra sordi che aveva assunto la forma di una lotta tra numeri: da un lato, vi erano i sostenitori della spiegazione prossima al cento per cento; dall'altro lato, coloro che invece ammettevano anche percentuali più basse. Ebbene, la sentenza Franzese esce da questo incaglio e ricolloca il ragionamento su principi ed oggetto/struttura non soltanto della causalità, ma addirittura della giuridicità, vale a dire della stessa configurazione degli ambiti giuridici del diritto penale sostanziale e processuale. Mettendo così le basi epistemologiche di un impianto solidissimo sul quale si svilupperà poi quella configurazione differenziata della causalità che abbiamo visto all'inizio.

Il secondo merito sta nella distinzione nettissima tra causalità generale/sostanziale ovvero scientifica e casualità individuale/processuale ovvero probatoria. Punto

⁶ Esattamente 12 anni fa, il 25 gennaio 2011, scrivevo quanto segue: «a distanza di quasi dieci anni manca ancora un'indagine dettagliata e organica sulla giurisprudenza successiva alla sentenza Franzese, ragion per cui non si è in condizione di sapere quale sia stato il reale impatto di questa sentenza e se abbia davvero determinato una sorta di punto di svolta nel contenimento di quegli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla sua emissione ritenuti, a volte, troppo disinvolti nell'imputare eventi offensivi. Posto infatti che la sentenza Franzese ha senza dubbio segnato un passaggio fondamentale sul piano ermeneutico, risolvendo un contrasto giurisprudenziale che si era fatto pericolosamente sterile e asfittico dal punto di vista argomentativo (il confronto si era irrigidito in una sorta di "lotta fra numeri"), ad oggi, però, per quanto riguarda il rispetto dei principi di garanzia, non vi sono elementi per dire se tale sentenza abbia tracciato binari che si muovono sul solido terreno del pieno rispetto delle garanzie oppure se porti in sé ambiguità irrisolte che adombrano possibili violazioni del principio della personalità della responsabilità penale. Le uniche riflessioni sul tema possono essere così sintetizzate: la giurisprudenza più recente si richiama alla sentenza Franzese in termini più formali che sostanziali, con la conseguenza che quel rigore da essa richiesto nell'accertamento del nesso causale viene in realtà costantemente disatteso. Sottesa a questa affermazione v'è quindi l'idea che la sentenza Franzese, adottando una soluzione rispettosa dei principi di garanzia, abbia segnato quel punto di svolta che si auspicava e che pertanto la giurisprudenza successiva tenda – per così dire – a tradire la soluzione indicata. In verità, vi sono fondate ragioni per ritenere che le cose stiano in termini molto più complessi. A me pare, infatti, non solo che la giurisprudenza successiva alla sentenza Franzese si sia attenuta ai principi di diritto da quest'ultima enunciati, ma anche che i persistenti sospetti di scarso rigore nell'accertamento della causalità siano da imputare più alla stessa pronuncia delle Sezioni Unite che agli orientamenti posteriori»: R. BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Dir. pen. contemp.*, p. 1 s.

rilevantissimo: l'ipotesi di causalità generale deve essere provata, calata nel contesto storico e verificata.

Il terzo merito attiene al ragionamento sulla dimensione individuale probatoria: tale ragionamento si basa sul principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, all'interno di un paradigma di probabilità logica, attraverso il criterio della razionalità/ragionevolezza argomentativa e avente un esito non di certezza assoluta, ma di credibilità razionale. Si tratta del passaggio forse più significativo in assoluto, perché consente di cogliere il cuore dello stesso ragionamento giuridico che non si basa su conoscenze scientifiche, ma per l'appunto su una verifica di razionalità per giungere a un risultato di credibilità. Nulla di certo in termini deduttivi, perché la certezza risulta impossibile, ma tutto credibile perché razionalmente giustificabile.

3.2. Il grande limite: la compensazione della probabilità statistica con la probabilità logica.

Ebbene, posti questi meriti, veniamo al limite, al germe. La sentenza Franzese, com'è notissimo, ha affermato che nella spiegazione della catena causale oltre alle leggi universali si possono utilizzare anche le leggi statistiche, purché si sia in grado di escludere i decorsi causali alternativi: «lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...] Poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto [...] l'ipotesi ricostruttiva formulata in partenza sul nesso di condizionamento tra condotta umana e singolo evento potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo, secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo in settori nevralgici per la tutela dei beni primari [...] Tutto ciò significa che il giudice [...] è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare»⁷.

E la giurisprudenza successiva ha confermato, precisandolo, tale assunto: «resta un'ultima, ormai consueta domanda: è possibile superare nell'ambito del giudizio concreto la probabilità statistica per giungere ad un giudizio di certezza (espresso in termini di probabilità logica, o corroborazione, o credibilità razionale)? La risposta è in linea astratta prudentemente positiva. E l'itinerario è sempre quello già indicato,

⁷ Cass. pen., Sez. Un., n. 30328/2002, Franzese.

rapportato alle peculiarità del caso. Basta a tale riguardo richiamare quanto sopra esposto: ipotesi (abduzione) ed induzione (la copiosa caratterizzazione del caso storico) che si confrontano e si integrano dialetticamente. Orbene, perché questo itinerario possa essere percorso occorre che le contingenze del caso concreto siano appunto se possibile copiose e comunque significative; e, per le loro peculiari caratterizzazioni, riescano a risolvere il dubbio insito nel carattere probabilistico del sapere utilizzato nell'inferenza deduttiva [...] nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali»⁸.

D'altra parte, questo modo di ragionare, se da un lato ha offerto un importantissimo contributo nel rinnovare le modalità di analisi dei problemi in tema di causalità, dall'altro lato, deve essere sottoposto a un attento vaglio critico.

Nodo centrale è che alla base di questo ragionamento v'è l'idea che il grado di probabilità statistica (relativa alla causalità generale, vale a dire alla ipotesi esplicativa generale) possa essere bilanciato, compensato dalla probabilità logica (relativa alla causalità individuale, vale a dire alla ipotesi esplicativa concreta): in termini di realistica certezza processuale, decisivo non è il coefficiente percentuale più o meno elevato di probabilità frequentista desumibile dalla legge di copertura utilizzata; ciò che conta è poter ragionevolmente confidare nel fatto che la legge statistica in questione trovi applicazione anche nel caso concreto oggetto di giudizio, stante l'alta probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi.

Tuttavia, nel momento in cui la probabilità c.d. statistica viene bilanciata e compensata dalla probabilità logica, quest'ultimo criterio, invece di venire in gioco nel momento c.d. individualizzante, vale a dire nel momento di verifica dell'ipotesi formulata in astratto, alla fine finisce per essere impiegato già durante il primo momento del decorso causale reale, quando cioè si formula la stessa ipotesi esplicativa scientificamente fondata (momento c.d. generalizzante).

Detto in altri termini, sulla base del ragionamento condotto dalla giurisprudenza, la credibilità razionale, e quindi il ragionamento induttivo su cui tale credibilità razionale si basa, giocano un ruolo decisivo non solo sul piano processuale, al momento della verifica probatoria del decorso causale ipotizzato, ma anche e ancor prima sul piano sostanziale, al momento della spiegazione del decorso causale, vale a dire della ricostruzione in astratto dell'ipotesi del decorso causale, e ciò perché la verifica probatoria concreta, caratterizzata dalla certezza processuale, finisce per sostituirsi alla certezza c.d. assoluta che invece deve caratterizzare la ricostruzione sostanziale ed astratta del decorso. Con la conseguenza che, già a livello "generale", la spiegazione può conoscere una certa flessibilizzazione, purché poi sia compensata dalla solidità della verifica probatoria, a sua volta basata sulla probabilità logica e la credibilità razionale.

Tuttavia, quando si ha a che fare con il decorso causale reale, la probabilità logica, se ha da giocare un ruolo, lo può giocare solo ed esclusivamente in ambito processuale, al momento della verifica dell'ipotesi esplicativa generale ed astratta e scientificamente

⁸ Cass. pen., Sez. IV, n. 43786/2010, Cozzini.

fondata, mentre al momento della individuazione della spiegazione scientifica del decorso non ci si può basare che sulla certezza assoluta, ponendosi altrimenti a rischio il principio di personalità della responsabilità penale nel suo contenuto più significativo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Facciamo un esempio: poniamo il caso che una determinata patologia possa essere spiegata alla luce di due diversi agenti, rispettivamente per il 50% e il 20% dei casi, ma che per il 30% dei casi non possa essere spiegata. Ebbene, in questa ipotesi, ai fini della spiegazione scientifica non sembra possibile adottare la spiegazione scientifica del 50%, escludendo il decorso alternativo del 20%, in quanto, anche se si escludesse quest'ultimo decorso, resterebbe pur sempre una quota del 30% ignota, con la conseguenza che l'evento concreto potrebbe essere il frutto proprio di questo 30%.

Ecco che, mentre si possono escludere decorsi causali alternativi nel caso del mesotelioma pleurico rispetto al quale si conoscono tutte le cause possibili, al contrario non risulta possibile escludere decorsi causali alternativi nel caso del carcinoma polmonare, così come non si può affermare la sussistenza di un effetto acceleratore in virtù di riscontri meramente epidemiologici.

4. Le recenti condanne in tema di amianto basate proprio sulla "compensazione Franzese".

Alla luce di tutte queste precisazioni si può tornare al presente e al contrasto giurisprudenziale che affligge i processi per amianto. Ebbene la soluzione che attribuisce efficacia causale all'esposizione successiva si basa proprio su una legge statistica e sulla correzione mediante probabilità logica affermata dalla sentenza Franzese e precisata dalla sentenza Cozzini.

Ci sia permesso riportare un'altra lunga citazione di una sentenza recente: «ci troviamo frequentemente di fronte a leggi scientifiche che affermano relazioni causali a contenuto probabilistico, che non si manifestano cioè immancabilmente, essendoci solo un incremento della probabilità degli effetti. Come già affermato da questa sezione, "l'epidemiologia è nata proprio per condurre con metodo scientifico la verifica critica in ordine alla fondatezza dell'ipotesi eziologica basata sul dato statistico costituito dall'incremento di probabilità". Il che, da un punto di vista epistemologico, ha sicuramente rilevanza, seppure a determinate condizioni. E' corretto affermare, sul piano della causalità generale, che un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con un'alta probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo elemento che annulla il significato causale della relazione probabilistica. In altri termini, l'enunciato scientifico generale sulle proprietà oncogene di una sostanza non è ancora sufficiente nel ragionamento probatorio, dovendo il giudice vagliare la pertinenza di tale informazione nel caso concreto sottoposto al suo vaglio, momento che segna il passaggio dalla causalità generale a quella individuale (cfr., in motivazione, sez. 4 n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini e altri, Rv. 248943). Peraltro, come ben evidenziato nella pronuncia richiamata, l'utilizzabilità di generalizzazioni probabilistiche era già stata riconosciuta dalle Sezioni Unite di questa Corte 35 (cfr. Sez. U. n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese)

che avevano considerato utopistico un modello di indagine affidato esclusivamente alla forza esplicativa di leggi universali o quasi. Il che impone, nel campo dell'accertamento dei fatti penalmente rilevanti e della responsabilità penale, un particolare rigore nell'indagine causale e un approccio critico da parte dell'interprete, poiché "la teoria del caso concreto deve confrontarsi con i fatti, non solo per rinvenirvi i segni che vi si conformano ma anche e forse soprattutto per cercare elementi di critica, di crisi" (in motivazione sez. 4, Cozzini citata) e la valutazione deve concludersi con un giudizio di elevata probabilità logica, di credibilità razionale dell'ipotesi esplicativa (sul punto cfr. anche Sez. U. Franzese, Rv. 222138). Anche in questa sede, peraltro, è opportuno sottolineare che la valutazione che si conclude con il giudizio di elevata probabilità logica, di credibilità razionale dell'ipotesi esplicativa, ha un ineliminabile contenuto valutativo, sfugge cioè a ogni rigida determinazione quantitativa, manifestandosi con essa il prudente apprezzamento e il libero, seppure non arbitrario, convincimento del giudice»⁹.

Ed ancora nello stesso senso, la Corte di legittimità ha affermato quanto segue: «il nodo fondamentale da sciogliere, sotto il profilo dell'accertamento del nesso causale tra le condotte contestate e l'evento costituito dall'insorgere di patologie asbesto - correlate, è stato individuato puntualmente dalla sentenza Cozzini, che tuttora costituisce un imprescindibile punto di riferimento in subiecta materia. Vi si afferma, in particolare, che l'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa, all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescò del processo carcinogenetico. Esaminando la questione sul piano generale, l'individuazione del nesso causale deve quindi muovere dall'accertamento (di una generalizzata regola di esperienza o) di una legge scientifica di copertura, la quale a seconda dei casi può essere universale o statistica, dove per legge scientifica universale si intende quella in base alla quale la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento; per legge scientifica statistica si intende invece quella in base alla quale il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi, con la conseguenza che queste ultime sono tanto

⁹ Cass. pen., Sez. IV, n. 22022/2018, Tupini.

più dotate di validità scientifica quanto più possono trovare applicazione in un numero sufficientemente alto di casi e sono suscettive di ricevere conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali e controllabili»¹⁰.

Ebbene, non possiamo fare altro che ribadire con forza e fermezza che imputare un evento sulla base di una legge statistica, limitandosi a rafforzare la prova della stessa attraverso le evidenze fattuali del caso concreto per giungere a una maggiore credibilità razionale, comporta il rischio di una responsabilità per fatto altrui.

5. Il ruolo dei giudici di merito e di legittimità davanti ai contrasti esplicativi.

In tempi più recenti, il tema della causalità rispetto all'amianto si è arricchito di una questione ulteriore, relativa al ruolo che la Corte di cassazione deve svolgere nel vaglio della sentenza di merito circa la scelta della legge scientifica allorquando sussiste un contrasto all'interno della scienza.

Anzitutto, si deve ribadire la distinzione tra incertezza/contrasto probatorio e incertezza/contrasto esplicativo. Il contrasto probatorio, come abbiamo visto, si ha quando all'interno di un processo vengono prospettate ipotesi di decorsi causali alternativi, ipotesi che però risultano essere tutte scientificamente fondate. In questo caso non si contesta la portata scientifica di una ricostruzione causale, bensì si dibatte della plausibilità sul piano della effettiva verifica storica di determinate ipotesi causali e rispetto a queste ipotesi, come abbiamo visto, il giudice è "libero" di scegliere l'opzione che, alla luce delle evidenze dei fatti, riterrà maggiormente fondata sul piano probatorio rispetto al caso concreto.

Diversamente, un reale problema di incertezza scientifica sorge quando la stessa spiegazione causale di un determinato decorso viene già in astratto contestata sul piano scientifico. In questa ipotesi ciò che si contesta è la stessa legge scientifica esplicativa del decorso.

Ebbene, in presenza di un contrasto sulla efficacia esplicativa delle leggi scientifiche, il contegno del giudice risulta effettivamente problematico perché, se si dovesse ragionare in termini rigorosi, si dovrebbe concludere nel senso che in queste ipotesi il giudice non può che alzare le mani e arrendersi davanti alla inesplicabilità del decorso causale. Nel momento in cui esperti del sapere scientifico che viene in gioco nel singolo processo non si trovano d'accordo in ordine all'efficacia esplicativa di una determinata legge, la conclusione non potrebbe che essere nel senso della irresponsabilità. Anche perché, se al giudice si attribuisse un ruolo nella scelta tra le due opzioni ricostruttive, o il giudice entrerebbe nell'ambito scientifico che non gli compete oppure si scivolerebbe da una prospettiva deduttiva a una prospettiva induttiva, che tuttavia, come abbiamo detto più volte, attiene alla prova dei fatti e non alla ricostruzione del decorso causale reale.

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, n. 34341/2020, Mo; negli stessi termini, Cass. pen., Sez. IV, n. 38029/2022, Grandi e altri.

D'altra parte, non si può nemmeno negare la circostanza che nelle singole ipotesi concrete si ponga l'esigenza di un certo vaglio da parte del giudice in ordine alla affidabilità di una determinata legge scientifica che si pone in discussione, anche perché, diversamente, si verrebbe a creare una situazione per cui è sufficiente esprimere il minimo dubbio sulla efficacia esplicativa di una determinata legge scientifica per indurre alla conclusione della irresponsabilità del soggetto. Ed è in queste ipotesi che si viene a creare un intreccio tra dimensione sostanziale e dimensione processuale particolarmente delicato e complesso.

Ebbene, la Corte di cassazione attraverso la sentenza Cozzini ha affermato che «tale incertezza chiama in causa questa Corte Suprema non per stabilire se la legge scientifica sia affidabile o meno, questione sulla quale essa non ha proprio alcuna competenza o qualificazione; quanto piuttosto per definire quale debba essere l'itinerario razionale di un'indagine», finendo così per attribuire al giudice di merito il compito di verificare la fondatezza delle leggi esplicative, ragion per cui il giudice di merito dovrà verificare «se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione», impiegando criteri di valutazione critica in ordine alla attendibilità scientifica delle leggi esplicative (esame degli studi che la sorreggono; ampiezza, rigorosità oggettiva della ricerca; grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; discussione critica; attitudine esplicativa; grado di consenso nella comunità scientifica).

Ebbene, a ben vedere, questo rinvio al giudice di merito è del tutto ragionevole ed ha senso quando l'incertezza sulla spiegazione scientifica si pone – per così dire – per la prima volta, all'interno di un specifico procedimento, o comunque inizia ad affacciarsi in alcuni procedimenti. In questa ipotesi, non c'è dubbio che possano e debbano operare i criteri della sentenza Cozzini che, com'è noto, rimettono al giudice di merito la valutazione della affidabilità della legge scientifica, sia perché la prospettazione di qualsiasi dubbio potrebbe divenire un espediente artificioso per portare ad escludere la responsabilità; sia perché, riproducendosi nel processo quel dibattito che è vivo nella comunità scientifica, è ben possibile che il giudice opti per la ricostruzione scientifica più plausibile in virtù della sua capacità di resistere all'urto del contraddittorio tra i saperi; sia perché la Corte di legittimità non può prendere posizione sulla fondatezza di una legge scientifica.

E se per certi aspetti in queste ipotesi il giudice di merito finisce per assumere una posizione giuridica sulla scienza, tuttavia, tale presa di posizione ci sembra in definitiva ragionevolmente ammissibile soprattutto se poi si adottano due accorgimenti. Da un lato, appare evidente che se già all'interno degli stessi gradi del procedimento si viene a creare un contrasto, la Cassazione non può non prendere atto che iniziano ad esserci ragioni per ritenere la sussistenza di un'incertezza esplicativa. Inoltre, per controbilanciare possibili condanne contraddette da successive scoperte scientifiche, si potrebbe pensare a una ipotesi di revisione del processo *pro reo* nel momento in cui l'incertezza scientifica risulta essere – per così dire – successivamente confermata.

Tuttavia, la vicenda dell'amianto non è riconducibile a questa ipotesi. Qui l'incertezza della spiegazione è presente ormai da quasi trent'anni e ha dato luogo ad

esiti processuali contrastanti non soltanto nel merito, ma addirittura all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità¹¹.

Ebbene, là dove il contrasto all'interno della scienza rispetto all'esplicazione di un certo fenomeno risulta confermata addirittura da esiti giudiziali opposti, già solo di merito, ma a maggior ragione se di legittimità, è del tutto evidente che manca una certezza non soltanto scientifica ma a questo punto anche – per così dire – giuridica in ordine alla spiegazione, e che questa mancanza di certezza non può essere risolta rinviando ancora una volta al giudice di merito affinché vada a sindacare il valore scientifico delle diverse spiegazioni, in quanto stavolta al giudice verrebbe davvero attribuito un ruolo che non sarebbe di mero fruitore delle leggi scientifiche, ma piuttosto di valutatore delle stesse. Senza considerare che nelle ultime sentenze della Cassazione non si è mai cassata una sentenza di merito che affermava la causalità, mentre si sono annullate con rinvio tutte quelle che negavano la causalità.

Ecco allora che in presenza di un dubbio che risulta insuperabile in virtù della sussistenza di esiti processuali differenti, la Corte di cassazione non dovrebbe fare altro che prendere atto dell'incertezza scientifica con conseguente esclusione della responsabilità¹². E tale esclusione deve avvenire non sulla base della presenza di un dubbio che deve giocare a favore della persona imputata, perché in realtà non si stanno ponendo problemi di prova, ma per evitare la violazione del principio di personalità della responsabilità penale.

6. Nuovi scenari strutturali in tema di causalità: la “compensazione Franzese” applicabile al decorso causale ipotetico.

Tornando alla configurazione generale della causalità, a questo punto si possono compiere alcune considerazioni.

Due considerazioni riguardano i decorsi causali alternativi. Da un lato, si può affermare che i decorsi causali alternativi possono essere esclusi soltanto se si conoscono in termini scientifico-esplicativi tutte le cause possibili ovvero se si è in presenza di una spiegazione certa.

Dall'altro lato, si può osservare che se per l'esclusione dei decorsi causali alternativi si richiede la conoscenza di tutte le cause possibili, tale esclusione non gioca un ruolo sul piano sostanziale, ma sul piano processuale. Detto diversamente, solo in

¹¹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, n. 2, p. 597 ss.; e nella versione più ampia *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., p. 1 ss.; ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, ivi, 2014, p. 1 ss.

¹² Nello stesso senso sembra esprimersi oggi anche R. BLAIOTTA, *L'educazione sentimentale del giudice*, cit.: «lo scenario della giurisprudenza italiana costituisce un unicum nel panorama internazionale e dovrebbe essere guardato nel suo complesso. Si vuol dire che questa perdurante incertezza, questa ripetizione di pronunzie di segno opposto, dovrebbe esser vista, alla fine, come la conseguenza di un dubbio irresolubile. E c'è da sperare che giudici sentimentalmente virtuosi nei sensi indicati, sappiano prenderne atto».

presenza di leggi scientifiche esplicative certe si pone poi il problema di individuare, tra le ipotesi possibili, quella che viene effettivamente in gioco e qui la questione diviene prettamente processuale. Così, ad esempio, con riferimento ai casi di contagio da HIV la questione della esclusione dei decorsi causali alternativi non si gioca sul piano sostanziale, ma su quello processuale. E in queste ipotesi, a ben vedere, non si pone un problema di spiegazione del decorso causale reale, in quanto si tratta di una spiegazione scientifica certa. Piuttosto, si pone un problema di prova in ordine all'ipotesi di decorso causale che si ritiene effettivamente esistente nel caso concreto. Posto infatti che non si discute della causa della morte, problematica diventa la ricostruzione probatoria degli ulteriori fattori causali che tuttavia dal punto di vista della spiegazione scientifica "generalizzante" possono essere considerati scientificamente fondanti la responsabilità: insomma, la morte è sempre dovuta ad hiv di cui si conosce la spiegazione scientifica con certezza, ma si tratta di provare se l'infezione sia avvenuta per trasfusione, scambio di siringhe oppure rapporto sessuale.

Altre tre considerazioni riguardano i concetti di probabilità logica e credibilità razionale. Anzitutto, probabilità logica e credibilità razionale non possono operare rispetto alla causalità generale, rispetto alla spiegazione dell'evento, come correttivi dell'incertezza scientifica: una soluzione di questo tenore può comportare la violazione del principio di personalità della responsabilità penale.

Piuttosto, in secondo luogo, e conseguentemente, probabilità logica e credibilità razionale sono riferibili alla causalità individuale, alla prova del decorso causale reale: è la dimensione processuale che reclama il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e che quindi si basa su un criterio di probabilità logica e su una certezza basata sulla credibilità razionale.

Non solo, ma a ben vedere, ed ecco la terza considerazione, probabilità logica e credibilità razionale risultano consustanziali anche al decorso casuale ipotetico¹³. Ed infatti, proprio perché si tratta di un paradigma predittivo, rispetto a questo paradigma non si può parlare di certezza assoluta, ma soltanto di certezza basata sulla credibilità razionale. Detto diversamente, il paradigma probatorio e quello del decorso causale ipotetico hanno una struttura nella sostanza identica. Con la conseguenza che l'idea di bilanciare la percentuale probabilistica con la probabilità logica se non ha senso che operi rispetto al decorso causale reale, ha senso invece che operi rispetto al decorso causale ipotetico ovvero rispetto all'efficacia del comportamento alternativo lecito. In questo ambito, infatti, trattandosi di una percentuale che non è probabilistico/statistico-esplicativa, ma probabilistico-prognostica, la probabilità "astratta" che un certo comportamento "salvi" il bene giuridico tutelato, deve essere confrontata con le particolarità del caso concreto, le quali potranno modificare la prognosi in rapporto alla situazione concreta fino addirittura ad escluderla. Subentra così in questo secondo passaggio un momento valutativo, "vago", articolato alla luce della base induttiva, cioè delle peculiarità del caso concreto, che si esprimerà in termini di probabilità logica:

¹³ R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit.; nello stesso senso anche C.E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *questa Rivista*, 2015, 1514.

espressione che designa non un dato numerico ma un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di speciale credibilità razionale.

7. Le ragioni per rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Non deve meravigliare che il problema della spiegazione causale non si ponga tanto in tema di responsabilità medica, quanto piuttosto rispetto all'impiego di sostanze pericolose. Ed infatti, rispetto alla medica vi sono conoscenze scientifiche certe, la spiegazione causale c'è, la causa della morte si conosce praticamente sempre.

Rispetto alla medica il grande problema è il decorso causale ipotetico e soprattutto l'esame della efficacia del comportamento alternativo lecito, spesso tralasciato dalla giurisprudenza anche se negli ultimi anni si assiste a una maggiore attenzione per questo tema, che poi altro non era che il tema che era stato sottoposto alle Sezioni Unite con l'ordinanza Franzese.

Ebbene, rispetto al decorso causale ipotetico, è del tutto fisiologico imputare l'evento in presenza di percentuali basse, trattandosi di un giudizio strutturalmente probabilistico, ed è esattamente qui che la percentuale bassa deve essere non soltanto compensata, ma addirittura verificata attraverso l'individuazione dell'esistenza di eventuali fattori che incidono sull'efficacia del comportamento alternativo lecito.

Quindi quel ragionamento compensatorio che la Franzese compie per il decorso reale, non vale per quest'ultimo, ma vale per quello ipotetico, anche perché qui tutto si gioca in termini ipotetici e deve essere verificato in termini di razionalità con esiti di credibilità.

Seconda conclusione. A ben vedere, avrebbe senso riprospettare una questione in tema di causalità davanti alle Sezioni Unite, non tanto per vagliare l'esistenza o l'assenza di una legge scientifica relativa all'effetto acceleratore¹⁴: un vaglio del genere non riguarda interpretazioni giuridiche, ma giudizi scientifici rispetto ai quali non si crede che le Sezioni Unite potrebbero prendere posizione. Non solo, ma v'è ormai accordo assoluto nel ritenere che la legge che spiega l'effetto acceleratore sia una legge statistica.

Piuttosto la questione potrebbe essere riproposta in ordine non soltanto alla utilizzabilità o meno delle leggi statistiche sul piano del decorso causale reale, ma anche e soprattutto in ordine alla possibilità/legittimità di correggere/compensare, sempre rispetto al decorso causale reale, la probabilità statistica mediante la probabilità logica. Tema di diritto, relativo all'interpretazione giuridica e alla struttura della causalità, e più precisamente alla struttura del decorso causale reale. E il rispetto dei nostri principi costituzionali, gravanti anche sul potere giudiziario, ormai lo imporrebbe.

¹⁴ M. ROMANO-F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1129 ss.