

LA CAUSALITÀ OMISSIVA

SOMMARIO: 1. La causalità omissiva. - 2. La distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva. - 3. Come si accerta la causalità omissiva? - 4. Differenza tra causalità della condotta e c.d. causalità della colpa. - 5. Una diversa ipotesi ricostruttiva della causalità omissiva. - 6. Questioni specifiche legate all'esposizione all'amianto o ad altre sostanze tossiche. - 6.1. Le patologie multifattoriali. - 6.1.1. La contestazioni di reati di pericolo contro la pubblica incolumità. - 6.1.2. Il ruolo dell'epidemiologia nell'accertamento della causalità individuale. - 6.2. Patologie monofattoriali lungolatenti.

1. La causalità omissiva

La causalità omissiva si fonda sull'art. 40 cpv. c.p., che sancisce l'equivalenza normativa tra non impedire e cagionare, riservandola a chi è titolare della posizione di garanzia.

Le differenze con la causalità attiva sono innegabili e numerose.

- 1) La causalità attiva esiste in natura, quella omissiva no (perché naturalisticamente l'omissione non può causare nulla), ma è frutto di una **finzione normativa**.
- 2) La causalità attiva può essere generata da chiunque, quella omissiva **solo dal "garante"**, cioè da chi, in base all'art. 40, co. 2, c.p. ha l'obbligo di impedire l'evento.
- 3) La causalità attiva si accerta formulando un giudizio controfattuale ipotetico; in quella omissiva le ipotesi da compiere diventano due (non basta rimuovere mentalmente la condotta, ma occorre ipotizzare anche la condotta doverosa attiva che è stata omessa dal garante). Si tratta quindi di un **giudizio controfattuale doppiamente ipotetico**.

- 4) Nella causalità attiva l'incertezza deriva dalla pluralità dei fattori causali alternativi (le cause possibili sono plurime e non si sa quale abbia realmente operato); nella causalità omissiva **l'incertezza riguarda solo la capacità salvifica della condotta doverosa omessa** (si sa esattamente come sono andate realmente le cose e ci si chiede se la condotta doverosa che è stata omessa avrebbe potuto scongiurare l'evento).
- 5) Nella causalità attiva la differenza tra causalità della condotta e c.d. causalità della colpa (*id est* l'evitabilità dell'evento attraverso il comportamento imposto dalla regola cautelare) è evidente; nella causalità omissiva, come vedremo, tendono a coincidere (anzi, coincidono in base alla tesi prevalente in giurisprudenza).

2. La distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva

Il problema della distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva si pone frequentemente, in quanto anche la condotta attiva presenta normalmente dei profili omissivi (ad es.: l'omissione delle cautele da cui origina la colpa) e, a sua volta, la condotta omissiva può celarsi dietro una condotta che si presenta materialmente attiva (il medico non si accorge che il paziente ha una certa patologia e, con una condotta naturalisticamente attiva, gli somministra cure che si rivelano inutili, nel senso che non modificano il naturale decorso causale, innestato dal preesistente fattore di rischio, che porta poi al decesso del paziente).

Tra i vari criteri distintivi proposti, il più convincente è il seguente: nella **causalità attiva** si imputa al soggetto di aver **innescato il fattore di rischio** (che dunque prima non c'era) che porta all'evento lesivo. In **quella omissiva** si rimprovera all'agente di **non aver neutralizzato** il fattore di rischio preesistente che porta all'evento.

Ad esempio, se si contesta al medico di aver determinato con la propria condotta (ad es. la somministrazione di un farmaco inappropriato) il peggioramento dello stato di salute del paziente, la condotta è commissiva. Se, invece, il peggioramento del-

le condizioni di salute del paziente si sia verificato dal punto di vista naturalistico per effetto esclusivo della patologia di cui il paziente già soffriva e si imputa al medico semplicemente di non aver adottato quei presidi terapeutici che secondo la scienza medica avrebbero consentito di contrastare efficacemente il decorso patologico già in atto, l'addebito sarà omissivo, rimproverandosi qui al medico, per l'appunto, di non aver modificato un evento materialmente riconducibile al decorso naturale della malattia.

3. Come si accerta la causalità omissiva?

Così individuato il discrimine tra condotta attiva e condotta omissiva, occorre evidenziare che secondo una parte della dottrina (cfr. VIGANÒ, MASERA, VENEZIANI), in ipotesi di causalità omissiva lo schema di accertamento del nesso causale indicato nella sentenza *Franzese* non è in grado di operare. In caso di omissione, infatti, l'indagine volta a verificare se l'evento sia spiegabile come conseguenza di fattori causali alternativi rispetto alla condotta dell'imputato risulta superflua, in quanto già sappiamo che l'evento è derivato da un fattore di rischio del tutto indipendente e distinto rispetto alla condotta reale dell'imputato, la quale non ha avuto alcuna influenza sul reale decorso causale degli eventi.

Qui, una volta accertata la causa naturale dell'evento lesivo, la verifica probatoria decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità è piuttosto tutta incentrata sul giudizio di natura **predittiva** (e non **esplicativa**), relativo a ciò che sarebbe accaduto nell'ipotesi in cui l'imputato avesse compiuto la condotta doverosa. In altri termini, l'accertamento del nesso causale nei reati omissivi impropri si esaurisce nella domanda se la condotta doverosa omessa avrebbe avuto la capacità di contrastare il decorso causale già in atto.

Per rispondere a tale domanda il giudice dovrà verificare se sussista una **legge scientifica che asserisca la generale efficacia salvifica** di una determina classe di condotte rispetto ai fattori causali già in atto.

Come è stato ulteriormente evidenziato in dottrina, tale legge, laddove esista, avrà sempre, o molto spesso, una struttura probabilistica, indicando, al più, con quale probabilità quella condotta avrebbe sortito l'effetto sperato, impedendo la verifica dell'evento lesivo. Si tratterà allora di stabilire se quella probabilità statistica (e non logica, nel senso affermato dalla sentenza *Franzese*) potrà ritenersi sufficiente ad accertare il rapporto di causalità.

La sentenza *Franzese*, come già si è visto, ha affermato che, anche per la causalità omissiva, occorre un livello di probabilità logica confinante con la certezza ("ogni oltre ragionevole dubbio") ed ha indicato nell'indagine sui fattori causali alternativi il "metodo" per risalire dalla probabilità statistica a quella logica.

Il problema è che rispetto alla causalità omissiva, non esistendo per definizione fattori causali alternativi (perché essa presuppone la conoscenza del reale decorso causale), questo metodo non risulta applicabile. Ne deriva che il passaggio dalla probabilità statistica (circa la capacità salvifica della condotta omessa) e alla probabilità logica risulta estremamente complesso.

La stessa giurisprudenza mostra a volte imbarazzo, nella misura in cui, pur prestando formale ossequio ai principi enunciati dalla sentenza *Franzese*, in molti casi, specie di fronte a condotte omissive contestate a medici, ricorre a motivazioni apodittiche quando tenta di spiegare come mai, la condotta omessa (che statisticamente ha, ad esempio, una capacità salvifica del 50%) nel caso di specie avrebbe certamente salvato la vita di quella particolare vittima.

La sentenza *Thyssen* (Cass. Sez. Un., 18 maggio 2014) si è confrontata con tali obiezioni, e – pur dando atto delle maggiori difficoltà di raggiungere la certezza processuale in caso di causalità omissiva e del tendenziale appiattimento della causalità omissiva sulla colpa (o, meglio, sulla c.d. causalità della colpa) –, ha, comunque, ribadito, nella sostanza, il principio già enunciato dalla sentenza *Franzese*, aggiungendo solo che in caso di causalità omissiva il passaggio dalla probabilità statistica alla probabilità logica si fa non guardando ai fattori causali alternativi (che nella causalità omissiva, come detto, non ci sono), ma guardando alle **peculiarità del caso concreto**. Ad esempio: quando la legge scientifica

dice che la condotta doverosa (omessa dal medico) avrebbe salvato la vita del paziente con una probabilità statistica del 30%, il passaggio alla probabilità logica (che deve essere vicino al 100%) avviene guardando ad alcuni dati concreti (es. età del paziente, complessivo stato di salute, tempo trascorso dall'insorgenza della malattia all'arrivo in ospedale), i quali potranno consentire al giudice di ritenere "certo", oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta doverosa omessa avrebbe avuto efficacia salvifica.

Anche questi "aggiustamenti" non sono, tuttavia, del tutto appaganti. Basti pensare che, a volte, la legge statistica, specie in campo medico-sanitario, è già calibrata sulla peculiarità del paziente (nel senso che il coefficiente statistico muta in dipendenza dell'età, dello stato complessivo di salute, del tempo di intervento del medico rispetto all'emersione dei primi sintomi), il che non consente di utilizzare tali peculiarità per risalire alla probabilità logica.

In ogni caso, non vi è dubbio che il livello di certezza che può essere raggiunto in sede di accertamento della causalità omissiva non è paragonabile a quello della causalità commissiva. Un conto è dire: sono certo che sia stato il fattore A a causare l'evento X, perché l'unica possibile causa alternativa B certamente non ha operato nel caso concreto. Un altro conto è dire: questo paziente si sarebbe certamente salvato se il medico fosse intervenuto in tempo, perché, pur essendo vero che statisticamente se ne salva solo uno su due, nel caso concreto, la giovane età della vittima, il suo buono stato di salute, la tempestività dell'intervento medico, avrebbero certamente dato un esito salvifico.

Questa seconda "certezza" rimane comunque una congettura indimostrata ed è spesso sorretta, come si accennava, da motivazioni apodittiche.

4. Differenza tra causalità della condotta e c.d. causalità della colpa

Pretendere in sede di accertamento della causalità omissiva l'efficacia salvifica del comportamento doveroso omesso (e pre-

tendere che tale efficacia emerga oltre ogni ragionevole dubbio) determina un ulteriore inconveniente, che si traduce nella (indebita) sovrapposizione tra causalità della condotta (omissiva) e c.d. causalità della colpa.

Va ricordato che la colpa non è solo violazione della regola cautelare, ma è anche **prevedibilità** ed **evitabilità** dell'evento. La violazione della regola cautelare è solo l'elemento normativo della colpa. Occorre poi accertare il c.d. elemento soggettivo o psicologico, che si traduce nel giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento (condotto secondo il parametro relativistico del c.d. agente modello).

In particolare, l'evento deve essere **prevedibile** dall'agente modello, come conseguenza della violazione della regola cautelare. L'evento, inoltre, deve essere **evitabile** dall'agente modello ponendo in essere il comportamento alternativo lecito prescritto dalla regola cautelare.

L'indagine sull'**evitabilità** implica un giudizio di tipo controfattuale che rassomiglia a quello che viene compiuto in sede di causalità (si tratta, invero, di sostituire mentalmente alla condotta reale la condotta prescritta dalla regola cautelare e di chiedersi se, ponendo in essere il comportamento alternativo lecito, l'evento lesivo viene meno).

La c.d. **causalità della colpa**, secondo l'insegnamento tradizionale, si accerta in base al parametro del c.d. **aumento del rischio**: l'evento è evitabile se il comportamento prescritto dalla regola cautelare avrebbe diminuito la probabilità della sua verifica (e, quindi, l'inosservanza cautelare ha **aumentato il rischio** di verifica) (sul tema v. *funditus* Parte V, cap. I).

In questo caso non si richiede la certezza perché la funzione della regola cautelare non è il c.d. rischio zero. **La regola cautelare ha lo scopo di ridurre il rischio insito in attività comunque pericolose (ma autorizzate in quanto socialmente utili)**. Non avrebbe quindi senso pretendere che l'osservanza della regola cautelare elimini ogni rischio (può soltanto ridurlo).

La **differenza tra causalità della condotta e causalità della colpa** è netta in caso di **causalità attiva**.

Ad es., Tizio investe un pedone, violando i limiti di velocità.

Al fine di accertare la causalità della condotta, il giudice elimina mentalmente la condotta di Tizio nella sua integralità (senza sostituirla con una diversa condotta conforme alla regola cautelare) e giunge alla conclusione che, oltre ogni ragionevole dubbio, l'evento lesivo non si sarebbe verificato senza l'investimento.

A questo punto, si deve accertare la colpa e, quindi, compiere le seguenti ulteriori verifiche: *a)* Tizio ha violato la regola cautelare sui limiti di velocità; *b)* l'evento lesivo è conseguenza prevedibile di tale violazione; *c)* se avesse osservato i limiti di velocità l'evento probabilmente (non serve la certezza processuale, la probabilità oltre ogni ragionevole dubbio: basta l'aumento del rischio) non si sarebbe verificato.

Se dovesse risultare che, data la particolarità della situazione concreta, il rischio di verificazione dell'evento non si sarebbe ridotto neanche osservando la regola cautelare, manca un elemento della colpa. In questo caso il fatto è tipico (Tizio ha causato l'evento lesivo), ma non costituisce reato perché non c'è colpa.

In **caso di causalità omissiva**, invece, i due momenti (causalità della condotta e della colpa) finiscono per coincidere. Il medico non si accorge dei sintomi dell'infarto e quindi somministra una cura inutile. Secondo la giurisprudenza, per accertare la causalità dell'omissione, occorre essere certi, oltre ogni ragionevole dubbio, che il comportamento alternativo lecito prescritto dalla regola cautelare al medico modello avrebbe scongiurato la morte per infarto. Di fronte a leggi scientifiche spesso connotate da coefficienti di probabilità statistica molto lontani a 100, questa verifica diventa estremamente difficile da compiere e finisce spesso per tradursi in un giudizio apodittico, compiuto valorizzando le circostanze del caso concreto (l'età del paziente, il suo stato di salute, il momento in cui è giunto in ospedale *etc.*). In questo caso, inoltre, si finisce per pretendere che la regola cautelare azzeri il rischio (il che è un compito, come si è detto, estraneo alla naturale funzione della regola cautelare).

5. Una diversa ipotesi ricostruttiva della causalità omissiva

Proprio prendendo spunto dalle difficoltà che si incontrano

nell'applicare i criteri indicati dalla sentenza *Franzese* alle ipotesi di causalità omissiva (che è, peraltro, proprio il caso di cui si occupa la sentenza *Franzese*) si propone, allora, in dottrina (VIGANÒ), di prendere atto dell'irrinunciabile diversità tra causalità attiva e omissiva. Si evidenzia, in quest'ottica, che l'art. 40, co. 2, c.p. non richiede affatto al giudice di accertare una causalità tra omissione ed evento (una causalità che *in rerum natura* è del resto inesistente poiché *ex nihilo nihil fit*); piuttosto la norma stabilisce una **mera equivalenza normativa tra la causalità reale e l'omesso impedimento dell'evento** che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, fissando così una regola di imputazione giuridica di un evento a un soggetto che, per definizione, non lo ha causato.

L'accertamento dell'elemento materiale della responsabilità *ex art. 40, co. 2, c.p.* si esaurisce, dunque, tutto nell'accertamento della verifica (per ciò stesso del suo mancato impedimento) dell'evento tipico e della sussistenza di un obbligo impeditivo (la c.d. posizione di garanzia) a carico del soggetto cui l'evento viene imputato.

La questione circa l'eventuale efficacia salvifica della condotta omessa dovrà, invece, porsi nel quadro della colpa del soggetto e, più in particolare, nel quadro del giudizio sulla c.d. causalità della colpa (giudizio che consiste proprio nella verifica di ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse conformato la propria condotta alla diligenza doverosa nella situazione concreta).

Si potrebbe obiettare che una simile soluzione rappresenti un passo indietro sul piano delle tutele, perché, in definitiva, ripropone il criterio dell'aumento del rischio rispetto alla causalità omissiva, superando il principio (certamente più garantista sul piano dell'enunciazione) della certezza oltre ogni ragionevole dubbio.

In concreto, tuttavia, abbiamo visto come quella certezza processuale in materia di causalità omissiva sia estremamente difficile da raggiungere e, di fatto, la giurisprudenza, seppure predicandola in astratto, in concreto addiviene spesso a sentenze di condanna sulla base di motivazioni che non danno realmente conto del percorso logico utilizzato per trasformare in certezza processuale un coefficiente statistico relativamente basso.

E allora, osservano i fautori della teoria in esame, il recupero delle garanzie dovrebbe avvenire, più che predicando principi “astratti” difficili da rispettare in concreto, su un altro piano, che dovrebbe essere quello di interpretare rigorosamente l’art. 40, cpv., circoscrivendo la categoria dei garanti ai soli soggetti effettivamente titolari di poteri impeditivi.

6. Questioni specifiche legate all’esposizione all’amianto o ad altre sostanze tossiche

La giurisprudenza degli ultimi anni si è spesso occupata dell’accertamento del rapporto di causalità con riferimento agli **eventi lesivi conseguenti all’esposizione a sostanze tossiche**.

Con riferimento a queste fattispecie, il primo problema che si pone attiene alla **qualificazione, come attiva o come omissiva**, della condotta addebitata al responsabile dell’impresa che gestisce il processo produttivo.

La giurisprudenza oscilla tra un indirizzo (più risalente nel tempo, ma tuttora prevalente) che qualifica come omissiva la condotta dei soggetti garanti della salute nell’impresa, valorizzando la componente omissiva relativa alla mancata adozione delle misure doverose (cfr. Cass., Sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, 22 marzo 2012, n. 24997; 21 dicembre 2011, n. 11197) e uno (**più recente**, ma ancora minoritario) secondo cui la condotta ha, invece, natura commissiva, sottolineando come, a monte della componente omissiva, vi siano scelte positive di politica aziendale (cfr. Cass., Sez. IV, 12 luglio 2012, n. 41184).

La **tesi preferibile in dottrina** sostiene la **natura commissiva della relativa condotta**: l’addebito è infatti quello di avere esposto i lavoratori, attraverso l’organizzazione del processo produttivo, a un fattore di rischio (il contatto con la sostanza tossica) ai quali essi non erano precedentemente esposti, e avere così innescato i decorsi causali che non si sarebbero prodotti senza quel processo produttivo.

In base ai principi della sentenza *Franzese* (qui certamente applicabili in quanto si tratta di causalità attiva), il giudice dovrà