

FRANCESCO MUCCIARELLI

FORMA DELLA CONDOTTA, SPIEGAZIONE  
CAUSALE COME PREMESSA LOGICA:  
LE NOTAZIONI ORIGINARIE  
DI CARLO ENRICO PALIERO



---

Isbn 9788828842613

*Estratto dal volume:*

**STUDI IN ONORE DI CARLO ENRICO PALIERO**

a cura di

CARLO PIERGALLINI, GRAZIA MANNOZZI, CARLO SOTIS, CHIARA PERINI,  
MARCO SCOLETTA, FEDERICO CONSULICH

con la collaborazione di Sara Bianca Taveriti

2022

FRANCESCO MUCCIARELLI (\*)

**FORMA DELLA CONDOTTA, SPIEGAZIONE CAUSALE  
COME PREMESSA LOGICA: LE NOTAZIONI  
ORIGINARIE DI CARLO ENRICO PALIERO**

SOMMARIO: 0. Premessa — 1. Reati di evento: forma della condotta, spiegazione causale come premessa logica — 2. La causalità ipotetica: la centralità delle notazioni originarie — 2.1. A proposito del termine “omissione” — 2.2. La descrizione dell’“omissione” — 2.3. Le peculiarità della causalità ipotetica — 2.4. La valutazione della portata impeditiva di Av (della condotta doverosa omessa) — 2.4.1. La confutazione dell’ipotesi accusatoria nella causalità ipotetica — 2.4.2. La misura della probabilità del non verificarsi dell’evento singolare — 3. La conclusione: la conferma delle notazioni originarie.

0. *Premessa.*

Quarantacinque anni fa un giovane assegnista di diritto penale nell’Università di Pavia, commentando un’importante monografia, consegnò alla riflessione penalistica (e non solo) due brucianti notazioni, profonde e innovative (1): caratteri, questi, la profondità del pensiero e la capacità di individuare strade nuove verso territori inesplorati, che hanno accompagnato e accompagnano il costante magistero di quel giovane assegnista, ora il Maestro che onoriamo.

Introdotte con *self-restraint* (quasi a volerne sbiadire l’originalità: vengono infatti indicate come implicitamente contenute nel volume commentato), le notazioni illuminano profili cruciali dell’analisi del reato sul versante della tipicità, segnando il percorso di ogni futura riflessione al riguardo.

Che il Maestro qui celebrato abbia ripreso e sviluppato soltanto occasionalmente (2) le intuizioni del giovane assegnista, avendo la sua ricerca attraverso

---

(\*) *Senior Professor di diritto penale dell’economia, Dipartimento “Angelo Sraffa”, Università Bocconi.* L’Autore avverte che, per rispettare il numero di pagine assegnato a ciascun contributo, le note sono limitate alle citazioni dirette.

(1) C.E. PALIERO, *Le fattispecie « causalmente orientate » sono davvero a « forma libera »? (tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1499 ss.

(2) Il riferimento è a C.E. PALIERO, *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821.

sato altri e molteplici territori della cultura penalistica con non minori profondità e lucida innovativa visione, nulla toglie a quelle risalenti potenti idee, di per sé sole bastevoli a mostrare quale fosse, sin dall'esordio, la materia della quale consisteva e consiste la riflessione del pensatore cui molto deve la scienza del diritto penale, e non solo.

1. *Reati di evento: forma della condotta, spiegazione causale come premessa logica.*

La prima delle due notazioni è svelata dalla domanda, volutamente retorica e insieme provocatoria, che forma il titolo del breve contributo: « Le fattispecie “causalmente orientate” sono davvero “a forma libera”? »; la seconda, difficile da rendere in modo altrettanto icastico, può essere così sintetizzata (a prezzo di qualche ‘assunzione tacita’): la ricostruzione della spiegazione causale dell’evento secondo il canone della sussunzione sotto legge scientifica (per giungere alla configurazione della nozione di ‘condizione contingentemente necessaria’) è la « “premesse logica” di ogni teoria causale » (3) e prescinde « dall’intervento o meno di successivi criteri normativi o comunque metanaturalistici, di selezione di antecedenti causali » (4).

Principiando dal dubbio in ordine alla (soltanto apparente) libertà di forma delle fattispecie causalmente orientate, è agevole avvedersi — una volta che la strada sia stata, come nel caso, indicata — che la *libertà della forma* è predicato che può essere riferito (al più) alla modalità fenomenica attraverso la quale si estrinseca la condotta dell’agente, modalità alla quale il legislatore si mostra indifferente, concentrando l’attenzione (il disvalore) sull’evento *causato* da quella condotta.

Procedendo in maniera analitica: se con il sintagma *modalità fenomenica* si designa (e si descrive) la forma assunta dalla condotta dell’agente (es: uso di arma da fuoco, uso di veleno e via seguitando), è ben possibile chiamare il delitto di omicidio (doloso) reato a forma libera, posto che il legislatore non descrive in alcun modo i tratti della condotta punibile sul versante della estrinsecazione fenomenica (attuale e concreta manifestazione sensibile).

La *libertà della forma* finisce però qui: a ben vedere, l’estremo di fattispecie che tale (apparente) libertà fa svanire (o che la limita, comunque, in modo rigido al profilo della manifestazione fenomenica) è costituito dal verbo “cagiona”:

---

(3) C.E. PALIERO, *Le fattispecie*, cit., p. 1505.

(4) C.E. PALIERO, *ibidem*.

nella connessione fra condotta ed evento consiste non soltanto il venir meno di una “forma libera”, altrimenti inappropriatamente estesa al collegamento causale, ma anche (e, vien da dire, soprattutto) la valorizzazione della pienezza della funzione tipizzante del nesso eziologico nell’economia delle figure incriminatrici di evento, ove la condotta diviene rilevante e, dunque, tipica, in quanto possa dirsi causa (*recte*: condizione contingentemente necessaria) dell’evento.

Ma se tipicità e determinatezza della fattispecie vengono assicurate da questa connotazione (che della condotta sia predicabile l’essere condizione contingentemente necessaria dell’evento), il paradigma della spiegazione secondo leggi scientifiche (attraverso il modello della abduzione selettiva) è non soltanto lo strumento euristico per apprezzare se quella determinata condotta è “causa” dell’evento (*recte*: uno dei fattori eziologici che lo hanno determinato), ma altresì un elemento costitutivo della fattispecie astratta. Elemento costitutivo necessariamente sotteso alla forma verbale con la quale il legislatore — nella varietà linguistica presente nelle incriminazioni — di volta in volta esprime il concetto di collegamento causale tra condotta ed evento *hic et nunc* verificatosi.

Riconosciuto con l’opera di Federico Stella che lo statuto dell’accertamento causale non può che procedere secondo il paradigma della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura per la qualificazione della condotta umana come condizione contingentemente necessaria dell’evento, discende che tale paradigma riempie sul piano contenutistico l’altrimenti vuota formula della *condicio sine qua non* espressa negli artt. 40 e 41 c.p. e, ad un tempo, diviene l’elemento strutturale della fattispecie astratta che permise al giovane assegnista dell’Università di Pavia di negare che le fattispecie causalmente orientate possano dirsi — *sic et simpliciter* — a forma libera.

Se non è revocabile in dubbio che — semplificando — lo schema causale codicistico rimanda al modello condizionalistico “puro” e che il procedimento di eliminazione mentale non costituisce strumento euristico efficiente forse neppure in un novero residuale di situazioni “semplici”, è allora la spiegazione secondo leggi scientifiche a innervare le figure incriminatrici di evento, consentendo l’istituzione di un legame forte tra quest’ultimo e la condotta non soltanto sul piano della tipizzazione della condotta stessa (che è tipica se e in quanto condizione contingentemente necessaria dell’evento), ma altresì sul piano della determinatezza.

È nelle regole, logicamente precedenti quelle del diritto penale e che, ad un tempo, governano e presidiano il (corretto) accertamento causale, che risiede dunque il vincolo di tipicità caratteristico della condotta al cospetto delle fattispecie dei reati di evento, per convenzione chiamati “a forma libera”.

Come anticipato, se ben si guarda, a venire in considerazione non è però il solo profilo della tipicità, bensì anche quello della determinatezza, posto che il

soddisfacimento dell'esigenza di disporre di elementi tali da sopportare il controllo e la verifica (in ogni momento e, in particolare, in giudizio) della sussistenza dell'estremo di fattispecie in discorso si presenta come ulteriore (e cruciale) funzione, coerente con il superiore principio di legalità.

Controllo e verifica resi possibili dall'impiego di un paradigma di accertamento (la sussunzione sotto leggi di copertura, strumentale alla denotazione della condotta come antecedente contingentemente necessario) che, in ragione della sua sostanziale oggettività, permette in ogni tempo di ricostruire i passaggi che lo costituiscono e, coerentemente, di sottoporne l'esito a un vaglio critico affidato a parametri razionali (*id est*: controllabili e verificabili).

È dunque un metodo scientificamente fondato a connotare e a dar corpo all'elemento costitutivo che innerva le figure incriminatrici causalmente orientate, in ciascuna delle quali esso viene introdotto tramite la forma verbale che designa il collegamento eziologico fra condotta ed evento nella figura astratta e che l'accertamento giudiziale è chiamato a riscontrare (proprio attraverso quel particolare paradigma metodologico) nella fattispecie concreta (per poter eventualmente affermare che il comportamento dell'agente fu condizione contingentemente necessaria dell'evento concreto *hic et nunc* verificatosi).

Una ulteriore notazione analitica merita d'essere aggiunta, anche per dar conto di una altrimenti poco perspicua parentesi che in precedenza ha accompagnato la precisazione per la quale la libertà della forma di manifestazione delle condotte (intesa come *modalità fenomenica*) può essere riferita *al più* alle figure dolose (e, all'interno di queste ultime, con la precisazione di cui fra breve si dirà).

Se si collocano le considerazioni sopra svolte nell'ambiente dei reati colposi è infatti fortemente dubitabile che persino la stessa forma di manifestazione della condotta sul piano della fattispecie astratta possa sostenere la denotazione "*libera*", intesa nel senso di assoluta indifferenza rispetto al profilo descrittivo già sul piano teorico, per modo che la sua tipizzazione e la sua determinatezza finiscano con il condensarsi soltanto nel collegamento causale (come invece avviene in quelle dolose di matrice commissiva).

Il sintagma «per colpa», che caratterizza molteplici incriminazioni d'evento, se per un riguardo connota la figura incriminatrice sul versante della colpevolezza stabilendo la tipologia dell'elemento psicologico richiesto in capo all'agente, per l'altro finisce con il contribuire alla denotazione del fatto tipico, introducendo — già in astratto — un elemento qualificativo della condotta, che, come tale, ne consente, da un lato, una descrizione maggiormente determinata e precisa e, dall'altro, svolge (conseguentemente) una rilevante funzione selettiva (non una qualunque condotta causalmente efficiente è tipica, ma soltanto

quella della quale sia altresì predicabile il carattere — oggettivamente — colposo).

Limitando la notazione a quanto qui d'interesse, la forma del dolo, esaurendosi sostanzialmente in una componente psicologica, è invece intrinsecamente inidonea a connotare il fatto tipico, che ne costituisce tuttavia l'oggetto: la rappresentazione e la volizione, nelle quali si specchiano gli elementi della fattispecie concreta (*Typus*) — rilevanti in quanto corrispondenti a quelli contemplati nella fattispecie astratta (*Tatbestand*) —, “subiscono” (per così dire) la descrizione del fatto tipico, ma ad essa non contribuiscono in alcun modo, posto che alla stessa il dolo è — per sua natura — del tutto estraneo.

Si osservi però che vi è una configurazione del reato doloso d'evento nella quale — ferma la insensibilità del profilo psicologico — la peculiare struttura della tipizzazione causale assottiglia notevolmente, fino a rendere evanescente, la fin qui cennata distinzione. Si tratta delle fattispecie nelle quali l'evento costitutivo del reato viene ascritto a titolo commissivo per omissione secondo il canone dell'art. 40 cpv. c.p. In tali casi, come si avrà modo di argomentare in seguito, il paradigma della causalità ipotetica importa che — qualunque sia l'atteggiamento psicologico dell'omittente — la condotta omessa venga ricostruita, già sul piano astratto, in base alla regola pertinente applicabile al caso concreto (la regola che fonda l'obbligo giuridico d'impedire l'evento).

Sicché, a ben vedere, soltanto nei reati commissivi di evento a matrice dolosa la componente causale configura in via esclusiva quel fattore di tipizzazione come quello che nega loro già sul piano astratto la “libertà della forma”.

Non così quando la forma della colpa colora le fattispecie d'evento, sia commissive sia commissive mediante omissione: se l'agire “colposo” sconta comunque un generico profilo psicologico, riconoscibile nel *deficit* di attenzione al (ovvero nella trascuratezza del) rispetto dei superiori doveri fissati in via generale dall'art. 2 Cost., la sua definizione e la sua caratterizzazione non si esauriscono (né lo potrebbero) nella esclusiva dimensione psicologica.

È il contenuto del citato principio costituzionale a esigere una specificazione sul piano normativo (non necessariamente giuridico), che definisca gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale, così da renderli identificabili e, dunque, “rispettabili” in quanto precetti determinati.

Se il fondamento costituzionale del rimprovero colposo (che sconta la non volizione) suggerisce chiaramente il riferimento a un comportamento inosservante (di inderogabili doveri), è altrettanto evidente che la necessaria determinazione del fatto colposo (penalmente rilevante) esige un passaggio ulteriore: quello nel quale si realizza appunto la cennata specificazione, richiamata (in via ancora generale) dall'art. 43 c.p. e che riesce a trovare adeguata tipizzazione soltanto con riguardo alla singola figura incriminatrice.

È infatti in rapporto al modello legale contemplato nella singola incriminazione nel suo riferirsi alla fattispecie concreta che può parlarsi di regola pertinente (sociale o normativo-giuridica) come regola alla quale avrebbe dovuto adeguarsi il comportamento dell'agente nel caso concreto, posto che il paradigma fissato dal citato art. 43 c.p. stabilisce mere categorie tipologiche generali delle regole cautelari, l'inosservanza delle quali è fondativa della colpa penalmente rilevante.

Sicché la condotta colposa, per essere tale al cospetto del referente normativo dell'art. 43 c.p. e, al contempo, per mantenersi coerente con il dettato dell'art. 2 Cost., si risolve necessariamente in un giudizio di relazione fra il comportamento in concreto tenuto dall'agente e quello che l'ordinamento si sarebbe atteso in quello stesso frangente da un soggetto rispettoso del dovere di solidarietà nella specificazione precettiva preesistente alla situazione data (*id est*: il c.d. agente modello).

Per non scadere in un inammissibile apprezzamento generico, ove la matrice del rimprovero finirebbe con il dipendere da valutazioni eminentemente soggettive, il giudizio di colpa (*rectius*: sulla sussistenza della colpa) per sua consistenza e per sua stessa struttura logica esige un riferimento estrinseco alla dimensione psicologica. Il rimando è alle regole (sociali o normativo-giuridiche) che disciplinano il contesto (la situazione di fatto) in cui l'agente viene a trovarsi: sicché "il comportamento atteso dall'ordinamento" (in quanto corrispondente a quello osservante delle regole) non soltanto possiede una sua oggettività, ma costituisce indefettibile estremo di un giudizio di relazione, nel quale — *au fond* — consiste la colpa nella sua dimensione obiettiva.

A tipizzare la condotta causale colposa a partire dalla figura astratta d'incriminazione, sono dunque le regole cautelari (sociali o normativo-giuridiche) pertinenti al caso concreto, necessariamente implicate e, insieme, presidiate dal canone costituzionale e ulteriormente evocate — in forma ancora generale — dall'art. 43 c.p.

Da un lato tale estremo specifica e, in qualche misura, attualizza — rendendolo compatibile con una fattispecie incriminatrice — l'oggetto del *deficit* di attenzione/trascuratezza (o, se si vuole, della violazione dei doveri inderogabili di solidarietà), dall'altro, e nel contempo, contribuisce alla definizione della fattispecie colposa, che non può essere configurata se non a partire dalla identificazione delle pertinenti regole (sociali o normativo-giuridiche), la violazione/inosservanza delle quali fonda — in modo logicamente circolare — il giudizio di colpa e, insieme, giustifica la rimproverabilità della condotta.

Se la "colposità" è predicabile in quanto un dato comportamento può essere definito come non corrispondente a quello nel contesto atteso dall'ordinamento, non è certo azzardato inferire che la tipizzazione stessa del fatto

colposo è condizionata o, forse più esattamente, è costituita (anche) da estremi ricavabili dalle regole sulla base delle quali viene configurato sul piano astratto il comportamento doveroso (in quanto tale atteso).

È dunque la componente normativa della colpa, che reca con sé un indubbio coefficiente di oggettività, a riflettersi sulla caratterizzazione dei reati colposi di evento, precludendone la connotazione morfologica come reati a forma libera già sul versante della previsione astratta.

L'apposizione del sintagma « per colpa » al verbo descrittivo della condotta in termini meramente causativi implica che l'evento non può — per aspirare alla tipicità — essere cagionato da una qualsiasi condotta genericamente trascurata o deficitaria quanto al rispetto di generali doveri di solidarietà, bensì da un comportamento del quale sia predicabile l'essere in violazione delle regole (sociali o normativo-giuridiche) pertinenti.

Che le regole in discorso o, più esattamente, che la individuazione delle stesse non possa avvenire in modo analitico sul piano della singola fattispecie d'incriminazione, dovendo essere affidata al momento (logicamente successivo) dell'accertamento giudiziale, non muta l'assetto strutturale dei reati colposi d'evento come reati a forma vincolata, o, comunque, non libera.

La non controvertibile constatazione che in ogni reato di evento (ancorché colposo) la causazione dell'evento costituisce il nucleo sostanziale dell'incriminazione comporta, per ciò solo, che tale legame causale rappresenti un primo elemento denotativo della condotta che, sotto questo particolare profilo, non richiede — per essere tipica — alcuna altra caratterizzazione se non quella d'essere eziologicamente rilevante (ciò che, come si è cercato di mostrare, avviene in modo esclusivo soltanto nelle figure commissive dolose dei reati di evento).

Questa essendo la struttura morfologica dei reati di evento (apparentemente insensibile alla forma di manifestazione fenomenica della condotta, eccettuata la componente causale), è derivata necessaria che, nella configurazione delle ipotesi colpose, la descrizione delle condotte causative dell'evento non possa avvenire attraverso una analitica individuazione nella fattispecie astratta (pena una altrimenti illimitata ipertrofia del dettato normativo), bensì tramite una formula denotativa di portata generale, che rinvia alla componente "oggettiva" della colpa: per tal modo viene assicurata una tipizzazione della fattispecie che ne esclude la qualificazione come "a forma libera" e che, ad un tempo, garantisce un grado adeguato di precisione e determinatezza.

L'inevitabile spostamento della identificazione delle regole pertinenti alla fase dell'accertamento giudiziale presenta aspetti di delicatezza e criticità.

Constato che l'accertamento giudiziale è all'evidenza postumo (dopo che l'evento costitutivo del reato si è verificato: né diversamente potrebbe essere), è



sul piano teorico agevole riconoscere che la regola pertinente rilevante (di qualsiasi matrice) deve preesistere non soltanto all'evento, ma anche alla condotta dell'agente (più esattamente: al momento nel quale la condotta avrebbe dovuto essere tenuta): la notazione è valida sia nel caso di una condotta attiva sia che si verta in un'ipotesi di causalità ipotetica, ove a venire in considerazione è una omissione o, più esattamente, la condotta che avrebbe dovuto essere tenuta e non lo fu.

Il riconoscimento di siffatto assetto ha a che vedere, da un lato, con la stessa forma logica del giudizio di colpa: in tanto si può predicare la non corrispondenza di un comportamento (ovvero di una omissione) rispetto a un parametro cui quel comportamento avrebbe dovuto conformarsi (ovvero: rispetto al quale avrebbe dovuto essere realizzato), in quanto il parametro preesista al momento nel quale il comportamento concreto venne posto in essere (ovvero a quello nel quale avrebbe dovuto esserlo).

Dall'altro, esso è insieme conseguenza necessaria e compendio funzionale perché l'addebito penale sia colorato della tinta della rimproverabilità, indiscutibile essendo che se la regola pertinente, la cui violazione fonda il fatto punibile, non fosse cronologicamente anteriore alla condotta (attiva od omisiva), la regola stessa non sarebbe neppure astrattamente conoscibile, condizione, quest'ultima, in assenza della quale nessun rimprovero sarebbe in alcun modo congetturabile.

In quanto giudizio inevitabilmente postumo, su di esso grava l'effetto dell'*hindsight bias*: in altri termini, la portata potenzialmente confondente dell'errore insito nel giudizio retrospettivo può condizionare (anche fortemente) la valutazione sia nella fase di individuazione della regola cautelare pertinente sia in quella dell'interpretazione e applicazione della stessa.

L'attitudine mentale a ritenere prevedibile (pur collocandosi in una prospettiva *ex ante*) un fatto effettivamente accaduto e noto al soggetto cui è richiesta una prognosi postuma (e, più in generale, in ordine a consimili valutazioni) rende, per un verso, la ricerca della regola cautelare pertinente più agevole, ma ne condiziona, per l'altro, l'efficienza, nel senso che, conoscendo l'evento accaduto, l'individuazione della regola cautelare pertinente diviene corrispondentemente più precisa e corretta in ordine al cruciale parametro della funzione cautelare della regola stessa rispetto alla individuazione di cui sarebbe stato capace il medesimo soggetto se si fosse trovato in una condizione genuinamente *ex ante*.

Non minore peso sembra doversi attribuire all'*hindsight bias* con riguardo alla fase dell'interpretazione/applicazione della regola per tal modo individuata, intendendosi siffatta fase come quella nella quale si svolge l'indispensabile attività di comprensione della portata precettiva della regola e del conseguente

riferimento della medesima alla fattispecie concreta. Anche in questo caso, essendo al cospetto di una regola con funzione cautelare, la conoscenza dell'evento avverso effettivamente accaduto (che proprio l'osservanza di tale regola avrebbe potuto scongiurare) rende evidente come detta conoscenza ben possa determinare una distorsione nel giudizio retrospettivo.

Con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, non deve infatti sfuggire che "l'applicazione" della regola al caso concreto sconta — come meglio si cercherà d'illustrare in seguito — un impegno ermeneutico nel cui processo entra necessariamente l'evento avverso, con l'avvertenza che, in una prospettiva genuinamente *ex ante*, l'evento non può essere quello singolare effettivamente accaduto, bensì soltanto e unicamente un evento-modello, tipologicamente appartenente alla classe di eventi che la norma cautelare mira a prevenire.

In quanto evento-modello, la sua fisionomia e le sue caratteristiche scontano una inevitabile genericità, connotazione, quest'ultima, destinata a riflettersi sulla individuazione e sulla valutazione della regola pertinente applicabile e della sua portata cautelare. Quando invece sia noto l'evento singolare accaduto (che, come tale, la cennata connotazione generica all'evidenza non possiede), proprio la sua intrinseca non genericità rende la individuazione e la valutazione in discorso non soltanto più agevoli, ma anche maggiormente precise nell'apprezzamento della valenza cautelare.

Posto che, come si è già osservato, il giudizio in questione è necessariamente postumo (ciò che implica la conoscenza dell'evento singolare avvenuto e che, ad un tempo, esclude che il soggetto chiamato a compiere il giudizio si trovi in una condizione genuinamente *ex ante*), ne viene che l'*hindsight bias* è destinato a spiegare il proprio effetto potenzialmente distorcente, da fronteggiare attraverso una appropriata e razionale "depurazione" di tale conoscenza postuma nella piena consapevolezza della ricordata attitudine mentale.

Detto che altrove si darà sommario conto del riflesso che la diversità morfologica delle regole cautelari produce nella conformazione della condotta doverosa nei reati di evento di matrice colposa, a presentare il profilo di massima problematicità è tuttavia l'evenienza nella quale la regola pertinente ha fonte *sociale*. In proposito a venire in considerazione non è tanto la natura elastica (flessibile o, comunque, non peculiarmente precisa e determinata) del precetto cautelare, quanto la circostanza che la natura sostanzialmente (e, forse, *naturalmente*) generica della regola di fonte sociale implica che la sua obiettivizzazione in un precetto (più esattamente: nel precetto pertinente) avvenga (ad opera del giudice) in un momento necessariamente successivo a quello nel quale l'evento avverso è accaduto.

L'indispensabile obiettivizzazione postuma della regola cautelare di fonte sociale per "adeguarla" al caso concreto (*id est*: per descrivere la condotta che

l'agente avrebbe dovuto tenere per valutarne la distonia rispetto a quella effettivamente realizzata nonché per apprezzarne la portata impeditiva nell'ipotesi di causalità ipotetica) è destinata a risentire (se non razionalmente contro-bilanciato) dell'effetto distorcente dell'*hindsight bias*, in forza del quale potrebbero rifluire nella menzionata obiettivizzazione, rendendola maggiormente (ma in modo inappropriato) adeguata alla fattispecie concreta, conoscenze postume proiettate inconsapevolmente *ex ante*, posto che l'avvenuto (e noto) accadimento dell'evento fomenta ulteriormente questa peculiare attitudine mentale.

Un'ultima notazione prima di chiudere.

Se il profilo problematico concernente l'aspetto della obiettivizzazione della regola cautelare trova ambientazione "naturale" al cospetto delle regole di fonte sociale, non deve sfuggire che esso non ne è esclusivo appannaggio.

Si cercherà in seguito (e ad altro fine) di illustrare la questione, essendo qui bastevole rammentare che non infrequenti fra le regole di matrice normativa e giuridica sono quelle il cui contenuto precettivo ha natura non rigida, ovvero quelle che si concludono con clausole di portata generale. Caratteristiche, queste da ultimo segnalate, che, per il profilo qui d'interesse, le avvicinano in modo considerevole a quelle di fonte sociale: anche le regole normativo-giuridiche non rigide richiedono infatti un processo di obiettivizzazione rispetto alla fattispecie concreta in relazione agli aspetti non tipizzati dalla regola stessa.

## 2. *La causalità ipotetica: la centralità delle originarie notazioni.*

L'ambito nel quale le originarie notazioni del Maestro ora celebrato paiono trovare maggiore sviluppo sembra essere quello della causalità ipotetica.

La conformazione del canone espresso dal capoverso dell'art. 40 c.p. suggerisce immediatamente che l'apprezzamento della condotta impeditiva implica una analitica e 'vincolante' ricostruzione congetturale — necessariamente postuma — del comportamento che l'agente avrebbe dovuto tenere in quel determinato contesto, per poterne poi valutare l'eventuale efficacia impeditiva.

Per ragionare di causalità ipotetica e apprezzare poi la portata dell'originaria intuizione del celebrato Maestro, conviene fissare una prima notazione:

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

Sicché può dirsi che da un evento è sempre possibile risalire (ripercorrendo a ritroso la sequenza temporale) alla causa (intesa come la serie di antecedenti

che lo ha prodotto): questa congettura (qui molto semplificata) può essere elevata a ipotesi di lavoro con la seguente variante:

(**a<sub>1</sub>**) *da un evento è sempre possibile risalire alla causa, mentre non è sempre possibile affermare che tale causa possa essere individuata.*

Il senso della variante richiede una precisazione: nella situazione data, potrebbe accadere che, per difetto di elementi concreti sui quali compiere l'accertamento, per mancanza di leggi scientifiche esplicative (in quanto non ancora disponibili o ignote a colui che è chiamato a svolgere la ricerca), non sia possibile procedere alla selezione, fra gli antecedenti che hanno preceduto l'evento, di quelli da designare come causalmente rilevanti (secondo leggi scientifiche di copertura). Sicché l'assunto (**a**), valido sul piano ontologico (*recte*: ontico), non appare altrettanto convincente sul versante epistemico, dove sembra invece valere (**a<sub>1</sub>**).

Venendo alla distinzione fra causalità “attiva” e “omissiva” (*recte*: ipotetica), essa trascorre non nel tradizionale binomio azione/omissione, bensì in un bipolarismo radicato nella diversità del decorso causale oggetto del giudizio: da un lato

*i*) casi nei quali il decorso causale è “reale”, contrassegnato dalla presenza effettiva della condotta umana fra gli antecedenti dell'evento,

dall'altro

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

Ridotto all'essenziale, in (**ii**) entra in gioco un elemento normativo (la mancanza di qualcosa può essere colta nel mondo del diritto soltanto a partire da una regola che “impone” a quel “qualcosa” di esserci), mentre in (**i**) si è al cospetto esclusivamente di elementi della realtà fenomenica.

La denominazione di *causalità ipotetica* assegnata a (**ii**) è coerente con l'esigenza categoriale del diritto penale (il disposto dell'art. 40 cpv. c.p.), che richiede l'introduzione nella serie di antecedenti causali “reali” (quelli che hanno determinato l'evento) di un antecedente non esistente nella realtà fenomenica ma congetturalmente ipotizzato. Tale “antecedente virtuale” (**Av**) è il riverbero dell'omissione (l'anti-doveroso non agire) nella concretezza del reale: la “costruzione” di tale congettura (*id est*: dell'**Av**) procede secondo un percorso complesso e delicato, che mostra come la notazione originaria del qui

onorato Maestro (e l'ulteriore sviluppo di cui gli siamo tributari) fosse esatta e antiveggente.

### 2.1. *A proposito del termine "omissione".*

Un interrogativo cruciale può essere ridotto a una domanda elementare: cos'è l'omissione?

Dire che *omettere* equivale a un mero *non fare* è risposta formalmente ineccepibile, ma del tutto preliminare e generica. La correttezza descrittiva di tale definizione (*omettere*  $\equiv$  *non fare*) non è sufficiente per il giurista, e segnatamente per chi, occupandosi dell'accertamento causale dal punto di vista del diritto, è chiamato a dover tener conto delle regole convenzionali fissate dall'ordinamento (in specie, quella dettata dall'art. 40 cpv. c.p.).

Il valore dell'equivalenza tra "omettere" e "non fare" o, più esattamente, la non perfetta identità dei due sintagmi, merita di essere precisata: se "non fare" allude al mero "non esserci" (all'assenza non ulteriormente qualificata), la portata semantica del termine "omettere" rimanda piuttosto a un campo nel quale l'esigenza di attivarsi dipende da un impegno/obbligo/dovere, sicché all'omissione corrisponde un "qualcosa" che avrebbe dovuto essere realizzato e non lo fu.

Schema identico innerva l'art. 40 cpv. c.p.: la condotta, della quale dovrà poi apprezzarsi la rilevanza causale impeditiva, dipende — sia per la sua esistenza giuridica (come adempimento) sia per il suo contenuto (quale forma fenomenica che avrebbe dovuto assumere) — dall'esistenza di un obbligo giuridico che esprime il comando di agire (permettendo quindi la descrizione della condotta che avrebbe dovuto essere realizzata). Specificando ulteriormente: la condotta omessa esiste come tale nel mondo del diritto in quanto vi sia una corrispondente norma giuridica precettiva che la prevede come obbligatoria, ma è sempre quella norma che condiziona e contribuisce a descriverne (unitamente alla situazione di fatto nella quale il comando di agire deve essere attuato) il riverbero concreto. In altri termini: quali caratteri concreti avrebbe dovuto assumere nel contesto l'attuazione del precetto, profilo quest'ultimo di cruciale peso nell'economia dell'accertamento della rilevanza causale impeditiva.

Sul piano giuridico (e, forse, non soltanto su quello) a essere rilevante non è tanto il non agire, il non aver fatto, quanto piuttosto il non aver fatto "qualche cosa" (dunque: l'omettere): più precisamente, oggetto dell'omissione è la condotta che si aveva l'obbligo giuridico di realizzare.

Il riflesso fattuale dell'inadempito obbligo giuridico di agire è l'**Av**, la cui tipicità dipende (anche) dalla rilevanza causale (impeditiva), da accertare ulteriormente, ma che deve poter essere descritto (e, quindi, tipizzato) a partire dalla regola pertinente applicata alla situazione concreta.

Nei reati commissivi mediante omissione l'accertamento giudiziale non può limitarsi alla verifica della mancanza della condotta tipizzata nella norma precettiva, dovendo ulteriormente (e decisamente) essere dimostrata la rilevanza causale dell'**Av** rispetto all'evento che si è verificato e che, ad un tempo, costituisce l'oggetto dell'esplicito divieto posto dalla norma incriminatrice.

## 2.2. *La descrizione dell'“omissione”.*

È ora possibile osservare distintamente i due problemi cruciali che dominano la causalità ipotetica.

Su un versante si colloca la tipizzazione della condotta omessa, in una duplice prospettiva: a differenza dei reati omissivi propri (ove la condotta omessa corrisponde ed è descritta nella stessa norma incriminatrice, contenente precetto e sanzione), nei commissivi mediante omissione la descrizione della condotta omessa deriva da un precetto collocato al di fuori della norma incriminatrice, che l'interprete deve ricostruire già sul piano della fattispecie astratta.

In altra prospettiva, determinata e descritta che sia la condotta omessa sul piano astratto, occorrerà ulteriormente tradurre il precetto in un'ipotesi (l'**Av**) che abbia le spoglie di una pur *congetturale concretezza*: sarà cioè necessario convertire il comando di agire, ricostruito secondo lo schema astratto dedotto dalla norma precettiva, in quella che, nella realtà fenomenica, avrebbe dovuto essere la *effettiva* condotta dell'agente. Passaggio, quest'ultimo, in nessun modo eludibile, posto che l'apprezzamento della rilevanza causale di un antecedente non può che essere compiuto considerandolo *come se* fosse un elemento della realtà fenomenica al pari di quelli effettivamente avvenuti, con tutti i caratteri necessari a descriverlo *come se* in concreto fosse esistito (*come se* fosse stato posto in essere).

Se nell'ambito della causalità ipotetica disporre di **Av** è esigenza funzionale all'accertamento causale, la caratterizzazione stessa di **Av** implica che nei reati di evento la forma della condotta non possa essere “libera”, con la variante in precedenza accennata. In quelli a matrice dolosa, la caratterizzazione (*id est*: la descrizione della attesa condotta doverosa) trova infatti la sua specificazione in rapporto alla fattispecie concreta, restando a tipizzare sul piano astratto la fattispecie punibile il vincolo eziologico secondo il modello della spiegazione

per leggi scientifiche, mentre in quelli a matrice colposa la tipizzazione di **Av** avviene già sul piano della fattispecie astratta, perché, come detto, il sintagma « per colpa » esige che le condotte (eventualmente) rilevanti sul versante eziologico siano previamente (sul piano logico) connotate (dovendo la attesa condotta doverosa — per essere colposa — esprimere corrispondenza rispetto alla regola pertinente).

Sull'altro versante risiede la valutazione dell'efficacia impeditiva della condotta omessa, che non differisce metodologicamente da quella attraverso cui si accerta la rilevanza eziologica di un antecedente effettivamente accaduto nelle ipotesi di causalità reale, con una duplice avvertenza.

In primo luogo, nell'ordinamento non esiste un indistinto dovere generale di impedimento dell'evento di reato, bensì esclusivamente di impedire determinati eventi, ove l'agente sia a ciò chiamato da un obbligo giuridico che gli impone di tenere una determinata condotta. Espressa in termini diversi, la formula suona all'incirca così: l'obbligo legalmente posto di impedire determinati eventi è limitato ai casi nei quali agire in un determinato modo (porre in essere una certa condotta) sia imposto da una norma giuridica.

In secondo luogo, richiamando la precisazione riguardante la *congetturale concretezza* che deve assumere la descrizione della condotta omessa, nell'ambito della causalità ipotetica si verte necessariamente in una situazione ove oggetto di apprezzamento causale non è un estremo di realtà fenomenica, bensì una mera congettura (**Av**).

Nel caso della causalità reale, in cui (a differenza di quella ipotetica) la condotta umana si è effettivamente realizzata (e quindi in nulla differisce da qualunque altro antecedente della realtà fenomenica), il giudizio di rilevanza causale della condotta rispetto all'evento singolare E dipende esclusivamente da regole *pre-categoriali* adottate nel ragionamento esplicativo. Ragionamento che nella causalità reale assume carattere "diagnostico", rivolgendosi a una serie di fatti effettivamente accaduti (antecedenti ed evento) e rispetto al quale potrebbe apparire preferibile il modello nomologico-deduttivo, anche se, a ben vedere, più corretto sembra il modello abduttivo (di selezione abduttiva).

Quando si verte invece in situazioni di causalità ipotetica, il ragionamento percorrerà lo schema "prognostico", consistendo la domanda nel prevedere "se l'evento singolare E sarebbe egualmente accaduto qualora si fosse verificato l'antecedente **Av** (la condotta doverosa omessa)": notato che in tale contesto l'indagine concerne una serie congetturale, il modello esplicativo sarà necessariamente quello ipotetico-abduttivo.

Consistendo in un giudizio, la valutazione causale implica il rinvio a un sistema concettuale di riferimento, a un paradigma di leggi e regole all'interno del quale i fatti della realtà fenomenica (evento e suoi antecedenti) vengono

dapprima inquadrati, poi interpretati e infine “spiegati” secondo il versante della causalità.

Sarebbe però stravagante affermare che il sistema concettuale di riferimento cui si è alluso possa essere altro dall'approccio scientifico: per usare una metafora un po' scolastica, da Galileo in poi non è seriamente contestabile che lo statuto della scienza rappresenti sul piano metodologico il solo modello esplicativo razionalmente accettabile per interpretare i fatti della realtà naturale.

Il ragionamento esplicativo, che guarda all'indietro (a ciò che è accaduto), indaga su fatti della realtà fenomenica e, tramite un modello di indagine sostanzialmente diagnostico, conduce al giudizio di rilevanza causale: ciò che è indispensabile per l'*accertamento del fatto cui applicare la legge*.

Detto che ragioni “*categoriali*” proprie del diritto penale tengono al centro dell'attenzione la condotta umana anche nella causalità ipotetica (equivalente normativo *ex art. 40 cpv. c.p.* di quella reale), il paradigma della spiegazione causale non ne risulta modificato: individuazione della serie di antecedenti che ha cagionato l'evento E.

Accede infatti allo statuto della spiegazione scientifica e, più in generale, della scienza, il carattere della generalizzazione, consistendo essenzialmente la ‘legge scientifica’ nella formulazione di proposizioni esplicative riguardanti categorie di fenomeni individuati attraverso i caratteri essenziali che li contraddistinguono sotto il versante che interessa l'approccio (scientifico), caratteri a partire dai quali essi vengono considerati come tratti della realtà fenomenica.

Il passaggio dal contenuto generale, proprio della legge scientifica, alla individualizzazione della spiegazione dell'evento singolare, specialmente necessaria nel mondo del diritto penale, costituisce lo snodo maggiormente problematico in tema di “causalità reale”, soprattutto laddove la “singolarità” dell'evento ne rende ardua la riduzione a uno dei modelli riferibili a leggi scientifiche esplicative.

Disporre del preventivo accertamento della causalità reale (cioè: l'individuazione della serie di antecedenti che ha effettivamente prodotto l'evento) costituisce indispensabile assunto di partenza per l'indagine sulla causalità ipotetica, la cui natura strutturalmente congetturale è stata ben illustrata dal Maestro qui onorato: « il paradigma ha natura ipotetica, traducendosi necessariamente in un periodo ipotetico dell'irrealtà nel quale in protasi si inserisce un enunciato, relativo all'antecedente condotta umana, di tenore controfattuale » (5).

Secondo quest'ultimo schema — indotto dall'esigenza categoriale fissata

---

(5) C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 821.



dall'art. 40 cpv. c.p. — è la stessa domanda, cui occorre dar risposta, a implicare la necessità di principiare dall'avvenuto accertamento della spiegazione causale dell'evento. Come si potrebbe infatti porre in termini razionali il quesito "l'evento singolare E si sarebbe verificato egualmente, se fosse intervenuto l'antecedente Av?", se non previamente conoscendo la serie causale che ha effettivamente cagionato l'evento E?

In mancanza dell'assunto di partenza, ogni congettura sulla portata impeditiva della condotta omessa non potrebbe essere falsificabile e, conseguentemente, sarebbe sfornita di valore euristico: ignorando l'effettivo decorso causale, sarebbe infatti illusorio attribuire valenza eziologica all'Av, posto che la stima della rilevanza causale (nel caso: inibente) non si risolve in una valutazione in termini assoluti, bensì in un giudizio di relazione, del quale costituiscono termini essenziali l'evento singolare (quello che, *ex art. 40 cpv. c.p.*, avrebbe dovuto essere impedito) e gli antecedenti reali, che lo hanno effettivamente determinato.

A differenza dello schema concettuale che governa l'accertamento della causalità reale, nel mondo della causalità ipotetica il ragionamento assume cadenze predittive ("cosa sarebbe accaduto se...") e il giudizio finale circa la valenza impeditiva dell'Av ha le sembianze di una prognosi postuma.

Sebbene la formula sia immediatamente evocativa di paradigmi elaborati da dottrina e giurisprudenza in tema di tentativo, è necessario avvertire che quei risultati non possono essere accolti *sic et simpliciter*, considerando che, mentre nello schema del tentativo si tratta di misurare la probabilità di realizzazione di un fatto per definizione non accaduto, si è qui invece necessariamente di fronte al già avvenuto accadimento dell'evento (che l'art. 40 cpv. c.p. impone di impedire).

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

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

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

serie di antecedenti avrebbe egualmente cagionato l'evento, oppure se, proprio per l'inserzione di **Av**, l'evento E non si sarebbe verificato.

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

La natura prognostico-predittiva del giudizio in tema di causalità ipotetica ne conferma il carattere controfattuale (non diverso da quello in tema di causalità reale quando a quest'ultimo si applichi la formula della *condicio sine qua non* e il conseguente meccanismo dell'eliminazione mentale), ma non ne autorizza l'esportazione al di fuori dei territori governati dallo statuto della scienza, intesa come approccio razionale e controllabile.

### 2.3. *Le peculiarità della causalità ipotetica.*

La struttura necessariamente ipotetica (nel senso sopra indicato) della causalità nei reati commissivi mediante omissione e il conseguente carattere prognostico-predittivo del ragionamento esplicativo importano due peculiarità, dipendenti dalla prospettiva *categoriale* (del diritto penale): dapprima **(a)** la identificazione della condotta doverosa omessa, quindi **(b)** la valutazione della sua portata impeditiva.

Il punto di vista del penalista è interessato da qualcosa che nella realtà fenomenica non esiste e non è mai esistito: l'omissione. L'ossimoro "condotta omissiva" è un breviliquio espressivo di contenuti esclusivamente normativi (che divengono normativo-giuridici quando tale formula venga impiegata nel discorso penalistico). Omettere significa "non agire": il termine non esprime una radicale mancanza, un non-esserci non ulteriormente connotato: come in precedenza notato, la rilevanza (penale) di questo non-agire dipende non da una semplice non-esistenza, bensì dal *deficit* di una specifica condotta (dal non aver fatto "qualche cosa": non aver posto in essere una determinata condotta).

La connotazione di questo *deficit* di comportamento è l'esigenza primaria posta dalla regola dell'art. 40 cpv. c.p. in tema di reati commissivi mediante

omissione, connotazione attraverso la quale la condotta omessa può essere tipizzata come espressione di una norma giuridica che la impone e, insieme, naturalisticamente descritta in relazione al caso concreto cui la regola pertinente viene applicata.

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

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

La priorità dell'identificazione della condotta doverosa omessa non è soltanto funzione necessaria del profilo categoriale ora segnalato, rispondendo anche ad un'esigenza di carattere logico: stando alla formula ( $\gamma$ ), l'esatta determinazione dell'antecedente virtuale X (**AvX**) è incognita che deve essere risolta prima di porre il successivo quesito concernente la valenza impeditiva rispetto all'evento E.

Sembra in proposito conclusivo il rilievo che non è possibile predicare la rilevanza causale (qui: in senso negativo ovvero impeditivo) di un antecedente non conosciuto nei suoi esatti contorni, posto che la valutazione di rilevanza eziologica non può essere espressa in termini assoluti, consistendo (fra l'altro) nella relazione tra due fatti della realtà fenomenica (l'antecedente collocato in una determinata serie e l'evento E effettivamente accaduto).

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

#### 2.4. *La valutazione della portata impeditiva di Av.*

Si tratta ora di esaminare l'altra questione legata alla struttura necessariamente ipotetica della causalità nei reati commissivi mediante omissione e al conseguente carattere prognostico-predittivo del ragionamento esplicativo, che caratterizza la valutazione della portata impeditiva della condotta doverosa omessa.

Quanto in precedenza notato per identificare la condotta doverosa come la congettura concreta (**Av**), è servito per disporre di una serie (virtuale) di antecedenti che possa essere trattata *come se* fosse una serie di antecedenti effettivamente accaduta, posto che, per apprezzare in termini razionali la rilevanza causale della condotta doverosa omessa, si dovrà verificare l'esito della "nuova" serie di antecedenti (quella costituita dagli antecedenti reali cui è stato "aggiunto" quello virtuale).

Perché siffatto giudizio possa aspirare a una plausibile razionalità non pare revocabile in dubbio che la risposta alla domanda contenuta in ( $\gamma$ ) deve essere fornita facendo anche qui ricorso al paradigma della spiegazione secondo leggi scientifiche. In altri termini, soltanto un approccio radicato nello statuto della scienza permette di confermare o di confutare l'ipotesi se la "nuova" serie di antecedenti, congetturalmente costruita secondo le esigenze categoriali indicate, avrebbe avuto come esito il non-verificarsi dell'evento singolare effettivamente accaduto. Ed è esclusivamente in accordo con il risultato di tale controllo che potrà predicarsi la rilevanza ovvero la irrilevanza impeditiva della condotta doverosa omessa.

Conviene dunque di misurare la portata contenutistica delle formule che innervano il paradigma della "probabilità logica" e, per quanto concerne la causalità ipotetica, tener conto delle peculiarità fin qui esaminate per disporre degli elementi necessari a rispondere alla domanda ( $\gamma$ ).

Rispetto ai casi di causalità reale è ben poco produttivo, e comunque non appropriato, parlare di decorso causale alternativo, posto che una soltanto è la serie causale che ha effettivamente prodotto l'evento, sicché la "spiegazione alternativa in grado di confutare l'ipotesi accusatoria" corrisponde, a ben vedere, alla individuazione di una serie di antecedenti della quale si predica il carattere di essere quella causativa dell'evento: serie, si badi, *altrettanto reale* sebbene *diversa* da quella individuata dall'accusa.

Quando si verte invece nel campo della causalità ipotetica il riferimento a un decorso causale alternativo appare congruente con il disposto dell'art. 40 cpv. c.p., che esige di congetturare una serie di antecedenti *ipotetica e diversa* da quella *reale* (che ha effettivamente cagionato l'evento), serie *ipotetica* in quanto non effettivamente accaduta nella realtà fenomenica, ma che dovrà essere

“costruita” e valutata *come se fosse reale*. La menzionata congruenza del riferimento al decorso causale alternativo con le ipotesi di causalità ipotetica ben può essere colta osservando che, sotteso al principio dettato dalla norma codicistica sta un quesito che, variando ( $\gamma$ ), può essere così formulato:

*( $\gamma_1$ ) sappiamo che l'evento si è verificato per una determinata serie causale, ma vogliamo/dobbiamo sapere se, sotto le condizioni ipotizzate (realizzazione della condotta doverosa omessa=presenza dell'antecedente virtuale), quell'evento non sarebbe accaduto.*

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

Notato che la valutazione della idoneità impeditiva dell'Av ha forma e struttura di un giudizio prognostico, la risposta non può in nessun caso raggiungere il grado di certezza 1, potendo la soluzione di ( $\gamma_1$ ) esprimere soltanto un grado di probabilità enunciabile piuttosto che in rigide percentuali numeriche in approssimazioni qualitative.

Se si ammette — come non sembra altrimenti possibile — che

*se un evento si è verificato, una e soltanto una serie di antecedenti lo ha effettivamente prodotto (v. (a) in § 2)*

allora la serie di antecedenti selezionata utilizzando (anche) criteri come quelli sopra riassunti può essere considerata, almeno allo stato delle conoscenze, come la serie causale che ha cagionato l'evento.

La spiegazione causale per tal modo individuata si presenta infatti come quella dotata della maggiore probabilità logica, in quanto sopravvissuta al processo di “falsificazione” di tutte le altre possibili (congetturabili) spiegazioni causali dell'evento stesso. Che una tale spiegazione sia “provvisoria” è perfettamente coerente con il paradigma della scienza e insieme autorizza a dire che essa ha valore “al di là di ogni ragionevole dubbio”, poiché di tale canone ermeneutico ci si è già avvalsi confutando le altri possibili congetture esplicative. Sicché quel che rimane — per dirla con Holmes — è, per quanto improbabile, la verità, essendo stato escluso tutto ciò che è impossibile.

I criteri indicati non paiono contraddire il canone generale della sussunzione sotto leggi scientifiche. Anche nei luoghi in cui non è possibile far riferimento a una legge scientifica (intesa in senso “classico”) perché non ve ne sono di applicabili, a venir impiegati sono comunque paradigmi e protocolli esplicativi controllabili razionalmente (in quanto costituiti da asserzioni confu-

tabili): ed è questo, in ultima analisi, il canone fondante della scienza. Né deve sfuggire che tali luoghi devono metodologicamente essere contenuti entro gli ambiti più ristretti, dal momento che, fin dove possibile perché esistente, prevale il ricorso alla legge scientifica di copertura (anche se tramite un richiamo implicito o inespresso).

#### 2.4.1. *La confutazione dell'ipotesi accusatoria nella causalità ipotetica.*

La notazione che precede si atteggia in modo peculiare quando si versi in fattispecie di causalità ipotetica, ove il tipo di ragionamento è strutturalmente prognostico, dovendo rispondere alla domanda ( $\gamma$ ) ovvero alla variante ( $\gamma_1$ ).

Sia in ( $\gamma$ ) sia in ( $\gamma_1$ ) emerge chiaramente il nucleo problematico rappresentato dalla valutazione prognostica della portata impeditiva della condotta doverosa omessa. Al di là delle cautele alle quali chiama la doverosa attenzione a contrastare l'effetto distorsivo dell'*hindsight bias* e di quelle sottese al procedimento necessario per la individuazione del comportamento che l'omittente avrebbe dovuto porre in essere, la questione essenziale consiste nel determinare in modo razionale il grado di probabilità di impedimento dell'evento, ulteriormente al quale si può — al di là di ogni ragionevole dubbio — affermare che l'evento singolare non sarebbe accaduto.

L'intrinseca difficoltà del giudizio predittivo si acuisce per l'esigenza di caratterizzare tale giudizio in forma tale da permettere di "misurare" la probabilità d'impedimento, poiché a questa misura sembra essere legata la valutazione finale sulla rilevanza causale *ex art. 40 cpv. c.p.* della condotta doverosa omessa.

In sintesi estrema, nessuno è disposto a negare la rilevanza causale (impeditiva) di un intervento terapeutico che, se praticato, avrebbe importato una probabilità salvifica stimata dai protocolli medici intorno al 94% dei casi, non altrettanto nel caso in cui tale percentuale fosse di poco superiore all'1%.

Sul versante opposto si collocano le considerazioni che (i) oggetto della valutazione è la probabilità di impedimento dell'evento derivante dal mancato compimento di un'azione doverosa, come tale non soltanto dovuta, ma anche destinata a prevenire eventi del genere cui appartiene quello accaduto e (ii) la non esplicitata traslazione del canone dell'art. 41 c.p. sulla c.d. equivalenza delle cause, sicché qualunque fattore potenzialmente impeditivo dovrebbe a questa stregua essere apprezzato come causalmente significativo *ex art. 40 cpv. c.p.*

Tali considerazioni meritano qualche breve notazione di commento: quanto a (i) è facile avvedersi come la stessa, pur suggestiva, sia connotata da una (peraltro non sempre) inespressa valenza assiologica, posto che la doverosità dell'azione omessa finisce in quest'ottica con il reagire in una valutazione di

natura differente, quale è la rilevanza causale dell'antecedente virtuale che la rappresenta; mentre la finalità preventiva della norma-precetto, che pur impone di agire, ha valenza astratta e non contingente.

Quanto a (ii) è agevole rilevare che la regola dell'art. 41 c.p. implica comunque che la c.d. concausa sia anch'essa qualificabile come condizione contingentemente necessaria dell'evento, sicché — a ben vedere — il problema della misura della portata impeditiva di **Av** rimane nella sostanza immutato.

Per rispondere alla domanda ( $\gamma$ ) la valutazione effettivamente significativa concerne invero non l'astratta potenzialità impeditiva, ma la portata in concreto impeditiva (rispetto all'evento *hic et nunc* verificatosi nel contesto) di **Av** (*id est*: della traduzione in congettura concreta della condotta doverosa omessa, così come dedotta sul piano astratto dalla norma-precetto).

D'altronde, se si ammettesse la rilevanza causale anche di condotte doverose omesse assistite in concreto da un infimo grado di probabilità impeditiva, l'ambito di ascrizione della responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.* finirebbe con l'essere molto più ampio di quello relativo alla causalità reale. In linea teorica è arduo escludere sul piano della mera congettura la rilevanza causale impeditiva della condotta doverosa omessa, proprio perché — in astratto — la condotta doverosa omessa è tale in quanto mira a prevenire eventi appartenenti al genere cui accede quello verificatosi. Ciò di cui occorre misurare la portata impeditiva è infatti (e unicamente) l'**Av** (la congettura concreta), che rappresenta nella realtà fenomenica ciò che avrebbe dovuto esserci (la reificazione dell'omissione).

Diversamente ragionando, l'accertamento causale nella causalità ipotetica si dovrebbe concludere con l'identificazione della condotta doverosa omessa (intesa in astratto, nel senso precedentemente indicato), posto che tale condotta — in via generale prescritta da una norma giuridica — è ulteriormente connotata dalla qualità d'essere potenzialmente e astrattamente impeditiva di eventi del genere di quello accaduto. Sicché, se questa implicazione fosse bastevole, sarebbe del tutto superfluo interrogarsi poi sulla effettiva portata impeditiva di **Av** (cioè dell'antecedente virtuale che avrebbe dovuto rappresentare nella realtà fenomenica la condotta doverosa omessa), poiché finirebbe ad essere altrimenti giudicata sufficiente a fondare il giudizio di rilevanza causale (impeditiva) la mera *potenzialità*, che in tal senso è indubbiamente propria della condotta comandata dalla norma.

In quanto semplice riverbero del comando normativo, la condotta doverosa omessa, nella sua astrattezza, esprime semplicemente la diminuzione del rischio di verificazione di eventi di genere: ma l'oscillazione del rischio (la diminuzione così come l'aumento) non è un criterio di valutazione significativo in materia

causale, non potendo una congettura (il rischio) avere influenza alcuna su un fatto realmente verificatosi (l'evento accaduto "qui" e "ora").

La questione sembra trovare ulteriore chiarimento mettendo al centro dell'attenzione l'oggetto essenziale della prognosi, in cui consiste (e si esaurisce) il giudizio di causalità richiesto dall'art. 40 cpv. c.p.: l'impedimento dell'evento.

Evento bensì appartenente al genere di quelli astrattamente descritti dalla norma incriminatrice, ma che, come oggetto di spiegazione causale (qui in senso impeditivo), per il diritto penale è unicamente l'evento singolare, accaduto *hic et nunc*. L'antecedente virtuale (cioè il riverbero concreto della condotta doverosa omessa) deve essere strettamente collegato con l'evento effettivamente verificatosi, in quanto è la valutazione — in termini causali — di tale collegamento ad autorizzare il giudizio prognostico-predittivo circa la probabilità che l'evento singolare non sarebbe accaduto in presenza della concretizzazione della condotta richiesta dalla norma-precetto.

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

Assumendo che **Av** avrebbe impedito l'evento E con l'1% di probabilità, ne predico una valenza impeditiva, ma contestualmente devo ammettere che è maggiormente probabile che E sarebbe egualmente accaduto anche in presenza di **Av**, poiché la percentuale, che esprime la probabilità che E accada ugualmente, è maggiore di quella espressa dal suo non verificarsi (ovvero: la eventualità che E si verifichi continua a essere maggiore di quella del suo non verificarsi pur in presenza di **Av**).

Considerata la questione da questo punto di vista — avvantaggiato dalla scelta di percentuali quasi antipodiche — non sembra azzardato affermare che, nel caso ipotizzato, **Av** (e dunque la condotta doverosa omessa da esso rappresentata) non è causalmente rilevante (in senso impeditivo) rispetto all'evento singolare E.

L'antecedente virtuale — omologo speculare della condotta attiva eziologicamente efficiente nella causalità reale — deve essere, in modo corrispondente a quella, *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento*. Tale corrispondenza speculare non è tuttavia perfetta: se nella causalità reale è



lecito denominare “causa” ogni antecedente che costituisce una delle condizioni contingentemente necessarie per il verificarsi dell’evento singolare (anche in ragione del disposto dell’art. 41 c.p.), non altrettanto può dirsi nella causalità ipotetica rispetto alla *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell’evento*.

Chiamando **ccpe** (condizione contingentemente produttiva dell’evento) la condizione contingentemente necessaria per il verificarsi dell’evento e **ccie** (condizione contingentemente impeditiva del verificarsi dell’evento), **ccpe** è predicabile di uno qualunque dei fattori che concorrono alla produzione dell’evento accaduto “qui” e “ora”, in quanto tali fattori siano partecipi della serie causale reale che ha determinato l’evento stesso.

**Ccie** è invece riferibile in modo esclusivo a quell’**Av da solo** in grado di impedire l’evento singolare. Se così non fosse, se, cioè, anche in presenza dell’antecedente virtuale, l’evento si verificasse ugualmente (o, in termini corretti: se avesse comunque una probabilità maggiore di verificarsi), la denotazione **ccie** non potrebbe essere attribuita a quell’antecedente virtuale, pur riverbero della condotta doverosa omessa (astrattamente considerata), dal momento che quest’ultima esprime una finalità (potenziale) preventiva, ma non certo la concreta portata impeditiva rispetto all’evento storicamente accaduto. Il carattere impeditivo non può infatti essere attribuito all’antecedente virtuale X tutte le volte nelle quali il non verificarsi dell’evento singolare è condizionato (dipende) da altro e distinto antecedente virtuale, espressivo di un differente comando di agire, che si rivolge a un omissente diverso da quello che avrebbe dovuto porre in essere X: in questo caso **AvX** non è condizione contingentemente necessaria di non-E, in quanto per non-E occorre anche un altro e diverso **Av**.

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

Questa notazione non implica affatto che, rispetto ad un medesimo evento singolare, vi sia soltanto un antecedente virtuale per sé in grado di impedirne la verifica, ben potendosi congetturare una molteplicità di antecedenti virtuali fra loro eterogenei e tuttavia capaci di impedire l’evento: fermo restando, però, che ciascuno di siffatti immaginati antecedenti virtuali deve essere — singolarmente e autonomamente — idoneo a inibire il verificarsi dell’evento.

Non è forse inopportuna qualche nota ulteriore sulla non perfetta corrispondenza tra *condizione contingentemente necessaria per la produzione dell’evento* (**ccpe**) e *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell’evento* (**ccie**).

**Ccpe** designa uno dei fattori necessari perché l'evento accada ed è quindi condizione **necessaria**, ma **non** necessariamente anche **sufficiente** (anzi, nella massima parte dei casi, **ccpe** è uno fra gli antecedenti reali che costituiscono la sequenza che ha effettivamente cagionato l'evento). Non è tuttavia revocabile in dubbio il rilievo che tale qualità ben può essere riferita a un antecedente senza il quale l'evento singolare non sarebbe accaduto, anche se tale antecedente non è da solo capace (sufficiente) a produrre l'evento E (come per vero dimostra sul piano logico il ricorso al meccanismo di controllo della *condicio sine qua non*).

Appare altresì non confutabile l'ulteriore appunto che, allo stesso modo, il combinato disposto degli artt. 40 co. 1 e 41 c.p. impone sul versante *categoriale* (del diritto penale) analoga conclusione, posto che il canone dell'equivalenza delle cause non permette di negare la rilevanza causale di un antecedente (costituito da una condotta umana) sol perché caratterizzato da una portata (causale) quantitativamente ridotta rispetto a quella di altri antecedenti, pur essi costitutivi della serie causale reale, che ha cagionato l'evento.

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

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

L'esigenza di rispondere alla domanda ( $\gamma$ ) (o alla sua variante ( $\gamma_1$ )) procede da un profilo squisitamente *categoriale* proprio del diritto penale: sulla base di una congettura contro-fattuale di matrice normativa, l'art. 40 cpv. c.p. estende l'ascrivibilità del fatto anche a colui che, essendovi giuridicamente tenuto, non ne ha impedito il verificarsi.

Se questa constatazione implica, da un lato, che si debba tener conto della regola *categoriale* che fonda il momento genetico e la ragion d'essere della domanda ( $\gamma$ ), dall'altro, tale constatazione non può in alcun modo mutare la natura *pre-categoriale* dell'oggetto della risposta e del paradigma euristico cui far riferimento, dal momento che una valutazione della probabilità che un evento (realmente accaduto) non si sarebbe verificato sotto determinate condizioni (*id est*: in presenza di un determinato **Av**) non può essere razionalmente compiuta (in modo controllabile) se non operando sul piano della realtà e usando quindi le regole che presiedono ad accertamenti di tale genere.

La matrice normativa di ( $\gamma$ ) ne fissa il perimetro e detta al contempo i caratteri che la risposta deve possedere per essere adeguata e coerente alla struttura della domanda: se il riverbero concreto della condotta doverosa

omessa (la congettura concreta, l'antecedente virtuale) "avrebbe dovuto impedire l'evento", ciò significa in modo non controvertibile che potrà essere qualificato come rilevante causalmente in senso impeditivo unicamente quell'antecedente virtuale, la cui presenza all'interno della serie reale effettivamente produttiva dell'evento singolare E, è **da solo** bastevole (necessario e sufficiente) per affermare (in modo razionale e controllabile: "al di là di ogni ragionevole dubbio") che E stesso non si sarebbe verificato.

D'altronde il carattere di "impeditivo" non potrebbe essere predicato di **Av** qualora l'evento E mantenesse una probabilità maggiore di verificarsi egualmente all'esito della "nuova" sequenza di antecedenti composta da quelli effettivamente accaduti fra i quali è stato aggiunto quello virtuale: in questa ipotesi, infatti, **Av** esprime soltanto una diminuzione del rischio di accadimento dell'evento tale tuttavia da non autorizzare la diversa prognosi di non verificazione come congettura dotata del maggior grado di falsificabilità.

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

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

Ne segue che, essendo l'antecedente virtuale condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento, tale carattere dovrà essere accertato **in concreto**, con riferimento cioè alla situazione reale, in quanto è propriamente il comportamento, che **in concreto** avrebbe dovuto essere tenuto dall'omittente, a dover soddisfare la condizione in presenza della quale (*condicio cum qua non*) l'evento E non sarebbe accaduto.

#### 2.4.2. *La misura della probabilità del non verificarsi dell'evento singolare.*

Nell'economia dell'accertamento predittivo richiesto dalla causalità ipotetica, per decidere se l'**Av** sia nel concreto *condizione contingentemente necessaria del non verificarsi dell'evento*, il problema si concentra — a questo punto — nella identificazione del criterio in forza del quale l'asserzione prognostica

(“l’evento E non sarebbe accaduto se Av...”)  
può dirsi razionalmente accettabile.

Congetturando l’Av come avvenuto, l’affermazione che l’evento singolare E non si sarebbe verificato non potrà che avere valenza probabilistica, caratterizzata da uno strutturale grado d’incertezza, ulteriore rispetto a quello che connota l’accertamento della causalità reale. In quest’ultima, la spiegazione causale ha ad oggetto un evento effettivamente accaduto, sicché in concreto una e soltanto una sequenza di antecedenti reali può averne determinato il verificarsi, ciò implicando che, una volta confutate altre possibili spiegazioni, quella restante potrà essere accolta come corretta, sempre che tale residuale spiegazione sia a sua volta compatibile con il canone generale dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”. Sicché se l’antecedente reale, in cui consiste la condotta umana, fa parte della serie per tal modo identificata, quella stessa condotta potrà dirsi “causa” dell’evento secondo la regola dettata dagli artt. 40 co. 1 e 41 c.p.

Siffatto paradigma non sembra tuttavia poter trovare applicazione nelle ipotesi di causalità ipotetica: gli assunti (a) e (a<sub>1</sub>), visti nel § 2, non sono utilizzabili in quanto scontano l’effettività della sequenza degli antecedenti e dell’evento E: pur costituendo l’individuazione della serie causale effettivamente produttiva dell’evento indispensabile accertamento prodromico per rispondere alla domanda (γ), proprio tale loro radicamento nella effettività storica preclude l’implicazione ulteriore secondo la quale, per dirla con Holmes, quel che rimane è, per quanto improbabile, la verità, essendo stato escluso tutto ciò che è impossibile (in quanto è stato confutato).

Il non controvertibile rilievo che l’oggetto essenziale della prognosi richiesta dall’art. 40 cpv. c.p. consiste in una congettura (la non verificazione di un evento singolare storicamente accaduto) confuta in radice la possibilità di ricorrere in modo speculare allo schema esplicativo da ultimo richiamato in relazione alla causalità reale. Se l’indagine contro-fattuale trova nei casi disciplinati dal primo comma dell’art. 40 c.p. un ancoraggio tuttavia solido nell’evento verificatosi nella realtà, la regola dell’art. 40 cpv. c.p. esige invece di controllare la connessione (causale-impeditiva) fra due congetture (l’antecedente virtuale e il non-evento singolare): sicché proprio il carattere meramente ipotetico dell’oggetto del controllo (l’impedimento dell’evento E: cioè il suo non-esserci) non autorizza conclusioni fondate secondo il modo contro-fattuale tipico della causalità reale proprio perché a far difetto, nella causalità ipotetica, è il fatto storico oggetto della spiegazione (l’evento *hic et nunc* verificatosi).

La “controfattualità” dell’accertamento imposto dall’art. 40 cpv. c.p. coinvolge non soltanto l’antecedente virtuale, ma anche l’esito della “nuova” sequenza di antecedenti (costituita da quelli effettivamente accaduti cui si

aggiunge quello virtuale, sicché tale “nuova” serie è, complessivamente considerata, anch’essa “virtuale”).

Il giudizio sulla causalità ipotetica può essere così riassunto:

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

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

### 3. *La conclusione: la conferma delle originarie notazioni.*

Guardate anche nella peculiare prospettiva dei reati d’evento (a matrice sia dolosa sia colposa) quando abbiano a presentarsi sotto la specie di reati commissivi mediante omissione, le originarie e fondative notazioni del Maestro ora celebrato mostrano appieno la loro antiveggente profondità: nella sintesi che le caratterizzava, l’allora giovane assegnista dell’Università di Pavia aveva colto e portato alla luce il nucleo essenziale delle questioni, che qui si è cercato soltanto d’illustrare, senza poter aggiungere in realtà nulla che non fosse già contenuto in quelle notazioni.

In particolare, nella conformazione “imposta” dal canone dell’art. 40 cpv. c.p., le non flessibili esigenze della causalità ipotetica richiedono — già sul piano della fattispecie astratta — la tipizzazione della condotta doverosa omessa: la *doverosità*, requisito indispensabile per integrare la figura punibile, implica per necessità che la condotta, che avrebbe dovuto essere tenuta dall’omittente, debba essere ricostruita come **Av**.

L’esigenza della previa descrizione di **Av** (corrispondente della condotta doverosa omessa) dipende dall’assetto dell’art. 40 cpv. c.p. (e, a ben vedere, da una superiore ragione logica): la connotazione in termini di efficienza causale impeditiva va predicata con riguardo non a qualsiasi condotta astrattamente ipotizzabile, ma soltanto rispetto a quella cui accede il carattere della doverosità (*id est*: la condotta corrispondente a quella richiesta sulla base della regola pertinente), denotazione in assenza della quale non è neppur possibile parlare di omissione.

Nei reati d’evento commissivi mediante omissione di matrice dolosa è esclusivamente il canone dell’art. 40 cpv. c.p. a fondare la rammentata esigenza

di *previa* descrizione della condotta che l'omittente avrebbe dovuto realizzare (**Av** di cui valutare la portata eziologica): ciò che, per immediata evidenza, esclude che siffatta tipologia di reati d'evento possa sopportare la definizione di reati a forma libera.

Quando i reati d'evento commissivi mediante omissione abbiano natura colposa, la *previa* descrizione della condotta omessa è imposta non soltanto dal menzionato canone dell'art. 40 cpv. c.p., ma altresì dal sintagma « per colpa » (o altro con valore simile) che, per sua stessa struttura, richiede la caratterizzazione della condotta stessa secondo il modello del giudizio di relazione, nel quale consiste la colpa (sul versante normativo).

È dunque l'esigenza della descrizione di **Av** a confermare la forma non-libera (*id est* vincolata) dei reati in discorso, descrizione che procede necessariamente secondo un paradigma esemplato sullo schema del giudizio di colpa nella sua componente esclusivamente normativa.

Le peculiarità che caratterizzano i reati di evento commissivi mediante omissione, particolarmente concentrate sul profilo della individuazione e della descrizione dell'antecedente virtuale, suggeriscono tuttavia qualche riflessione anche in ordine alla notazione del celebrato Maestro riguardante la ricostruzione della spiegazione causale secondo leggi scientifiche, intesa come « “premissa logica” di ogni teoria causale » (6) [che] prescinde « dall'intervento o meno di successivi criteri normativi o comunque metanaturalistici, di selezione di antecedenti causali » (7).

La ferrea esattezza dell'asserto non è in alcun modo revocabile in dubbio e le considerazioni in precedenza svolte con riguardo alla causalità ipotetica e alla dinamica dell'antecedente virtuale (sua individuazione e sua descrizione) valgono soltanto a caratterizzarne uno specifico profilo.

Come si è cercato di mostrare, l'esigenza di apprezzare la rilevanza causale impositiva di un antecedente virtuale trova fondamento esclusivo in una regola categoriale propria del diritto penale (art. 40 cpv. c.p.). Siffatta esigenza non muta tuttavia la natura pre-categoriale dell'accertamento causale secondo leggi scientifiche e il suo essere « “premissa logica” » alla quale sono estranei « criteri normativi o comunque metanaturalistici ».

Nell'economia della causalità ipotetica, la componente “normativa” svolge la sua (ineliminabile) funzione sul piano dell'altrimenti impossibile individuazione e descrizione dell'antecedente virtuale (**Av**), in assenza delle quali sarebbe altrettanto impossibile rispondere alla domanda evocata dal citato art. 40 cpv

---

(6) C.E. PALIERO, *Le fattispecie*, cit., p. 1505

(7) C.E. PALIERO, *ibidem*.

c.p. (l'evento costitutivo del reato si sarebbe ugualmente verificato in presenza della condotta doverosa: in altri termini, l'evento singolare E sarebbe accaduto se **Av** fosse stato posto in essere?).

Constatato che tale componente normativa esaurisce il suo compito nella individuazione e nella descrizione di **Av**, l'apprezzamento della valenza causale impeditiva di **Av** stesso ritorna ineluttabilmente nel territorio al quale sono estranei « criteri normativi o comunque metanaturalistici ».

È sempre e di nuovo il paradigma della spiegazione secondo leggi scientifiche il solo strumento epistemico attraverso il quale si può razionalmente affermare o negare che **Av** (l'antecedente virtuale che corrisponde alla condotta doverosa omessa) sia condizione contingentemente necessaria a impedire l'evento (**ccie**). **Av** entra infatti — seppur come congettura — nella serie di antecedenti che hanno effettivamente cagionato l'evento singolare per la ragione (categoriale) posta dall'art. 40 cpv. c.p. e viene considerato *come se* fosse un antecedente reale (individuato e descritto sulla base della regola cautelare pertinente): la valutazione della rilevanza causale (impeditiva) verrà tuttavia (e necessariamente) apprezzata secondo leggi scientifiche, prescindendo quindi da « criteri normativi o comunque metanaturalistici ».