

Infortunio al polso del lavoratore affetto da morbo di madelung: la Corte d'Appello di Torino applica (implicitamente) i criteri della sentenza Franzese ed esclude la responsabilità del datore di lavoro.

di Mattia Miglio e Simone Mossini

Sommario: 1. La vicenda in esame. 2. Una corretta applicazione dei criteri sanciti dalle Sezioni unite in tema di causalità. 3. Le ragioni del mancato richiamo alla sentenza Franzese. Lo statuto epistemologico dettato dalle Sezioni Unite.

1. La vicenda in esame.

Con la sentenza qui allegata, la Corte d'Appello di Torino ha ribaltato la decisione di primo grado del Tribunale di Moncalieri e ha così mandato assolto un *partner* di una Società in nome collettivo – addetto ai compiti in materia di sicurezza sul lavoro – a cui la Pubblica Accusa aveva contestato il delitto di lesioni colpose gravi in violazione della normativa antinfortunistica ex art. 590, comma 3 c.p., per aver cagionato, in qualità di Datore di Lavoro), la distorsione del polso sinistro da parte di un dipendente che non era stato dotato di apposita polsiera contenitiva, così come prescritto dal medico del lavoro competente per l'azienda.

Nello specifico, l'infortunio si era verificato nel febbraio del 2008 durante le operazioni di scarico da un camion di alcune barre metalliche, quando la persona offesa – un dipendente avente le mansioni di saldatore e carpentiere del ferro – aveva girato una barra di circa 40 chilogrammi dal verso opposto rispetto al compagno del lavoro, procurandosi così una distorsione al polso sinistro dichiarata guaribile in 135 giorni¹.

Al momento dell'infortunio, il carpentiere era sprovvisto di apposita polsiera contenitiva – prescritto, invece, dal medico competente già a partire dal 2004 – e proprio tale omissione avrebbe procurato al dipendente tali lesioni o almeno il loro aggravarsi secondo la ricostruzione della Pubblica Accusa.

¹ A valle dell'incidente, peraltro, il dipendente era stato dichiarato “*inidoneo al lavoro*” in via permanente ed era stato così licenziato dall'imputato.

Già sulla scorta di tali elementi, si può agevolmente cogliere come le attenzioni degli organi giudicanti – sia di primo che di secondo grado – si siano focalizzate sull'esclusione della sussistenza del nesso eziologico tra la mancata dotazione del tutore e l'affaticamento della mano sinistra con conseguente distorsione al polso, rivalutando i fatti alla luce degli elementi probatori emersi nel corso del procedimento.

In via preliminare, emergeva che il carpentiere era già stato colpito da due precedenti infortuni che avevano coinvolto sempre la mano sinistra.

Già nel febbraio del 2004 la persona offesa si era procurato una lesione al tendine estensore della mano sinistra, a valle del quale era stato dichiarato idoneo al lavoro dal medico competente con obbligo di indossare una polsiera contenitiva.

Tre anni più tardi, il polso sinistro era rimasto nuovamente coinvolto in un secondo infortunio, questa volta in ambito domestico, e le visite successive all'incidente avevano accertato che egli era affetto da “*artralgia post traumatica polso sinistro in dismorfismo radio distale*”. Anche in quell'occasione, i medici avevano ribadito l'idoneità al lavoro sempre con obbligo di *tutor* contenitivo, del quale egli, come detto, era sprovvisto al momento dell'infortunio.

Tuttavia, secondo la Corte d'Appello, la mancata dotazione della polsiera non può assurgere a livello di causa dell'infortunio occorso al carpentiere.

La visita immediatamente successiva all'infortunio del 2008 dimostrava, infatti, che il lavoratore era affetto dal c.d. *morbo di Madelung*², una patologia consistente nel

² La deformità di *Madelung* (DM) è un'anomalia del polso, di solito bilaterale, caratterizzata dall'accorciamento e dall'incurvamento del radio e dell'ulna, che causano la dislocazione dorsale dell'ulna e la limitazione dei movimenti del polso e del gomito. La prevalenza esatta non è nota. La DM è clinicamente riconoscibile nel periodo intermedio e finale dell'infanzia o nella prima adolescenza (tra gli 8 e i 12 anni) come segno monolaterale o bilaterale. È più comune nelle femmine. I pazienti presentano una ridotta ampiezza dei movimenti e una limitazione della supinazione, della dorso-flessione e della deviazione radiale. La pronazione e la flessione sono di solito normali. I pazienti lamentano una progressiva deformità e dolori al polso. La DM è dovuta alla crescita disorganizzata delle epifisi radiali, che causa l'incurvamento del radio, la fusione prematura delle epifisi e un ritardo di sviluppo delle porzioni ulnari e palmari delle epifisi radiali distali. Queste alterazioni causano l'inclinazione verso il palmo e l'ulna della superficie articolare radiale distale, la traslazione del palmo della mano e del polso, la dislocazione dorsale dell'ulna, e l'incuneamento delle ossa carpali. La DM può essere idiopatica, genetica, displastica o post-traumatica. La lesione monolaterale è rara e di solito è secondaria a eventi traumatici, con lesioni delle epifisi radiali o carico ripetuto ed eccessivo sull'articolazione non ancora matura degli arti superiori. Le cause displastiche comprendono le esostosi multiple o la sindrome nail-patella (unghia-rotula; si vedano questi termini). La DM bilaterale è il principale segno clinico della discondrosteosi di Léri-Weill, mentre è occasionale nella

“dismorfismo dell'epifisi distale dell'ulna nella sua articolazione con il carpo e comportante marcata difficoltà nella movimentazione della mano e facile lussabilità dell'ulna”.

Trattandosi di patologia di tipo congenito, prosegue la sentenza, il morbo era presente, con ogni probabilità, già al momento del primo infortunio del 2004, come sembrano dimostrare i due referti clinici successivi ai due infortuni, i quali fanno riferimento l'uno a *“un'artralgia polso sinistro e malformazione”*, il secondo a *“un'artralgia post traumatica polso sinistro in dismorfismo radio distale”*, e la mobilità articolare del lavoratore era decisamente menomata, tenuto conto dell'evoluzione peggiorativa del morbo, curabile solamente mediante apposito intervento chirurgico (che, però, non era stato eseguito).

Pertanto, in presenza di tale malattia, nessuna polsiera o tutore di tipo contenitivo avrebbe potuto impedire la distorsione (o avrebbero ridimensionato la gravità di essa) riportata dalla persona offesa, anche perché *“l'arto del lavoratore era più esposto – rispetto a quello di un soggetto sano – a traumi distorsivi del tipo di quello verificatosi”*.

Accanto a tale elemento – di per sé già dirimente – i giudici di secondo grado escludono la sussistenza del nesso di causalità anche escludendo che la polsiera stessa potesse rivestire in sé e per sé un qualche valore di tipo garantista o, quanto meno, impeditivo.

In prima battuta, la Corte esclude che la dotazione del *tutor* potesse rallentare (o arrestare) il peggioramento della malattia; il corretto utilizzo della polsiera avrebbe infatti potuto limitare la mobilità articolare del polso sinistro ma non avrebbe mai potuto svolgere alcun effetto terapeutico nei confronti del *morbo di Madelung*, come detto, curabile solo ed esclusivamente mediante intervento chirurgico.

A ciò si aggiunga anche che un eventuale uso della polsiera stessa – stando alle dichiarazioni emerse in sede dibattimentale – non avrebbe, per le sue caratteristiche,

sindrome di Turner (si vedano questi termini). La DM può essere isolata o fare parte di altre sindromi genetiche, come la discondrosteosi-nefrite e la brachidattilia tipo C (si vedano questi termini). Sono state descritte anche cause ambientali (traumi e infezioni). La diagnosi viene sospettata in base agli esami clinici e viene confermata sulle radiografie dell'avambraccio/polso. Stecche, supporti e apparecchi ergonomici per il polso possono ridurre il disagio della DM. In alcuni casi, è necessario l'intervento chirurgico nel periodo intermedio e finale dell'infanzia, che consiste in un'istolsi mirata a ridurre l'aspetto ulnare del radio distale e a tagliare il ligamento di Vickers, diminuendo il dolore e ristabilendo la funzionalità del polso. L'ampiezza del movimento di solito migliora poco, ma in maniera variabile a seconda delle diverse casistiche chirurgiche. Il dolore peggiora con l'età a causa dell'artrite.

potuto incidere in alcun modo sulla causazione dell'infortunio occorso al lavoratore; la presenza della polsiera, pertanto, era del tutto ininfluyente.

A tal proposito, lasciamo parlare la sentenza:

“PM: allora se la polsiera che ha visto l'uso di quella polsiera ed il mancato uso poi del tutor può avere inciso sulla causazione dell'infortunio per questi anni che mi ha detto dal 2004 al 2008 [...] su quel trauma di cui le ho detto il trauma distorsivo del 2008 [...]?”

F: a mio modesto parere no, ripeto è un parere legato al fatto che quel trauma [...] rivalutano in senso critico l'accaduto io posso ragionevolmente ritenere che il tutor non è garantista di incolumità non lo è in valore assoluto e non è a maggior ragione nel caso specifico di una patologia come quella”³.

Alla luce di tali aspetti, pertanto, la corte di Torino esclude che ogni possibile rilevanza causale tra la mancata dotazione della polsiera nel periodo 2004-2008 e l'insorgere (o anche l'aggravarsi) della malattia, precisando che *“deve ritenersi precluso il giudizio controfattuale che dovrebbe sostenere la fondatezza dell'ipotesi accusatoria, non essendo possibile affermare in termini di ragionevole certezza che se a M. (la persona offesa ndr) fosse stato imposto l'utilizzo della polsiera prescritta nel 2004 o del tutore prescritto nel 2007, il trauma distorsivo del 14/2/08, nonostante la presenza di una patologia articolare invalidante come il MdM, l'evento lesivo non si sarebbe verificato”⁴.*

2. Una corretta applicazione dei criteri sanciti dalle Sezioni unite in tema di causalità.

La soluzione metodologica adottata dalla Corte d'Appello di Torino pare, a nostro avviso, assolutamente condivisibile.

Scorrendo le motivazioni, si può infatti cogliere come i giudici d'Appello abbiano puntualmente ricostruito l'intera dinamica dell'infortunio occorso al carpentiere, descrivendo sia il movimento di sollevamento della barra che aveva causato l'incidente⁵ sia gli anelli causali rilevanti ai fini dell'affermazione della sussistenza del nesso di causalità, e abbiano poi sottoposto gli elementi così emersi al vaglio del

³ Cfr. p. 4 della sentenza che si commenta.

⁴ Cfr. p. 5 della sentenza.

⁵ Cfr. p. 3 della sentenza ove si afferma che *“sembrerebbe essersi trattato di un semplice movimento di prosupinazione: lui ha girato la barra da una parte ed il compagno di lavoro dall'altra”*.

giudizio controfattuale, necessario per l'affermazione del nesso di causalità nel reato omissivo improprio.

Tale soluzione, è evidente, si pone in piena conformità con i parametri indicati dalle Sezioni Unite nell'ormai nota sentenza Franzese⁶, la quale, superando il ricorso alla mera probabilità statistica, ha accolto una nozione c.d. forte di probabilità logica⁷, facente perno su una "*forte corroborazione dell'ipotesi*" e fondata "*sulla affidabilità delle informazione scientifiche utilizzate, sull'evidenza probatoria, disponibile e coerente con l'ipotesi stessa, nonché infine, sulla capacità di resistenza di questa rispetto alle contro-ipotesi*"⁸.

Alla luce di tali parametri, l'organo giudicante deve così ricostruire quanto è accaduto realmente nel singolo evento considerato - quale accadimento particolare e irripetibile che non può essere catalogato come un evento tipico che rientra in una classe omogenea di eventi tipici⁹ - a patto che tutte le controipotesi fattuali risultino infondate alla luce del materiale probatorio prodotto in sede dibattimentale e che la ricostruzione degli anelli causali sia dotata di elevata credibilità razionale¹⁰.

⁶ La sentenza delle Sezioni Unite può essere consultata invece in *Cass.pen.*, 2003, pp. 1176 ss., con nota di BLAIOTTA, *Con una sentenza storica le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia altresì ad ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1315 ss.

⁷ Con riferimento alla dicotomia tra probabilità logica e probabilità statistica, si rinvia a GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *Cass.pen.* 2004, pp. 298 ss.; DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, pp. 2151 ss.; MANCINI, *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 2004, pp. 365 ss.; BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 133 ss.; ID., *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass.pen.*, 2008, pp. 1875 ss.

⁸ In giurisprudenza, applicano il criterio della probabilità logica, *ex multis*, *Cass. pen.*, Sez. IV, 3 ottobre 2002, n. 38334, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2004, p. 365; *Cass. pen.*, Sez. IV, 2 aprile 2007, n. 21597, in *Cass.pen.*, 2008, p. 1866; *Cass. pen.*, Sez. IV, 14 dicembre 2006, n. 4177, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1858.

⁹ Cfr. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico-razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, pp. 247 ss.

¹⁰ In tal senso, si rinvia a DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2011, pp. 494 ss. In senso contrario, D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse ed il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass.pen.*, 2007, pp. 4812 ss.

Come si può facilmente cogliere, detta ricostruzione non si limita a fare riferimento a generici eventi dannosi, astrattamente tipizzati o addirittura immaginari, ma anzi, la Corte d'Appello si focalizza sulla puntuale ricostruzione e descrizione dell'evento *hic et nunc* verificatosi¹¹, alla luce delle evidenze dibattimentali relative al caso concreto (ricostruzione estremamente empirica).

Così argomentando, la Corte non cade nella tentazione di ricostruire il nesso causale in termini di con-causalità *ex art. 41 c.p.*, ritenendo che l'incidente fosse stato determinato da più con-cause anziché da un'unica causa, in ossequio alla teoria dell'equivalenza delle cause, secondo cui "*è causa l'insieme di tutte le condizioni, positive o negative, naturali o umane, senza eccezioni e senza distinguerne l'efficacia*"¹².

Tuttavia, attenta dottrina ha evidenziato che tale teoria, sviluppatasi nella dottrina tedesca grazie alle riflessioni di Maximilian von Buri nel finire del XIX secolo, si rivela insoddisfacente e iniqua per ricostruire il nesso causale: basti solo pensare che una sua applicazione rigorosa presuppone necessariamente il *regressus ad infinitum*, imponendo al giudice di considerare cause dell'evento anche le conseguenze più remote e sostanzialmente insignificanti¹³.

Sotto altro profilo, va attribuito ai giudici d'Appello anche l'indubbio merito di non aver neppure minimamente accennato alla tesi – che gode di un certo seguito all'interno della giurisprudenza di legittimità – secondo cui il comportamento abnorme ed imprevedibile da parte del lavoratore costituirebbe un evento estraneo all'ordinaria sequela eziologica, determinando di fatto l'interruzione dell'ordinario nesso di causalità e la conseguente non punibilità del datore di lavoro¹⁴.

¹¹ Si veda, L. FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, pp. 725 ss.

¹² Accoglie invece la teoria della con-causalità, App. Torino, III Sez. Pen., 28 ottobre 2013, n. 3541, in *questa Rivista*.

¹³ Riprendendo le parole di Autorevole dottrina, "*non si può pretendere che il giudice spieghi l'intero meccanismo di produzione dell'evento, e non lo si può pretendere perché non è possibile conoscere esattamente tutte le fasi intermedie e attraverso le quali la causa produce l'effetto finale*". Si vedano, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000, II Ed.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.

¹⁴ Con riferimento alle condotte colpose del lavoratore, si vedano, FERRO, *Responsabilità per infortuni sul lavoro e rilevanza del comportamento del lavoratore*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, pp. 1308 ss.; BELLINA, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2867 ss. In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 17.2.2009, n. 15009, in *dejure. giuffre. it*; Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2005, n.38877, in *dejure. giuffre. it*.

Aldilà delle dichiarazioni di principio, infatti, tale soluzione – che ha trovato terreno fertile anche nei casi di *medical malpractice*¹⁵, nel caso del soccorritore imprudente¹⁶, del manufatto difettoso¹⁷ e nei pericoli connessi con l'ingresso abusivo nell'altrui proprietà¹⁸ – ha concretamente riconosciuto l'effetto interruttivo, dovuto a fattori abnormi, atipici o eccezionali, solo in un numero sparuto di casi, escludendo di fatto l'eccezionalità dei fattori interruttivi¹⁹.

Tale interpretazione restrittiva, d'altro canto, trova la sua razionale spiegazione proprio nelle origini dogmatiche in cui si radica tale orientamento.

Infatti, tale teoria affonda le sue basi nelle teorie normative del nesso di causalità²⁰ e, in particolare, nell'elaborazione della teoria della causalità umana operata da Francesco Antolisei in un datato scritto del 1934 avente titolo "*Il rapporto di causalità nel diritto penale*".

La premessa su cui poggia la tesi antoliseiana è presto detta: un uomo può dominare certe forze mentre possono sussistere altre forze in grado di incidere sull'evento che, invece, si sottraggono alla sua sfera di dominio²¹ e che pertanto non possono essere da lui controllate.

Da ciò segue che può essere attribuito all'agente solamente il fatto che sia opera di quell'uomo, mentre l'individuo non può essere considerato autore dell'accaduto

¹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 27 giugno 2013, n. 35828, in *Riv.it.med.leg.*, 2014, pp. 241.

¹⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 13939, in *Foro it.*, 2008, II, c. 449 ss.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 24732, in *Cass.pen.*, 2011, pp. 3790 ss, con nota di VERRICO, *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell'applicazione del criterio della "probabilità logica" nell'accertamento causale*.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 7 maggio 1985, Bernardi, in *Ced Cass. Rv.* 171215.

¹⁹ Così, BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. Pen.*, 2007., pp. 365 ss. Lo studio è inoltre citato da BRUSCO, *Il rapporto*, *op. cit.*, p. 106. Per un'indagine giurisprudenziale, rinvio a BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze University Press, 2010, pp. 103 ss.

²⁰ La causalità adeguata, la causalità umana e l'imputazione oggettiva dell'evento, sul punto, per approfondimenti, si rinvia a VALLINI, *Cause sopravvenute da sole sufficienti e nessi tra condotte*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, pp. 1 ss.

²¹ Ricostruisce così la tesi, BRUSCO, *Il rapporto*, *op.cit.*, pp. 102-103.

quando questo fuoriesca dalle sue capacità di dominio degli eventi²². Così argomentando, il nesso causale viene escluso da concause eccezionali, rarissime²³.

Senonché tale impostazione ha subito numerosi e incisivi attacchi da parte della dottrina: secondo un autore, tale soluzione risulta "*inaccettabile per l'eccessiva approssimatività ed incontrollabilità del fattore eccezionale, sul quale è interamente costruita*"²⁴, altri invece hanno evidenziato come essa non sia altro che "*un mal riuscito tentativo di perfezionamento della teoria dell'adeguatezza*"²⁵, mentre, infine, altri autori hanno sottolineato che tale soluzione, dando rilievo ai criteri di prevedibilità e inevitabilità dell'evento, finisce per confondere il profilo del piano eziologico con la valutazione dell'elemento soggettivo²⁶.

3. Le ragioni del mancato richiamo alla sentenza Franzese. Lo statuto epistemologico dettato dalle Sezioni Unite.

Precisato quindi che la sentenza sembra fondarsi su un giudizio di alta credibilità razionale basato non tanto sull'astratta relazione causale tra il fattore assunto a primo termine ed il tipo di evento che interessa quanto su una valutazione di causalità c.d. singolare, non può comunque non notarsi che la sentenza non effettua alcun richiamo – neppure mediante una mera clausola di stile – alla nota massima della sentenza Franzese secondo la quale "*nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica sicché esso risulta configurabile solo se si accerti che, ipotizzando come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva*".

Le motivazioni, infatti, non riportano – da un punto di vista formale – alcun cenno alla sentenza Franzese nè ad altri precedenti giurisprudenziali relativi a vicende affini.

²² Così, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1934, pp. 177 ss., ripreso da VALLINI, *op. cit.*, pp. 8 ss.

²³ VALLINI, *op. cit.*, pp. 8-9

²⁴ Testualmente, M.ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 399 ss. Riprende tale critica anche BLAIOTTA, *op. cit.*, pp. 365 ss.

²⁵ Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 246 ss.

²⁶ Così, BLAIOTTA, *op. cit.*, pp. 365 ss.

Tuttavia, leggendo con attenzione alcuni passaggi della motivazione, sono decisamente evidenti i richiami all'*iter* logico-decisionale che aveva innervato la storica pronuncia delle Sezioni Unite.

Si legge a pag. 3, *in primis*, che “*trattandosi di malformazione congenita, il morbo diagnosticato nel 2008 era già con tutta probabilità presente nel 2004, come dimostrato dall'oggettivazione clinica risultante dai referti CTO 6/7/04 [...] e 15/10/07*” e “*sull'evoluzione della patologia tra il 2004 e il 2007 non possono aver avuto influenza alcuna il mancato o inadeguato utilizzo così della polsiera prescritta nel settembre 2004 [...] come del tutore oggetto della prescrizione del dicembre 2007 [...]*”.

Prosegue poi la sentenza: “*L'unica opzione terapeutica praticabile in presenza del morbo de quo è quella chirurgica [...] parimenti non vi è alcun elemento per sostenere che il corretto utilizzo di polsiera [...] o del tutore [...] avrebbero rallentato il peggioramento della patologia [...] al momento dell'infortunio [...] è pacifico che la mobilità articolare del polso sinistro di M fosse [...] una mobilità abnorme e defedata: di conseguenza l'arto del lavoratore era più esposto – rispetto a quello di un soggetto sano – a traumi distorsivi del tipo di quello verificatosi [...] e nulla autorizza a ritenere che una polsiera o un tutore [...] avrebbe impedito la distorsione o ne avrebbero ridimensionato la gravità. Sul punto, il dott. F. non ha affatto fornito [...] elementi che potessero supportare il giudizio controfattuale necessario per l'affermazione del nesso di causalità nel reato omissivo improprio*”²⁷.

Infine, alla luce di tali elementi, la Corte d'Appello esclude la responsabilità penale del Datore di Lavoro: “*deve ritenersi precluso il giudizio controfattuale che dovrebbe sostenere la fondatezza dell'ipotesi accusatoria, non essendo possibile affermare in termini di ragionevole certezza che se a M. (la persona offesa ndr) fosse stato imposto l'utilizzo della polsiera prescritta nel 2004 o del tutore prescritto nel 2007, il trauma distorsivo del 14/2/08, nonostante la presenza di una patologia articolare invalidante come il MdM, l'evento lesivo non si sarebbe verificato*”²⁸.

Orbene, la Corte d'Appello – pur non richiamando espressamente il precedente delle Sezioni Unite – ne ricalca evidentemente la *ratio* di fondo sia mediante l'utilizzo di espressioni e sintagmi chiaramente ispirate dalla Franzese – si pensi a espressioni come “*giudizio controfattuale necessario per l'affermazione del nesso di causalità nel reato omissivo improprio*” oppure come “*deve ritenersi precluso il giudizio controfattuale che dovrebbe sostenere la fondatezza dell'ipotesi accusatoria, non essendo possibile affermare in termini di ragionevole certezza*” – sia mediante una

²⁷ Cfr. p. 3 della sentenza.

²⁸ Cfr. p. 5 della sentenza.

ricostruzione degli anelli della sequela eziologica dotata di elevata credibilità razionale, che esclude ogni valore a tutte le contro-ipotesi fattuali alla luce del materiale probatorio prodotto in sede dibattimentale.

Proprio quest'ultimo aspetto consente di cogliere le probabili ragioni del mancato (espresso) richiamo alla sentenza Franzese.

La Corte d'Appello ha rivolto le proprie attenzioni esclusivamente sulle peculiarità che contrassegnavano l'evento *hic et nunc* così come verificatosi concretamente, marcando così l'unicità e l'irripetibilità dell'infortunio rispetto alla classe di fatti aventi le medesime caratteristiche o alcuni elementi in comune.

In tale scenario, così, i principi dettati dalla sentenza Franzese non rivestono affatto il ruolo di precedente in grado di fornire una soluzione di merito alla vicenda, ma assumono una funzione epistemologica in grado di guidare l'organo giudiziario nella soluzione metodologica delle controversie, alla luce degli elementi probatori emersi nel corso del dibattimento.

Come è stato autorevolmente affermato, la sentenza Franzese non ha costituito la puntuale espressione di un *nomos* in grado di definire nel merito comportamenti simili ma, al contrario, i Giudici di Legittimità si sono elevati a custodi di un *logos* normativo preesistente, avallando una razionalizzazione dell'intero *iter* di valutazione del giudizio circa la sussistenza del nesso causale²⁹. Vengono così predisposti il metodo e la procedura che il giudice di merito dovrà seguire per affermare la sussistenza nel nesso eziologico nel reato omissivo proprio.

Senonché, è evidente, una tale impostazione comporta interferenze tra diritto penale e diritto processuale penale, avvicinando così un istituto di carattere sostanziale, come il rapporto di causalità, con il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che affonda le proprie basi in ambito penal-processualistico³⁰.

Tale commistione tra dimensione sostanziale e piano processuale ovviamente finisce per privare ogni dimensione naturalistica al nesso di causalità, che viene destinato a una dimensione meramente processuale e che, quindi, potrà essere dichiarato sussistente non in quanto materialmente esistente *ex ante*, ma solo a posteriori, se suffragato dal materiale probatorio emerso in sede dibattimentale;

²⁹ Testualmente, PULITANO', *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, pp. 1231 ss.

³⁰ Si vedano, CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass.pen.*, 2006, pp. 1971 ss.; DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Ind.pen.*, 2004, pp. 1115 ss.; LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, pp. 99 ss.

infatti, come definito da Autorevole dottrina: *“la sentenza Franzese, con buona pace di noi professori di diritto penale sostanziale, processualizza la causalità; e ci dice, dunque, che il nesso causale non è una qualche entità che esiste in natura”*³¹.

Senonché, una valutazione del nesso eziologico fondata prettamente sul criterio di *“certezza processuale”* potrebbe almeno in astratto – non è fortunatamente capitato nella sentenza che si commenta – aprire il varco a valutazioni formalmente conformi al criterio dell'alta probabilità logica, ma che in realtà potrebbero sostanzialmente rivelarsi un mero criterio di facciata dietro il quale si nascondono intuizioni o preferenze soggettive ed indimostrabili dell'organo giudicante, spesso prive di adeguato riscontro probatorio-fattuale e giustificate esclusivamente dal *“bisogno sociale”* di reprimere certi comportamenti socialmente riprovevoli³².

Che non si tratti di un'ipotesi prettamente astratta è presto dimostrato. Chiamata a pronunciarsi su un caso di esposizione professionale a sostanze tossiche, la Suprema Corte di Cassazione ha così interpretato i criteri sanciti dalla sentenza Franzese: *“Il merito, unanimemente riconosciuto della sentenza Franzese è [...] di aver ritenuto non accettabile il criterio della certezza o della quasi certezza, prossima a uno, quasi che in questi casi fosse possibile prevedere un differente modo di accertamento del fatto e del nesso eziologico e fosse possibile una certezza assoluta, contrastata perfino dalla filosofia della scienza che [...] si fonda sulla c.d. causa probabile giacché appartiene all'innocenza del pensiero scientifico del passato il riferimento alla certezza assoluta”*³³.

Prosegue, poi, la Corte: *“Pertanto, escluso che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico prossimo a 1 cioè alla certezza, [...] occorre riferirsi al ragionamento inferenziale dettato in tema di prova indiziaria dall'art. 192 comma 2 c.p.p. ed alla regola generale in tema di valutazione della prova di cui al primo comma della medesima disposizione ed alla ponderazione, ma non all'acritico accoglimento, delle ipotesi antagoniste”*³⁴.

³¹ FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 177.

³² Sul punto, si rinvia ad ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, pp. 534 ss.

³³ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37762, p. 16, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37762, *op.cit.*

Ipotesi antagoniste che non possono che essere superate, se non mediante il ricorso al principio del libero convincimento del giudice, come puntualizza la stessa Cassazione: *"E' indubitabile la necessità per il giudice dell'ausilio di esperti della materia per l'individuazione, nel caso concreto, delle leggi scientifiche e di quelle statistiche, non appartenendo tale sapere alla cultura giuridica [...]". A tal riguardo, la giurisprudenza costante di questa Corte ammette, in virtù del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, la possibilità del giudice di scegliere fra varie tesi [...] quella che ritiene condivisibile purché dia conto con motivazione accurata e approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata"*³⁵.

Ebbene, così argomentando, gli ermellini hanno confermato la condanna di secondo grado ai tre imputati riconoscendo la sussistenza del nesso causale sulla scorta di mere indagini epidemiologiche prive di qualsivoglia riscontro scientifico, mascherando, tuttavia, sotto la facciata dei parametri della certezza processuale e dell'elevata credibilità logica, un ritorno evidente al criterio del mero aumento del rischio o, addirittura, del libero convincimento del giudice sganciato da qualsivoglia riferimento scientifico.

Come evidente, tale interpretazione concretizza i rischi poc'anzi esposti e finisce per dare corpo ai timori di acuta dottrina che aveva sottolineato il pericolo che la soluzione adottata dalla sentenza Franzese non sia altro che un tentativo di *"avallare (salvo un restyling terminologico) l'orientamento già consolidato in passato che si accontentava di (generiche) buone possibilità di successo, o financo di probabilità medio-basse ecc. per ritenere la sussistenza della causalità omissiva"*³⁶.

³⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37762, *op.cit.*

³⁶ Così, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *op. cit.*, pp. 1969.