

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

SPRING-SUMMER 2016

“THE REST IS SILENCE...HAMLET’S DEATH
WITTGENSTEIN AND THE WORKING OF “TOO-MUCHNESS”.
TOWARD A REVISED MODEL OF TEXT-READING

Pier Giuseppe Monateri

IL ‘PROBLEMA’ DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA:
UN PERCORSO INTELLETTUALE

Mauro Balestrieri

L’ACCERTAMENTO DELL’ELEMENTO OGGETTIVO DELL’ILLECITO.
DAL NESSO DI CAUSALITÀ IN SENSO CLASSICO
ALLA ODIERNA “CAUSALITÀ NORMATIVA

Davide Gianti

LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE:
EFFICIENT BREACH THEORY O *RISK BEARER THEORY*?
LE DUE TEORIE ALLA PROVA DELLA
ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

Enrico Baffi e Dario Nardi

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) style, the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

MANAGING EDITOR: Cristina Costantini

REFEREES: Ermanno Calzolaio, Daniela Carpi, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Roberto Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, Federico Pizzetti, Giovanni Maria Riccio, Giovanni Sciancalepore, Salvatore Sica, Andrea Zoppini

© 1995-2016 The Cardozo Institute

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XXII

SPRING-SUMMER 2016

NUMBER 1

CONTENTS

ARTICLES

“THE REST IS SILENCE...HAMLET’S DEATH
WITTGENSTEIN AND THE WORKING OF “TOO-MUCHNESS”.
TOWARD A REVISED MODEL OF TEXT-READING

Pier Giuseppe Monateri

IL ‘PROBLEMA’ DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA:
UN PERCORSO INTELLETTUALE

Mauro Balestrieri

L’ACCERTAMENTO DELL’ELEMENTO OGGETTIVO DELL’ILLECITO.
DAL NESSO DI CAUSALITÀ IN SENSO CLASSICO
ALLA ODIERNA “CAUSALITÀ NORMATIVA”

Davide Gianti

LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE:
EFFICIENT BREACH THEORY O *RISK BEARER THEORY*?
LE DUE TEORIE ALLA PROVA DELLA
ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

Enrico Baffi e Dario Nardi

IL 'PROBLEMA' DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA:
UN PERCORSO INTELLETTUALE

Mauro Balestrieri

*

1. PREMessa METODOLOGICA
2. I PARADIGMI STORICO-FILOSOFICI ALL'ORIGINE DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA
3. REALISMO GIURIDICO E POLITICA DEL DIRITTO
4. IL CONTRIBUTO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO (*ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*)
5. IL 'PROBLEMA' DELLA CAUSALITÀ: LINGUAGGIO, RETORICA, INTERPRETAZIONE

1. PREMESSA METODOLOGICA

In un celebre saggio, il filosofo statunitense Charles S. Peirce faceva notare, con leggera ironia, che «[c]oloro che sostengono che la causalità sia uno degli elementi *uralt* originari dell'universo o una delle categorie fondamentali del pensiero [...] devono spiegare un fatto molto strano. Vale a dire il fatto che le concezioni umane di Causa sono completamente diverse e contraddittorie fra loro a seconda del diverso stadio di cultura scientifica. Il grande principio della causalità, al quale si dice che si deve inevitabilmente credere, in un certo periodo della storia coincideva con una certa proposizione, con un'altra proposizione completamente diversa in un altro, e con una terza ancora per il fisico moderno. La sola cosa che è rimasta [...] è il suo nome»¹.

In effetti, nell'osservare l'ampio caleidoscopio intellettuale che fino ad oggi ha contribuito a modellare la nozione di 'causalità' (tanto in un'ottica 'scientifica', quanto, più strettamente, in quella 'giuridica'), una delle prime considerazioni che sembra necessario rilevare è proprio la complessità terminologica e concettuale che la costituiscono². Una complessità, occorre rimarcare, a tal punto catturante da aver condizionato lo stesso legislatore del 1942, che nell'attuale codice civile italiano non ne prevede infatti alcuna esauriente definizione. Non solo: la giurisprudenza civile, in più momenti della sua storia, ha mostrato di soffrire nella stessa misura tale laconicità. In una recente pronuncia si può ad esempio leggere che la «prima significativa (ed inquietante) rilevazione ermeneutica è quella per cui nulla di definito emerge dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità in sè considerata (l'art. 40 del codice penale fissa l'equivalenza fra il non fare ed il cagionare; il successivo art. 41 si occupa, con apparente salto logico, "dell'interruzione del nesso causale" senza punto

¹ C.S. PEIRCE, *Causalità e forza*, in ID., *Scritti scelti* (a cura di G. Maddalena), UTET, Torino, 2005, p. 339.

² G. CALABRESI, *Concerning cause and the law of torts: an essay for Harry Kalven Jr.*, 43 *Univ. of Chicago Law Rev.*, (1975), p. 69 concorda sulle intricate difficoltà connesse al problema in esame. Anche per il diritto italiano, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, 88 ritiene che «[i]l nesso di causalità sicuramente costituisce il profilo più tormentato di tutta la problematica della responsabilità civile». Quest'attitudine moderna è in netto contrasto con quella più risalente: Duranton, Toullier, Baudry Lacantinerie, ad esempio, appena menzionano il problema del nesso causale nelle loro opere, danno per scontato tutto ciò che, dai penalisti tedeschi in poi, è divenuto per noi estremamente problematico.

definirne la portata concettuale; l'art. 2043 del codice civile descrive il rapporto tra fatto doloso o colposo e danno in termini di “cagionare”, senza ulteriori specificazioni). Non rimane allora che concluderne — come in effetti i giudici della Suprema Corte fanno — che il problema della causalità è «uno dei più antichi ossimori dell'intero ordinamento penale e civile»³.

Con onesta franchezza, anche nella più antesignana e prestigiosa dottrina italiana non si è mancato di rilevare in modo alquanto analogico quanto l'analisi di tale dilemma «serv[a] piuttosto ad oscurare che a chiarire i termini reali del problema»⁴; ciò, si noti, con perfetta equivalenza rispetto a quanto notato anche nella manualistica d'oltre oceano, secondo cui «[f]here is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion. Nor, despite the manifold attempts which have been made to clarify the subject, is there yet any general agreement as to the proper approach»⁵.

Peirce, è opportuno farlo notare, non si occupò mai di causalità giuridica strettamente intesa. Eppure, non sembra certo così sbagliato dargli ragione nell'imputare le molteplici aporie intellettuali tanto ad un problema di chiarezza definitoria, quanto ad un ragionamento di tipo *genealogico*: la sedimentazione e l'evoluzione del sapere filosofico, scientifico e giuridico hanno determinato un accumulo tale delle elaborazioni causali da produrre, di fatto, un'eterogeneità diffusa e labirintica, fino a lasciar permanere oramai soltanto l'*etichetta* sbiadita del concetto.

A ciò si aggiunga ancora un ulteriore problema, di carattere forse più eminentemente 'linguistico': come già la dottrina penale ha permesso di evidenziare, «nessuno dei concetti causali [...] può essere fatto coincidere con la nozione “pura, esatta” di causalità, per la semplice ragione che quest'ultima nozione non esiste o, se si vuole, che il significato del vocabolo “causa” non è univoco, ma varia col variare del

³ Per entrambe le citazioni, cfr. Cass. civ., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 257.

⁴ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 285. Anche per i penalisti, la tematica in esame è «compito assai gravoso, perché il problema del nesso causale, per unanime consenso, è fra i più ardui della nostra disciplina», così F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1934, p. vii.

⁵ Così, letteralmente, W.L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, West Publishing Co., 1971⁴, p. 236.

settore della scienza (fisica, storica, psicologia, ecc.) e del tipo di linguaggio (comune, scientifico) presi in considerazione»⁶.

Ora, l'impostazione di Peirce non si mostra particolarmente disponibile ad una valorizzazione delle diverse forme con cui la causalità ha fatto irruzione nel pensiero logico-filosofico, e non è certo del tutto declinabile all'interno dei quesiti che da vicino riguardano l'opera del giurista⁷. Purtroppo, sarà opportuno illustrare in sede introduttiva la *storia intellettuale* che accompagna tale nozione, per arrivare così a comprenderne le attuali declinazioni giuridiche e quindi la pertinenza, nonché le problematicità operative che ne scaturiscono⁸.

L'approccio prescelto può, forse, risultare *atipico* all'interno del consueto panorama dottrinario. Eppure, per smentire questo semplice assunto basterà solo considerare quanto l'interrogazione giuridica sull'accadere degli eventi e sulla responsabilità giuridica che ne discende appaiano questioni antiche tanto (e forse più)

⁶ Così, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 69.

⁷ Negli ultimi anni, tuttavia, il pensiero giuridico ha mostrato una progressiva e crescente attenzione nei confronti del semiologo statunitense, soprattutto con riguardo alla sua nota teoria dell'*abduzione* causale. In merito, si consideri quanto accennato da G. DE SANTIS, *La causalità penale al cospetto della scienza*, in R. PUCELLA, G. DE SANTIS (a cura di), *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 86-7. Sulla specifica nozione di abduzione e le sue possibili declinazioni giuridiche, si vedano invece G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma, 2010; Id., *La prima inferenza: l'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006; Id., *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto & questioni pubbliche*, Vol. 4, 2004, disponibile al link http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/studi_G_Tuzet.pdf. Più genericamente, A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, p. 321 e ss. Per un'indagine mirata al risvolto probatorio del concetto, cfr. i numerosi e validi contributi raccolti in C. PIZZI, G. UBERTI, *Diritto, abduzione e prova*, Giuffrè, Milano, 2009. In ambito statunitense, peraltro, il pensiero di Peirce è invece direttamente chiamato in causa da chi, come Richard Posner, si ascrive all'interno del movimento noto come "pragmatismo giuridico", da cui a partire dalla prima metà del XX secolo sarebbe discesa anche la scuola del cd. "realismo giuridico". Sul punto, cfr. R. POSNER, *What Has Pragmatism to Offer Law?*, in *Southern California Law Review*, (63) 1990, p. 1660.

⁸ Con riferimento al metodo 'genealogico' ed alla sua rilevanza nello studio del diritto, si vedano in ambito anglosassone testi importanti e dalla lettura consigliata, quali H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Cambridge University Press, 2014⁵; P. STEIN, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Cambridge University Press, 1980. Con particolare riferimento alla responsabilità civile, G.E. WHITE, *Tort Law in America: An Intellectual History*, Oxford University Press, New York, 1980; J.F. WITT, *From Loss of Services to Loss of Support: The Wrongful Death Statutes, the Origins of Modern Tort Law, and the Making of the Nineteenth-Century Family*, in *Law & Social Inquiry*, Vol. 25, Issue 3, 2000, pp. 717-756; T.T. ARVIND, J. STEELE (a cura di), *Tort Law and the Legislature. Common Law, Statute and the Dynamics of Legal Change*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 458. Per un approccio basato essenzialmente su premesse filosofiche, J. OBERDIEK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, 2014 e G.J. POSTEMA (a cura di), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, 2001.

del diritto stesso; interrogativi che hanno cominciato a scuotere il ragionamento colto dei giurisperiti fin da quando la società ha progressivamente iniziato a complessificarsi, e le relazioni umane ad intensificarsi⁹.

Tale esigenza ha finito ben presto per incontrare l'attenzione della migliore dottrina giuridica. All'interno del dibattito gius-comparatistico, è noto ad esempio il pensiero di W. Ewald, che unendo l'analisi filosofica all'interrogazione critica sugli istituti più importanti del diritto ha gettato le basi teoriche per un nuovo modo di affrontare il diritto civile ed il diritto comparato¹⁰. Il mondo dei concetti giuridici, in accordo con la necessaria separazione delle discipline, professa spesso un'autonomia culturale di certo legittima, ma rischiosa: il richiudersi del diritto su se stesso conduce ad una dimenticanza forzosa delle *origini* stesse del fenomeno che danneggia, *in primis*, la stessa riflessione critico-giuridica. In quest'opera insistita di "dimenticanza" culturale ciò che va obliandosi non è soltanto il fondamento del diritto, ma il suo concreto *sviluppo*, inteso come possibilità future e margini di apertura.

Proprio proseguendo lungo quest'asse, il pensiero comparatistico odierno — anche grazie alla progressiva valorizzazione dei modelli culturali ed epistemologici provenienti dai numerosi mondi disciplinari (quali l'analisi economica del diritto, la linguistica, la critica letteraria, nonché l'analisi filosofica) — ha mostrato la sua più

⁹ Fa notare assai bene il punto V. ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realistica)*, in *D. & Innovazione*, 2008, n. 7, reperibile al sito internet <http://www.dirittoestoria.it/7/D-&-Innovazione/Zeno-Zencovich-Nesso%20causale.htm>. Per un approfondimento storico della causalità giuridica nel pensiero romanistico, si segnalano G. MACCORMACK; *Fault and Causation in early Roman Law: An Anthropological Perspective*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 28, 1981, pp. 97-126; B.W. FRIER, *Prototypical Causation in Roman Law*, in 34 *Loy. L. Rev.* 485 (1988-1989), pp. 485-516. Per un'interessante analisi 'orientalistica' sulla causalità, G. MACCORMACK, *Cause, Status and Fault in the Traditional Chinese Law of Homicide*, in J.W. CAIRNS and O.F. ROBINSON (a cura di), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Hart Publishing, 2001, pp. 173-82. Il tema è stato preso in particolare considerazione anche da Roscoe Pound, in un articolo dedicato alla ricostruzione dell'istituto dalle origini del pensiero aristotelico fino ai suoi concreti sviluppi nella moderna società industriale: N. ROSCOE POUND, *Causation*, in *The Yale Law Journal*, 67, 1957, pp. 1-18.

¹⁰ Si veda a tal proposito W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, No. 6 (Jun., 1995), pp. 1947 e ss., in cui viene criticato il metodo 'tradizionale' ed intellettualmente 'povero' di praticare il diritto comparato, per prospettare al contrario un nuovo tipo di riflessione giuridica, denominato giustappunto "comparative jurisprudence". Prendendo come esempio il sistema giuridico francese, l'Autore argomenta che «*in order to understand the French legal system it is necessary to understand its intellectual underpinnings; and for that purpose one must understand the works of great French jurists. To the extent that they were influenced by the philosophers, the philosophers become relevant to the inquiry; but the primary emphasis remains on the jurists*».

compiuta maturità *includendo* tali insegnamenti all'interno del proprio *stile* di argomentazione¹¹.

Come si noterà più avanti, il modo di affrontare il problema causale (in maniera del tutto simile a quanto avviene per altri elementi chiave dell'illecito, quali la colpa, il dolo e l'ingiustizia del danno) non riposa su una pacifica esegesi del testo codicistico. Ben al contrario, esso si sviluppa a seguito di determinate prese di posizione che potremmo denominare di vera e propria 'politica del diritto', attraverso cui le funzioni dell'istituto vengono adattate e plasmate alla luce delle precise intenzioni con cui si intende dirigere la collettività. L'oggetto dell'analisi diviene così la rilevazione, in sede critica, dell'*ingegneria sociale* che soggiace proprio a tali meccanismi causali, i quali molto spesso si ammantano di una legittimazione razionale, scientifica o matematico-probabilistica, essendo al contrario null'altro che il frutto di una decisione aprioristica del giudice¹².

È allora evidente come il metodo genealogico, combinato con un particolare apprezzamento critico dei formanti (legali, giurisprudenziali, dottrinali) conduca ad importanti conseguenze proprio nel momento in cui si osservano da vicino i massimari delle corti di giustizia. Ciò che molto spesso è dato verificare è che le varie regole operative non gemmano infallibilmente dalle loro premesse: al contrario, sono proprio queste ultime ad essere strategicamente selezionate tra le innumerevoli e possibili alternative, per venire quindi arrangiate e disposte attorno alle prime¹³. In questa operazione, un ruolo essenziale e delicato viene condotto dalle regole del linguaggio, dell'argomentazione e financo dall'impiego di tratteggi brocardi latini. Il fenomeno si amplifica ulteriormente per quelle nozioni giuridiche *essentially contested*¹⁴

¹¹ Esempiarmente, P.G. MONATERI, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 7 e ss.

¹² Il termine "ingegneria sociale" è stato per la prima volta utilizzato da N. Roscoe Pound per indicare la concezione — condivisa da giuristi, giudici ed avvocati — per cui il diritto è nient'altro che un mezzo atto alla regolazione ed alla modificazione delle plurime attività sociali, mediate attraverso i 'segnali' provenienti dall'operare concreto delle corti di giustizia. Sul punto, si veda R. POUND, *Contemporary Juristic Theory*, Claremont, Calif., Pomona College, Scripps College, Claremont Colleges, 1940, pp. 75, 79 ss. Sulla notazione per cui la causalità non sia altro che una "decisione" del giudice, si vedano *infra* i rilievi sul cd. 'realismo giuridico'.

¹³ P.G. MONATERI, *Methods in comparative law*, cit., p. 22-3.

¹⁴ Questa formulazione è entrata in auge nel mondo accademico a seguito dell'omonimo articolo di W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56 (1955-1956), pp. 167-98.

come la causalità giuridica, giacchè è proprio la non univocità di un concetto ad aprire le porte alla lotta ermeneutica per il suo significato.

Questo tipo di prassi mostra a sua volta un'ulteriore necessità per l'interprete, vale a dire l'esigenza di *decostruire* le declamazioni giuridiche (tanto legali, quanto giurisprudenziali) per raggiungere il loro concreto livello operativo. Ciò — si noti ancora — non si caratterizza quale banale orpello autocelebrativo, bensì come un'esigenza profonda che dovrebbe animare fin dall'interno lo studio stesso della giusprivatistica. Contribuisce a queste finalità anche l'approccio comparatistico ed interdisciplinare: come giustamente fatto notare in dottrina, pur senza negare l'ampio divario che separa il diritto civile da quello penale, nonché le scienze giuridiche nel loro complesso da altre esperienze intellettuali, estendere l'indagine causale anche a categorie del pensiero non necessariamente confinate entro il solo discorso normativo consente di apprezzare con più ampia consapevolezza «la naturale ed insopprimibile trasversalità di questo argomento»¹⁵.

Un'ultima considerazione, infine, sul termine 'genealogia'. Affermare (quantomeno in sede introduttiva) che una ricostruzione storico-scientifica della causalità divenga importante per la comprensione dell'istituto, non equivale certo a dire che il pensiero giuridico antico, nelle sue forme chiaramente meno elaborate e meno raffinate rispetto alle teorie contemporanee, detti incondizionatamente le premesse per l'avvenire. Ben al contrario, è il pensiero dell'*origine* (sia essa di matrice filosofica, logica, politica o già giuridica) a ritornare in maniera problematica, per caratterizzare l'uso di teorie causali viceversa inspiegabili alla luce del semplice contesto ermeneutico tradizionale. In questo senso, oggetto della presente analisi saranno anche i cd. *crittotipi* causali, ossia quelle regole operative concrete (e tacitamente osservate) che seppur non del tutto espresse governano da vicino l'intero processo ermeneutico-applicativo¹⁶. D'altronde, è lo stesso silenzio legislativo a

¹⁵ L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2010, p. xix.

¹⁶ La nozione di "crittotipo", come noto, risale alle teorizzazioni di Rodolfo Sacco. Per una breve bibliografia in tema, si vedano R. SACCO, *Legal Formants. A dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. J. Comp. Law*, 1991, pp. 343 e ss.; ID., voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 39; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., UTET, Torino, 2008, pp. 6-7. Come si vedrà più approfonditamente nel corso della trattazione, le prime fra tali regole crittotipiche saranno quelle considerazioni di c.d. "politica del diritto" tese a guidare l'attribuzione del

condizionare in tal senso l'interprete: di fronte alla carenza di norme di diritto positivo segnalanti la 'giusta' soluzione da impiegare, diviene necessario (e salvifico) rivolgersi ad *altri* criteri ermeneutici (come quello sistematico, storico-evolutivo, costituzionale), nonché ad ulteriori insegnamenti, quali quello gius-comparatistico, filosofico e scientifico¹⁷.

Così, riprendendo a prestito le summenzionate parole di Ewald, si può dire che finalità della presente trattazione sarà certamente l'analisi giusciviltistica della nozione di causalità, ma laddove queste incontrino premesse logico-filosofiche latenti esse verranno allora esplicitate. Questo, non certo per mutare il fuoco prospettico dell'analisi (che, infatti, rimarrà pur sempre il *diritto*), ma per accrescerlo e renderlo, di risulta, maggiormente consapevole.

2. I PARADIGMI STORICO-FILOSOFICI ALL'ORIGINE DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA

Se è certamente vero che nella dottrina italiana è la gius-penalistica ad aver da sempre mostrato l'interesse maggiore nell'elaborazione delle teorie causali, è altrettanto vero che — molto spesso — esse giacciono su interrogativi filosofici non del tutto risolti, o chiariti, dai penalisti stessi¹⁸.

È il caso della nota teoria della *condicio sine qua non*, che pur sottoposta a variegati correttivi logici e formali permane quale fondamento indiscusso delle ricostruzioni giuridico-causale. Federico Stella risolve ad esempio l'*impasse* constatando

risarcimento attraverso valutazioni improntate al non eccessivo aggravamento della responsabilità del danneggiante per "colpa" semplice. Si veda, però, come proprio tale assunto rimanga smentito (e l'esperienza dei crittotipi riconfermata) ad esempio nei casi di "dolo", dove invece rispunta un approccio più severo nella considerazione della catena causale che ha dato origine all'evento. Su tutti questi aspetti, cfr. L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 6, 106, 108.

¹⁷ Sottolinea il punto, M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, in *Corriere Giuridico*, 2008, n. 1, p. 46 (in nota a Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619).

¹⁸ Sul debito intellettuale che la gius-civilista ha da sempre mostrato nei confronti degli studi di diritto penale, si vedano C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 249; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 225. Contesta invece con forza la trasposizione delle regole di origine penale nel campo dell'illecito civile Z. ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, in *Le monografie di contratto e impresa*, serie diretta da F. GALGANO, CEDAM, Padova, 1989, p. 39.

a malincuore come il problema delle radici filosofiche dell'istituto restasse appiattito molto spesso su riferimenti culturali poveri ed approssimativi¹⁹. Francesco Antolisei, molti anni prima, dimostrò ad onor del vero un più significativo sforzo intellettuale in tale direzione²⁰. Ma ciò che impressiona è che, nonostante il procedere 'accidentato' e spesso difficoltoso dell'argomentazione giuridica, una qualche forma di legittimazione logico-filosofica continui ad essere (cripticamente) ricercata dagli studiosi che si confrontano sul tema. E questo, occorre ancora far notare, nonostante siano gli stessi Autori a rivendicare poi una fondamentale *autonomia* del pensiero giuridico rispetto alle acquisizioni del sapere scientifico, e soprattutto filosofico²¹. In questo reciproco rincorrersi, sembra quasi di sentir echeggiare le parole di Sir Percy Winfield, il quale soleva ripetere ai suoi allievi: «*any student who expects a scientific analysis of causation will be grievously disappointed. Up to a certain point the common law does touch upon metaphysics. But no test of remoteness of causation [...] would satisfy any metaphysician. On the other hand, no test suggested by metaphysicians would be of any practical use to lawyers*»²².

Eppure, in quel misto di finalismo, utilitarismo ed empirismo che anima da dentro il pensiero giuridico, fondamentale risulta ancora chiarire il percorso diacronico che collega fra loro le diverse giustificazioni teoriche attribuite alla nozione di "causa".

La storia di questo concetto, come spesso nel pensiero antico, inizia per mezzo dell'interrogativo sul 'perché' dei fenomeni naturali. L'*eziologia*, quale procedimento logico finalizzato alla ricerca delle origini e delle conseguenze di un'azione, si sviluppa proprio a partire dal termine greco *aitia* (αἰτία), ossia "causa", di cui costituisce rilevante testimonianza l'esperienza filosofica aristotelica. Il Filosofo, come noto,

¹⁹ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000, p.4. Fa notare il punto anche V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 34.

²⁰ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1960. Per la dottrina tedesca, da sempre considerata la più nobile nell'affrontare il problema, si segnalano invece i lavori di M. MAIWALD, *Considerazioni sul problema della causalità nel diritto*, in V. MILITELLO (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 146 e ss.; ID., *Causalità e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1999.

²¹ Asserzione che si ritrova, infatti, variamente in tutta la manualistica di settore. Cfr. variamente F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, XI edizione, Giuffrè, Milano 1989; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2004; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007; F. MANTOVANI, *Principi di Diritto penale*, CEDAM, 2007.

²² P.H. WINFIELD, *A Textbook of the Law of Torts*, 4 ed., Sweet and Maxwell, 1948, p. 64.

delineava la sua teoria proponendo a mo' di esempio una discussione su quale sia la 'causa' all'origine di una statua: a fronte della causa *materiale*, che coinvolgerebbe il costituente interno di un oggetto (es., il bronzo) e di quella *formale*, relativa alla definizione del modello (es., la concreta forma che la statua acquisirà), vi sarebbero anche la causa *efficiente* (che indica l'opera dell'agente nel mettere in moto il processo di scultura) e quella *finale*, (relativa allo scopo perseguito dall'artista)²³. Chiaramente, il pensiero giuridico ha trovato particolarmente utile il riferimento alla causa *efficiente* nel suo aspetto 'produttivo' ed 'attivo', tanto che lo stesso John Stuart Mill (a lungo considerato uno degli autori più influenti per la scienza del diritto) la considerò a distanza secoli l'unica declinazione ancora accettabile del pensiero aristotelico, in quanto di fatto corrispondente alla visione 'comune' ed ordinaria del fenomeno²⁴.

Il modello aristotelico ha avuto poi una particolare influenza anche nel pensiero giuridico antico, a tal punto che il mondo classico romano — non certo alieno da una qualche forma di contaminazione greca²⁵ — lo trasferì nella categoria del danno *corpore corpori* così come disciplinato dalla *lex Aquilia de damno* (286 a.C.)²⁶. Questo noto plebiscito, che storicamente gettava le basi dell'esperienze giuridica romana in tema di risarcimento del danno, si mostrava però ancora tipologicamente

²³ Su tutto ciò, si veda il noto passo in ARISTOTELE, *Fisica* II, 194b 25-35, ora in ARISTOTELE, *Fisica*, a cura di R. RADICE, Bompiani, Milano, 2011, pp. 195 e ss..

²⁴ J.S. MILL, *An Examination of Sir William Hamilton's Philosophy*, 2, William Spencer, Boston, 1865, p. 34, ristampato in *The Collected Works of John Stuart Mill*, J.M. ROBSON (a cura di), IX, Routledge, 1996. Riporta la citazione A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino, p. 39. Per un chiaro riassunto del causalismo aristotelico ed in generale di tutta la problematica concernente il tema, si rimanda al F. LAUDISA, *La causalità*, Carocci, Roma, 2010², pp. 26 e ss. La causa *efficiente* è, inoltre, il tipo di causa ancora dominante nel pensiero scientifico, ove per l'appunto ci si domanda 'come' un determinato fenomeno avvenga e produca le sue conseguenze.

²⁵ Su questo punto, cfr. J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991; ID. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in D. OWEN (a cura di), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, pp. 131-58; J.R. KROGER, *The Philosophical Foundations of Roman Law: Aristotle, the Stoics, and Roman Theories of Natural Law*, in *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 905-44.

²⁶ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Jovene, Napoli, 2002¹⁴, p. 376, il quale ha cura di sottolineare come «la struttura classica del danno aquilano si fonda sulla mera imputabilità, cioè sul nesso causale tra il fatto dell'offensore e il danno. Non solo quindi vien meno la necessità dell'intenzione di far torto (*dolus*), che abbiamo visto essere propria del furto [...] ma è anche controverso in qual senso vada intesa la parola *culpa*, della quale spesso fanno uso a proposito della nostra azione i giuristi, e che anzi, come sembra dimostrato dal linguaggio gaiano, trova in questa materia la sua prima applicazione nella dottrina del torto. *Oggi guadagna sempre maggior terreno l'opinione che l'espressione fosse usata dai classici in un senso più vasto, e comunque diverso, da quello moderno di prevedibile non previsto; e precisamente nel senso di un nesso causale fra l'attività volontaria dell'individuo e il danno prodottosi*» (enfasi aggiunta).

incompleto, giacché non si prevedevano al suo interno le ipotesi di danno non direttamente inferto (*non corpori*) e di quello da omissione, ipotesi che infatti saranno il prodotto della successiva attività pretoria e dell'epoca giustiniana²⁷.

A distanza di secoli, questa basilare caratterizzazione troverà terreno fertile nel movimento filosofico noto come *empirismo*, il cui principale esponente — il filosofo scozzese David Hume — contribuirà notevolmente ad una riconfigurazione complessiva del problema causale, svecchiandolo da antiche considerazioni antropomorfe²⁸.

Hume, appoggiandosi ad una teoria delle idee concepita come *accumulo regolare* di sensazioni, estende la logica della 'successione' a quella del nesso causale, il quale giunge a risultarne un'applicazione sintetica e complessiva. In sintesi, secondo il pensatore inglese i singoli fenomeni fisici comunemente osservabili si collegano ritmicamente l'uno all'altro esclusivamente nella mente dello spettatore, e ciò a seguito dalla loro reiterata riproduzione. Da questa circostanza, induttivamente, scaturirebbe una sorta di '*custom*' o '*habit*' da cui astrarre (come mera abitudine psicologica) un determinato sviluppo di eventi futuri. Detto in altri termini, la causalità non è null'altro che una connessione (artificiale) operata dalla nostra mente. Chiaramente, Hume è noto il suo esasperato scetticismo circa l'assoluta verificabilità di eventi futuri, e per giunta anche dei più banali: egli dubitava infatti così fortemente di tali previsioni da sostenere che non è per nulla legittimo inferire la sussistenza di un legame necessario tra una coppia di eventi per il sol fatto che a seguito della semplice abitudine ciò è, fino ad oggi, sempre avvenuto.

Tuttavia, al di là delle implicazioni filosofiche che il pensiero humeiano aveva ed ha per il giurista, continua ad essere di particolare rilevanza la configurazione

²⁷ Per queste ragioni Valcavi conclude drasticamente che, in realtà, nel sistema aquiliano romano l'elemento rilevante era il 'danno' (*damnum*) e non tanto l'evento fisico (*ruptio*) che lo produceva. In breve, nel diritto romano la causalità rilevante era solo quella *giuridica*, e non quella *materiale*. Cfr. G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella Responsabilità Civile da inadempienza e da illecito*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, Nicolini editore, Varese, 2005, p. 35.

²⁸ Sul significativo contributo di David Hume al pensiero giuridico, si veda quanto scritto dai filosofi Hart e Honorè nel loro celeberrimo studio: H.L.A. HART, T. HONORÈ, *Causation in the Law*, 2 ed., Oxford University Press, 1985, pp. 9-25. Per alcuni studi monografici dedicati al problema della causalità nel filosofo inglese, si vedano J.L. MACKIE, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, Oxford University Press, 1974; G. STRAWSON, *The Secret Connexion. Causation, Realism and David Hume*, Oxford University Press, 2014; G. DE PERRIS, *Ideas, Evidence and Method. Hume's Skepticism and Naturalism concerning Knowledge and Causation*, Oxford University Press, 2015.

‘oggettivistica’ della causalità che il pensatore inglese mostrava di concepire. Come si può leggere in uno dei suoi scritti: «Oggetti simili son sempre congiunti con oggetti simili; di ciò abbiamo esperienza. Conformemente a quest’esperienza, perciò, possiamo così definire una causa: *è un un oggetto seguito da un altro oggetto e dove tutti gli oggetti simili al primo sono seguiti da oggetti simili al secondo*. In altre parole: *dove, se il primo oggetto non è esistito, non è esistito nemmeno secondo*. [...] Conformemente a queste esperienze, possiamo formulare un’altra definizione di causa e chiamarla *un oggetto seguito da un altro oggetto e il cui presentarsi porta sempre il pensiero all’altro oggetto*»²⁹.

Il prezioso apporto di Hume, però, si presenta anche in un altro luogo del suo pensiero: nel tentativo di catalogare le molteplici percezioni degli eventi esterni, il filosofo scozzese effettua una sottile distinzione tra *congiunzione* e *connessione necessaria* dei fatti. Se la prima si verifica solo laddove ‘occasionalmente’ agisce una qualche forma di contiguità nello spazio e nel tempo tra due elementi, è la seconda fattispecie — quella di connessione necessaria — ad esprimere autenticamente il rapporto causale³⁰.

Sembra allora che l’insegnamento di Hume sia riconducibile, da un lato, alla teoria della regolarità causale; dall’altro alla configurazione di una netta divisione tra i concetti di *connessione* e *congiunzione*. Ciò implica anche che nella ricerca dell’evento considerato ‘rilevante’, le singole concatenazioni causali possano essere mentalmente ‘scorporate’ e quindi giudicate nella loro singolare, obiettiva cogenza. Distinguendo tra *necessità* ed *occasione*, la giurisprudenza odierna procede accogliendo in maniera

²⁹ D. HUME, *Ricerca sull’intelletto umano* (1748), sez. VII, in ID., *Opere filosofiche*, Laterza, Bari, 1992, vol. II, pp. 82-83. Commenta acutamente il passo, C. PIZZI, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalista*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 87-90, facendo a tal proposito notare che se nella prima parte della definizione Hume esamina le caratteristiche di una condizione ‘sufficiente’ per il verificarsi di un evento, nella seconda esplicita quelle di una condizione ‘necessaria’, ossia di una condizione che se non si fosse innanzitutto verificata, non avrebbe potuto dare origine all’evento successivo. Questo ultimo tipo di ragionamento, detto anche ‘controfattuale’ sarà il cardine logico della cd. teoria della *condicio sine qua non* e, in ambito anglosassone, del corrispettivo *but-for test*.

³⁰ A ciò, come prevedibile, Hume stesso risponde negandone l’assoluta verificabilità: «Quando guardiamo intorno a noi verso gli oggetti esterni e consideriamo l’operazione delle cause, non riusciamo mai, nei singoli casi, a scoprire qualche potere o connessione necessaria, cioè una qualche qualità che leghi l’effetto alla causa e che renda l’uno un’infallibile conseguenza dell’altra. Noi troviamo soltanto che l’uno presentemente, di fatto, segue l’altra», in D. HUME, *Ricerca sull’intelletto umano*, cit., pp. 69. Sul punto, anche V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, cit., p. 42. È da sottolineare come di recente, in ambito soprattutto anglosassone, ciò abbia condotto ad una ‘nuova’ concezione di Hume, secondo cui il pensatore inglese sarebbe da considerarsi un ‘realista’ in tema di nessi causali, ed uno ‘scettico’ in merito alla nostra possibilità di conoscerli oggettivamente: cfr. K.P. WINKLER, *The New Hume*, in *The Philosophical Review*, Vol. 100, No. 4 (Oct., 1991), pp. 541-579.

quasi inconsapevole le suggestioni humeane, ed attraverso la valorizzazione di certi antecedenti causali (considerati 'rilevanti') a discapito di altri (sminuiti ad 'eventi occasionali'), le corti mostrano così di uscire dalla semplice (ed ingenua) logica della relazione spazio-temporale, per aprirsi invece a considerazioni eziologiche più complesse (e, forse, anche più problematiche)³¹.

È riguardo a quest'ultimo punto in particolare che gioverà ancora prendere in esame un altro Autore assai stimato nella dottrina giuridica odierna, ossia il filosofo ed economista britannico John Stuart Mill. Nel suo celebre lavoro intitolato "*A System of Logic Ratiocinative and Inductive*" (1868), Mill raccoglie l'ispirazione originata dalla suddivisione tra 'congiunzione' e 'connessione' di origine humeiana per affermare, specularmente, che all'interno della quotidiana successione causale si verifica un'interrelazione incessante di *cause e condizioni*. Questi antecedenti fattuali, nella loro singolare ed astratta autosufficienza, sarebbero però solo erroneamente considerati quali la 'causa' vera e propria di un fenomeno: quest'ultima, al contrario, «è la totalità di questi antecedenti e, filosoficamente parlando, non abbiamo nessun diritto di dare il nome di causa ad uno solo di essi, ad esclusione di tutti gli altri»³². Di conseguenza, secondo Mill la legge di causazione universale prende le forme olistiche di una totalità complessiva, in cui la somma delle condizioni positive e negative è di fatto l'intera congerie delle contingenze fattuali³³.

Come si vede, dunque, la posizione dell'Autore costituisce una forma di raffinamento del pensiero humeano, e nonostante non appaia euristicamente soddisfacente (anche qui, come in Hume, non ci è dato infatti di conoscere la ragione intrinseca che lega effetti e cause, né quale sia l'antecedente considerato rilevante), essa esprime comunque una forma di analitica causale di indubbio interesse, che ancora oggi si mostra proprio nella summenzionata differenziazione di 'cause' e 'condizioni'. In ambito penalistico, Antolisei mostrava ancora di distinguere, nella classificazione degli antecedenti causali, tra *cause e occasioni*, entrambe ricadenti poi

³¹ Un ottimo quadro d'insieme sugli esiti del pensiero humiano e rinvenibile anche in S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 21-25, il quale reputa metodologicamente di straordinaria attualità la concezione causale del pensatore inglese.

³² J.S. MILL, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, Vol. I, UTET, Torino, 1988, p. 459.

³³ Per un ulteriore approfondimento del pensiero di Mill, si veda F. LAUDISA, *La causalità*, cit., pp. 73 e ss.

sotto la generale classificazione di *condizioni*³⁴. Insomma, si può dire in definitiva che l'indeterminatezza fondante del pensiero di Mill sia stata in un primo momento *incorporata* nell'argomentazione giuridica, ma successivamente *neutralizzata* attraverso la selezione valoriale delle cause rilevanti *sub specie juris*, e ciò proprio grazie alla tecnica dell'eliminazione mentale e del giudizio controfattuale³⁵.

A qualche secolo di distanza da Hume e da Mill, un altro pensatore moderno, il logico e matematico gallese Bertrand Russell, ha contribuito notevolmente al dibattito causale, alimentando un filone critico che può considerarsi analogamente di diretto impatto sul pensiero giuridico attuale. In un articolo dagli spiccati accenti polemici, Russell inaugurò il suo interesse per la nozione di 'causalità' giungendo, tuttavia, a condannarla con pittoresca asprezza. Raffigurandola alla stregua di un vecchio monarca inefficiente, egli ne auspicava la destituzione e, in definitiva, l'incondizionata soppressione da qualsiasi analisi logica o scientifica future³⁶. In un'opera di poco posteriore, però, le posizioni del matematico si addolcirono di qualche grado, fino a riconoscere che nell'esperienza quotidiana il concetto in esame è ancora un aspetto profondamente valido e non del tutto irrinunciabile. In "*Human Knowledge*" (1948), esso appare circoscritto nei termini di 'linea causale', ossia di «una serie temporale di eventi così correlati che, dati alcuni di essi, si può inferire qualcosa riguardo agli altri, checché possa stare accadendo altrove»³⁷. Come si nota, Russell riprende senza troppi cambiamenti l'idea che era stata di Hume, per il quale l'utilità immediata di tutte le scienze consiste precisamente nel consentirci di predire con ragionevole certezza eventi futuri alla luce delle loro cause efficienti³⁸.

Peraltro, se è certamente vero che il progresso scientifico ha mostrato una pluralità innumerevole di teorie causali, pensare che sia possibile — pragmaticamente

³⁴ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, p. 199 e ss.

³⁵ In questi termini, V. PASCALI, *Causalità ed inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, cit., p. 55 e S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, cit., p. 29.

³⁶ «La legge di causalità, come molte altre cose apprezzate dai filosofi, è [...] un relitto di un'età passata, che sopravvive, come la monarchia, solo perché lo si ritiene erroneamente non dannoso»; e ancora, la parola 'causa' «è tanto inestricabilmente connessa alle associazioni ingannevoli, da rendere auspicabile la sua totale espulsione dal vocabolario filosofico», in B. RUSSELL, *Sul concetto di causa*, in ID., *Misticismo e logica*, Newton Compton, Roma, 1970, pp. 171-195.

³⁷ B. RUSSELL, *La conoscenza umana*, Longanesi, Milano, 1963, p. 462.

³⁸ D. HUME, *Ricerca sull'intelletto umano* (1748), sez. VII, trad. it., in Id., *Opere filosofiche*, Laterza, Bari, 1992, vol. II, p. 81.

— isolare una singola successione di fatti catalogandola all'interno di una specifica linea temporale è ciò che rende la teorizzazione di Russell ancora estremamente utile nei settori contraddistinti da uno spiccato orientamento pratico (quali ad esempio l'econometria, l'epidemiologia, l'agronomia e, non da ultimo, il diritto)³⁹.

Spostando ora l'attenzione verso Autori tradizionalmente considerati più vicini al dibattito giuridico tradizionale, è assai rilevante approfondire la posizione del capostipite della nota scuola del *normativismo giuridico*, il filosofo austriaco Hans Kelsen. L'insegnamento di Kelsen è di indubbio interesse per il giurista di oggi, perché con proverbiale efficacia possiede il merito di esprimere il problema della causalità non nel senso, metascientifico e metateorico, del 'come' poter spiegare la fattualità, ma in un'ottica (pragmatica e teorica al tempo stesso) della ricerca del 'responsabile' dell'azione *contra legem*. In breve, ciò che avviene a partire dalla riflessione kelseniana è la presa di coscienza diretta della necessaria 'commistione' tra *paradigma causale* ed *imputabilità*, congiunzione che di fatto opera immediatamente nella mente di ogni giurista.

Come noto, il messaggio fondamentale dell'intera opera di Kelsen è sintetizzabile nell'asserzione per cui il diritto non sia null'altro che un insieme di norme attraverso le quali si esplicita la volontà dello Stato⁴⁰. La struttura fondamentale di ogni regola normativa, si argomenta, consiste però nel bisogno essenziale di rintracciare una *responsabilità*, e quindi di *imputare* una sanzione. Prendendo a prestito le parole dell'Autore, «[u]na regola giuridica è per esempio la proposizione che, se un uomo ha commesso un delitto deve essere inflitta una pena; o la proposizione che, se un uomo non paga un debito che ha contratto, un atto esecutivo deve aver luogo contro la sua proprietà. Più generalmente si può dire: se un illecito è stato commesso, deve essere applicata una sanzione. Così come avviene nella legge di natura, così anche la regola giuridica collega reciprocamente fra loro due elementi. Ma la connessione descritta nella regola giuridica ha un significato

³⁹ C. HITCHCOCK, *What Russell got Right*, in H. PRICE, R. CORRY (a cura di), *Causation, Physics and the Constitution of Reality*, Oxford University Press, 2007, pp. 45-65. Sul punto, anche R. CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, Archetipolibri, Bologna, 2007, pp. 5-6.

⁴⁰ Sul normativismo, che in questa specifica accezione viene denominato "metodologico", si veda per tutti A.G. CONTE, voce *Normativismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, UTET, Torino, 1976, p. 339.

totalmente diverso da quello della causalità»⁴¹. Per Kelsen, in breve, non si tratta di rinvenire una qualche *legge naturale* che ricollegli la sanzione al responsabile del fatto similmente a quanto avviene nell'osservazione naturalistica, in cui alle *cause* è tradizionalmente prassi unire gli *effetti*. Ciò che interessa il ragionamento giuridico è piuttosto l'*attribuzione* di una specifica responsabilità ad un soggetto agente, che si concretizzerà per l'appunto nelle forme estreme dell'imputazione: «[l']idea dell'imputazione come connessione specifica dell'illecito con la sanzione è implicita nel giudizio, proprio della scienza giuridica, per cui un individuo è o non è legalmente responsabile del suo comportamento. Così possiamo dire: la sanzione è imputata all'illecito; non è l'effetto dell'illecito. È evidente che la scienza del diritto non deve tendere a una spiegazione causale dei fenomeni, e che nella proposizione con cui la scienza del diritto descrive i suoi oggetti viene applicato il principio dell'imputazione e non quello della causalità»⁴².

Ciò che Kelsen evidenzia è allora il fatale fraintendimento tra *causalità* ed *imputabilità*, alla cui origine sta, probabilmente, una circostanza di tipo storico-etimologico: come si è visto al principio di questo breve *excursus* storico, il termine *aitia* (αἰτία) indicava il concetto di 'causa', anche se in origine, tuttavia, si rintracciano precise testimonianze secondo cui il lemma possedeva anche l'ulteriore accezione di 'colpa'⁴³. In breve, nel pensiero greco arcaico la *causa* è responsabile (o 'colpevole', si

⁴¹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 209. Per una ricostruzione del pensiero causale in Kelsen, si veda anche A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Giappichelli, Torino, pp. 83 e ss.

⁴² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 211. Una breve precisazione si rende necessaria per separare, come si vedrà nel prosieguo, la fattispecie di *illecito civile* da quella di *illecito penale*. Kelsen sembra impiegare la nozione di 'illecito' nella sua seconda declinazione, e certamente *illecito civile* ed *illecito penale* possiedono la rilevante differenza di tutelare oggetti giuridici diversi. Se il primo ha di mira la protezione di interessi privati e la reintegrazione di singoli diritti in funzione compensatoria, il secondo salvaguarda invece interessi pubblici attraverso la repressione e la punizione di comportamenti contrari al regime giuridico generale (sul punto, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 2004, p. 901). In entrambi i casi, però, si tratta pur sempre di rinvenire un responsabile dell'azione (od omissione) sulla base di una valutazione ancorata ai criteri della *colpevolezza*. Come giustamente scriveva F. STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi*, in F. STELLA (a cura di), *I saperi del giudice*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 32, tanto i giudici penali, quanto i giudici civili «sono chiamati a stabilire se l'evento lesivo possa essere considerato opera dell'uomo, un accadimento di cui l'uomo possa essere ritenuto penalmente responsabile: di qui l'esigenza del ricorso ad un criterio di imputazione, dell'uso di un concetto che consenta di attribuire all'uomo le conseguenze penalmente rilevanti».

⁴³ È lo stesso Kelsen a fornire un quadro lessicografico in merito: cfr. H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Torino, 1953, p. 375. Si veda anche W. JAEGER, *Paideia: la formazione dell'uomo greco*, Bompiani, Milano, 2003, p. 257.

potrebbe dire) dell'*effetto*, e quindi quest'ultimo viene imputato alla prima esattamente come la punizione viene attribuita al reo⁴⁴.

Secondo Kelsen, tuttavia, se il collegamento causale che unisce *A* a *B* è nelle scienze naturali l'espressione di una necessità *immanente* al nostro stesso modo di essere, l'imputabilità giuridica è al contrario il frutto di un nesso normativo 'esterno' ai due accadimenti fattuali, ed 'interno' ad una specifica regola giuridica⁴⁵. Ad ulteriore riprova di ciò sta l'evidenza per cui, naturalisticamente, ogni 'stato del mondo' attuale è il prodotto *infinito* di 'stati del mondo' precedenti: «la catena delle cause e degli effetti è, per definizione, infinita»⁴⁶. La catena dell'imputazione giuridica, al contrario, è decisamente più circoscritta: con l'identificazione del fatto illecito e delle conseguenze imputabili, essa «ha soltanto due anelli»⁴⁷.

L'insegnamento kelseniano, si può dire, si mostra sotto questo profilo rigido e netto: il giurista deve liberarsi dalla velleità di costruire teorie causali, che non possono in nessun caso funzionare alla stregua di modelli scientifici, e ciò per la banale considerazione che hanno quale oggetto due finalità affatto differenti. Se nel primo caso si tratta di comprendere il *funzionamento di un fenomeno*, nel secondo si mira alla *risoluzione di un problema* pratico-giuridico, mediato dall'azione umana. Dopotutto, antichi brocardi, analisi concettuali, considerazioni teleologiche e nuovi criteri scientifici tendono nel loro complesso a risolvere proprio questo problema, ossia come determinare l'ambito delle conseguenze cui si deve ascrivere la responsabilità del soggetto attraverso l'imputazione una determinata sanzione.

In altri termini, il problema del nesso causale assume un compiuto senso giuridico proprio come problema dell'*estensione della responsabilità del soggetto* convenuto in giudizio. E ciò senza dimenticare, come l'esperienza storica e comparativa mostrano, che attraverso la soluzione del problema della causalità giuridica si incrociano considerazioni differenti circa l'affermazione o l'esclusione della responsabilità di altri soggetti riguardo a certi danni, e come, pur essendo la causalità *ontologicamente* unica, si abbiano in realtà *diverse* soluzioni, tanto nel campo privatistico,

⁴⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 214.

⁴⁵ Fa notare il punto, con chiarezza, A. ROMANO, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, cit., p. 85.

⁴⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 217.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 217.

tanto in quello penalistico, quanto che si tratti di responsabilità per dolo o per colpa, oppure oggettiva. Per riprendere le argomentazioni di Kelsen, ‘colpevolezza’ e ‘causalità’ sembrano davvero intersecarsi, fino al punto da sovrapporsi quasi del tutto⁴⁸.

Tuttavia, è intellettualmente interessante il fatto che tutto questo non abbia mai condotto ad una rinuncia *ex toto* della tematica causale. Il diritto ha pur sempre tentato di fornire un’analisi causale efficace delle variegate situazioni fattuali. Se però il giurista non può certo erigersi a *costruttore* di teorie scientifiche, questo non impedisce che in sede di decisione giudiziaria non si adottino le risultanze provenienti dallo stesso universo fisco-scientifico, in modo da agevolare significativamente l’opera. È alla luce di questa pretesa (ma ambigua) autonomia che occorrerà allora interrogare ulteriormente il formante dottrinale e quello giurisprudenziale, per scoprire le precise implicazioni di una consimile visione meta-teorica.

3. REALISMO GIURIDICO E POLITICA DEL DIRITTO

Il discorso fin qui condotto, pur nelle sue variegata e rilevanti argomentazioni culturali, non è unanimemente accolto dalla dottrina giuridica. Con un tratto di penna, è infatti possibile (nonchè facile) disfarsene quasi integralmente, per favorire al contrario la ricerca di una soluzione *pratica*, aderente — si sostiene — ai problemi concreti dell’interazione uomo-ambiente.

Nella dottrina civilistica italiana, un’autorevole voce ha infatti potuto esprimersi con caustica fermezza a favore dell’abolizione di qualsiasi interrogazione vagamente filosofeggiante sull’istituto: «[v]orrei preliminarmente sottolineare che l’identificazione della causa è una questione pratica: gli antecedenti causali sono

⁴⁸ Ha giustamente notato G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 89 e ss. che «[i]l problema del nesso di causalità finisce per perdere gran parte della sua autonomia, non essendo più distinguibile dall’identificazione della stessa regola di responsabilità. [...] Il nesso di causalità [...] si è venuto progressivamente caricando di funzioni e di compiti che [...] sono gli stessi che dovrebbero essere svolti dalla responsabilità civile considerata *tout court*». In merito, anche P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 138, ha rilevato che «[n]on sfugge, peraltro, allora come il ragionamento che sta a monte del nesso causale sia intrinsecamente simile a quello che sta a monte della colpa e financo dell’ingiustizia: si tratta cioè sempre di stabilire chi deve prendere le precauzioni *ex ante*, e quindi chi deve sopportare i costi *ex post*».

infiniti e fra di essi ciascuno identifica come causa quello su cui ritiene che si possa, si debba o si sarebbe potuto o dovuto influire. Ciò vale, in particolare, nel campo del diritto, che è attività pratica; e ritengo opportuno sottolinearlo perchè nelle discussioni sulla causalità i giuristi talvolta lo dimenticano e si sentono tentati di svolgere considerazioni di natura astratta con pretese filosofiche»⁴⁹. La causalità, secondo Piero Trimarchi, è allora un *problema pragmatico*: impone al giurista la definizione di regole precise e la configurazione di rimedi adeguati al raggiungimento del loro scopo. Non si tratta quindi di rilevare le *origini* e le *forme di evoluzione* del ragionamento causale nel corso della loro lunga e defatigante evoluzione; ben al contrario, è d'obbligo ragionare *hic et nunc* sul dilemma pratico-operativo che esso suscita⁵⁰.

Si può allora sostenere che, da un punto di vista antropologico, la visione della causalità condivisa (o auspicata) dai giuristi sembri, di fatto, estremamente 'antropomorfa'. Essa è la trasposizione *nella* natura dei desideri e delle volontà umane, ed in tal senso il giurista si muove per investigare e soddisfare le proprie necessità concrete. Ci si immagina, in fondo, che un evento produca un altro evento, o che un evento da solo ne cagioni un altro, come gli uomini vogliono e cagionano degli eventi attraverso le loro azioni. Viceversa, è ormai abbastanza evidente come ciascun evento sia in relazione con tutti gli stati del mondo precedenti e contemporanei, e come non interessi tanto la *causazione* in sè, quanto piuttosto la riduzione a formula di un rapporto interessante per la teoria utilizzata. Tutto ciò non significa però che si tratti di concettualizzazioni peregrine. La visione *giuridica* sarebbe forse inadatta nella scienza, ma poiché il diritto ha veramente a che fare con i desideri e le intenzioni umane, essa non è in tale ambito così sbagliata, una volta che la si sappia ben distinguere dalla causalità scientifica, e si sia consci quindi della sua artificialità⁵¹. E

⁴⁹ P. TRIMARCHI, *La causalità nella responsabilità civile*, in www.personaedanno.it, articolo disponibile all'indirizzo http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_011251_resource1_orig.pdf. Dello stesso Autore, si segnala la fondamentale ed imprescindibile monografia *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁵⁰ Tale impostazione è peraltro rinvenibile anche nel diritto penale. Come si può leggere in F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., CEDAM, Padova, 1992, p. 174: «[l']arduo problema penale della causalità non è l'insoluto problema filosofico sulla essenza del rapporto causale, ma un problema eminentemente pratico».

⁵¹ In questi precisi termini si esprime P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 118. In modo consimile, si può dire che la scienza sperimenti una frattura tra *ontologia* ed *epistemologia*: se la causalità è, come detto, 'ontologicamente' unica ed imm modificabile, nell'ambito (in perenne progresso)

come risulterà oramai ovvio alla luce di tutto questo, è l'intera vicenda causale a divenire qualificabile in termini di *quaestio juris*, e non tanto di *quaestio facti*.

È certamente per questi motivi che l'avversione verso qualsiasi esegesi culturale dell'istituto spinge Trimarchi financo al rifiuto della nota teorica della *conditio sine qua non*, a favore invece di concetti causali propri delle scienze naturali e sociali o, più semplicemente, del 'senso comune'⁵². Quest'ultima nozione è di estremo rilievo nella storia della causalità giuridica: nel contesto culturale statunitense è infatti il criterio dottrinarmente più noto per risolvere ogni ambascia eziologica.

A dettare questa linea di pensiero contribuì in special modo il testo, ormai considerato un classico, dei giuristi Herbert Hart e Tony Honorè: "*Causation in the Law*" (1959)⁵³. In quest'opera, ponderosa ed inizialmente evitata dal pubblico giuridico a causa dell'ermetismo concettuale di cui era infusa, l'intento dei due Autori consistette nel combinare l'analisi della categoria giuridica di *causa* con lo studio del linguaggio comune. La considerazione di fondo che guidava l'intero lavoro era che il problema della causalità non potesse in alcun modo risultare ragionevolmente affrontato prescindendo dall'orizzonte conoscitivo del soggetto imputabile. In questo senso, l'uso quotidiano della terminologia causale diveniva un *indizio* essenziale per

della ricerca scientifica si susseguono invece le teorie più diverse, suscettibili in definitiva di una perenne ed ininterrotta emendabilità. Il diritto, si può dire, sta nel mezzo: teso tra la dimensione fattuale degli eventi e quella veritativa della scienza, adotta un linguaggio suo proprio che è un misto dei primi due mondi, plasmato soprattutto in base alla necessità di governare in qualche modo il corso degli eventi. Pone particolare attenzione alla differenza tra ontologia ed epistemologia M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 359.

⁵² «L'apparente antinomia si risolve, e ogni difficoltà si elimina, se il giurista assume come presupposto il concetto di causalità proprio delle scienze naturali e sociali e spesso semplicemente del senso comune (causalità di fatto) e limitandosi a fare il suo mestiere passa immediatamente al primo problema propriamente giuridico che egli si deve porre, che è quello dell'effettiva esistenza di un danno», in P. TRIMARCHI, *La causalità nella responsabilità civile*, cit. L'Autore, giova sottolinearlo, si è posto in Italia quale vero e proprio antesignano del movimento — su cui più approfonditamente nel prossimo paragrafo — denominato 'analisi economica del diritto', e ciò sia per la presa d'atto di una necessaria impostazione pragmatica nella risoluzione del problema causale, sia per l'utilizzo di embrionali teorizzazioni microeconomiche al servizio del giurista.

⁵³ H.L.A. HART, T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford University Press, 2 ed., 1985. La bibliografia di commento a quest'opera, data la sua estrema rilevanza nel pensiero analitico statunitense ed anglosassone, è pressoché sterminata. In proposito, si vedano almeno M.H. KRAMER, C. GRANT, B. COLBURN, A. HATZISTAVROU (a cura di), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, 2008; C. PULMAN, *Hart on Responsibility*, Palgrave Macmillian 2014. Per la letteratura italiana, da segnalare i fondamentali lavori di F. SANTONI DE SIO: *Causalità, colpa e responsabilità: l'eredità di Hart e Honorè*, in *Rivista di Filosofia*, 2/2008, pp. 263-289 e Id., *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.

comprendere il suo impiego pratico nella dimensione giuridica⁵⁴. In un certo senso, sostengono Hart e Honorè, quegli scienziati e filosofi che da lunghissimo tempo hanno tentato di costruire leggi universali entro cui racchiudere i giudizi causali hanno sempre fallito nella formulazione di un criterio *ragionevole* da applicarsi tanto al diritto, quanto alle altre discipline umanistiche. Molto spesso, infatti, non era possibile selezionare alcun metodo 'oggettivamente' valido per isolare alcuni antecedenti considerati rilevanti (le cd. *cause*) da altri (*circostanze e condizioni*), ritenuti invece irrilevanti⁵⁵. In un contesto giuridico, l'interrogativo che si profilava era allora come giustificare il fatto che la 'catena causale' non andasse ripercorsa troppo all'indietro, onde provocare l'addossamento di insormontabili (ed inevitabili) responsabilità al soggetto agente. Per alcuni, data l'impossibilità di raggiungere alcun criterio certo, la causalità si risolveva in uno strumento 'ingovernabile', dotato cioè di un funzionamento suo proprio che lo rendeva incatturabile da parte delle categorie artificiali della logica giuridica. Di conseguenza, essa veniva impiegata casuisticamente per decidere sulla base di ragioni di *opportunità* pre-normative, sinonimo in sostanza di considerazioni del tutto individuali. Eppure, sostengono gli Autori, rivalutare l'uso di comuni verbi transitivi quali 'spingere', 'tirare', 'rompere', ecc., permetterebbe come risultato di raggiungere una nuova visione paradigmatica dell'istituto. Non si tratta, però, di considerare le leggi fisico-naturalistiche nella loro più stretta accezione scientifica, bensì di riflettere sulla portata *euristica* (e giuridicamente 'utile') di quelle relazioni causali semplici, verificabili quasi 'a occhio nudo' nella prassi quotidiana, e che permetterebbero in definitiva di gettare una luce chiarificatrice sui giudizi causali anche più complessi⁵⁶.

Il termine 'causa' è, infatti, considerato come ciò che concretamente 'interviene' nel decorso temporale: si tratta di un evento cioè che fa 'la differenza' rispetto al *contesto* in esame. Si comprende allora come il contesto stesso divenga l'appiglio di riferimento per modulare flessibilmente il giudizio causale, circoscrivendo

⁵⁴ Fa notare questo punto P. FOOT, *Hart and Honorè: Causation in the Law*, in *The Philosophical Review*, 72 (1963), pp. 505-15. Accenna alla questione anche C. GASPAROLI, *Il Diritto tra Natura e Politica. Per una lettura di H.L. Hart*, Altralea Edizioni, Firenze, 2013, p. 33.

⁵⁵ H.L.A. HART, T. HONORÈ, *Causation in the Law*, cit., p. 10 e ss.

⁵⁶ In questi termini, F. SANTONI DE SIO, *Causalità, colpa e responsabilità: l'eredità di Hart e Honorè*, cit., p. 265.

l'indagine a quei fattori reputati necessari per il verificarsi dell'evento⁵⁷. Tuttavia, non può sottacersi come anche questa pratica d'azione non sia il risultato delle intuizioni filosofiche di Hart e Honorè: come i due Autori riconoscono, ciò è quanto si è sempre fatto nella dottrina giuridica moderna nel momento in cui, mitigando la durezza della teorica della *condicio sine qua non*, si andava alla ricerca delle giustificazioni normative atte a restringere la focalizzazione sugli eventi considerati rilevanti e a rendere quindi socialmente accettabile l'attribuzione della responsabilità. In breve, di fronte all'interrogativo controfattuale sul considerare necessario un certo fatto per la realizzazione dell'evento (che si realizza domandandosi se, in assenza di quello stesso fatto, l'evento si sarebbe parimenti realizzato), si combinava surrettiziamente un giudizio relativo all'*opportunità* di sanzionarlo giuridicamente. La tesi dei due filosofi è allora che tali considerazioni non siano affatto il precipitato di una ermetica dogmatica specificamente giuridica, ma appartengono, più banalmente, al pensiero ordinario *extra*-giuridico, ossia a quello 'comune'.

Ora, dire 'senso comune' non equivale certo a dire 'banale' (nel testo vengono isolate ben *tre* differenti declinazioni di questo concetto), ma ciò che resta dall'analisi del variegato repertorio giurisprudenziale è che «*the way in which courts have decided these cases does not confirm the modern view that in using the language of causation they have merely given effect to their conceptions of justice, expediency, or chosen policy. Over a great area of the law they have, in using causal language, sought to apply a group of causal notions embedded in common sense*»⁵⁸. A ciò si aggiunga che il linguaggio impiegato dai giuristi è spesso traboccante di immagini metaforiche, immagini che testimonierebbero il tentativo più strenuo di avvicinarsi a formule giudizialmente aderenti alle nozioni quotidiane di causalità⁵⁹. A sostanziale implementazione di questa prospettiva, sta la ricordata suddivisione tra condizioni "normali" e condizioni "anormali" per la verifica di un evento: una

⁵⁷ In ciò, Hart e Honorè di fatto recuperano l'insegnamento più importante della filosofia di J.S. Mill, secondo il quale, come si notava *supra*, si considera *causa* l'insieme delle condizioni *sufficienti* per realizzarla.

⁵⁸ H.L.A. HART, T. HONORÈ, *Causation in the Law*, cit., p. 130.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. xxxiii-xxxiv, xlix, 33, 73-4, 96-98, 131.

suddivisione, si potrebbe dire, che dipende fortemente dal tipo di analisi e di contesto⁶⁰.

Ad ogni modo se, come si è visto, la causalità si pone quale nozione 'contestata nella sua essenza', è anche vero che ogni tentativo di darvi una spiegazione adeguata si è infranto contro il medesimo destino⁶¹.

Ciò conduce direttamente a prendere in esame un diverso tipo di approccio che una parte della dottrina giuridica ha progressivamente impiegato nel tentativo di illustrare la *ratio* sottesa alle decisioni giurisprudenziali in tema di causalità. Se è vero, infatti, che i due filosofi americani costruiscono la propria argomentazione anche sulla base della *verifica empirica* scaturente dallo studio del *case law* americano ed anglosassone, è rilevante constatare che un'altra scuola di pensiero, sorta nel medesimo contesto culturale, ha dedicato pari attenzione proprio alle tecniche di decisione impiegate dai giudici, reputandole in estrema sintesi come il criterio più rilevante e più decisivo per la soluzione dei dilemmi teorico-pratici in esame.

Sempre negli Stati Uniti, a partire dagli anni '30 del XX secolo, ha infatti progressivamente trovato diffusione una particolare scuola di pensiero nota come 'realismo giuridico'. L'insegnamento principale di questo movimento culturale è che i giudici *creano* diritto anche quando *applicano* leggi; con analoga sintesi, il diritto stesso

⁶⁰ L'esempio usato da Hart e Honore per illustrare questo passaggio è un incendio provocato dalla presenza di ossigeno. La caduta di una sigaretta intorno a del materiale ligneo facilmente infiammabile viene ordinariamente considerata quale "causa" della verificazione di un incendio, anche se scientificamente è noto che il vero reagente all'origine della combustione è la presenza nell'atmosfera di particelle di ossigeno. Tuttavia, come è esperienza comune, la presenza di tali molecole non viene mai ritenuta la vera *causa* originante l'evento. Ben al contrario, e con un ribaltamento di prospettiva, se il medesimo fatto dovesse verificarsi all'interno di una camera perfettamente isolata dall'ossigeno per motivi tecnico-industriali, la presenza improvvisa della sostanza diverrebbe invece (e senza alcuna assurdità) la causa efficiente dell'intero processo di combustione.

⁶¹ Molte critiche sono state mosse alla prospettazione dei due filosofi statunitensi. Innanzitutto, il fatto di esprimere — troppo apoditticamente — la nozione di 'senso comune', senza esplicitare in modo dettagliato il suo contenuto concreto: ciò è risultato spiazzante per chi invece attendeva particolari riscontri empirici provenienti dall'ambito delle scienze sociali. Il senso comune di causa può infatti (sociologicamente ed antropologicamente) variare con nettezza nei diversi gruppi umani, ed assurgerlo a caratteristica fondante senza determinarne la portata specifica rende l'intera costruzione traballante. A ciò si aggiungano una non completa coerenza lessicale dei concetti di 'causa' e 'causalità', che nel corso della poderosa opera vengono impiegati spesso attraverso accezioni varie e non del tutto coincidenti, ingenerando quindi confusione terminologica. Tutti i rilievi critici sono rinvenibili in J. STAPLETON, *Law, Causation and Common Sense*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 8 (1988), pp. 111-131. Nella dottrina italiana, particolarmente avverso all'impostazione analitica (e culturalmente 'povera') impiegata dai due Autori è sicuramente G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 114 e ss. e 151 e ss.

viene definito come il ‘complesso delle decisioni giudiziali’⁶². Tutto ciò, evidentemente, contribuisce ad una visione *antiformalistica* dell’ordinamento: a scapito del diritto scritto (*law in books*) sedimentato in codici, leggi e circolari, è il diritto vivente (*law in action*) a divenire oggetto di attenzione e di critica⁶³. Il complesso numero delle fonti normative statali è concepito ormai alla luce del criterio *dinamico* di evoluzione delle stesse, così come sperimentato e realizzato nell’opera ermeneutica delle corti di giustizia. I tribunali si configurerebbero quale luogo per eccellenza in cui osservare empiricamente e dal vivo la ‘realtà’ della pratica giuridica nelle sue sempre molteplici forme. Tutto ciò si declina inoltre in un metodo del tutto particolare, che assume rilevanza proprio con riferimento ai problemi della causalità giuridica. Secondo i gius-realisti, ben poche argomentazioni impiegate dal giudice di merito nel giustificare l’attribuzione della responsabilità possono dirsi ancorate a constatazioni ‘fattuali’; ben al contrario, esse appaio il riverbero di considerazioni di *policy*, espressione quanto mai generica ma sostanzialmente indicante quell’universo di scelte ispirate da canoni di opportunità, di discrezionalità, in breve di contemperamento degli interessi. Molto spesso, e soprattutto di fronte a casi ‘difficili’, l’operare delle corti si muoverebbe in sintonia con la realizzazione di scopi *prefissati*, attorno ai quali ruoterebbero *ex post* (anziché *ex ante*) le ineliminabili considerazioni logico-giuridiche alla base della motivazione della sentenza⁶⁴. Incentivare o frenare particolari attività, sentimenti di ingiustizia o di immoralità, conseguenze in termini di costi o benefici della sanzione giudiziale: tutti questi elementi compongono la sfaccettata attività decisoria delle corti

⁶² Sul realismo giuridico americano, testo di riferimento indiscusso è J.C. GRAY, *The Nature and Sources of Law*, Columbia University Press, 1909. In Italia il movimento è stato recepito soprattutto da Giovanni Tarello e dai suoi allievi. Si veda, in particolare G. TARELLO, voce *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, pp. 923-33.

⁶³ Per la distinzione tra “*law in books*” e “*law in action*”, cfr. N. ROSCOE POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 44 (1910), p. 12 e ss. Pound in particolare riteneva che il realismo giuridico americano fosse una vera e propria espressione di fedeltà alla realtà della pratica giudiziale così come esemplificata nell’operare delle corti di giustizia; si veda infatti, ID., *The Call for a Realist Jurisprudence*, in *Harvard Law Review*, 44 (1931), p. 697.

⁶⁴ Con efficace piglio critico, nella dottrina italiana non si è mancato di rilevare anche questo aspetto. Su tutti, cfr. M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, ESI, Napoli, 2012, p. 75, ove si fa notare attraverso le molteplici esperienze estere che di fronte alla “sequenza di fatti balorda”, il giudice «risolve il quesito finale alla luce del risultato finale che egli reputa opportuno raggiungere». Come si evidenzierà più avanti, questa scarsa attenzione rivolta al quesito causale avvicinerà i gius-realisti ai sostenitori della cd. analisi economica del diritto. Sul ruolo essenziale della politica del diritto, si veda anche — in una prospettiva più ampia — quanto segnalato da M. MATSUDA, *On causation*, in *Columbia Law Review*, Vol. 100 (2000), p. 2200.

di giustizia. Ma di fronte all'imperversare del 'sentimento giuridico', ed a discapito ovviamente di criteri affidabili ed *a priori* verificabili, per i realisti l'intero interrogativo causale si riduce, semplicemente, a due *step* logici: (1) <la condotta negligente è stata *conditio sine qua non* dell'evento di danno?>, e (2) <esiste un qualche tipo di considerazione di *policy* che vieta l'attribuzione della responsabilità al soggetto danneggiante?>⁶⁵.

Esattamente nella stessa misura con cui il realismo giuridico americano ha ricevuto fruttuoso recepimento nel contesto statunitense, anche questa particolare impostazione ha fatto breccia presso la dottrina giusprivatistica italiana. Secondo un'autorevole voce, infatti, è innegabile che le molteplici teorie causali cui è dato assistere nel panorama dottrinario attuale trovino il proprio successo, o fallimento, solo se vengono trasformate in strumenti dell'agire pratico nelle aule di giustizia⁶⁶. L'argomento apparentemente neutro del nesso causale diviene allora lo strumento (o l'occasione) con cui confezionare regole di responsabilità *ad hoc*, che oscillano dal mantenimento dello *status quo* in chiave conservatrice, fino alla tutela di posizioni soggettive inedite e mai sperimentate prima. In breve, «[i]l gius-realista vede nelle regole causali un mezzo, non un fine, per decidere quella specifica controversia. Estremizzando direbbe che il giudice ha già deciso e l'argomentazione causale gli è necessaria per presentare in maniera appropriata la sua sentenza. Ma in questo

⁶⁵ Sintetizza l'intera questione, W. LUCY, *Philosophy of Private Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 164-5. Accenna alla diatriba tra sostenitori delle teorie causali e detrattori delle medesime, anche R.W. WRIGHT, *Causation in Tort Law*, in *California Law Review*, 73 (1985), pp. 1735-6, secondo cui: «Through the early part of this century, judges applied causal analysis very broadly. They used causal rhetoric to determine not only whether the defendant's tortious conduct had contributed to an injury but also whether the defendant should be held legally responsible for the injury in the light of the other contributing factors. This broad use of causal language was sharply challenged during the second quarter of this century by the legal realists and their colleagues. They insisted that the only causal issue in a tort case is the simple factual issue of actual causation or causation-in-fact: whether the defendant's conduct actually contributed to the plaintiffs injury. They noted that most of the courts' allegedly causal analysis had nothing to do with the issue of causation-in-fact, but rather, under the misleading label of "proximate cause" or "legal cause", served as a smoke screen for policy judgments on whether the defendant ought to be held liable for an injury to which his conduct had clearly contributed. The actual causation question was considered to be of little help on this issue of ultimate responsibility, since there are innumerable causes of each injury. Instead, the realists argued that, in order to reach the socially advantageous, expedient, or just result in each case, the policy issues should be openly addressed under the more appropriate headings of "duty", "interests protected", "damages", and so forth».

⁶⁶ Le argomentazioni sono tratte da V. ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realista)*, in *D. & Innovazione*, 2008, n. 7, articolo reperibile al sito internet <http://www.dirittoestoria.it/7/D-&-Innovazione/Zeno-Zencovich-Nesso%20causale.htm>.

dibattito sulle regole causali chiunque si rende conto che si tratta di una evoluzione antitetica al metodo tipico delle vere scienze. Con riguardo a queste ultime l'osservazione dei fatti porta ad enucleare induttivamente quelle regole che si ripetono con regolarità causale. Nella sequenza dei casi giudiziari la regola causale viene, invece, deduttivamente applicata a fattispecie diverse»⁶⁷. Ne consegue che il diritto è concepito in termini di “lotta”: lotta di imputati contro parti offese, di vittime contro danneggianti, di produttori contro consumatori e di poteri pubblici contro privati cittadini. Di fronte a tutto ciò sta il giudice, chiamato nella sua solitudine a decidere la controversia in esame ed a servirsi della causalità quale mezzo argomentativo specifico per dirimere i nodi della questione.

Ora, come ben si comprenderà, queste posizioni mutano dal profondo l'intero edificio della responsabilità aquiliana (causalità compresa): attribuire un risarcimento per una condotta illecita non diviene più il frutto dell'applicazione di un enunciato giuridico dai contorni piani e definiti. La r.c. assume le sembianze di un calcolo cui sottostanno giudizi di *valutazione* rimessi alla discrezionalità delle stesse corti di giustizia. *Colpa*, *danno* e *nesso di causa* si trasformano in fattori chiave di questa valutazione, e nel campo della causalità in particolare il vaglio delle diverse cause materiali che hanno contribuito alla produzione dell'evento diviene l'*occasione* per preferire un determinato decorso causale rispetto ad un altro, e quindi una determinata tendenza (sanzionatoria, riparatoria, restitutoria, ecc...) rispetto ad altre⁶⁸. Per conferire una qualche ragionevolezza all'istituto, paradossalmente diviene quasi necessario che tali scelte si avvalorino proprio di considerazioni di *policy*, le quali agiscono così sulla base del criterio di imputazione prescelto e della specifica *funzione* con cui si desidera rivestire l'istituto della r.c.⁶⁹.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Sul punto, anche P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova 1960, p. 12.

⁶⁹ Così M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie “fatto illecito” a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, CEDAM, Padova, 2005, p. 8. Sulle ‘funzioni’ della causalità giuridica, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 141. Embrionalmente, già Gorla faceva notare che «la espressione “causalità giuridica” non allude ad un *quid in rerum natura*, ad uno stato o rapporto delle cose o dei fatti come *enti naturali*, ma allude ad un modo particolare di considerarli (*recte*: di considerare la funzione della causalità, anzi i suoi risultati)», in G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 407.

La stessa giurisprudenza nostrana, peraltro, giunge candidamente ad ammettere tale 'debolezza'. Come può leggersi in una recente pronuncia: «[d]eve pertanto concludersi sul tema del nesso causale, che, in sede civile, esso è destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto»⁷⁰. E nell'esperienza giurisprudenziale inglese e statunitense è ormai acquisizione pacifica quella per cui «[w]hat we do mean by the word "proximate" is that because of convenience, of public policy, of a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is no logic. It is practical politics»⁷¹.

D'altronde, lo si è visto: *in jure proximae et non remotae causae spectabantur*. Se ciò è vero, la ricerca di un'equità sostanziale da parte degli organi giudicanti si esprime propriamente nell'avallo di 'una' tra le 'tante' teorie causali disponibili: fare ciò, concretamente, incide sugli equilibri della r.c., perché «scegliere una di queste teorie equivale ad affermare o negare che vi sia responsabilità, ovvero che in quei casi il soggetto danneggiato abbia diritto al risarcimento. Ci si può pertanto attendere che talvolta passino attraverso le idee sulla causalità, altri tipi di considerazioni che non vengono esplicitate direttamente»⁷². Non soltanto; come giustamente si fa notare in dottrina: «la nebbia [...] nella quale il nesso di causalità è avvolto consente una libertà interpretativa che è invece preclusa rispetto agli altri elementi della fattispecie; pertanto, qualora dietro alla decisione vi sia una *ratio decidendi* differente da quella espressa, il nesso di causalità è l'elemento sul quale è più agevole intervenire per

⁷⁰ Cass. civ., sez III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2, p. 323

⁷¹ *Palsgraf v. Long Island R.R. Co.* (1928) 248 NY 339, 16 NE 99, per Andrews J., cit. in H.L.A. HART, T. HONORÈ, *Causation in the Law*, cit., p. 90. Per un caso deciso, più di recente, dalla House of Lords e sostanzialmente esplicitante il medesimo concetto, si veda *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)* (2002) 3 WLR 1353, per Lord Hoffmann, p. 1388, para 128: «There is [...] no uniform causal requirement for liability in tort. Instead, there are varying causal requirements, depending upon the basis and purpose of liability. One cannot separate questions of liability from questions of causation. They are inextricably connected. One is never simply liable; one is always liable for something and the rules which determine what one is liable for are as much part of the substantive law as the rules which determine which acts give rise to liability». Nella dottrina italiana, già ampiamente consapevole dell'insegnamento, si veda quanto sostenuto in P.G. MONATERI, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona* (a cura di M. BONA), IPSOA, Milano, 2005, pp. 2-6.

⁷² P.G. MONATERI, *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 458. In termini simili, anche Franzoni sottolinea il medesimo punto: «spesso vi è un uso implicito della ingiustizia del danno, attraverso l'impiego improprio della causalità o della colpa», in M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Giuffrè, Milano, 2004, p. 186.

negare la sussistenza della responsabilità. In altri termini, qualora un giudice intuitivamente ritenga ingiusto attribuire una responsabilità al danneggiante troverà più agevole motivare ritenendo insussistente il nesso di causalità che non gli altri elementi della fattispecie»⁷³.

Alla luce di tutto ciò, l'indagine scientifico-naturalistica, il rispetto di canoni normativi o l'impiego di tecniche peritali lasciano quasi il passo a motivazioni esorbitanti la semplice sfera eziologica, radicandosi al contrario in scelte politiche o d'opportunità. Il nesso causale si trasforma da elemento della fattispecie a variabile liberamente modulabile alla luce della concreta incisività con cui si vogliono ammantare le regole aquiliane⁷⁴. È questo, allora, il grande problema della causalità giuridica. Come si esaminerà ancora nel prossimo paragrafo, le preoccupazioni mosse dal realismo giuridico e da consistente parte della più attenta dottrina, si dimosteranno condivise anche da un'altra categoria di autori, parimenti persuasi che il maggior problema delle decisioni giurisprudenziali in tema di nesso di causa risieda proprio nella loro insufficiente 'fattualità' ontologica.

4. IL CONTRIBUTO DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO (*ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*)

Il giudizio causale, lo si è notato oramai più volte, è colmo di aporie. Di fronte all'impossibilità di pervenire rapidamente ad una soluzione concreta (soprattutto, in sede di decisione giurisprudenziale) una particolare scuola di pensiero sviluppatasi a partire dagli anni '60 del XX secolo ha cercato di fornire gli strumenti concettuali idonei per il conseguimento di un risultato efficace. L'impulso teorico a cui si fa riferimento prende il nome di '*Economic Analysis of Law*' o '*Law & Economics*', entrambe le locuzioni corrispondendo alla traduzione italiana 'analisi economica del diritto'⁷⁵.

⁷³ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., p. 277 e ss.

⁷⁴ Con grande chiarezza, fa notare il punto M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 79.

⁷⁵ La bibliografia sul tema è semplicemente immensa. Si segnalano, di conseguenza, i testi considerati più rappresentativi ed intellettualmente più stimolanti. Fondamentali, in quanto veri e propri apripista della disciplina, G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven,

Riprendendo la summenzionata analisi svolta da Hart e Honorè, è opportuno richiamare un particolare passaggio del ponderoso “*Causation in the Law*”. Nella premessa alla seconda edizione del volume, gli Autori contestano uno tipo di approccio allo studio della causalità giuridica che denominano brevemente ‘*causal minimalism*’⁷⁶. Secondo i fautori di questa impostazione, il ricorso alle diverse teorie sviluppate in ambito giuridico si rivela inefficace ed in fin dei conti dispendioso, proprio perché non consente di ottenere dei criteri *oggettivi* (nel senso di ‘a-valutativi’) utili per risolvere uniformemente gli spinosi dilemmi cui va incontro l’interrogativo causale. In piena analogia con quanto facevano già notare i giusrealisti, i costrutti dogmatici usualmente impiegati nella retorica giudiziaria sono saturi della più forte intenzionalità soggettiva: lungi dall’apparire quali logiche conseguenze di teoriche cristalline, essi si rilevano null’altro che *criteri iper-valutativi* assoggettati al personale convincimento del decisore⁷⁷.

È a partire da questo malessere, scaturente soprattutto dalla difformità di numerose decisioni giurisprudenziali nel risolvere casi considerati simili, che una parte del pensiero gius-economico tentò un’estensione delle regole microeconomiche al mondo del diritto. E in accordo con ciò, si può certo affermare che il tentativo dei ‘minimalisti causali’ non sia consistito tanto nel ‘risolvere’ il problema attraverso

1970; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7 ed., Wolters Kluwer, 2007 e R. COOTER e T. ULEN, *Law & Economics*, 6 ed., Addison-Wesley, 2012. Di significativo interesse anche T.J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, 2004 e S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004. Di carattere più specifico ma restituente un senso complessivo sull’intera disciplina, R.A. POSNER, *Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, in D.G. OWEN (a cura di), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, p. 99. Per il contesto italiano, l’opera di riferimento è R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, 2 voll., il Mulino, Bologna, 1999. Per un inquadramento sui presupposti della disciplina, sulle sue aporie e sulla specifica metodologia impiegata, cfr. U. MATTEI, *Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell’analisi economica del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 165-87. Sul tema specifico della causalità, si vedano invece G. CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, in *The University of Chicago Law Review*, 43, 1975, pp. 69-108; W.M. LANDES e R.A. POSNER, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *The Journal of Legal Studies*, 12, 1983, pp. 109-134; O. BEN-SHAHAR, *Causation and foreseeability*, in M. FAURE (a cura di), *Tort Law and Economics - Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 2 ed., Edward Elgar, 2009, pp. 83-108.

⁷⁶ H.L.A. HART, T. HONORÈ, *Causation in the Law*, cit., pp. lxxviii-lxix.

⁷⁷ Fa notare con precisione il punto F. SANTONI DE SIO, *Causalità, colpa e responsabilità: l’eredità di Hart e Honorè*, cit., che rimanda a W. MALONE, *Rumination on Cause-in-Fact*, in *Stanford Law Review*, IX, 1956-7, pp. 60-99 e a J. STAPLETON, *Perspective on Causation*, in J. HORDER (a cura di), *Oxford Essays on Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, 1999, pp. 61-84.

l'elaborazione dell'ennesima teoria dogmatica, quanto piuttosto di 'eliminarlo' radicalmente dalle preoccupazioni del giurista. Occorre, però, prima di affrontare l'impostazione di questa particolare scuola di pensiero, soffermarsi brevemente sul *metodo* con cui l'analisi economica concepisce il mondo del diritto.

Per l'economista, il diritto non consta di imperativi normativi o di sanzioni. Il diritto è, affatto diversamente, un insieme di *incentivi* rivolti ai consociati. Danneggiare un bene mobile, occupare un fondo o inquinare una falda acquifera sono soltanto una serie di 'prezzi impliciti' — in tal senso, scaturenti dalle sanzioni corrisposte dalle corti di giustizia — destinati ad influenzare i comportamenti dei singoli attori. Ognuna di queste attività ha quindi un 'costo': se il soggetto le compie, accetta indirettamente di doverle *pagare*. Se viceversa non le pratica, ciò significa che il 'prezzo implicito' attribuito a quella data azione ha assunto un'entità sufficientemente elevata da *distogliere* l'individuo dalla sua realizzazione. È solo in quest'ultimo caso che il precetto normativo cui il costo è ricollegato potrà dirsi ubbidito⁷⁸.

Già da questa breve constatazione, è facile evincere quanto l'approccio economico diverga da quello tradizionale tipico dei sistemi cd. romanisti. Per questi ultimi, il diritto è un'attività essenzialmente ermeneutica, volta all'interpretazione di testi legislativi (i codici) ed all'esplicitazione di norme concrete di cui esse sono la risultante. In un certo senso, il giurista non si sostituisce a queste regole: semplicemente le 'esplicita' attraverso la pratica ermeneutica. Semmai, se così si può dire, il grande compito cui egli va in contro è quello di colmare — attraverso i canoni dell'interpretazione — le *lacune* che l'ordinamento gli presenta. L'attività pratica del giurista è, si può sintetizzare, eminentemente *linguistica*, ed ha quindi a che fare più con le *parole* della legge che con i grafici ed i calcoli dell'aritmetica.

Ben al contrario, l'analisi economica del diritto pone al centro della propria azione non lo sguardo (rivolto al passato) incarnato dall'*intentio legis*, ma quello (proiettato in avanti) della desiderabilità o meno di specifiche regole di comportamento per la collettività nel suo complesso. L'efficienza e la convenienza assurgono quindi a canoni ermeneutici primari; il linguaggio, specularmente, perde di importanza. Con ciò, si spezza anche la logica classica della dottrina pura del diritto,

⁷⁸ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., p. 13.

secondo cui il giurista è niente altro che un tecnico della norma positiva, il cui unico compito è quello dell'enucleazione del suo significato. Secondo questa nuova tendenza, scopo dell'attività giuridica è invece selezionare quelle regole giudicate più convenienti, nel senso per cui esse minimizzano «i costi sociali degli incidenti, cioè la somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi»⁷⁹.

Rivolgendo ora l'attenzione al criterio specifico con cui gli economisti affrontano le molteplici dottrine causali, non si può non accennare all'energica critica rivolta all'inizio del XX secolo da Bertrand Russell verso la nozione di causalità, ed esposta nei paragrafi precedenti. Come si ricorderà, tale concetto era oramai reputato inutile e fuorviante, sicché pratica opportuna sarebbe stata la sua energica rimozione da qualsiasi speculazione scientifica. L'opinione condivisa dagli economisti del diritto è, con qualche piccolo adattamento, sostanzialmente la medesima⁸⁰. Se la responsabilità civile non è null'altro che un sistema di *incentivi* volto a valorizzare un comportamento *efficiente*, la causalità è allora risolta nelle funzioni aritmetiche e nei grafici cartesiani che implicitamente già la rappresentano.

Valga, per tutti, una delle più note esposizioni dell'argomento⁸¹.

$$h(s, x) - h(s, x_0) = h$$

In questa funzione, s indica uno stato del mondo tra tutti i possibili stati del mondo; la prima parte della funzione — $h(s, x)$ — indica il danno che si produce in un particolare stato del mondo s se la condotta x (corrispondente ad un determinato livello di precauzione) viene messa in atto. Se, come mostrato nello svolgimento della funzione, la prima parte viene poi sottratta alla seconda — che nell'espressione $h(s, x_0)$ indica una condotta alternativa con un diverso livello di precauzione x_0 — e il risultato che ne scaturisce è pur sempre h , ciò implica che il soggetto agente nella prima parte della funzione è stato direttamente causa del danno.

Il modello, in altre parole, 'spiega' la causalità perchè la *ingloba* del tutto nel proprio funzionamento. In molti altri casi, addirittura, la seconda parte della funzione

⁷⁹ G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970, pp. 26-31.

⁸⁰ Accenna alla curiosa coincidenza, R. COOTER, *Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, in *Chicago-Kent Law Review*, 63 (1987), pp. 523-551.

⁸¹ L'esempio è tratto da A.M. POLINSKY, S. SHAVELL, *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, North Holland, 2007, p. 161.

non viene nemmeno esplicitata, poiché la si considera *già interna* al contesto matematico⁸². Altre volte, invece, il valore di alcune variabili determina a sua volta quello di altre direttamente conseguenti, attraverso un meccanismo non tanto di tipo “causale” classico ma ‘con-causale’⁸³. In altre parole, il comportamento inefficiente è *già di per sé* sinonimo di *produzione del danno*.

La ragione di questa vistosa diffidenza rispetto all’elaborazione di una dogmatica causale sta, come summenzionato, nel preteso carattere arbitrario delle soluzioni giudiziali. Mostrando una singolare sintonia con le denunce portate avanti dai realisti giuridici, gli economisti puntano il dito sulla carente obiettività delle decisioni giudiziali⁸⁴. Risolvere gli interrogativi posti dalla varietà di incidenti nella vita comune è impossibile alla luce del significato concreto che assume il termine ‘causa’ nel contesto giudiziale: lungi dal rivestire un significato privo di pregiudizi, esso si presenta al contrario catturato da discordanze ed irrazionalità. Ciò risulta vero in particolar modo per la nozione di *proximate cause* (causa prossima). Si consideri, come esempio, la seguente successione fattuale:

$$a \longrightarrow b; b \longrightarrow c; c \longrightarrow d; d \longrightarrow e$$

Se l’evento *a* causa *b*, il quale a sua volta determina *b*, che quindi implica *c*, e così via fino allo stato *e*, ciò significa che, applicando il cd. *but-for-test* o *condicio sine qua non*, l’evento *e* non si sarebbe mai verificato *se non fosse stato* per *a*. Ora, questa teoria (che nel contesto americano è denominata anche *cause-in-fact*) esprime un giudizio spesso insostenibile da accettare in sede pratica, necessitando quindi una forma di

⁸² Si consideri come ulteriore esempio (anche se più complesso) la formulazione della causalità fornita da Posner e Landes: «*The economic model of accidents defines the social loss from an accident as the sum of expected damages and costs of care, as in “ $L(x,y) = p(x,y) D + A(x) + B(y)$ ” (1), where p is the probability of an accident, x and y are the inputs of care of A (the potential victim) and B (the potential injurer) respectively, D is the victim’s damages if an accident occurs, and $A(x)$ and $B(y)$ are A ’s and B ’s cost of care. In the joint-care case, where optimal accident avoidance requires both parties rather than just one to take care, x^* and y^* , the due-care levels (the levels of x and y that minimize L) are both positive and are found by equating the reduction in expected damages from added care to the marginal cost of additional expenditures on care, as in “ $-p_x D = A_x$ ” (2) “ $-p_y D = B_y$ ” (3) which is the formal statement of the Hand formula. Equations (1)-(3) do not mention causation. But implicit in them is the notion that greater inputs of care reduce the probability of an accident*», in W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 12, n.1 (Jan. 1983), pp. 109-34.

⁸³ La questione, estremamente complessa, viene solo accennata, rimandandosi per gli esempi più specifici a R.B. COOTER, T. ULEN, *Law & Economics*, 2011⁶, Pearson Education, p. 195.

⁸⁴ R. COOTER, *Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, cit., p. 531.

ammorbidente giudiziale. La *proximate cause* sancisce dunque la 'vicinanza' minima necessaria tra l'atto del danneggiante e l'incidente occorso affinché si giustifichi l'attribuzione della responsabilità. Così, per proseguire l'esempio di prima, si considererà giuridicamente rilevante solo la successione che, poniamo, da *c* conduce ad *e*. Come si nota allora, la *proximate cause* non è un giudizio fattuale, ma 'valoriale': esso è una limitazione intellettuale ed artificiale di un corso di eventi di per sé naturalisticamente più ampio⁸⁵. In questo senso la causalità, lungi dall'essere il 'risultato' di un'analisi obiettiva, è la 'premessa' di un'operazione di tipo pregiudiziale, intendendo con questo termine l'inevitabile elasticità che assume il *convincimento personale* del giudice circa il collegarsi (o meno) di certi eventi.

È dunque per replicare a questo genere di aporie che si radica, al cuore stesso del giudizio risarcitorio, il cardine concettuale di tutta l'analisi economica del diritto: la comparazione costi-benefici. Ragionando dapprima nella cd. *cause-in-fact*, gli economisti identificano le cause rilevanti alla luce del loro concreto incremento di probabilità nel cagionare l'evento di danno. In seguito, proprio argomentando nei termini della cd. *proximate cause*, mettono a fuoco il comportamento negligente del danneggiante, comparando l'entità del risultato dannoso con il costo dell'attività di prevenzione che ciascuno dei soggetti (danneggiato e danneggiante) avrebbero dovuto ragionevolmente impiegare per evitare il sinistro. Solo allora, una volta identificato il cd. *cheapest cost avoider* (ossia il soggetto posto nella condizione più economicamente favorevole per evitare l'infortunio) si procederà alla comminazione della sanzione civile. Essendo quest'ultimo nelle circostanze più propizie, sarà suo onere addossarsi per intero il peso della conseguenza dannosa⁸⁶.

Questa impostazione, chiaramente, non è esente da perplessità. In particolare, essa predica come si è visto una fiducia totale nella possibilità di rilevare con esattezza quale sia il costo attribuibile a ciascuna attività sociale e quindi, di rimando, anche quale sia quello atto alla prevenzione degli incidenti. Questi rilievi, si obietta, sono però essi stessi colmi di "valutazioni" personali, apparendo dunque solo fintamente

⁸⁵ A tal proposito, si veda quanto detto nei paragrafi precedenti riguardo alle riflessioni di D. Hume e di J.S. Mill in tema, che proprio alla luce delle difficoltà evidenziate nel testo continuano a mostrare tutta la propria attualità.

⁸⁶ Riassume con ricchezza bibliografica l'intero processo M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 76-77.

ancorati a infallibili criteri algebrici⁸⁷. Come risultato, è ben possibile allora che omologhe considerazioni attinenti al rapporto costi-benefici di una singola attività conducano ancora a risolvere casi simili in modo del tutto differente, come peraltro già attestato in giurisprudenza⁸⁸. Ed è allora nuovamente il carattere ‘aporetico’ e problematico della causalità a manifestarsi con forza: se essa appare difficilmente catturabile, persino quando si fa ricorso a grafici e funzioni gius-economiche, essa viaggia realmente in una zona di indistinzione concettuale che la rende necessariamente ancorata ad una dimensione non per forza dogmatica. Piuttosto, e come si mostrerà nel prossimo paragrafo, essa esula da ogni tentativo di riduzionismo teorico, per divenire invece il centro di un giudizio multiforme e complesso.

5. IL ‘PROBLEMA’ DELLA CAUSALITÀ: LINGUAGGIO, RETORICA, INTERPRETAZIONE⁸⁹

Come sarà evidente per il lettore all’interno del nostro ordinamento giuridico le numerose teorie causali possiedono tutte una qualche *implicita* cittadinanza. Ognuna di esse, in altre parole, dato l’ampio silenzio normativo a riguardo si presta ad inquadrare con completezza ciascun avvenimento fattuale, e ad offrire di conseguenza argomentazioni favorevoli o contrarie per un suo concreto impiego forense. Di volta in volta, il fatto lesivo sarà concepito, a seconda del diverso atteggiamento dell’organo giudicante, quale antecedente necessario, quale mera occasione, quale circostanza prevedibile *ex ante*, e così via⁹⁰. Questo determina, come è inevitabile, un’importanza quanto mai marcata delle *tecniche argomentative*. Se la legge dà per scontato, apoditticamente, il contenuto essenziale del giudizio causale, sviscerarne le premesse logiche diviene in realtà il compito inevitabile dell’interprete. E proprio l’ampio spazio

⁸⁷ Muove tali critiche in particolare R.W. WRIGHT, *The Standards of Care in Negligence Law*, in D. OWEN (a cura di), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, p. 201 e ss.

⁸⁸ Per l’analisi dei problematici casi in esame, si rimanda ancora a M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 184.

⁸⁹ Il titolo di questo paragrafo riprende evidentemente le suggestioni originate da due classici della responsabilità civile: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964 e F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁹⁰ Si sofferma con precisione sul punto, M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, in *Corriere Giuridico*, 2008, n. 1, pp. 42-71 (nota a Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619).

lasciato dal formato legale al giudice impone, in fin dei conti, di sopperire alla 'lacuna' adoperando gli adeguati strumenti logico-retorici. Per citare altra attenta dottrina «[i]l nesso causale, in altre parole, può essere definito come elemento 'elastico' della fattispecie di responsabilità, il quale consente ai giudici, in linea con il loro "potere creativo", di compiere, con una sfera di discrezionalità molto più ampia di quanto permettano gli altri elementi della fattispecie di responsabilità [...], decisioni allocative di interessi»⁹¹. Ad ulteriore riprova di questo fenomeno, sta un'esigenza di carattere *strutturale*, ossia la pacifica ed oramai indiscussa constatazione secondo cui l'intero edificio della r.c. è di fatto un *judge-made law*⁹². La disposizione codicistica, quando non del tutto assente, si limita soltanto a fornire un orizzonte di senso che resta pur sempre da integrare: una sorta di "canovaccio a grandi linee" alla cui atonia sopperisce la pratica intenzionale degli interpreti.

Tutte queste considerazioni, in realtà, mostrano con nitore l'assoluta vicinanza rispetto alle succitate posizioni del cd. realismo giuridico ed a quelle, più recenti e diffuse, che incasellano il 'problema' del nesso di causa all'interno di considerazioni di *policy*. Proprio alla luce di ciò — ed in un caso, quanto nell'altro — l'impatto dell'argomentazione giuridica si rivela estremamente fondamentale, ciò nel momento in cui si ha di mira l'accettazione generalizzata di un determinato paradigma causale rispetto ad altri astrattamente plausibili, o quando si mette in gioco uno specifico assetto di interessi considerato socialmente da privilegiare. Il nesso di causa diviene, allora, non soltanto un problema di politica di diritto ma, prim'ancora, un *dilemma ermeneutico*.

È risalente, e nondimeno ancora valido, l'insegnamento secondo cui il diritto giurisprudenziale vive attraverso la *forza* della propria argomentazione. Ciò risulta vero soprattutto nel caso in cui la motivazione coinvolga aspetti contestati sui quali non sussiste univoca convergenza⁹³. In effetti, «[t]he role of the judge, servant of existing laws, is to contribute to the acceptance of the system. He shows that the decisions which he is led to take are

⁹¹ L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 334.

⁹² Approfondisce con la consueta cura questo aspetto centrale, M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 49.

⁹³ C. PERELMAN, *Justice, Law and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1980. In particolare, si veda il capitolo XIII - *Law and Rhetoric*.

*not only legal, but are acceptable because they are reasonable. Each time he must settle conflict of opinions, interpretations, interests and values, he must seek those solutions which are both in conformity to the law and acceptable. Law does not govern everything: it does not foresee everything. In extraordinary situations, in case of force majeure, the strict application of the law could be in conflict with reason and equity. The judge must make the law pliable to make it acceptable*⁹⁴. Ora, è proprio la ricerca dell'*equity* (intendendo, in questo contesto, quella soluzione rispondente più a criteri di giustizia concreta che non alla durezza del dettato normativo) a condizionare da vicino l'argomentazione causale. Come mostrano le risultanze dell'indagine comparatistica (cui sarà data apposita esposizione nel prosieguo della trattazione), nell'esperienza tedesca «il ricorso all'equità viene inteso anche dai giudici come correttivo al principio dell'adeguatezza causale»⁹⁵. Si vedrà che, del tutto analogamente, anche altre giurisdizioni europee agiscono in accordo con tali premesse. In sede tecnica, ciò conduce direttamente all'impiego del 'prudente apprezzamento' nella valutazione delle risultanze probatorie, nell'uso di criteri morbidi di giustizia e, in definitiva, nell'adozione di teorie causali non eccessivamente rigide od insostenibili nelle loro ultime conseguenze logiche. In un senso derivato e direttamente conseguente, da ciò deriva anche che lo stesso giudice, di fronte a motivazioni tribolate, dismetta i panni del 'decisore formale' per appellarsi, sempre più, alla 'persuasione razionale'⁹⁶.

Adattando le precedenti riflessioni in tema di discrezionalità del giudice, ciò che in generale si può dire è che non solo la 'causalità', ma anche la 'colpa', il 'dolo' ed il 'danno ingiusto' appaiono concetti permeati dalla medesima anfibia argomentativa. In definitiva, è l'intero istituto della r.c. a porsi nella sua 'trama aperta' (*open texture*) al cospetto delle più diverse soluzioni giurisprudenziali: il significato degli artt. 2043-2059 c.c. — ispirati, all'apparenza, al più semplice linguaggio naturale —

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 121-2.

⁹⁵ A. SOMMA, *Il nesso causale nella disciplina tedesca extracontrattuale*, in AA.VV., *I fatti illeciti*, III, *Causalità e danno* (a cura di G. Visintini), Padova, 1999, p. 907.

⁹⁶ «*In a democratic vision of law, where statutes themselves are not considered only an act of power, the decisions of justice should not only be legal but also acceptable because they do not oppose socially recognized values. In this respect the role of the European judge has markedly grown and approaches that of his Anglo-Saxon colleague. At the same time the role of argumentation and rhetoric has grown in the application and evolution of law. This reality concerns the judge more than the lawyer. The judge who is more and more compelled to motivate his decision is less and less content to provide only formal correctness but tends to give his decisions a more persuasive character*», così C. PERELMAN, *Justice, Law and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, cit., p. 124.

scatena invece il dilemma acuto dell'*ascrizione* di un preciso significato all'enunciato giuridico⁹⁷. È per questa ragione che, come non si è mancato di rilevare, la r.c. si è da sempre contraddistinta quale “magnifico giocattolo della dottrina”⁹⁸. Quest'ultima, nella sua risalente tradizione storica, ha prodotto e concettualizzato soluzioni innovative ai problemi della convivenza civile, proiettandone astrattamente gli effetti sull'intero sistema normativo; la giurisprudenza, nel rispondere al dovere di fornire una risposta certa all'interrogativo giuridico sottopostogli, *ha scelto* quali soluzioni effettivamente adottare. Di rimando, l'opera critica di commento e di ricezione della stessa dottrina ha permesso, a sua volta, di affinare ulteriormente le scelte compiute in sede giurisprudenziale. Questo continuo ed incessante *dialogo* tra formanti è l'anima del funzionamento del diritto, il suo concreto modo di esistere e di svilupparsi, e se ciò è vero per la r.c., lo è in forma ancora più accentuata per quanto concerne la causalità.

Ciò che in sede introduttiva premeva allora sottolineare è quanto la causalità giuridica sia uno strumento *intellettuale* contraddistinto da un'ardua gestione *pratica*: dalle variegate pronunce giurisprudenziali, al *battage* dottrinario, fino alle laconiche formulazioni legislative, il tema causale mostra l'accumulo (spesso disordinato) di terminologie scaturenti da molteplici settori disciplinari, strizzando l'occhio di volta in volta tanto a teoriche logico-scientifiche, quanto a ricordi filosofici appartenenti ai climi storico-culturali più diversificati, giungendo financo (o assai più semplicemente) a rispecchiare il lessico ed il senso del linguaggio comune. Lungi dal considerarsi una nozione cristallina e priva di aporie interne, la causalità giuridica è piuttosto il condensato problematico di questi numerosi *criptotipi* (di matrice giuridica e non solo). Essa è un *discorso*, continuamente intrecciato dagli attori del diritto e perennemente esposto ad un'infaticabile riscrittura⁹⁹. È per questa peculiare condizione che il ruolo dell'interprete non potrà essere quello di un soggetto passivamente appiattito sulla norma, ma al contrario quello di chi ragiona criticamente 'dal suo interno', in modo

⁹⁷ Si riprende, come è evidente, il noto insegnamento hartiano sulla struttura cd. 'aperta' del diritto, rinvenibile in H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 150 e ss.

⁹⁸ L'espressione è di P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 17.

⁹⁹ Numerosi suggestioni per l'argomento in esame possono nascere anche dalla lettura di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 139 e ss.

da evidenziare le *fratture*, le *affabulazioni* e le *retoriche argomentative* che nell'uso forense del concetto assai spesso si occultano¹⁰⁰.

Per riprendere l'insegnamento gius-realista sopra delineato, la teoria causale può essere interpretata (ancor più di quanto accade con la colpa, o con il dolo) come un potente dispositivo retorico. Essa è a tal punto essenziale nell'intreccio delle argomentazioni giudiziali, che la 'verità' o meno delle sue formulazioni è questione di ben poco interesse per il giurista: ciò che importa è se essa appaia *convincente* a coloro cui viene rivolta. Se la comunità giuridica e gli ambienti sociali di riferimento recepiscono la decisione giudiziale, il nesso di causa esaurisce, con successo, la propria sfida. Si pensi, per esempio, all'uso che viene fatto nel mondo forense di formule tecniche, di brocardi, o di modelli causali risalenti alle epoche più remote e sempre variamente in uso. A ben vedere, tali formulazioni corrispondono in tutto e per tutto a perfetti dispositivi retorici: consentendo, pur nella loro ampia genericità, il raggiungimento di una decisione concreta, essi nondimeno nascondono al proprio interno una riserva discrezionale e decisionale di assoluta importanza per il giudice. Questi, supportato comunque da un linguaggio tecnico-formale che rispetta il procedere tipico di una sentenza, resta libero di modulare senza troppe costrizioni la successione causale che ritiene più adatta. I criteri logico-giuridici impiegati, pur apparentemente alieni da specifiche valutazioni di interessi, sono in realtà la struttura "semi-trasparente" dietro cui occultare tali specifiche scelte. In realtà, ciò che si agita al riparo di questo schermo fittizio e pseudo-riflettente, è la discrezionalità fisiologica delle corti di giustizia¹⁰¹.

Insomma, può sembrare paradossale che dopo i rilievi così incisivi del realismo giuridico, della giurisprudenza critica e dell'analisi economica del diritto, lo stesso

¹⁰⁰ Con il termine 'affabulazione' ci si riferisce alla nota teorica ermeneutica sviluppata da P.G. Monateri in ID., «Correct Our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 189-206.

¹⁰¹ In dottrina, ad esempio, è nota l'attenzione critica nei confronti dell'impiego giudiziale di schemi giuridici risalenti o di formulazioni ereditate dalla tradizione. Ciò, apparentemente, si verificherebbe nel tentativo ultimo di mostrare un'incessante linea di continuità fittizia verso impostazioni tratlative, e quindi di dipingere gli stessi giudici come organismi immuni da qualsiasi considerazione contingente di politica del diritto. Sul primo aspetto si segnalano le osservazioni di G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, p. 48. Sul secondo punto, ancora rilevanti i rilievi di P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 52. Fa notare l'intero processo, con estrema cura, M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 269-73.

Guido Calabresi si esprime ancora con ottimistica previsione sul “futuro” della causalità¹⁰². La causalità, suggerisce l'Autore, sopravvivrà comunque a qualsiasi tentativo riduzionistico della medesima. In ciò, forse, ha davvero ragione Gorla, secondo cui kantianamente «la causalità è una funzione del nostro intelletto»¹⁰³. Eppure, sembra di dover accogliere tale intuizione considerando il ragionamento eziologico non più e non soltanto nel senso filosofico-cognitivo di ‘categoria logica’ volta alla comprensione del reale, bensì in quello pratico e processuale di dispositivo retorico ineliminabile — in breve, di *tecnica ermeneutica* essenziale alla retorica giudiziaria ed alla pratica del diritto. Ed è forse questa la ragione per il rinnovato interesse cui oggi si assiste, da molteplici direttive e con multiformi approcci, alla sfida della causalità: un istituto sempre più vivo nel contesto giuridico nazionale ed internazionale, che permette ad autori appartenenti alla scuole di pensiero le più diverse di incontrarsi e di dibattere ancora proficuamente¹⁰⁴.

¹⁰² Per citare direttamente l'Autore: «*I am optimistic about our ability to use concepts, like cause, to promote analyzed goals, and, like John Stuart Mill, I am skeptical of our ability to analyze all our goals and, in addition, to acknowledge all that we can analyze. Thus, I am inclined to believe that the requirement of causation in all three of its parts (causal link, but for and proximity) will survive in many areas of non-fault liability rather than be replaced by direct appeals to those clearly identified goals which, by and large, those requirements seem to serve. Just because it is flexible and functional, yet responsive to echoes from the past, causal language will survive—that is what will make it as useful in a non-fault world as it was in a fault-based world. Only if it comes to be viewed as “absolute” or as representing inherent “natural” relationships which the law cannot touch, whatever human needs may require, will it outlive its usefulness and be replaced with other concepts in the law*», in G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, cit., p 108.

¹⁰³ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 407.

¹⁰⁴ Esempi notevoli di questo crescente interesse sono, ad esempio, le ultime pubblicazioni internazionali dedicate al tema, tra cui si segnala B. KAHMEN, M. STEPHANIUS (a cura di), *Critical Essays on “Causation and Responsibility”*, De Gruyter, 2013.