

January, 2004

Causation, Responsibility, Risk, Probability,
Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble
Bush by Clarifying the Concepts, translated into
Italian by Federico Stella

Richard W. Wright, *Chicago-Kent College of Law*

RICHARD W. WRIGHT (*)

CAUSALITÀ, RESPONSABILITÀ, RISCHIO, PROBABILITÀ, NUDE STATISTICHE, E PROVA: SFOLTIRE IL CESPUGLIO DI ROVI CHIARENDI I CONCETTI

Introduzione. — Sezione I - *La teoria della responsabilità per danno nel ventesimo secolo*. — 1. La teoria tradizionale della giustizia correttiva. — 2. I Libertari. — 3. I Giuristi economisti. — 4. Il movimento dei *Critical Legal Studies*. — 5. Il retaggio del Realismo giuridico. — 6. La situazione attuale. — Sezione II - *Causalità e responsabilità*. — 1. Causa effettiva e causa prossima. — 2. Causalità e responsabilità. — 3. Un esempio: la teoria Libertaria. — Sezione III - *Il concetto di causalità*. — 1. Il significato della causalità: il test NESS. — 2. Argomenti filosofici di Mackie a favore del test *but for*. — 3. Argomenti filosofici di Mackie contro il test NESS. — 4. Argomenti pratici di Kelman contro il test NESS. — 5. La natura determinata e fattuale dell'analisi causale « controfattuale ». — Sezione IV - *Causalità, probabilità e prova*. — 1. Il concetto non causale di « causalità probabilistica ». — 2. Il ruolo della probabilità nelle leggi causali, nelle generalizzazioni causali e negli enunciati causali singolari. — 3. La base causale della prova: prova particolaristica, probabilità causali *ex ante* ed *ex post*, nude statistiche e gradi di convincimento. — Sezione V - *Responsabilità per esposizione al rischio*. — 1. Causalità nei casi di perdita di *chances* o di aumento del rischio. — 2. Causalità nei casi di esposizione multipla e causalità alternativa. — Conclusioni.

Introduzione. — Nella moderna teoria del danno, le tradizionali basi morali della responsabilità sono minacciate dal caos che ne pervade i principi. Ciò che, più di sessant'anni fa, appariva il frutto di un'autentica confusione è oggi diventato un'arma tattica, imbracciata dagli appartenenti alle scuole giuridiche oggi di moda — i fautori dei *Critical Legal Studies* o Critici, i Giuristi economisti ed i Libertari —, che hanno cercato di sfruttare quella confusione per minare la visione tradizionale e sostituirla con la propria. Una delle maggiori fonti di equivoco è legata all'incapacità di cogliere i rapporti e le differenze esistenti tra i concetti di causalità, responsabilità, rischio, probabilità e nude statistiche, nonché la rilevanza di queste distinzioni e correlazioni per il processo di formazione della prova.

Sono convinto che una adeguata comprensione dei singoli concetti metterà in evidenza l'artificiosità delle teorie attualmente in voga. Quand'anche, però, avessi successo nel mio intento di rendere più chiari i concetti, non mi aspetterei di dissuadere dalle rispettive

(*) Professore IIT Chicago-Kent College of Law. Il saggio « *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts* », qui tradotto, è pubblicato in *Iowa Law Review*, 1988, p. 1001, 1077.

posizioni un gran numero di aderenti agli opposti schieramenti. Come è già stato notato, i teorici del diritto tendono ad essere attratti più dalla novità di una teoria, che non dalla sua persuasività descrittiva o normativa (1). Quindi, nell'ambito del dibattito accademico, coltivo semplicemente la speranza di contribuire a sollevare dei dubbi nelle menti dei potenziali appartenenti alle diverse scuole e di rafforzare la determinazione di quegli studiosi che restano ancorati alla visione tradizionale della teoria del danno.

Ciò che più conta, confido di fornire, in mezzo al vorticare dei teorici, un porto sicuro per avvocati, giurati e giudici, che gestiscono concretamente casi reali, e per gli studenti di legge, che stanno cercando di apprendere il diritto come è e come dovrebbe essere, in modo da poter poi a loro volta saper trattare concretamente i casi reali. Mentre la confusione nella letteratura accademica cresceva, giudici e giurati, basandosi su una loro conoscenza intuitiva dei principi fondamentali, hanno continuato a prendere le loro decisioni sulla base della visione tradizionale (2). Nonostante ciò, non mancano segnali di quanto il marasma accademico stia cominciando a contagiare le Corti (3). Inoltre, durante questo periodo, si è fatto in modo che gli studenti di legge si aspettassero questa caoticità, la accettassero e ne facessero uso. Il messaggio, per seguire l'appropriata metafora di Karl Llewellyn, è stato che essi dovessero « saltare nel cespuglio dei rovi », affinché i loro occhi, squarciato il velo della visione tradizionale e intuitiva, si aprissero alla « realtà » dell'indeterminatezza e della confusione (4).

Io intendo potare il cespuglio di rovi. In articoli precedenti, ho provveduto ad una preliminare sfoltitura degli arbusti, riesaminando buona parte della letteratura giuridica sul concetto di causalità e sui suoi rapporti con la responsabilità giuridica (5), e ho

(1) Cfr. McCLOSKEY, *The Rhetoric of Law and Economics*, in *Mich. L. Rev.*, 1988, p. 752 ss., 752, 763-6; MERRILL, *Success and Hostility: A Perspective on Law and Economics as the New Legal Language*, in *NW. Rep.*, 1987, p. 17.

(2) Cfr. WRIGHT, *Causation in Tort Law*, in *Calif. L. Rev.*, 1985, p. 1735 ss., 1759, 1766-74, 1788-1803, 1809-21, 1826.

(3) Cfr. *infra*, testo alle nn. 350-53, 398-407.

(4) LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, 1951 (in origine dato alle stampe privatamente nel 1930); cfr. *Id.* p. 12-15, 70-84, 98-99, 119. Ma cfr. *infra*, testo alla n. 408.

(5) WRIGHT, *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, in *J. Legal Stud.*, 1985, p. 435 ss. [d'ora in poi WRIGHT, *Bane*]; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1737-88; WRIGHT, *The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 553 ss. [d'ora in poi WRIGHT, *Efficiency Theory*].

provveduto anche ad un'iniziale potatura, tratteggiando i fondamenti filosofici della nostra concezione intuitiva della causalità ed elaborando un test per identificare le cause, basato su quei fondamenti filosofici (6). Inoltre, ho delineato le distinzioni e le correlazioni esistenti tra i concetti di causalità, responsabilità e rischio, nonché la rilevanza di queste distinzioni per il processo di formazione della prova (7). In questo articolo, porto a termine la potatura con un'analisi estensiva di questi argomenti e di altri correlati.

Il numero e la diversità delle tematiche affrontate, che spaziano dalla rassegna giurisprudenziale, meramente compilativa, e dall'analisi dettagliata dei casi a questioni teoriche sia generali che specifiche, potrebbero mettere a dura prova la resistenza di molti lettori. Tuttavia, credo che una trattazione unificata di questi temi, tra loro connessi, offra la prospettiva migliore per dissipare la confusione che offusca la visione delle scuole giuridiche più recenti su danno e prova (8). Qualora alcuni lettori desiderassero passare subito a specifici punti della discussione, che sono più rilevanti per i loro interessi, le varie sezioni e sottopartizioni sono relativamente autonome. Tuttavia, giacché ogni sezione si fonda su argomenti trattati in precedenza e al tempo stesso ad essi si aggiunge, integrandoli, spero che ciascun lettore provi a digerire l'intero articolo.

Nella sezione II, descrivo brevemente il concetto tradizionale di responsabilità per danno come espressione di giustizia correttiva e le teorie accademiche opposte oggi di moda, e spiego nel dettaglio come ciascuna di esse si inserisca nella storia intellettuale della responsabilità per danno in questo secolo (9). Nella sezione III, analizzo le convenzioni linguistiche che hanno indotto molti filosofi e studiosi di diritto a confondere la questione della causalità *in se* (« causa reale » o « causa in fatto ») con la questione della causa prossima e della definitiva attribuzione di responsabilità e prendo in esame la teoria libertaria come esempio illustre di questa confusione. Nella medesima sezione, elaboro un'argomentazione filosofica esauriente per considerare il test del *Necessary Element of a*

(6) WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1788-1813.

(7) *Id.* p. 1813-26.

(8) Cfr. SAXE, *The Blind Men and the Elephant*, in *Clever Stories of Many Nations*, Boston, 1865, p. 59-64 (un poema su alcuni ciechi, ciascuno dei quali ebbe una percezione errata di un elefante, dopo averne toccato solo una parte).

(9) Per i numeri di pagina di ogni sezione e paragrafo, si veda il sommario dei contenuti di questo articolo, a p. X.

Sufficient Set (NESS, ossia « elemento necessario di un insieme sufficiente »), come la sola definizione plausibile di causalità e difendendo il test NESS contro le varie obiezioni filosofiche e pratiche.

Nella sezione IV, sostengo che la nozione, correntemente diffusa, di « causalità probabilistica » è filosoficamente e pragmaticamente insostenibile. Nella stessa sezione descrivo le basi causali della prova e le utilizzo per spiegare e giustificare le distinzioni che le Corti hanno tracciato tra la prova particolaristica, le probabilità causali *ex post*, le probabilità causali *ex ante*, la nude statistiche e i gradi di convincimento. Infine, nella sezione V, mi baso sulle argomentazioni svolte nella sezione precedente per elaborare un approccio alla responsabilità per esposizione al rischio che sia coerente con la visione di una giustizia corretttrice e dimostro che le Corti, dopo qualche confusione iniziale, stanno adottando questo approccio.

SEZIONE I

La teoria della responsabilità per danno nel ventesimo secolo.

1. *La teoria tradizionale della giustizia corretttrice.* — Come riconoscono tutte le correnti giuridiche accademiche attualmente in voga, la responsabilità per danno è vista tradizionalmente come un sistema di giustizia corretttrice, basato sull'autonomia individuale e sulla responsabilità personale (10). Agli individui che ingiustamente espongono la persona o la proprietà di terzi ad un danno, è normalmente chiesto di risarcire questi terzi se, e solo se, il danno si verifica realmente come risultato della condotta illecita.

Più precisamente, in base alla teoria tradizionale seguita dalle Corti, la responsabilità del convenuto per il danno dipende dalle risposte date a tre interrogativi distinti, ma tra loro collegati. Il

(10) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1975, p. 69 ss., 91, 106-07 (Giuristi economisti); EPSTEIN, *Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics*, in *J. Legal Stud.*, 1979, p. 477 ss., 478-80 (Libertari); HORWITZ, *The Doctrine of Objective Causation*, in *The Politics of Law*, New York, 1982, p. 201 ss., 201-02 (Critici); KELMAN, *The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 579 ss., 589 n. 23, 593, 598, 600-01 (Critici); LANDES-POSNER, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, in *J. Legal Stud.*, 1983, p. 109 ss., 115, 123-24 (Giuristi economisti); Rizzo, *Foreword: Fundamentals of Causation*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 397 ss., 399-400 (Libertari).

primo interrogativo riguarda il comportamento illecito: il convenuto si è comportato in modo colpevole — per esempio, intenzionalmente, con negligenza, o creando una situazione di particolare pericolo o un prodotto difettoso? Il secondo interrogativo si riferisce alla causalità effettiva: l'aspetto illecito della condotta del convenuto ha contribuito ad un danno alla persona dell'attore o ai beni di sua proprietà? Il terzo interrogativo ha per oggetto la cosiddetta causa prossima: esiste una linea difensiva o un principio che permetta di esimere il convenuto dalla responsabilità, malgrado abbia colpevolmente causato il danno? Solo la seconda indagine, quella sulla causalità effettiva, è un'indagine causale. Nella prima e nella terza indagine, si fa ricorso a principi non causali per selezionare le cause *responsabili* tra tutte le altre cause (11).

2. I Libertari. — I Libertari partono dal presupposto che i diritti dell'individuo, relativi alla persona e ai beni di sua proprietà, siano assoluti: chiunque provochi una qualche lesione alla persona o ai beni di proprietà di un altro, è responsabile di quel danno (12), indipendentemente dal fatto che lo abbia cagionato agendo in modo lecito o dalla circostanza che il danno non fosse prevedibile. Nell'applicare la loro teoria, i Libertari concentrano le indagini sulla condotta illecita, sulla causalità effettiva e sulla causalità prossima, in un singolo interrogativo « causale », che non affronta esplicitamente il problema della causalità effettiva e distorce gravemente le problematiche della condotta illecita e della causa prossima. I Li-

(11) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-74; cfr. altresì J. FEINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton, 1970, p. 195-97, 200-07.

(12) Cfr., ad esempio, NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia IX*, 1974, p. 30-35, 57-78; EPSTEIN, *retro*, n. 10, p. 479-80, 488-89, 499-500; EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, in *J. Legal Stud.*, 1973, p. 151 ss., 152, 163, 168-69, 192, 198, 203-04 [d'ora in poi EPSTEIN, *Strict Liability*]; RIZZO-ARNOLD, *Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory*, in *Colum. L. Rev.*, 1980, p. 1399, 1402-03 e n. 23; cfr. altresì BARNETT, *A Consent Theory of Contract*, in *Colum. L. Rev.*, 1986, p. 269 ss., 294-95, 296-300, 306 e n. 152. Senza dubbio influenzato dal suo soggiorno in una roccaforte dei sostenitori della teoria dell'efficienza, Epstein ha virato sempre di più da una posizione strettamente libertaria ad un utilitarismo orientato all'efficienza. Cfr., ad esempio, EPSTEIN, *Causation - In Context: An Afterword*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 653 ss., 655-56, 660-62, 666, 671-74, 676-79 [d'ora in poi EPSTEIN, *Afterword*]; EPSTEIN, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, in *J. Legal Stud.*, 1979, p. 49 ss., p. 74-98 [d'ora in poi EPSTEIN, *Nuisance Law*]. Al contrario, Rizzo, un giurista economista, respinge la teoria dell'efficienza, ma fa rivestire ai suoi argomenti libertari i tipici panni degli economisti. Cfr., in generale, Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, in *Hofstra L. Rev.*, 1980, p. 641 ss.; RIZZO-ARNOLD, *retro*.

bertari sostengono che il convenuto è stato « causa » del danno patito dall'attore — e ne è, quindi, *prima facie* responsabile — se e solo se c'è stato uno sconfinamento, fisicamente inteso, nella sfera personale del terzo o rispetto ai beni di sua proprietà, cui abbia dato inizio il convenuto con un'azione di forza, effettiva o minacciata, o in modo fraudolento (13).

3. *I Giuristi economisti.* — I Giuristi economisti puntano sugli incentivi *ex ante*, per massimizzare il benessere sociale della comunità (14). Di primo acchito, questa prospettiva di efficienza *ex ante* sembra incompatibile con quello che è il tradizionale punto fermo *ex post* della responsabilità per danno: il diritto di ogni individuo ad essere compensato da coloro che hanno infranto i diritti relativi alla sua persona o ai beni di sua proprietà (15). La risposta dei Giuristi economisti a questa apparente incoerenza è ambivalente. Da un lato, essi affermano che la teoria dell'efficienza è compatibile con la visione tradizionale: come i Libertari, affrontano il problema della causa prossima in modo errato, come se si trattasse di un problema causale (16), dichiarano che la mera creazione di un aumento del rischio di danno equivale a causarlo (17) e si propongono di

(13) Cfr. EPSTEIN, *Afterword, retro*, n. 12, p. 654-55, 666-68; EPSTEIN, *retro*, n. 10, p. 479-80, 489, 499-501; EPSTEIN, *Strict Liability, retro*, n. 12, p. 160-63, 165-68, 172, 174, 177-87; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12, p. 1402-03, 1407 e n. 45. Per una critica degli argomenti libertari, cfr. H.L.A. HART-T. HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., Oxford, 1985, LXXIII-LXXVII; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1750-58; *infra*, testo alle nn. 70-91 e 257-62.

(14) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 70-71, 73, 77-78; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 110-17; SHAVELL, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, in *J. Legal Stud.*, 1980, p. 463 ss., p. 464-65. Ma cfr. CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 73 (sulla ripartizione *ex post* delle perdite, o la loro assegnazione alle « tasche più capienti » per massimizzare il benessere sociale).

(15) Cfr. H.L.A. HART-T. HONORÉ, *retro*, n. 13, p. LXIX-LXXIII; BORGO, *Causal Paradigms in Tort Law*, in *J. Legal Stud.*, 1979, p. 419 ss., p. 424-25, 452-55; CULP, *Causation, Economists, and the Dinosaur: A Response to Professor Dray*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1986, p. 23, 31-41; WRIGHT, *Bane, retro*, n. 5, *passim*; WRIGHT, *Efficiency Theory, retro*, n. 5, p. 558-61, 564-78.

(16) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 70-73, 105-08; COOTER, *Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 523 ss., 528-31, 540-44; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 109-11; SCHWARTZ, *Causation in Private Tort Law: A Comment on Kelman*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 639 ss., 639-40, 642-43; SHAVELL, *retro*, n. 14, p. 463-64, 466-70.

(17) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 71-72, 73-74, 78, 84-85 (legame causale); COOTER, *retro*, n. 16, p. 534 e n. 32 (causa probabilistica), p. 541-44 (causa materiale); LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 109-16, 134 (analisi del rischio *ex ante* che si sostiene spiegherebbe le decisioni delle Corti sulla causalità); SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p.

dimostrare come questa nozione probabilistica *ex ante* di « causalità » spieghi le decisioni delle Corti (18); dall'altro, per aumentare la plausibilità della loro teoria, provano ad indebolire la concezione tradizionale, asserendo che il concetto di causalità non ha un significato in sé, ma ed è, o dovrebbe essere, utilizzato come « copertura » per ragioni di efficienza (19).

4. *Il movimento dei Critical Legal Studies.* — I Critici considerano l'ordine giuridico attuale uno strumento di repressione delle masse e si sono auto-attribuiti il compito di « rottamare » il diritto, dimostrando l'impossibilità di individuare una qualsiasi teoria onnicomprensiva o principio unificante, soprattutto di una teoria degna di uno stato liberale fondato sull'individuo. (20) La tradizionale visione della responsabilità per danno come giustizia correttiva, che si basa sui principi dell'autonomia individuale e, quindi, della responsabilità personale, diventa così un bersaglio primario (21). I Critici hanno concentrato la maggior parte dei loro attacchi sul requisito della causalità. Come i Libertari e i Giuristi economisti, essi affrontano in modo sbagliato l'accertamento della causa prossima come se si trattasse di un'indagine causale. Come i Giuristi economisti, affermano inoltre che il concetto di causalità

639-40, 645 n. 14 (causa probabilistica); SHAVELL, *retro*, n. 14, p. 466, 468-69 e n. 17 (causa probabilistica); cfr. also RIZZO, *The Imputation Theory of Proximate Cause: An Economic Framework*, in *Ga. L. Rev.*, 1981, p. 1007 ss., 1009-16, 1037-38 (« causalità probabilistica » inserita in un quadro « economico » non efficientista).

(18) Cfr., ad esempio, COOTER, *retro*, n. 16, p. 534-44; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, *passim*; RIZZO, *retro*, n. 17, *passim*; SHAVELL, *retro*, n. 14, *passim*.

(19) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 69 n. 1, 86-87 e nn. 23, 24, 105-08; COOTER, *retro*, n. 16, p. 523-24, 531-44, 551; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 109-11, 134; SHAVELL, *retro*, n. 14, p. 464, 502-03 e n. 79; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 639-40, 643-47 e note 14 e 20. Per una critica degli argomenti dei Giuristi economisti, cfr. WRIGHT, *Efficiency Theory*, *retro*, n. 5; WRIGHT, *Bane*, *retro*, n. 5; *infra*, testo alle note 266-67.

(20) Cfr. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, London-Cambridge, 1987, p. 2-4, 9-10, 12-14, 45-49, 61-63, 196-99, 228-31, 243-49, 297 n. 1; UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, London-Cambridge, 1986; KELMAN, *Trashing*, in *Stan. L. Rev.*, 1984, p. 293. Cfr., in generale, BURTON, *Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left*, in *J. Legal Educ.*, 1986, p. 358 ss.; *Symposium on Critical Legal Studies*, in *Cardozo L. Rev.*, 1985, p. 693 ss.; *Symposium on Critical Legal Studies*, *Stan. L. Rev.*, 1984, p. 1 ss.

(21) Cfr., ad esempio, ABEL, *A Socialist Approach to Risk*, in *Md. L. Rev.*, 1982, p. 695 ss.; ABEL, *Torts*, in *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, 1982, p. 185 ss. [d'ora in poi ABEL, *Torts*]; HUTCHINSON, *Beyond No-Fault*, in *Calif. L. Rev.*, 1985, p. 755 ss.

non ha un contenuto obiettivo, fattuale (22). Diversamente, però, sia dai Libertari che dai Giuristi economisti, i Critici non costruiscono un concetto artificiale di causa, nel tentativo di trovare un riscontro alle loro teorie nella visione tradizionale o nelle decisioni delle Corti: non avendo alcuna teoria che sia loro propria — salvo i vaghi riferimenti a forme utopiche di società, pensate come comunità non gerarchiche — i Critici limitano la loro impresa alla « decostruzione » delle teorie altrui (23).

5. *Il retaggio del Realismo giuridico.* — Sia i Critici (24) che i Giuristi economisti (25) raccolgono l'eredità intellettuale del « Realismo giuridico », della corrente giuridica, cioè, in voga nel secondo

(22) Cfr. HORWITZ, *retro*, n. 10; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 580-81, 590-617. Per una critica alle argomentazioni dei Critici, cfr. *infra*, n. 145 e testo alle nn. 175-210.

(23) Cfr., ad esempio, KELMAN, *retro*, n. 20, p. 2-6, 64-66, 82-85; UNGER, *retro*, n. 20; KELMAN, *retro*, n. 10; cfr. BARKER, *Introduction*, in *Gierke, Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Boston, 1934, p. XVI-XVII, LVIII-LXII, LXXXIV-LXXXVII (sui pericoli insiti nella filosofia politica comunitaria e romantica); WONNELL, *Problems in the Application of Political Philosophy to Law*, in *Mich. L. Rev.*, 1987, p. 123 ss., 130-37 (per osservazioni analoghe). C'è una certa ironia nel fatto che i Critici attacchino le teorie giuridiche liberali soprattutto per il loro scetticismo sui valori, mentre gli stessi Critici sono, a loro volta, estremamente scettici sugli stessi valori. Cfr. KELMAN, *retro*, n. 20, p. 3-4, 61-62, 64-85, 228-31. Così facendo, si sono messi alle corde da soli. Se non ci sono principi di base su cui costruire, come potranno dimostrarsi in grado di costruire un modello di ordine sociale alternativo, molto meno persuasivo, per sostituire l'ordine sociale esistente? Kelman si riferisce in modo vago ad uno stato regolatore, apparentemente regolamentato da una ristretta cerchia di esperti, cosa che, in particolar modo per i Critici, appare un suggerimento sorprendentemente non egualitario e potenzialmente repressivo. Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 633-37. Inoltre, partendo dall'assunto che non esistono diritti e principi o concetti determinati di causalità, quale potere regolatore sarà in grado di inquadrare o, comunque, di perseguire un qualsivoglia obiettivo?

(24) Cfr. M. KELMAN, *retro*, n. 20, p. 10-13, 21, 45-49, 103, 257; FISCHL, *Some Realism about Critical Legal Studies*, in *U. Miami L. Rev.*, 1987, p. 505 ss., 510-13, 524, 532; GORDON, *Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law*, in *Fla. St. U.L. Rev.*, 1987, p. 195 ss., 197, 213-14; HORWITZ, *retro*, n. 10, p. 201, 204. Cfr., in generale, NOTE, 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship, in *Harv. L. Rev.*, 1982, p. 1669 ss.

(25) Cfr. LANDES-POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, London-Cambridge, 1987, p. 4-6 e n. 14 (gli autori, descrivendo l'eredità del Realismo giuridico, lasciano intendere che la maggior parte dei giuristi Realisti vede la responsabilità per danno semplicemente come un sistema di assicurazione sociale, ma, al tempo stesso, osservano che « Clarence Morris, uno dei più noti Realisti, ha analizzato l'effetto di deterrenza della responsabilità per danno »); CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 69 n. 1 (che cita, tra gli altri, i lavori dei giuristi Realisti Leon Green, Fleming James e Wex Malone come « specialmente significativi nello sviluppo delle mie idee (sulla causalità) »); SHAVELL, *retro*, n. 14, p. 464 e n. 10 (che riconosce il suo debito intellettuale nei confronti del giurista Realista Henry Edgerton); cfr. altresì CULP, *retro*, n. 15, p. 31 n. 24; MOORE, *Thomson's Preliminaries about Causation and Rights*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 497 ss., 501; WRIGHT, *Bane*, *retro*, n. 5, p. 436 e n. 4.

quarto del Novecento. L'obiettivo dei Realisti era quello di sgombrare il campo dalla confusione, facendosi strada tra le categorie e le formule della dottrina giuridica astratta per fare luce sulle tematiche — e le politiche — sottostanti (26). Sfortunatamente, allo stesso modo dei Critici, i Realisti hanno condotto la loro opera di « decostruzione » ad un punto estremo. Erano così occupati a fare a pezzi il « formulario » della dottrina, stereotipato e non consequenziale, per mettere in evidenza le vere problematiche, da negare l'esistenza di qualunque principio di fondo che potesse sostenere uno schema morale coerente. Essi ritenevano che il diritto consistesse in una mera collezione di regole isolate, non collegate tra loro da nessuna teoria superiore o etica, e, di conseguenza, che questo « diritto » potesse venire appreso solo nel senso di familiarizzarsi con situazioni di fatto ed argomentazioni retoriche standardizzate, per giungere, in ogni occasione, a quella che oggi si definirebbe una « scorciatoia legale » (27).

Tra i maggiori risultati ottenuti dei giuristi Realisti vi è stato quello di insistere, con temporaneo successo, sulla distinzione tra i problemi della causa effettiva e della causa prossima. Essi sostenevano che la sola questione veramente causale nell'analisi della responsabilità per danno è quella relativa alla causalità effettiva e che l'accertamento della causa prossima non ha niente a che fare con la causalità, ma sia piuttosto legato a ragioni politiche non causali, volte a restringere lo spettro della responsabilità (28). Sul problema

(26) Cfr. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound*, in *Harv. L. Rev.*, 1931, p. 1222 ss., 1223, 1236-37; Vd., *retro*, n. 24, p. 1670-76.

(27) Cfr., ad esempio, K. LLEWELLYN, *retro*, n. 4, p. 12-15, 98-99; MORRIS, *On the Teaching of Legal Cause*, in *Colum. L. Rev.*, 1939, p. 1087 ss., 1087-88, 1098-1109. Per un *casebook* (un manuale con rassegna giurisprudenziale) fedele a questa posizione, che non fa nemmeno menzione della questione causale, cfr. L. GREEN, W. PEDRICK, J. RAHL, E. THODE, C. HAWKINS, A. SMITH-J. TREECE, *Cases on the Law of Torts*, 2ª ed., 1977.

(28) Cfr., ad esempio, GREEN, *Judge and Jury*, 1930, p. 29-37, 191, 195-96, 222-25, 230-31, 242-43 [d'ora in poi GREEN, *Judge and Jury*]; GREEN, *Rationale of Proximate Cause* (1927) [d'ora in poi GREEN, *Proximate Cause*]; HARPER, *A Treatise on the Law of Torts*, Indianapolis, 1933, § 110, p. 257-58; PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 1ª ed., 1941, §§ 45-46, p. 311-21; EDGERTON, *Legal Cause*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1924, p. 343 ss., 373; GREGORY, *Proximate Cause in Negligence - A Retreat from « Rationalization »*, in *U. Chi. L. Rev.* 1938, p. 36 ss.; MORRIS, *retro*, n. 27, *passim*. Sfortunatamente, nello zelo profuso per dimostrare l'incoerenza delle formule dottrinali tradizionali in uso per la causa prossima, i Realisti hanno sottovalutato i lavori contemporanei di Charles Carpenter. Motivato da un Realismo illuminato, non ideologico, Carpenter tenta, « senza imporre una teoria preconetta, di formulare in una forma efficace e coerente i principi (della causa effettiva e della causa prossima) ... che realmente si riscontrano nelle decisioni ». Carpenter, *Workable Rules for Determining Proximate Cause*, in *Calif. L. Rev.*, 1931, p. 229 ss., 257-58. Il suo lavoro, che rappresentò un

della causalità effettiva, la maggioranza dei Realisti era costituita da veri « *clear headed realists* » (29), Realisti « con in testa idee chiare »: correttamente, essi insistevano nel sostenere che la causalità effettiva è un problema di fatto, non influenzato da considerazioni politiche (30). In assenza di una qualsiasi definizione di causalità effettiva efficacemente utilizzabile, ribadivano che la questione doveva essere posta alla Giuria senza alcuna rielaborazione. I membri della Giuria, basandosi sull'indefinibile e irriducibile concetto di causalità, avrebbero operato l'accertamento in fatto corretto (31).

Comunque, la mancanza di una definizione utilizzabile di causalità ha talora indotto alcuni studiosi a concludere che l'accertamento della causalità effettiva non è semplicemente o primariamente una questione di fatto, ma è, piuttosto, influenzato da considerazioni politiche (32), allo stesso modo dell'accertamento della causa prossima. La maggior parte dei principali giuristi aderenti al Realismo rifiuta questo modo di vedere e continua a ribadire, con precisazioni di minore importanza, che l'indagine sulla causalità effettiva è puramente fattuale (33). Tuttavia, la visione politica-

inizio significativo di chiarimento di questi principi, cfr. *Id.*, p. 471-539, venne inizialmente sepolto nella marea del Realismo giuridico, ma, in seguito, quando la marea si è ritirata, è stato riportato alla luce da Hart e Honoré. Cfr. *infra*, testo alla n. 35-37.

(29) L'espressione è presa in prestito da MOORE, *retro*, n. 25, p. 501 n. 18.

(30) Cfr. L. GREEN, *Judge and Jury*, *retro*, n. 28, p. 190-95; GREEN, *Proximate Cause*, *retro*, n. 28, p. 132-33, 135, 137, 139-40, 181-85; così PROSSER, *retro*, n. 28, § 46, p. 321, 323-24.

(31) Per un accurato tentativo di ipotizzare gli esiti di questo approccio nella miriade delle tipologie delle situazioni causali, cfr. BECHT-MILLER, *The Test of Factual Causation in Negligence and Strict Liability Cases*, St. Louis, 1961, criticato in WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1784-88.

(32) L'articolo più rappresentativo è MALONE, *Ruminations on Cause-in-Fact*, in *Stan. L. Rev.* 1956, p. 60 ss. [d'ora in poi MALONE, *Ruminations*], criticato da WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1742-45, 1792, 1807-13. Malone rovescerà più tardi la sua posizione e sosterrà che l'indagine causale è di tipo puramente fattuale e deve essere nettamente separata dalle considerazioni politiche indipendenti che entrano in gioco nella determinazione della causa prossima. Cfr. MALONE, *Ruminations on Dixie Drive It Yourself Versus American Beverage Company*, in *La. L. Rev.*, 1970, p. 363 ss., 370-71. Malone ha spiegato che questo rovesciamento era tatticamente motivato, come parte dei suoi sforzi, coronati da successo, volti ad ottenere che la Corte Suprema della Louisiana passasse dall'analisi della causa prossima all'analisi della responsabilità per rischio. *Letter from Wex S. Malone to Richard W. Wright (May 28, 1986)* (disponibile presso gli uffici della *Iowa Law Review*).

(33) Cfr. HARPER-JAMES, *The Law of Torts*, 1956 e suppl. 1968, §§ 20.1-2, 20.4; MORRIS-MORRIS, *Morris on Torts*, 2ª ed. New York, 1980, p. 154-201; GREEN, *The Causal Relation Issue in Negligence Law*, in *Mich. L. Rev.*, 1962, p. 543 ss., 549, 553 e n. 22, 554 n. 25, 556, 560, 603-07; THODE, *The Indefensible Use of the Hypothetical Case to Determine*

mente orientata dell'accertamento della causalità effettiva ha guadagnato sempre maggior terreno tra i giuristi d'accademia, fino a diventare, in conclusione, la visione dominante in dottrina (34).

Nello stesso periodo, si è sviluppato un contro-movimento, che, per quanto riguarda le problematiche della causalità e le sue correlazioni con la responsabilità, è stato guidato da H.L.A. Hart e Tony Honorè. Essi sostenevano che la responsabilità giuridica non si basa su considerazioni politiche *ad hoc*, ma piuttosto su principi di responsabilità largamente riconosciuti (35). Sfortunatamente, Hart ed Honorè ritenevano che il principio della causalità prossima e, parimenti, quello della causalità effettiva, fossero entrambi principi causali (36). Inoltre, sostenevano che la responsabilità si basa innanzitutto su principi causali (37).

6. *La situazione attuale.* — Quindi, dalla fine del terzo quarto di questo secolo, la dottrina sulla responsabilità per danno ha completato il cerchio. Entrambi gli opposti schieramenti accademici hanno respinto il tentativo dei giuristi Realisti di separare l'accertamento della causalità effettiva da quello della causalità prossima. I « super-Realisti » insistevano sul fatto che entrambe le indagini servono semplicemente a mascherare decisioni politiche *ad hoc* circa il definitivo accertamento della responsabilità. I « sostenitori dei principi » ribadivano che le due indagini sono semplicemente due diverse fasi dell'attribuzione ultima di responsabilità basata sui principi « causali » del senso comune. Data questa confusione persistente, anzi crescente, sul significato dei concetti di causa e di responsabilità, nonché sulle correlazioni tra loro esistenti, i tempi erano maturi perché emergessero, nell'ultimo quarto di questo

Cause in Fact, in *Tex. L. Rev.*, 1968, p. 423 ss., 424-27, 431; cfr. altresì PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4^a ed. St. Paul, 1971, § 41, p. 236-37.

(34) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1738-39 & nn. 6-9.

(35) Cfr. HART-HONORÉ, *Causation in the Law*, 1^a ed. Oxford, 1959, p. 3-5, 23-25, 61-63, 65, 83-105, 123-25, 261-62, 273-76.

(36) Cfr. Id., Hart-Honoré, *retro*, n. 13, p. xxxiv-xxxvi, lii-liii, 3-5, 24-27, 65-67, 69-70, 88-111, 130-32, 291-92, 304-07.

(37) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. lxxvii-lxxx, 65-67, 302. In altri passaggi, specialmente nella seconda edizione, Hart e Honoré dichiarano che questa responsabilità giuridica richiede un atto illecito (l'indagine sulla condotta colpevole) tanto quanto la « causazione del danno » (l'indagine combinata su causalità effettiva e causa prossima). Cfr. Id., p. xxxv, xliii-xlvi, lxxv-lxxvii, 131-32, 254-55, 466. Per una critica alle tesi di Hart e Honoré, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1745-50.

secolo, le teorie del danno dei Libertari, dei Giuristi economisti e dei Critici.

Persino il trattato di Prosser sulla responsabilità per danno, compulsato con devozione da generazioni di avvocati, studenti di legge e giudici, è caduto preda del marasma — anche se solo molto tempo dopo la morte di Prosser stesso. In mezzo alla confusione che montava, Prosser continuò risolutamente ed enfaticamente a sostenere che la causalità effettiva è una questione di fatto e che la causalità prossima è una questione non causale, di tipo politico (38). Sfortunatamente, i revisori del suo trattato abbandonarono, liquidandola con un fugace accenno (39), la posizione da lui difesa lungamente e con estrema fermezza. Ogni asserzione di Prosser sulla necessità di distinguere il problema fattuale della causalità effettiva da quello politico della causa prossima venne liquidato con dichiarazioni che asserivano la natura dipendente dalla politica dell'indagine sulla causalità effettiva e la natura causale di almeno una parte dell'indagine sulla causa prossima (40).

In un recente articolo, ho iniziato a sfoltire qualche ramo del cespuglio, distinguendo i tre elementi dell'analisi della responsabilità per danno — l'accertamento della condotta illecita, della causalità effettiva e della causa prossima — ed elaborando un test utilizzabile per la causalità effettiva — il test del *Necessary Element of a Sufficient Set* (NESS) — che rispecchia quelle che sono le nostre comuni intuizioni, ha solide radici filosofiche e spiega le decisioni delle Corti (41). Tuttavia, come è stato sottolineato in un recente

(38) Cfr. PROSSER, *retro*, n. 33, § 41, p. 237, § 42, p. 244, 249-50, § 43, p. 250-51, § 45, p. 289.

(39) I revisori prendono semplicemente nota del fatto che sono stati apportati alcuni cambiamenti al capitolo dedicato alla causa prossima. KEETON, DOBBS, KEETON-OWEN, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5ª ed. 1984, p. XIX [d'ora in poi PROSSER-KEETON], ma contraddittoriamente, nel discutere la responsabilità oggettiva per condizioni insolitamente pericolose, i revisori, pur riaffermando di aver cambiato prospettiva, mantengono, in sostanza, la trattazione di Prosser. Cfr. *id.* § 78, p. 554-56.

(40) Cfr. *Id.*, § 41, p. 264-65, § 42, p. 273-74, 279-80, § 43, p. 280-81, § 45, p. 321.

(41) WRIGHT, *retro*, n. 2; cfr. *infra*, testo alle nn. 98-112. Moore considera le discussioni sul requisito della causazione illecita fatte da me, da Becht e Miller, da Keeton dei tentativi di individuare un concetto discriminante di causalità che possa essere di supporto ad una teoria della responsabilità basata sulla mera causazione del danno. Cfr. MOORE, *retro*, n. 25, p. 497, 517, 519-20. Nel mio precedente articolo, ho respinto con forza questo tipo di teorie « causali ». WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-58, e ho invece chiaramente dichiarato che sia la decisione di adottare il requisito della causazione illecita che la definizione di condotta illecita rappresentano questioni politiche o di principio distinte e preliminari rispetto alla questione di fatto che consiste nell'accertare se la condotta colpevole è stata causa del danno, problema questo che è a sua volta distinto dalle questioni politiche o di principio coinvolte

simposio (42), nella letteratura accademica continua a regnare una sostanziale confusione.

I Giuristi economisti, ignorando il test NESS, si ostinano ad affermare che non esiste un unico parametro a cui ricorrere per verificare la sussistenza della causalità effettiva e, facendo affidamento sul concetto non causale di « causalità probabilistica » (ossia sull'aumento del rischio), fanno confluire l'indagine sulla causalità effettiva in quella sulla causa prossima (43). Quanto ai Libertari, che ora sembrano distinguere l'accertamento della causalità effettiva da quello della causa prossima, anch'essi ignorano il test NESS e continuano a trattare alcuni elementi non causali, come l'uso della forza o della frode, come limitazioni causali alla responsabilità (44). Solo i Critici, e per loro Mark Kelman, si sono confrontati con il test NESS. Non stupisce che Kelman sostenga che il test NESS non è coerente (45): egli lo percepisce come un tutt'uno con le proposte dei Libertari e dei Giuristi economisti, da lui considerate teorie sulla

nell'indagine sulla causa prossima. Id., p. 1741-44, 1759, 1769-71, 1773-74 e n. 161; così BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, *passim*; cfr. KEETON, *Legal Cause in the Law of Torts*, Columbus, 1963, p. 8-9, 13, 17-24 (che enfatizza le questioni politiche relative alla definizione di condotta illecita e di fini della responsabilità, ma confonde il requisito causale dell'aspetto illecito del comportamento con il « danno nell'ambito del rischio », cioè con la limitazione di responsabilità operata dalla causa prossima). Cfr., in generale, WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1759-74 (sul requisito della causalità per comportamento illecito).

Moore presenta anche Jeremiah Smith come se avesse adottato una teoria « causale » della responsabilità, basata su una visione metafisica di causalità come soggetto primario indefinito per le relative commisurazioni. MOORE, *retro*, n. 25, p. 518-19. Tuttavia, Smith distingue gli accertamenti relativi al comportamento illecito, alla causalità effettiva, alla causa (giuridica) prossima, ricorre al test *but for* — con l'eccezione del caso in cui siano presenti cause plurime indipendentemente sufficienti — per l'accertamento della causalità effettiva e presenta la sua formula relativa al fattore sostanziale — accompagnata da illustrazioni ed elaborazioni — come un test pragmatico, piuttosto che metafisico, per il concetto di causalità giuridicamente rilevante. Cfr. SMITH, *Legal Cause in Actions of Tort*, in *Harv. L. Rev.*, 1911-12, p. 103 ss., 103-04, 109 e n. 20, 223, 223-24, 248-49, 303, 303-04, 308-21 e n. 22; cfr. altresì WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1781-84 (sulla storia della formula relativa al fattore sostanziale).

(42) *Symposium on Causation in the Law of Torts*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 397 ss.

(43) Cfr. LANDES-POSNER, *retro*, n. 25, p. 228-55; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge-London, 1987, p. 105-18; COOTER, *retro*, n. 16, p. 525-44, 551; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 639-47 e n. 12, 14; SYKES, *The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines*, in *Harv. L. Rev.*, 1988, p. 563 ss., 571-72 e n. 23. Per una approfondita discussione sulla confusione dei Giuristi economisti a proposito di causalità, cfr. WRIGHT, *Efficiency Theory*, *retro*, n. 5, p. 554-62, 567-78.

(44) Cfr. EPSTEIN, *Afterword*, *retro*, n. 12, p. 654-57, 664-74; RIZZO, *retro*, n. 10, p. 394-402; cfr. altresì *infra*, testo alla n. 70-91, 257-62.

(45) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 602-08.

causalità egualmente prive di validità, ad ulteriore dimostrazione dell'indeterminatezza della responsabilità per danno (46).

Affronterò Kelman e le altre critiche mosse al test NESS per la causalità nella parte III (47). Per prima cosa, comunque, potrò alcuni rami che si protendono dal cespuglio di rovi, distinguendo il problema causale dagli altri elementi dell'analisi della responsabilità per danno.

SEZIONE II

Causalità e responsabilità.

1. *Causa effettiva e causa prossima.* — Come ho già osservato in precedenza, la responsabilità per danno si basa su tre requisiti distinti, ma tra loro interconnessi: il comportamento illecito, la causalità effettiva e la causa prossima (48). Un'analisi superficiale del linguaggio quotidiano ha fatto sì che molti confondano i tre requisiti, specialmente il secondo e il terzo. Il terzo viene considerato un requisito causale semplicemente perché, nell'espressione « causa prossima », compare la parola « causa »; tuttavia, la parola rilevante dell'espressione è « prossima », che è a sua volta un banale sostituto di « responsabile ». Solo il secondo requisito si preoccupa di stabilire se la condotta illecita dell'imputato è stata *causa* del danno (ha contribuito a cagionarlo). Il terzo requisito risponde all'interrogativo se, posto che la condotta illecita del convenuto sia stata causa del danno, quella condotta possa essere considerata causa *prossima* (responsabile) (49).

L'accertamento della responsabilità per danno presuppone risposte affermative a tutte e tre le indagini. Normalmente, se si risponde affermativamente ai primi due quesiti, ci sono fondati motivi per ritenere che si possa dare una risposta affermativa anche al terzo. Ciò nonostante, la terza indagine può avere esito negativo, e portare ad escludere la responsabilità in una di queste circostanze: se il danno si sarebbe verificato comunque, come risultato di condizioni di cui non si è responsabili; se non si sarebbe verificato senza

(46) Cfr. *Id.*, *passim*.

(47) Cfr. *infra*, testo alle nn. 138-225.

(48) Cfr. *retro*, testo alla n. 11.

(49) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-58.

una condotta colposa imprevedibile posta in essere da terzi, o nel caso di eventi o condizioni anomali ed imprevedibili, indipendenti dall'agente, o in presenza di altre condizioni che hanno un peso nell'indagine per l'attribuzione della responsabilità (50).

Sebbene alcune di queste previsioni di esclusione della responsabilità relative alla causa prossima si riferiscano a problemi sollevati dalla presenza di cause diverse dalla condotta illecita del convenuto, non si tratta però, a ben vedere, di problemi di natura causale. A questo proposito, il problema non è se la condotta del convenuto sia stata una causa — alla domanda si è già risposto affermativamente — o se ci sono state anche altre cause — ce ne sono sempre — piuttosto, l'interrogativo è se il convenuto, che ha colpevolmente causato il danno, debba essere sollevato dalla responsabilità per ragioni che non riguardano la causalità, come l'imprevedibilità o la natura non illecita di una o più delle altre cause addizionali.

Pertanto, come dovrebbe essere chiaro a chiunque vada oltre la terminologia per prendere in esame il ragionamento concretamente applicato nell'accertamento della causa prossima, quell'indagine non è di tipo causale bensì, piuttosto, di tipo politico, in quanto fa riferimento alle ragioni per le quali si assolve da responsabilità un convenuto anche quando l'aspetto illecito della sua condotta ha cagionato il verificarsi del danno (51). Questo, per i Giuristi realisti, è stato uno dei principali punti fermi: sostenevano che si dovesse distinguere la questione di fatto della causalità effettiva dal problema politico della causa prossima ed auspicavano che si abbandonasse l'espressione « causa prossima » (52) o almeno la si sostituisse con l'espressione « causa responsabile » (53), più precisa e meno soggetta a fraintendimenti, allo scopo di evitare ulteriori commistioni tra le due indagini. Sfortunatamente, il loro punto di vista non è stato accolto e la confusione persiste.

2. Causalità e responsabilità. — La confusione tra la questione di fatto della causalità e le tematiche politiche inerenti alla responsa-

(50) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 130-307; CARPENTER, *retro*, n. 28, p. 471-539; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1745-50, 1766-74 e n. 161, 1798-1801.

(51) Cfr., ad esempio, GREEN, *Proximate Cause*, *retro*, n. 28; MACKIE, *The Cement of the Universe: A Study of Causation*, ed. rev. New York, 1980, p. 127-29; PROSSER, *retro*, n. 33, §§ 41-43, p. 236-37, 244-51; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-58.

(52) Cfr. GREEN, *Proximate Cause*, *retro*, n. 28, p. 39, 195-200.

(53) Cfr. PROSSER, *retro*, n. 28, § 45, p. 312-13.

bilità morale o giuridica va ben più in profondità rispetto alla mancata presa di coscienza della distinzione tra il secondo ed il terzo elemento dell'analisi di responsabilità. La questione causale è spesso confusa con l'attribuzione di responsabilità che risulta dall'applicazione di tutti e tre gli elementi (54). Ancora una volta, all'origine del caos vi è una semantica superficiale: l'incapacità di distinguere i diversi utilizzi delle parole « causa » e « responsabilità » nel linguaggio comune.

Da un lato, la parola « responsabilità » ha due diversi significati: il primo, che è quello a cui ci si riferisce in questo articolo, è quello di responsabilità morale o giuridica per alcune conseguenze, responsabilità che può sussistere anche se la persona in questione non è stata causa di esse. In certi contesti, comunque, con « responsabilità » ci si riferisce semplicemente alla causa, come nell'affermazione « il terremoto è responsabile della distruzione dell'edificio » (55). Dal punto di vista logico, è scorretto porre sullo stesso piano la causalità e la responsabilità nel senso indicato per primo, soltanto perché la responsabilità si identifica con la causalità nel secondo caso.

Una delle fonti più comuni di equivoci tra causalità e responsabilità è rappresentata dall'incapacità di cogliere le differenze tra i diversi usi della parola « causa », in particolar modo di cogliere la differenza, così comune, tra « una causa » e « la causa ». L'espressione « una causa » si riferisce alla causalità *in sé* — al fatto cioè che si tratta di una delle molte condizioni che contribuiscono a causare l'evento. L'espressione « la causa » è generalmente utilizzata per indicare quale tra le molte condizioni che hanno contribuito all'evento è moralmente o giuridicamente responsabile: questo secondo impiego, preso alla lettera e superficialmente, viene spesso citato a riprova del fatto che causalità e responsabilità sono termini equivalenti (56).

(54) Cfr., ad esempio, HARARI, *The Place of Negligence in the Law of Torts*, Sydney, 1962, p. 49-56; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. LXXVIII-LXXXI, 65-67, 302; EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, p. 163, 168-69; GREEN, *retro*, n. 33, p. 545, 562; MALONE, *Ruminations*, *retro*, n. 32, p. 62-67; cfr. *Restatement (Second) of Torts § 431 comment a*, 1965 (per l'inclusione della nozione di responsabilità nel *test* del fattore sostanziale).

(55) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 65. Il secondo utilizzo potrebbe rappresentare un relitto della primitiva nozione secondo la quale tutte le cose hanno uno spirito animato o quanto meno sono mosse da un fattore divino se non umano. Cfr. ID.; HOLMES, *The Common Law*, ed. HOWE, Cambridge, 1963, p. 12-13, 1963.

(56) Cfr. bibliografia citata *retro*, n. 54.

Come nell'espressione « causa prossima », comunque, nell'espressione « la causa » la parola chiave non è « causa », ma piuttosto « la »: « la causa » è una mera ellissi per indicare « la causa (più significativa per i nostri scopi) » (57). A volte, persino l'espressione « una causa » è usata in modo ellittico: tutte le condizioni concorrenti sono cause, ma una o più di esse vengono selezionate in quanto più significative per uno scopo specifico, ricorrendo a criteri non causali, rilevanti in relazione a quello scopo.

Generalmente, i commentatori riconoscono che è il contesto o lo scopo dell'indagine causale a determinare quale tra le molte condizioni concorrenti debba venir selezionata come la (o una) causa (58); tuttavia, molti si rendono conto del fatto che quest'uso del linguaggio causale si presta a confondere due problemi distinti: il primo è quello esplicito dell'identificazione di una causa, e il secondo quello implicito di isolare, sulla base di principi non causali relativi allo specifico contesto, la causa « più significativa in quel contesto ». Muovendo da questa confusione, si giunge a conclusioni errate, ritenendo che la causalità dipenda da considerazioni politiche (59), oppure che la selezione della/di una causa significativa venga operata ricorrendo a principi causali (60). In entrambi i casi, ci si sente costretti, o quanto meno autorizzati, a trattare le cause

(57) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1742-44.

(58) Cfr., ad esempio, BEAUCHAMP-ROSENBERG, *Hume and the Problem of Causation*, New York - Oxford, 1981, p. 284-300; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. LXXVI, 11-12, 35-38, 62; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 34-38, 63, 118-20; BORGIO, *retro*, n. 15, p. 430-32, 439-40, 452; CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 105-08; COHEN, *Field Theory and Judicial Logic*, in *Yale L.J.*, 1950, p. 238, 251-59; COLE, *Windfall and Probability: A Study of « Cause » in Negligence Law*, in *Calif. L. Rev.*, 1964, p. 459, 459-60, 462-65; COOTER, *retro*, n. 16, p. 528-31, 535-36, 540-44; CULP, *retro*, n. 15, p. 23-31, 37-43, 45-46; DRAY, *Causal Judgment in Attributive and Explanatory Contexts*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1986, fasc. 4, p. 13 ss., *passim*; FRASER-HOWARTH, *More Concern for Cause*, in *Legal Stud.*, 1984, p. 131 ss., 134-137, 139-42; MALONE, *Ruminations*, *retro*, n. 32, p. 62-64; RIZZO, *retro*, n. 10, p. 398-402; ROBINSON, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases*, in *Va. L. Rev.*, 1982, p. 713 ss., 713-14, 761-64 e n. 154; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 641-43; SCRIVEN, *The Logic of Cause*, in *Theory and Decision*, 1971, p. 49 ss., 50, 53 [d'ora in poi SCRIVEN, *Logic*]; SCRIVEN, *The Structure of Science (Book Review)*, in *Rev. Metaphysics*, 1964, p. 403 ss., 408-11 [d'ora in poi SCRIVEN, *Structure*]; THOMSON, *Preliminaries About Causation and Rights*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 471 ss., 472-80, 483-95; WILLIAMS, *Causation in the Law*, in *Cambridge L.J.*, 1961, p. 62 ss., 63-65, 69.

(59) Cfr. le fonti citate *retro*, n. 58 (CALABRESI, COHEN, COOTER, DRAY, FRASER-HOWARTH, MALONE, ROBINSON, e SCHWARTZ).

(60) Cfr. le fonti citate *retro*, n. 58 (BEAUCHAMP-ROSENBERG, BORGIO, CULP, HART-HONORÉ, MACKIE, RIZZO, SCRIVEN, e THOMSON); EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, *passim*. Ma cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 127-29 (una critica a Hart e Honoré per aver trattato criteri di selezione morale come se fossero criteri causali).

che non hanno superato la selezione come « mere condizioni », o parte dello « sfondo », del « campo » o di « classi di contrasto », piuttosto che come cause (61). Non ci sorprende che avvocati, studenti in legge e profani non riescano a volte a render esplicito il contenuto ellittico di questo tipo di classificazioni e quindi non percepiscano la distinzione tra questioni causali e non causali; ci sorprende, invece, che i filosofi, perfino molti fra quanti sono stati maggiormente coinvolti nella ricerca sulla causalità logica (62), incorrano nel medesimo errore (63).

Sul piano giuridico e morale, l'espressione « la causa » è un modo ellittico per indicare « la causa (responsabile) »: significa che stiamo ricorrendo a criteri non causali per selezionare la causa responsabile tra tutte le altre cause. Nell'analisi della responsabilità per danno, durante le varie fasi dell'accertamento della condotta illecita e della causa prossima, compaiono criteri di selezione non causali. Solo i comportamenti causali illeciti comportano la responsabilità e persino comportamenti causali illeciti possono venir esentati dalla stessa, a seguito di scelte politiche o di principi presi in considerazione nell'analisi della causa prossima. I criteri non causali non si insinuano nell'accertamento della causalità effettiva *in sé*, ma piuttosto sono utilizzati per stabilire rispetto a quali condizioni si dovrebbe verificare se sussista la causalità effettiva e, quindi, quali comportamenti illeciti, effettivamente causali, debbano, nondimeno, venir esentati da ogni responsabilità (64).

(61) Cfr., ad esempio, HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 11-13, 33 (mera condizione); MACKIE, *retro*, n. 51, p. 34-36 (campo causale); SCRIVEN, *Structure*, *retro*, n. 58, p. 409-10 (classe di contrasto); THOMSON, *retro*, n. 58, p. 483 (sfondo).

(62) Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 284-300; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 34-38, 63, 118-20; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 50, 53; SCRIVEN, *Structure*, *retro*, n. 58, p. 409-10.

(63) Dopo una strenua battaglia, Thomson cade infine in questa trappola. Si confrontino i vari lavori: THOMSON, *retro*, n. 58, p. 472-80 (che apparentemente rifiuta limitazioni pratiche all'analisi causale) e *Id.* p. 483-84 (che ricorre a considerazioni pratiche per trattare le condizioni come parti fisse dello sfondo piuttosto che come cause) e *Id.*, p. 485-95 (che discute della distinzione tra provocare un danno e conferire un beneficio come se si trattasse di una questione causale). Per ulteriori discussioni sul punto, cfr. *infra*, n. 108 e testo alle nn. 80-84. Thomson respinge l'affermazione per la quale la retorica causale potrebbe essere ellittica con un argomento non valido che sostituisce ai riferimenti ellittici a profili concreti di un dato evento i riferimenti a classi astratte di eventi. Cfr. THOMSON, *retro*, n. 58, p. 478-79, criticata in MOORE, *retro*, n. 25, p. 504, 514-15. L'incapacità della studiosa di percepire la natura ellittica della retorica causale spiega forse il suo smarrimento di fronte all'uso, da parte di avvocati e di gente comune, dell'espressione « causa ». Cfr. THOMSON, *retro*, n. 58, p. 477. Benché la Thomson implicitamente ritenga il contrario, anche i filosofi ricorrono spesso a questa espressione. Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 286-300.

(64) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-50, 1759-74.

Fonte primaria di confusione tra causalità e responsabilità è il lavoro di Hart e Honorè. Come osservato in precedenza (65), Hart e Honorè hanno tentato di confutare la tesi dei giuristi Realisti di una responsabilità giuridica *ad hoc* e politicamente orientata, fornendo una spiegazione basata sui principi « causali » del senso comune. Secondo questi principi del senso comune, tratti da un'analisi delle affermazioni comunemente utilizzate per attribuire la responsabilità, un fattore contribuente è « la causa », invece che una « mera condizione », se soddisfa due requisiti: (1) deve essere (a) un intervento umano volontario inteso a provocare una data conseguenza — ad esempio, sparare deliberatamente a qualcuno — o (b) un evento, azione o condizione anomala nel contesto particolare — per esempio, una tempesta anomala, o la guida disattenta — e (2) deve essere, in ordine temporale, l'ultimo intervento deliberato o evento indipendente anomalo (66).

Come gli stessi Hart e Honorè riconoscono (67), i principi del senso comune da loro analizzati non hanno niente a che vedere con il problema della causalità effettiva, ma vengono usati piuttosto per stabilire se la responsabilità va ricondotta ad un qualche fattore che ha contribuito causalmente al verificarsi dell'evento. I principi (1)(a) e (1)(b), applicati alle azioni umane, descrivono semplicemente un comportamento, rispettivamente intenzionale o negligente; pertanto descrivono in modo incompleto l'indagine sul comportamento illecito. Analogamente, il principio (2) descrive in modo incompleto l'indagine sulla causa prossima. Il tentativo di Hart e Honorè di rubricare come causali queste due indagini non causali crea non pochi problemi alla loro teoria. Ad esempio, i due studiosi non sono in grado di allocare la responsabilità oggettiva, di spiegare perché la responsabilità è spesso imposta ad un convenuto nonostante un successivo intervento deliberato o negligente da parte di un terzo, o di dare delle definizioni di comportamento deliberato o anomalo che funzionino sia nell'indagine sul comportamento illecito, che in quella sulla causa prossima (68). Hart e Honorè avrebbero potuto evitare tutti questi problemi, se solo avessero conside-

(65) Cfr. *retro*, testo alla n. 35-37.

(66) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 2-6, 33-35, 41-42, 130-31.

(67) Cfr. *Id.*, p. XLVIII-XLIX, 72-74, 110-11.

(68) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1745-50.

rato i loro principi di senso comune come principi di responsabilità, invece che di causalità (69).

3. *Un esempio: la teoria Libertaria.* — Un gran numero di studiosi è stato tratto in inganno dalla manifesta equivalenza tra causalità e responsabilità nel pensiero di Hart e Honoré (70). L'esempio più rilevante, nel contesto di questo articolo, è la teoria « causale » proposta dai Libertari, guidati da Richard Epstein (71). Inizialmente, Epstein sostenne che i suoi paradigmi « causali » — che descrivono situazioni in cui il danno è causato da uso di forza, minaccia di forza, forza costretta da forza, o dalla creazione di condizioni pericolose che provochino o mutino l'indirizzo di una forza — risolvevano le indagini sia per quanto riguarda la causalità effettiva che la causa prossima (72).

(69) Ecco come Tony Honoré ha recentemente sintetizzato la sua posizione: « Quello che penso dopo tutti questi anni è che i principi della selezione, come preferirei chiamarli (piuttosto che principi di responsabilità, benché possano indirettamente ridursi a questi ultimi), sono effettivamente principi causali, ma che (i) la base della selezione è pragmatica. Noi interrompiamo il flusso di eventi secondo modalità che ci consentano di trovare una nostra strada — comprendere — il mondo e in qualche modo manipolarlo — Operiamo una cesura in modo da poter apparire autori delle azioni per le quali intendiamo essere considerati responsabili. Ma (ii) questo nostro modo di agire non può essere appropriatamente descritto come un tipo qualunque di politica. Il mondo e gli esseri umani sono quel che sono: non ci potrebbe essere una « politica » differente. Ecco perché i principi sull'intervento volontario, l'anormalità, ecc., non devono essere descritti come principi di politica del diritto — per quanto non si possano nemmeno definire descrizioni dei contenuti dell'universo — ma, come ho cercato di dimostrare specialmente nella seconda edizione, ci sono autentiche considerazioni di politica del diritto che influenzano spesso quelle che vengono chiamate determinazioni « causali ». Così penso, diversamente da te, che siano necessarie (almeno) quattro indagini e non soltanto tre (come dici tu) in un caso di responsabilità per danno (non in senso strettamente forense, forse, ma dal punto di vista analitico). La terza indagine ci dice se il risultato è attribuibile, sulla base dei principi causali generali di selezione e attribuzione, alla causa presunta e la numero quattro se ci sono motivi di politica del diritto che inducano le corti a limitare o allargare la responsabilità in questo modo determinata. » *Letter from Tony Honoré to Richard Wright (Dec. 3, 1987)* (disponibile presso gli uffici della *Iowa Law Review*).

(70) Cfr., ad esempio, HARARI, *retro*, n. 54, p. 49-56; EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, p. 163, 168-69; EPSTEIN, *retro*, n. 10, p. 479; RIZZO, *retro*, n. 10, p. 400-02; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12, p. 1401-03 e n. 17, 1406 e n. 38, 1407-08 e n. 50; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 641-42; cfr. BORGIO, *retro*, n. 15, p. 425 e n. 17, 431 e n. 31, 432-40, 452-55, nn. 55 e 59 (che seleziona le cause a cui attribuire responsabilità).

(71) Cfr. EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, p. 163-204; RIZZO, *retro*, n. 10, p. 400-02; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12, p. 1402-03. Hart and Honoré hanno respinto il « massimalismo causale » di Epstein. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. LXXIII-LXXVII.

(72) EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, p. 160-69, 184-85; EPSTEIN, *retro*, n. 10, p. 478-80.

Tuttavia, come ho già dimostrato in altra sede, i paradigmi non ci aiutano ad individuare i problemi relativi alla causalità effettiva, ma piuttosto partono dal presupposto che siano già stati in qualche modo identificati (73). La funzione dei paradigmi è quella di attribuire arbitrariamente l'appellativo di « causa » solo a quei casi di causalità che sono caratterizzati dalla volizione e che implicano l'uso o la minaccia di forza, hanno quindi la funzione di accertare il comportamento illecito o la causa prossima. Inoltre, i paradigmi non forniscono alcuna guida quando si affronta il problema centrale della causalità prossima, il problema, cioè, del quanto risalire, ripercorrendo l'uso della forza o della sua minaccia, per poter attribuire a qualcuno la responsabilità dell'evento. Tirando le somme, i paradigmi non prendono affatto posizione nell'indagine sulla causalità effettiva, ma creano, piuttosto, una barriera artificiale di causa prossima alla responsabilità *prima facie* per aver causato il danno, che per Epstein altrimenti sarebbe assoluta (74).

Nel suo più recente lavoro, Epstein riconosce che la responsabilità basata sulla mera causazione del danno sarebbe indeterminata in teoria e soffocante nella pratica (75). Egli asserisce che la responsabilità sussisterebbe solo per la violazione fisica della persona o delle proprietà dell'attore, che solo la causalità che coinvolge l'uso della forza o della frode è da considerarsi un'interferenza nei diritti personali o relativi alla proprietà e che i suoi originari paradigmi precisano che cosa si intende per uso della forza (76). Epstein ammette che la limitazione alle situazioni di forza-o-frode ha lo scopo di isolare « un sottoinsieme di cause ... importanti nel contesto giuridico o morale » (77) e ha cercato di giustificare questa linea di demarcazione con argomentazioni politiche, che mettono a confronto le conseguenze, sul piano del benessere sociale, del permettere un uso illimitato della forza e della frode da un lato e quelle di una illimitata competitività negli affari dall'altro (78). Infine, egli

(73) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1752-54.

(74) Cfr. *Id.*, p. 1750-58.

(75) Cfr. EPSTEIN, *Afterword*, *retro*, n. 12, p. 653-54.

(76) *Id.*, p. 654-55, 666-68; EPSTEIN, *Nuisance Law*, *retro*, n. 12, p. 50-53, 56-60; EPSTEIN, *retro*, n. 10, p. 479-81, 488-89, 497-501. Egli non spiega la relazione, qualora la si voglia ritenere sussistente, tra la frode e il paradigma originario relativo al modo in cui la frode produce una invasione fisica.

(77) EPSTEIN, *Afterword*, *retro*, n. 12, p. 655.

(78) *Id.*, p. 655-56. L'argomentazione presuppone che esista una dicotomia tra l'uso della forza o della frode da una parte e l'ordinaria competizione dall'altro, ignorando, quindi, un'ampia gamma di altre tipologie di condotte pregiudizievoli. Tutt'al più, il ragionamento

descrive le problematiche implicite nell'applicazione della limitazione all'uso della forza come questioni di « causa prossima » o di « danno remoto » (79). Quindi, Epstein sembra ora giungere a riconoscere la distinzione tra il problema della causalità effettiva e le scelte di politica o di principio insite nell'accertamento della causa prossima.

Ciononostante, egli continua a rendere più confusa questa distinzione, riferendosi ai problemi di causa prossima e persino al tema della definitiva attribuzione della responsabilità come se si trattasse di problemi di natura « causale » (80). Per fare un esempio, Epstein prende in considerazione la situazione seguente:

“A minaccia di sferrare un pugno sul naso di B e C interviene per bloccare il colpo. Questo è un caso in cui l'intervento di C arreca un beneficio a B, o un caso in cui, se C non avesse bloccato il colpo, il suo mancato intervento avrebbe causato un danno a B?” (81).

Epstein giustamente osserva che possiamo mantenere la distinzione tra « arrecare un beneficio » e « provocare un danno » solo dopo aver deciso se la persona che ha bisogno di aiuto ha *diritto* all'aiuto stesso (82); quindi, ne scrive come se si trattasse in qualche modo di un problema causale (83), ma non è così. Il problema non è se l'omissione di soccorso ha contribuito alla perdita subita dal soggetto, perché così si presume che sia: in questo contesto, l'espressione « causare un danno » non significa semplicemente « contribuire ad una perdita », ma piuttosto « essere una causa *responsabile* della perdita » o « contribuire ad una lesione *in senso giuridico* ».

Allo stesso modo, Epstein confonde la distinzione tra causalità e responsabilità nella sua discussione sulla « causalità addizionale » (84). Quando vi è più di una causa illecita e prossima della stessa lesione, sorge il problema di come allocare la responsabilità

giustifica l'esenzione da responsabilità per i danni provocati dall'ordinaria competizione, non giustifica, invece, la mancata responsabilità per i danni cagionati con altri mezzi.

(79) *Id.*, p. 666-67.

(80) *Cfr. Id.*, p. 653, 665-74.

(81) *Id.*, p. 668.

(82) *Id.*, p. 668-70.

(83) *Id.* Ciò vale anche per Rizzo e Thomson, i quali partono, entrambi, dal presupposto che l'omissione non possa costituire una causa. *Cfr. Rizzo, retro*, n. 10, p. 398-99; THOMSON, *retro*, n. 58, p. 494-95; *cfr. altresì COLEMAN, Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1987, p. 451 ss., 453. Questo presupposto è errato. *Cfr. HART-HONORÉ, retro*, n. 13, p. 16, 21, 30-31, 112-13, 127-28, 138-41, 447-49; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 62-63, 67, 75-76, 125; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1784-85 e n. 212.

(84) *Cfr. EPSTEIN, Afterword, retro*, n. 12, p. 670-74.

tra le molteplici cause responsabili. Il problema dell'allocazione non è di tipo causale, ma è piuttosto un problema politico o di principio, che risolviamo mettendo a confronto i tipi ed i gradi di comportamento illecito coinvolti e i principi su cui si basa la responsabilità per ciascun tipo di comportamento (85). Quindi, Epstein considera la questione dell'allocazione come se si trattasse di un problema di « attribuzione causale » ed afferma che esso può essere risolto, in molti casi, facendo ricorso al suo schema personale di paradigmi e priorità « causali » per eliminare o « classificare » dal punto di vista lessicale le cause, fino ad arrivare ad un « giudizio causale unico » che attribuisca l'intera responsabilità ad una singola causa tra le tante (86). Quando questa via d'uscita non è praticabile, lo studioso si arrende e dichiara che non vi è alcuna soluzione concettualmente plausibile al problema dell'allocazione (87). Il problema, tuttavia, è insolubile solo in quanto Epstein continua a confondere il problema dell'identificazione della causa con i problemi, non causali, di attribuzione della responsabilità alle cause individuate e di allocazione della responsabilità nell'ambito delle molteplici cause responsabili (88).

In tutti i suoi scritti sulla responsabilità per danno, Epstein non ha mai affrontato il problema della causalità effettiva, fatta eccezione per gli occasionali riferimenti ai problemi della prova o della inadeguatezza del test *but for*. Persino in quelle occasioni, si è concentrato sulla questione della causa prossima o sulla problematica complessiva della responsabilità, piuttosto che sulla causalità *in sé*. La sua obiezione al test *but for* è che esso prende in considerazione troppe condizioni come cause del danno — problema relativo alla causa prossima — mentre l'obiezione dal punto di vista della

(85) Cfr. WRIGHT, *Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense of Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 1988, p. 1141 ss., 1143-46.

(86) EPSTEIN, *Afterward*, *retro*, n. 12, p. 670-71, 672-74.

(87) *Id.*, p. 671.

(88) Epstein cita un mio precedente articolo come facente parte del dibattito sui metodi « causali » per allocare la responsabilità. *Id.*, p. 671 e n. 53 (citando WRIGHT, *retro*, n. 2). Nell'articolo citato non discuto questioni di assegnazione, piuttosto, mi concentro sulla distinzione tra questione causale e questioni non causali, elaborando un test per la causalità effettiva che ci metta in grado di identificare le cause nelle situazioni problematiche che generano sovradeterminazioni causali. Ho avanzato delle critiche ad Epstein e a quanti altri confondono la questione causale dell'identificazione con le questioni non causali dell'attribuzione di responsabilità e di allocazione di responsabilità nella cerchia delle cause identificate. Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1741-58, 1798-1801 e n. 265. Per la mia analisi del problema dell'allocazione, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 85.

causalità *in sé* è che sono troppo poche le condizioni che il test considera cause (89). Allo stesso modo, quando Epstein dichiara di occuparsi dei problemi relativi alla prova della causalità, portando argomenti a favore delle variazioni contrattuali o regolamentatorie per la definizione di comportamento illecito o di livello concordato di precauzione o di rischio, non riesce a riconoscere che i problemi della prova della causalità permangono anche e persino quando i danni si verificano entro un ambito di responsabilità specificato o concordato (90).

Epstein, insomma, sebbene si proponga di discutere di causalità, in realtà ricorre semplicemente alla retorica causale per rivestirne la sua teoria della responsabilità. Sembrerebbe infatti convinto che la sua teoria possa sembrare più plausibile se, aiutata dalla confusione sul concetto di causalità, viene vista come parte della « ricca diversità di approcci che possono essere adottati nei confronti del problema della causalità » (91).

SEZIONE III

Il concetto di causalità.

1. *Il significato della causalità: il test NESS.* — Nella precedente discussione, sono partito dal presupposto che tutti possono esprimere, ed esprimono, giudizi causali di fatto, che non sono influenzati da considerazioni politiche. Molti, compresi i Critici ed i Giuristi economisti, hanno contestato questa asserzione, sottolineando la presunta mancanza di una definizione esauriente di causalità (92).

Michael Moore fornisce una risposta plausibile a questa obiezione: un concetto intelligibile e determinato può esistere ed essere utilizzato, senza che nessuno sia in grado di darne una precisa definizione (93). In effetti, il concetto di causalità è un ottimo esempio di questo fenomeno. Nonostante la mancanza di una definizione esplicita ed esauriente di causalità, esiste da tempo imme-

(89) Cfr. EPSTEIN, *Strict Liability*, retro, n. 12, p. 160-61; EPSTEIN, retro, n. 10, p. 478-79; *infra*, testo alle note 110-12.

(90) Cfr. EPSTEIN, *Afterword*, retro, n. 12, p. 675-78.

(91) *Id.*, p. 653.

(92) Cfr. retro, testo alle nn. 19, 22, 32-34.

(93) MOORE, retro, n. 25, p. 502-03 e nn. 31, 32. Cfr., in generale, POLANYI, *The Study of Man*, Chicago, 1959, p. 11-39 (sulle assunzioni implicite).

morabile un accordo notevole sui giudizi causali che la gente esprime, purché ci si focalizzi chiaramente sul problema causale e non su qualche indagine non causale che riguardi *la* causa (più significativa per alcuni scopi). In particolare, giudici e giurati, quando non siano impediti da test o formule scorrette, hanno abbondantemente dimostrato di avere la capacità di formulare giudizi causali di fatto intuitivamente plausibili (94).

Ad esempio, supponiamo che l'incendio X e l'incendio Y siano, ciascuno indipendentemente dall'altro, sufficienti — cioè sufficienti in assenza l'uno dell'altro, ma in presenza di altre condizioni preesistenti — a distruggere una determinata casa, se il raggio dell'incendio si estende fino a raggiungerla. Pochi di noi, se non nessuno, sarebbero in disaccordo con le seguenti proposizioni: (1) l'incendio X è stato una causa della (ha contribuito alla) distruzione della casa, se l'incendio X (ma non l'incendio Y), ha raggiunto la casa e la casa non sarebbe stata distrutta senza l'incendio X; (2) gli incendi X ed Y sono stati entrambi causa della distruzione della casa, se l'hanno raggiunta simultaneamente e la casa non sarebbe stata distrutta se nessuno dei due incendi si fosse verificato; (3) l'incendio X è stato causa della distruzione della casa, ma l'incendio Y non lo è stato, se l'incendio X ha raggiunto la casa prima dell'incendio Y, perché la casa veniva distrutta prima dell'arrivo di quest'ultimo e non sarebbe andata distrutta se entrambi gli incendi non si fossero verificati.

Alcuni studiosi, nei loro scritti su causalità e responsabilità, hanno fatto pesantemente affidamento su questo concetto comunemente accettato, ma tuttora indefinito, di causalità, fondando le loro argomentazioni su risposte intuitive a situazioni ipotetiche (95). Tuttavia, le intuizioni che non procedono congiuntamente con la teoria nella ricerca dei principi di fondo, sono spesso inadeguate per i casi difficili e talvolta possono risultare fuorvianti perfino per quelli semplici (96). In queste situazioni, in particolare, sarebbe di grande aiuto sviluppare il concetto, non articolato e non ancora perfettamente compreso, che sta alla base dei giudizi intuitivi, perché, per di

(94) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1766-74, 1788-1813.

(95) Cfr., ad esempio, THOMSON, *retro*, n. 58; THOMSON, *Remarks on Causation and Liability*, in *Phil. and Pub. Aff.*, 1984, p. 101 ss.

(96) Cfr. BARNETT, *Foreword: Judicial Conservatism v. a Principled Judicial Activism*, in *Harv. J.L. and Pub. Pol'y*, 1987, p. 273 ss., 281-86. Cfr., in generale, DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986 (la legge come teoria munita dei migliori principi per interpretare e rimodellare la prassi). Per le difficoltà a cui va incontro Thomson, cfr. MOORE, *retro*, n. 25, p. 512-13; *retro*, n. 63; *infra*, n. 108, 284.

più, lasciarlo così indefinito significa dare spazio a teorie, come quelle dei Libertari, dei Giuristi economisti e dei Critici, che lo evocano a sproposito o lo sminuiscono.

Meglio sarebbe quindi elaborare una definizione di causalità che possa funzionare. I tentativi di definire la causalità nei termini dei suoi più ovvii componenti — condizioni necessarie, condizioni sufficienti o condizioni necessarie e sufficienti — sono tutti falliti, e non hanno portato ad un test funzionale ed esauriente (97). Recentemente, tuttavia, un buon numero di filosofi, del diritto e non, ha formulato definizioni sostanzialmente identiche, che esprimono l'essenza del concetto di causalità, subordinando il requisito della necessità al requisito della sufficienza (98). Secondo questo tipo di definizione, che io ho denominato test del *Necessary Element of a Sufficient Set* (NESS), una particolare condizione è stata una causa di (ha contribuito a) un risultato specifico se, e solo se, è stata un elemento necessario di un insieme di condizioni antecedenti, verificatesi nella realtà, che siano state tutte insieme sufficienti per il verificarsi dell'evento (99).

Il test NESS si basa sulla nozione dominante di causalità intesa come regolarità, elaborata per la prima volta da David Hume ed in seguito modificata da John Stuart Mill. Hume rivoluzionò il pensiero filosofico sulla causalità quando insistette nell'affermare che, contrariamente alle convinzioni dell'epoca, i singoli giudizi causali non si basano sulla percezione diretta di qualità o forze causali che appartengono ad oggetti o eventi: nessuna qualità o forza di questo tipo è stata mai riscontrata. I giudizi causali sono, invece, basati sulla convinzione che una certa successione di eventi comporti una o più leggi causali. Una legge causale, descritta in ogni suo elemento,

(97) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 31-32, 38-39; SOSA, *Introduction*, in *Causation and Conditionals*, Oxford, 1975, p. 1-3; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1775-76.

(98) A quanto mi risulta, H. L. A. Hart e Tony Honoré hanno per primi sviluppato questo approccio. Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 35, p. 105-10, 116-19, 122, 216-29; cfr. anche BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 212-13; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 111-17, 122-25, 128-29, 235-53; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 60-63; PAPINEAU, *For Science in the Social Sciences*, Oxford, 1978, p. 54-55; MACKIE, *Causes and Conditions*, in *Am. Phil. Q.*, 1965, p. 245 ss., 245-47, ora in SOSA, *Causation and Conditionals*, cit., p. 15 ss., 15-19; MARC-WOGEAU, *On Historical Explanation*, in *Theoria*, 1962, p. 213 ss., 222-24 e n. 7; PAPINEAU, *Probabilities and Causes*, in *J. Phil.*, 1985, p. 57 ss., 62-63; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 52, 57; SCRIVEN, *Structure*, *retro*, n. 58, p. 407-11. Come ha osservato Mackie « questo tipo di convergenza tra approcci indipendenti suggerisce che si è prossimi alla verità. » MACKIE, *retro*, n. 51, p. 59 n. 1.

(99) WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1788-91; cfr. altresì FLEMING, *The Law of Torts*, 7ª ed. Sydney, 1987, p. 173, 176.

elencherebbe tutte le condizioni che sono insieme sufficienti per il verificarsi di una determinata conseguenza. Tuttavia, per evitare di includere condizioni causalmente irrilevanti in questo insieme sufficiente, le condizioni antecedenti devono venir limitate a quelle che sono necessarie per la sufficienza dell'insieme. Quindi, il requisito della necessità è subordinato a quello della sufficienza (100). Quando tutto ciò che precede viene associato all'osservazione di Mill per la quale ci può essere una pluralità di insiemi diversi di condizioni, ciascuno sufficiente a produrre la conseguenza, e che quindi non c'è un unico insieme sufficiente, allora il test NESS è completo (101).

I filosofi hanno definito il test NESS un test di debole necessità o forte sufficienza, per distinguerlo da altri possibili significati di necessità e sufficienza (102). In ordine di rigore decrescente, un test di stretta necessità richiede che Q sia necessario per il verificarsi di R ogni volta che R si verifichi; un test di forte necessità, meno stringente, richiede solo che Q sia stato necessario per il verificarsi di R in una situazione particolare, tenendo conto delle circostanze presenti; il test di debole necessità, di tutti il meno rigoroso, richiede solo che Q sia stato un elemento necessario di alcuni insiemi di condizioni di fatto che sono state sufficienti per il verificarsi di R: il test NESS (103). Un test di stretta sufficienza richiederebbe che Q sia da solo sufficiente per il verificarsi di R; un test di forte sufficienza, meno stringente, richiede solo che Q sia un elemento necessario di qualche insieme di condizioni esistenti, che siano state sufficienti per il verificarsi di R: ancora il test NESS; ed infine il meno rigoroso, il test di debole sufficienza, « richiede » solo che Q faccia parte di un qualche insieme di condizioni esistenti che siano state sufficienti per il verificarsi di R (104).

(100) Cfr. HUME, *A Treatise of Human Nature*, ed. rev. da NIDDITCH, New York, 1978, vol. I, pt. III, §§ 14-15; cfr. altresì BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 4-11, 23-24, 80-81, 84-88, 91-97, 114-17, 132, 136-37, 139-43; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 10-11, 14-15, 44-49; J. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 3, 5-15, 25-27, 54-57, 59-75.

(101) Cfr. MILL, *A System of Logic*, vol. III, cap. v, § 3, cap. VIII, §§ 1-4, cap. X, §§ 1-3, in *Collected Works*, vol. 7, Toronto, 1975; cfr. altresì, BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 88-91; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. XXXIX-XLII, 19-22, 111-14; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 3, 5-15, 25-27, 54-57, 59-75.

(102) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 59-60, 60-66, 126-27; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 52-55.

(103) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 112-13; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 126-27; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 49, 52-55.

(104) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 58-40; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 51-52. Come

Al contrario di quanto taluni affermano (105), la scelta tra questi significati dei termini « necessità » e « sufficienza » non è guidata da considerazioni politiche, ma dipende piuttosto da quanto ciascun test corrisponda al nostro concetto intuitivo di causalità. I tests di stretta necessità e stretta sufficienza sono troppo rigidi. Contrariamente al test di stretta necessità, un certo evento — per esempio, la morte — può essere causato in più di un modo e, al contrario del test di stretta sufficienza, ben poche se non nessuna condizione sono sufficienti di per se stesse per il verificarsi di un qualsiasi evento (106). Il test di debole sufficienza, d'altra parte, è troppo debole: potrebbe essere grossolanamente soddisfatto da qualsiasi condizione che venisse semplicemente aggiunta ad un insieme già sufficiente (107). Rimangono solo il test NESS, che corrisponde a una debole necessità e a una forte sufficienza, ed il test di forte necessità.

Il test di forte necessità, espresso in forma controfattuale, è il ben noto test *but for*, che viene spesso definito il test di importanza primaria per l'accertamento della causalità giuridicamente intesa. Per il test *but for*, una condizione è stata causa di un evento se, e solo se, senza il verificarsi della condizione, l'evento non si sarebbe verificato, considerando le circostanze presenti in una particolare occasione (108). Il test NESS coincide con il test *but for* allorché ci

indica il testo, le gradazioni di sufficienza non sono parallele alle gradazioni di necessità. Per la sufficienza, diversamente da ciò che avviene per la necessità, non c'è distinzione tra « in ogni occasione » e « in una particolare occasione ». Una condizione, o un insieme, che sia da solo sufficiente in una specifica occasione sarà anche sufficiente in ogni occasione, mentre una condizione può diventare invece necessaria in una specifica occasione senza esserlo in tutte le occasioni. Diversamente, non c'è nessun significato di necessità più debole del test NESS che possa corrispondere al significato debole — più banale — di sufficienza. D'altra parte, i tests di forte necessità e di forte sufficienza possono a loro volta venire espressi sotto forma di controfattuali paralleli. Cfr. *infra*, n. 108.

(105) Cfr. COLE, *retro*, n. 58, (pt. 2) p. 769-71 & nn. 15 & 16.

(106) Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 23, 88-91; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. XXXIX-XLII, 19-20; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 31, 38, 126-27; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 54; MARC-WOGEAU, *retro*, n. 98, p. 221-22; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 49, 52-53.

(107) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 39; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 55; MARC-WOGEAU, *retro*, n. 98, p. 223-24; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 52; SOSA, *retro*, n. 97, p. 1-3. Nella parte rimanente di questo articolo, il termine « insieme sufficiente » non comprende nessuna di queste banali aggiunte ad un insieme già sufficiente.

(108) Cfr., ad esempio, PROSSER, *retro*, n. 33, § 41, p. 237-39. Applicando il test *but-for*, la condizione esaminata Q viene ipoteticamente eliminata e il mondo viene ridisegnato a partire da questo punto, lasciando invariate, se possibile, tutte le altre condizioni reali, per vedere se l'evento R si sarebbe comunque verificato. Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 51-53; *infra*, testo alle nn. 222-25. Il test di forte sufficienza può essere espresso in forma controfattuale come il test « *but for* a rovescio », secondo il quale Q è stato causa di R se, e solo se,

sia un solo insieme di condizioni realmente o ipoteticamente sufficiente, in una particolare occasione, per il verificarsi dell'evento. Tuttavia, il test NESS include più elementi del test *but for*. Secondo il test NESS, una condizione è stata causa dell'evento se è stata necessaria in determinate circostanze per la sufficienza di un qualsiasi insieme realmente sufficiente, perfino quando, per la presenza di altri insiemi realmente o ipoteticamente sufficienti, non è stata necessaria — come richiederebbe il test *but for* — per il verificarsi dell'evento in quelle circostanze (109).

Il test NESS, con tutti i suoi corollari filosofici, conferma, spiega e giustifica tutti i tre giudizi causali di cui abbiamo parlato, relativi agli incendi X e Y (110). Al contrario, il test *but for* conferma solo il giudizio causale nella situazione (1) e, peggio ancora, comporta la conclusione assolutamente ridicola che nessun incendio è stato

non essendosi verificato R, Q non si sarebbe potuto verificare, considerando le circostanze presenti in una determinata situazione. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 39-40, 60-66, 126-27. Applicando questo test *but for* a rovescio, l'evento R è ipoteticamente eliminato ed il mondo viene ripercorso all'inverso da questo punto, lasciando invariate, per quanto possibile, tutte le altre condizioni reali, per determinare se la condizione Q presa in esame si sarebbe verificata ugualmente. Se R non si fosse verificato, allora non ci sarebbe potuto essere nemmeno un insieme di condizioni reali sufficiente per il verificarsi di R. Se Q fosse stato un elemento necessario di qualche insieme sufficiente di condizioni realmente verificatesi, allora, date le altre circostanze presenti in una specifica occasione — inclusi gli altri elementi dell'insieme sufficiente — Q potrebbe non essersi verificato. Se, d'altra parte, Q non fosse stato un elemento necessario di alcun insieme sufficiente, il suo verificarsi non avrebbe avuto nessun effetto su R. Quindi, se R non si fosse verificato, Q avrebbe potuto verificarsi comunque. Cfr. ID., p. 65-66. Riassumendo, questo test *but for* a rovescio non ha nessuna utilità indipendente, ma se correttamente applicato, si riduce al test NESS. Cfr. ID., p. 167-69 (il controfattuale di sufficienza è molto meno naturale del controfattuale di necessità). Sembrerebbe che la Thomson non lo riconosca ed esprima quindi il suo stupore all'idea che non esista in letteratura alcunché di assimilabile al test *but for* a rovescio. THOMSON, *retro*, n. 58, p. 482-83 e n. 13. Tuttavia, il test NESS è stato originariamente elaborato dalla letteratura giuridica ed è qui che è stato pienamente sviluppato e discusso. Cfr. H. L. A. HART-A. HONORÉ, *retro*, n. 35, p. 105-10, 116-19, 122, 216-29; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1788-1803 e n. 227.

La Thomson stessa respinge il test *but for* a rovescio — insieme a tutti gli altri tests controfattuali — perché, a suo avviso, dipendono tutti da considerazioni pratiche ontologicamente irrilevanti. THOMSON, *retro*, n. 58, p. 483-84; cfr. ID., p. 472-80. La studiosa ricorre a queste considerazioni pratiche per definire la condizione che si suppone venga presa in esame per determinare la causalità — ma non le altre condizioni presenti — come parte fissa dello « sfondo » nel prendere in considerazione il test *but for* a rovescio. ID., p. 483. Questa non è un'applicazione del test *but for* a rovescio, ma è piuttosto l'espressione del rifiuto di applicarlo, basata sull'ingiustificata introduzione, da parte della Thomson, di considerazioni pratiche. Per una discussione più approfondita dell'analisi controfattuale della causalità, cfr. *infra*, testo alla n. 211-25.

(109) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 112-13; MACKIE, *retro*, n. 98, p. 246-47; SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 53-55.

(110) Cfr. *retro*, testo alla n. 94.

causa della distruzione della casa nelle situazioni (2) e (3), lasciando la causa della distruzione avvolta nel mistero.

Nella situazione (1), in cui la casa è stata raggiunta dall'incendio X ma non dall'incendio Y, c'è stato un solo insieme causale realmente sufficiente che comprende l'incendio X come elemento necessario. Non era presente nessun altro insieme alternativo realmente o ipoteticamente sufficiente; pertanto, l'incendio X è stato una causa *but for*, come pure una causa NESS, della distruzione della casa, mentre l'incendio Y non è né una causa *but for* né una causa NESS.

Nella situazione (2), nella quale entrambi gli incendi hanno raggiunto la casa simultaneamente, ci sono due insiemi sufficienti che si sovrappongono. Un insieme contiene l'incendio X, ma non l'incendio Y, rendendo così l'incendio X elemento necessario di un insieme sufficiente; l'altro insieme contiene l'incendio Y, ma non l'incendio X, rendendo l'incendio Y un elemento necessario di un insieme sufficiente. Quindi, benché nessuno dei due incendi sia stato una condizione *but for* della distruzione dell'edificio, ciascuno di essi rappresenta una causa NESS *addizionale*.

Nella situazione (3), nella quale entrambi gli incendi raggiungono la casa, ma l'incendio X è arrivato per primo e l'incendio Y solo dopo che la casa era già stata distrutta, si è verificato un solo insieme realmente sufficiente — quello che contiene l'incendio X ma non l'incendio Y. L'insieme che comprende l'incendio Y, ma non l'incendio X era ipoteticamente, ma non realmente, sufficiente; sarebbe stato sufficiente se l'incendio X non si fosse verificato, perché allora la casa avrebbe potuto essere ancora in piedi al sopraggiungere dell'incendio Y. Ma questa non è la situazione reale: l'intervento dell'incendio X, sopraggiunto per primo, ha prevenuto il suo verificarsi. Quindi, l'incendio Y non è stato né una causa *but for* né una causa NESS, ma piuttosto una condizione alternativa; non è stato un elemento necessario di nessun insieme realmente sufficiente di condizioni antecedenti. L'incendio X non è inoltre nemmeno stato una causa *but for*, perché c'era un insieme alternativo ipoteticamente sufficiente, che comprendeva l'incendio Y, che sarebbe stato sufficiente se l'incendio X non si fosse verificato. Cionondimeno, l'incendio Y è una causa NESS *alternativa*, dal momento che è un elemento necessario dell'insieme realmente sufficiente, che comprende l'incendio X, ma non quello Y.

Come indicano gli esempi citati, il test *but for* funziona bene come test di inclusione, ma non come test di esclusione (111). Le Corti ed il legislatore hanno da lungo tempo riconosciuto la necessità di evitare o di rafforzare il test *but for* per affrontare problemi causali che il test non risolveva. In queste situazioni, le Corti hanno semplicemente dato istruzioni alla Giuria di stabilire se la condizione abbia « contribuito » al verificarsi dell'evento o sia stata un « fattore sostanziale » del suo verificarsi. Praticamente in tutti i casi, la conclusione raggiunta da chi doveva accertare il fatto è compatibile con il test NESS (112).

Nelle sezioni successive prenderò in esame alcuni dubbi e alcune critiche che sono stati sollevati contro il test NESS. In primo luogo, mi occuperò della critica filosofica di Mackie, il quale sostiene che, sebbene le cause siano generalmente sufficienti nel senso forte in cui lo intende il test NESS, non sarebbe necessario che lo siano. Mackie sostiene anche che il concetto di causalità implica il requisito della forte necessità del test *but for*, e non quello di forte sufficienza del test NESS (113). La prima parte di questo ragionamento, a sostegno

(111) Cfr. CARPENTER, *Concurrent Causation*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1953, p. 941 ss., 946-49. In un articolo precedente, Carpenter ha trattato il test *but for* come un test sia di esclusione che di inclusione, in relazione alle condotte omissive. Cfr. CARPENTER, *retro*, n. 28, p. 396-97; così anche BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, p. 22-23; HARPER, *retro*, n. 28, § 109, p. 254. Per le condotte omissive, così come per quelle commissive, il test *but for* è soltanto una regola di inclusione. Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1787, 1801. Tuttavia, viene spesso erroneamente descritto come una regola di esclusione. Cfr., ad esempio, PROSSER, *retro*, n. 33, § 41, p. 238.

(112) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1774-77, 1781-88, 1791-1803, 1809-13. Analogamente, i legislatori si riferiscono spesso alle condizioni che « causano o contribuiscono a causare un qualche risultato », per evitare un uso troppo limitato del linguaggio causale. Cfr., ad esempio, *Clean Air Act* §§ 108(a)(1)(A), 111(b)(1)(A), 112(a)(1), 42 U.S.C. §§ 7408(a)(1)(A), 7411(b)(1)(A), 7412(a)(1) (1984).

(113) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 38-48, 76-77, 126-27. Mackie, esponente di spicco della filosofia moderna sulla causalità, è soltanto uno dei molti possibili controesempi alla pretesa della Thomson secondo la quale nessun filosofo ha accettato il test *but for* per la causalità. Cfr. THOMSON, *retro*, n. 58, p. 481. Mackie ha sviluppato una sua versione del test NESS che considera causa una condizione che sia stata un Elemento Insufficiente ma Necessario di un Insieme Non Necessario (*Unnecessary*) ma Sufficiente: una condizione INUS. Tuttavia, come quasi tutti i filosofi, Mackie converte il test INUS nel test *but for*, richiedendo che una condizione INUS sia necessaria per il verificarsi dell'evento in una specifica occasione. MACKIE, *retro*, n. 98, p. 245-48 e n. 9; così BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 119, 212-13; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 55; MARC-WOGEAU, *retro*, n. 98, p. 224-32; SOSA, *retro*, n. 97, p. 3-4. Per l'adozione del test *but for* da parte di altri filosofi, cfr. NAGEL, *The Structure of Science*, New York, 1961, p. 559-60; LEWIS, *Causation*, in *J. Phil.*, 1973, p. 556 ss., 557, 563; LYON, *Causality*, in *Brit. J. Phil. Sci.*, 1967, p. 1 ss., 7-8, 15, 17-18; MARTIN, *The Sufficiency Thesis*, in *Phil. Stud.*, 1972, p. 205 ss., 208-10.

Nei lavori successivi, Mackie discute dettagliatamente introducendo argomenti a favore del test di forte necessità (*but for*) e contro i test di forte sufficienza (NESS o INUS). Cfr.

del requisito della forte necessità, riepiloga i diversi sforzi che sono stati compiuti per salvare il test *but for*. La seconda parte del ragionamento, quella contro il requisito della forte sufficienza, comprende alcune delle migliori argomentazioni contro il test NESS. Dopo aver discusso gli argomenti filosofici di Mackie, passerò ad esaminare gli argomenti di Kelman contro il test NESS. Infine, risponderò a quelle critiche rivolte sia al test NESS che al test *but for*, per le quali entrambi, in quanto tests condizionali, inevitabilmente cadono preda dell'indeterminatezza delle analisi condizionali « controfattuali ».

2. *Argomenti filosofici di Mackie a favore del test but for.* — Inizialmente Mackie si affida all'ipotesi di una macchina non deterministica M, che rilascia una barretta di cioccolato quando si inserisce una moneta, ma che di tanto in tanto ne rilascia anche se non si inserisce niente. Questo esempio, per Mackie, va interpretato nel senso che l'inserimento di una moneta è fortemente sufficiente, ma non fortemente necessario, per il rilascio della barretta e che, poiché non possiamo stabilire, in una particolare occasione, se l'inserimento di una moneta è stato fortemente necessario per la conseguente emissione della barretta, non possiamo nemmeno determinare se l'inserimento di una moneta è stato causa del rilascio della barretta, benché si sappia che l'inserimento di una moneta è fortemente sufficiente perché ciò avvenga (114). Questa argomentazione, però, dà per scontato, ovviamente, proprio il punto che deve essere provato: che cioè serve una forte necessità e non basta una forte sufficienza.

Mackie riconosce che la sua conclusione « risolve *a priori* un problema relativo alla sovra-determinazione causale, che deve an-

MACKIE, *retro*, n. 51, p. 38-48, 62, 76-77, 126-27; *infra*, testo alle nn. 114-74. Ma sono Hart e Honoré, più di Mackie, quelli che hanno elaborato il test NESS, in contrapposizione al test *but for*, e fino a tempi più recenti gli unici che hanno continuato a difenderlo. Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 35, p. 105-10, 116-19, 122, 216-29. Malauguratamente, la maggior parte degli avvocati e dei filosofi che fanno riferimento al test NESS citano Mackie più di Hart e Honoré. Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 212-13, 288; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 55 n. 5; SALMON, *Scientific Explanation and the Causal Structure of the World*, Princeton, 1984, p. 185-86; COOTER, *retro*, n. 16, p. 527; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 602; MOORE, *retro*, n. 25, p. 506; RIZZO, *retro*, n. 17, p. 1009-16; SOSA, *retro*, n. 97, p. 3-4.

(114) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 41-43. La macchina M è oggetto di discussione successive, *infra*, testo alle nn. 151-55.

cora essere affrontato » (115). Con il termine sovra-determinazione causale, Mackie vuole indicare situazioni come quelle (2) e (3) della nostra casa incendiata, che generalmente si considera riguardino, rispettivamente, la causalità addizionale e quella alternativa ipotetica (116). Quando successivamente prenderà in esame questi due tipi di situazioni, Mackie affermerà che la causalità sussiste anche se non sembra che sia stato soddisfatto il requisito del test *but for* (117); e tenterà quindi di salvare il test *but for* ricorrendo a qualche prevedibile artificio chiaramente non convincente.

Nelle situazioni di causalità alternativa ipotetica, come nella situazione (3) della casa bruciata (118), esiste un solo insieme realmente sufficiente e questo insieme previene il potenziale effetto causale di un insieme alternativo, ipoteticamente sufficiente. In uno degli esempi di Mackie, un nemico avvelena la borraccia dell'acqua di un viandante che attraversa il deserto, ma un altro nemico, ignaro del fatto che l'acqua sia stata avvelenata, vuota la borraccia prima che il viandante beva il veleno, cosicché il viandante muore di sete, invece che a causa del veleno (119). Secondo quanto stabilisce Mackie, è chiaro che è l'aver svuotato la borraccia, ma non l'aver avvelenato l'acqua che ha provocato la morte del viandante (120). Solo quanti sono rimasti sedotti dal test *but for* potrebbero mettere in dubbio questa conclusione (121).

La conclusione si spiega direttamente adottando il test NESS: lo svuotamento della borraccia è stato necessario per la sufficienza di un insieme di condizioni antecedenti realmente verificatesi, tra le quali non figura l'avvelenamento dell'acqua, e la sufficienza di questo insieme non è stata intaccata dall'avvelenamento stesso. D'altro canto, l'avvelenamento dell'acqua non è stato un elemento necessario di nessuna serie sufficiente di condizioni antecedenti effettivamente verificatesi. Qualsiasi insieme di condizioni sufficienti, del quale l'avvelenamento dell'acqua possa essere un elemento necessario, dovrebbe comprendere anche la circostanza che il

(115) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 43.

(116) Cfr. *retro*, il testo che segue alla n. 94.

(117) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 44-47.

(118) Cfr. *retro*, testo alle n. 94; cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 44 (esempi da (iii) a (v)).

(119) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 44.

(120) Cfr. *Id.*, p. 45.

(121) Tuttavia, persino Hart e Honoré soccombono davanti a questa ipotesi. Cfr. HART- HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 239-41.

viandante beva l'acqua, fatto questo che non fa parte delle condizioni antecedenti effettivamente verificatesi (122).

Mackie ammette che né l'avvelenamento dell'acqua, né lo svuotamento della borraccia sarebbero causa della morte del viandante se il test *but for* venisse applicato correttamente (123), e spiega quindi la sua diversa conclusione — che cioè lo svuotamento della borraccia, ma non l'avvelenamento dell'acqua, sia stato una causa — nei termini di storie causali o catene causali interamente ricostruite. La storia o catena comprendente lo svuotamento della borraccia può essere completata, o ricostruita, utilizzando le condizioni che si sono effettivamente verificate, il che non avviene per quel che concerne la storia o la catena causale che comprende l'avvelenamento (124). Questa teoria delle storie causali finisce quasi per diventare un test NESS implicito, dato che una storia causale o una catena causale ricostruita sono semplicemente un insieme sufficiente effettivamente verificatosi (125). In effetti, la teoria di Mackie sulle storie causali trae la propria forza argomentativa dall'implicita affermazione che, per essere una causa, una condizione debba essere un elemento necessario di un insieme realmente sufficiente.

Tuttavia, Mackie si sbaglia per quel che concerne la vera natura dell'argomento relativo alla « storia causale », interpretandolo come un test *but for* più preciso: per il test *but for* da lui modificato, una condizione è causa di un qualche evento solo se è necessaria per il prodursi dell'evento « così come si è verificato », invece che necessaria per l'evento « descritto in modo più esteso » (126). Quindi, lo svuotamento della borraccia è stato causa della morte del viandante,

(122) Per un'ulteriore discussione di queste situazioni ipotetiche, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1802.

(123) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 45.

(124) *Id.*, p. 45-46, 224; così SCRIVEN, *Logic*, *retro*, n. 58, p. 55-57. Per una elaborazione completa di questo tipo di approccio, cfr. BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, *passim*. Per un riassunto critico delle argomentazioni di Becht e Miller, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1784-88.

(125) La teoria delle storie causali, però, non si avvicina abbastanza al test NESS, perché nelle storie causali stesse potrebbero esserci casi di sovradeterminazione. Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1786-88.

(126) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 46 (senza le sottolineature); così BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, p. 15-19, 28, 210; KEETON, *retro*, n. 41, p. 7; PERKINS, *Criminal Law*, 2ª ed. New York, 1969, p. 689; HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, in *Int'l Encyclopedia Comp. L.*, vol. 11, *Torts*, Dordrecht - London - Norwell - New York, 1983, pt. 1, p. 7-126, 7-132; MOORE, *retro*, n. 25, p. 510-11 e n. 68; RIZZO, *retro*, n. 17, p. 1020; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 647 n. 20.

perché è stato necessario per la sua morte così come si è verificata — per sete, invece che per avvelenamento (127).

Come ho sostenuto in altra sede (128), questa aggiunta del « così come si è verificato » al test *but for* lo tramuta in una inutile tautologia: come si sia verificato il risultato è il vero problema da risolvere. Includere le modalità con cui il risultato si è verificato nella sua descrizione significa anticipare la risposta al problema causale, prima ancora che lo stesso venga affrontato. Pertanto, nell'esempio del viandante nel deserto, la domanda se sia morto per sete, per avvelenamento, per entrambi, o per nessuno dei due, rappresenta esattamente il problema che l'indagine causale si propone di risolvere. Descrivere la morte del viandante come « morte per sete » significa dare una risposta a questa domanda prima ancora che la domanda venga posta e garantire che, quando verrà posta, la risposta definitiva sarà uguale a quella scelta ad oggetto dell'assunto iniziale. Il processo causale che si pensa stia operando — definito con altri mezzi — viene incorporato nella descrizione del danno, quindi, qualsiasi condizione che sia un elemento necessario del presunto procedimento causale, è tautologicamente provata come causa del danno, giacché è necessaria per il verificarsi dell'evento così come descritto. Seguendo questo metodo, si può dimostrare che *qualsiasi* condizione è stata causa del danno, semplicemente includendola come una parte necessaria di qualche asserito processo causale e poi includendo questo processo causale nella descrizione del danno « così come si è verificato » (129).

(127) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 46.

(128) WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1777-78; così HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. XLI-XLII, 124-25, 235 n. 56.

(129) Mackie sostiene che « questa materia può essere completamente chiarita introducendo a questo punto una distinzione ... tra *fatti* ed *eventi* sia come cause che come conseguenze o effetti. » MACKIE, *retro*, n. 51, p. 46. Un evento costituisce un particolare accadimento in quanto pienamente composto da tutta una miriade di caratteristiche alcune delle quali saranno causalmente rilevanti ed altre no. Un fatto è una delle concrete modalità di un evento. Quindi, un evento può essere pensato come la concretizzazione di molte differenti tipologie di fatti, a seconda delle caratteristiche descritte, ma è sempre lo stesso unico evento con tutta la miriade di sue caratteristiche, indipendentemente da come viene descritto. Cfr. *Id.*, p. 248-49, 256-58, 260-67. Mackie osserva che, nell'ipotesi del viandante nel deserto, la conseguenza pensata come fatto può essere descritta in modo più generico come « morte di A », di cui lo svuotamento della borraccia non è causa *but for*, o in modo più preciso come « morte di A per sete », di cui lo svuotamento della borraccia è causa *but for*. *Id.*, p. 46; Così Schwartz, *retro*, n. 16, p. 646 n. 20. Invece, Mackie afferma che, indipendentemente da come il risultato pensato come evento venga descritto, esso resta il medesimo evento connotato da tutte le sue caratteristiche — inclusa la morte per sete — che, in quanto evento concreto — deve essere collegato alla supposta causa da una catena causale. La catena causale

Nei casi di causalità addizionale, come nell'esempio (2) della casa bruciata (130), esiste più di un insieme effettivamente sufficiente, ciascuno dei quali si aggiunge — invece di sostituirsi — al reale effetto causale degli altri insiemi realmente sufficienti. In uno degli esempi di Mackie, un uomo muore quando due proiettili, ciascuno dei quali sarebbe stato di per sé immediatamente fatale, ne trapassano simultaneamente il cuore (131). Mackie osserva che, dal momento che « anche una dettagliata storia causale non riesce ad operare una selezione tra i candidati che concorrono al ruolo di causa, non possiamo affermare che uno, piuttosto che l'altro, sia stato necessario in quelle circostanze, nemmeno per l'effetto *così come si è verificato* (morte per colpi di arma da fuoco) » (132).

che comprende lo svuotamento della borraccia è stata completata, ma si afferma che non lo è stata quella contenente l'avvelenamento dell'acqua. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 46. Tuttavia, rispetto alla causazione dell'evento, perché l'avvelenamento dell'acqua non rientra tra le caratteristiche dell'evento descritto in tutti i suoi dettagli? Questo procedimento mentale non lo renderebbe un elemento necessario della catena causale? Cfr. *Id.*, p. 256 (« Se includessimo [tutte] le circostanze dell'evento saremmo costretti ad concludere che ... tutto causa tutto. »); *Id.*, p. 258 (Non sembra utile che il concetto di causa di un evento ricomprenda pressoché sempre delle componenti irrilevanti. ». Per quel che concerne la causalità, perché il fatto rilevante è « morte di A per sete » — che dà per scontato l'argomento in questione — e non « morte di A », o « morte di A dovuta alla mancanza di acqua in una borraccia che una volta conteneva veleno » — che renderebbe il veleno una causa *but for* — o « morte di A mentre guarda la luna »? Per un'ulteriore discussione della causalità dal punto di vista ontologico, cfr. *infra*, n. 171 e testo relativo.

(130) Cfr. *retro*, testo alla n. 94; cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 44 (esempi (i) e (ii)).

(131) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 44.

(132) *Id.*, p. 47; così HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. xli-xlii; SCRIVEN, *Logic, retro*, n. 58, p. 54-55. Altri autori hanno perseverato in questo convincimento. Ad esempio, Perkins afferma che la vittima « non sarebbe morta nel momento e nelle circostanze in cui è morta (con due proiettili in corpo) se uno soltanto avesse sparato. » PERKINS, *retro*, n. 126, p. 689, criticato in WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1778.

Il trattamento riservato da Alan Schwartz a uno dei miei casi ipotetici costituisce un altro esempio di questo approccio tautologico. L'ipotesi riguarda cause addizionali relative a diverse fonti di inquinamento. Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1792-93. Schwartz afferma: « Sembra che Wright supponga che un'azione antecedente — l'emissione di una modesta quantità di inquinanti, secondo quanto da lui descritto — possa assurgere a causa del danno, anche se il danno si sarebbe verificato senza l'azione, perché un altro agente aveva già emesso abbastanza inquinanti. » Schwartz, *retro*, n. 16, p. 644 n. 12. Schwartz è portato a concludere che sarebbe ridicolo asserire la causalità quando il test *but for* non è soddisfatto. Cfr. *Id.*, p. 643-44 e n. 12. Tuttavia, Schwartz stesso riconosce che anche una piccola quantità di inquinanti ha contribuito al danno e quindi afferma: « Wright sbaglia nell'individuare il danno. Il danno realmente verificatosi nell'esempio — il cancro — è il risultato di tutte le emissioni inquinanti; quindi, la condotta di ogni inquinatore è stata necessaria per questo specifico danno — ossia, è una causa dello stesso ». *Id.*, p. 644 n. 12. Schwartz, quindi, comincia col dare per scontato proprio il punto cruciale che dovrebbe essere provato: che il danno « sia il risultato di tutte le emissioni inquinanti. » Anche partendo da questo presupposto non si giunge necessariamente alla conclusione che *ogni particella* di emissione era

Mackie, pertanto, conclude che nessuno dei due proiettili è stato di per sé una causa. Paradossalmente, egli giunge ad affermare che è la raffica che comprendeva entrambi i proiettili che è stata causa dell'evento, dato che, senza di essa, la morte non si sarebbe verificata (133). Anche questo test *but for* cumulativo non è valido, in quanto permette di includere nel *cluster* fattori causalmente irrilevanti che, di conseguenza, vengono valutati come se facessero parte della causa. Per esempio, sviluppiamo il caso proposto da Mackie stabilendo che, quando i due proiettili trapassano simultaneamente il cuore della vittima, B è lontano 10.000 miglia, impegnato nella scalata del monte Everest. Nessuna delle tre condizioni è di per sé una causa *but for* della morte della vittima, ma lo è il *cluster* composto da tutte e tre. Il test *but for* cumulativo non distingue le cause reali — i due proiettili — da condizioni completamente irrilevanti, quali la scalata dell'Everest di B.

Il test *but for* cumulativo, inoltre, non distingue le cause effettive dalle condizioni alternative. Per esempio, supponiamo che uno dei due proiettili sia arrivato prima e che la vittima sia morta prima dell'arrivo dell'altro proiettile. Il test *but for* cumulativo considererà ancora ciascun proiettile, come pure la scalata dell'Everest di B, cause della morte della vittima: nessuna delle condizioni è stata di per sé una causa *but for* della morte, mentre lo è stato il *cluster* che le comprende tutte e tre (134).

Ciononostante, Mackie afferma che il test *but for* cumulativo è quanto di meglio possiamo fare, dal momento che non possiamo sapere con precisione quali elementi del *cluster* hanno causato

necessaria, a meno che il danno non sia tautologicamente descritto come « danno conseguente a tutte le emissioni inquinanti ». Schwartz ricorre esplicitamente a questo tipo di descrizione tautologica nelle situazioni di causalità alternativa ipotetica. Cfr. *Id.*, p. 647 n. 20 (il danno « individuato » è la « particolare forma di morte di P »).

(133) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 47; cfr. HARPER-JAMES, *retro*, n. 33, v. 2, § 20.2, p. 1110; PROSSER-KEETON, *retro*, n. 39, § 41, p. 268; CARPENTER, *retro*, n. 28, p. 406-07; CARPENTER, *retro*, n. 111, p. 944-45, 952; cfr. BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, p. 211 (con menzione del test *but for* cumulativo); COLE, *retro*, n. 58, (pt. 2) p. 810-11 (attribuzione di responsabilità al convenuto in una situazione di sovradeterminazione causale, nel caso in cui la condizione riconducibile al convenuto e le condizioni alternative ipotetiche o addizionali hanno lo stesso rapporto con il danneggiato in base alle norme sul risarcimento).

(134) Il test *but for* cumulativo può essere modificato in modo tale da eliminare completamente le condizioni irrilevanti. La modifica consisterebbe nel richiedere che il *cluster* includa solo quelle condizioni che sarebbero necessarie perché il *cluster* stesso soddisfi il test *but for* — ossia, che una condizione sia inclusa nel *cluster* se, e solo se, è necessaria per la necessità del *cluster*. Tuttavia, questo doppio test *but for*, a differenza del test NESS, non riesce ancora a distinguere la causa effettiva dalle condizioni alternative ipotetiche.

l'evento (135); il che è vero per il test *but for* cumulativo, ma non per il test NESS. Se i due proiettili sono sopraggiunti simultaneamente, il test NESS considererà correttamente ognuno dei due causa addizionale della morte. Ogni proiettile è necessario per la sufficienza di un insieme di effettive condizioni antecedenti, tra le quali non rientra l'altro proiettile, e la sufficienza di ciascun insieme non è influenzata dalla concomitante esistenza dell'altro insieme realmente sufficiente. Se un proiettile arriva prima e la vittima muore prima che il secondo proiettile la colpisca, il test NESS considera correttamente il primo proiettile causa della morte ed il secondo condizione alternativa ipotetica. Il primo proiettile è necessario per la sufficienza di un insieme di effettive condizioni antecedenti che non comprende il secondo proiettile, mentre il secondo proiettile non può essere considerato parte necessaria di alcun insieme effettivamente sufficiente, dal momento che la vittima era già morta quando il secondo proiettile è sopraggiunto. In conclusione, se i due proiettili arrivano simultaneamente o, indifferentemente, in sequenza, la scalata dell'Everest di B chiaramente non costituisce una causa, dato che non è necessaria alla sufficienza di alcun insieme di condizioni antecedenti reali (136).

Mackie, quindi, come molti altri (137), fallisce nel tentativo di dare nuova operatività al test *but for* per rendere conto dei giudizi causali che diamo comunemente nei casi di causalità sovra-determinata. Contrariamente a quanto Mackie asserisce, il concetto di causalità non comporta il requisito della forte necessità, espresso invece dal test *but for*, in quanto effettivamente la discussione fin qui svolta conferma che il concetto di causalità comporta, al contrario, il requisito di forte sufficienza implicito nel test NESS.

3. *Argomenti filosofici di Mackie contro il test NESS.* — Mackie stesso elenca tutta una serie di solide argomentazioni a favore del requisito della forte necessità del test NESS, mentre ne presenta solo due contrarie. Sul versante positivo, il filosofo sottolinea due aspetti: (1) le cause di solito « sono e sono considerate sufficienti, date le circostanze, nel significato forte del termine (138) »; (2) il rifiuto del

(135) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 47.

(136) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1795-96.

(137) Cfr. *Id.*, p. 1777-81.

(138) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 65; cfr. *Id.*, p. 39-40, 43, 48-49, 57-58.

requisito della forte sufficienza per asserire la causalità conduce ad una « strana » conclusione per la quale « la conseguenza causale non corrisponde, dal punto di vista formale, alla conseguenza logica, alla conseguenza giuridica, e così via », le quali comportano tutte il requisito della forte sufficienza (139); 3) dire « P ha causato Q » è praticamente equivalente ad affermare che « poiché P si è verificato, si è verificato Q », che a sua volta sembra equivalere a « se P si è verificato, si è verificato Q », affermazione che comporta il controfattuale di forte sufficienza « se Q non si fosse verificato, P non si sarebbe verificato (140) »; (4) gli enunciati causali espressi al futuro, come « P causerà Q » implicano chiaramente il requisito della forte sufficienza (141); e (5) il requisito della forte sufficienza rispecchia l'idea tradizionale per la quale la causa rende contingentemente necessario il suo effetto, permettendo così di trarre inferenze causali per eventi successivi o predizioni causali per il futuro, mentre nulla di tutto ciò è possibile se si sceglie il requisito della forte necessità (142).

Contro questi solidi argomenti a favore del requisito della forte sufficienza, che si aggiungono a quelli sviluppati nella sezione precedente, Mackie presenta solo due argomentazioni contrarie. La prima si basa sulla possibilità di processi causali non deterministici. Ipotizziamo una macchina non deterministica, L, che non rilascia una barretta di cioccolato finché non venga inserita una moneta, ma che qualche volta, per ragioni puramente non deterministiche, non la rilascerà nemmeno quando la moneta sia stata inserita: in altre parole, l'inserimento della moneta è fortemente necessario, ma non strettamente sufficiente, per il rilascio della barretta. Mackie sostiene che, nel caso in cui si sia inserita una moneta e sia stato rilasciato il cioccolato, si considererebbe l'inserimento della moneta causa dell'emissione della barretta, che non sarebbe avvenuta se la moneta non fosse stata inserita (143). Questo, secondo Mackie, dimostra che la causalità non implica il requisito della forte sufficienza (144). A questo argomento si può replicare in due modi. Innanzitutto, il controargomento si regge sul presupposto della

(139) Id., p. 48.

(140) Id., p. 48-49.

(141) Id., p. 49.

(142) Cfr. Id., p. 141, 193-96.

(143) Id., p. 41-42.

(144) Id., p. 43; cfr. DRETSKE-SNYDER, *Causal Irregularity*, in *Phil. Sci.*, 1972, p. 69, 70; MARTIN, *retro*, n. 113, p. 209.

effettiva esistenza di processi non deterministici, tuttavia, come osserva lo stesso Mackie, che ci siano processi di questo tipo è opinabile: diversi processi apparentemente non deterministici rivelano ad un esame più attento la loro natura deterministica (145), e per quel che ne sappiamo, tutti i processi apparentemente non deterministici, possono invece essere deterministici (145). Le difficoltà che si incontrano nel cercare di descrivere vere e proprie « leggi di funzionamento » statistiche non deterministiche rafforzano i dubbi circa la loro esistenza. Leggi di questo tipo sembrerebbero richiedere una possibilità oggettiva o una propensione intrinseca in ogni singolo verificarsi delle condizioni antecedenti, ma l'esistenza di queste entità oggettive può essere negata con argomentazioni simili a quelle cui si ricorre per negare l'esistenza di qualità o forze causali oggettive nei processi deterministici (146). Mackie conclude affermando che l'unica formulazione utilizzabile dovrebbe essere quella di una frequenza che limiti le reali conseguenze di una serie di concretizzazioni di un determinato insieme di condizioni antecedenti (147), eppure, è lo stesso Mackie a sottolinearlo, questa formulazione priva di potere esplicativo questo tipo di leggi statistiche. Non c'è infatti nessun modo evidente di spiegare, senza invocare leggi deterministiche, perché un insieme reale si avvicini o dovrebbe avvicinarsi ad una frequenza-limite. Le leggi veramente

(145) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 49-50, 76, 237-38, 242-46; cfr. altresì WILLIAMS, *The Mathematics of Proof*, in *Crim. L. Rev.*, 1979, p. 297, 298. Alcuni autori ritengono che la nozione di causalità deterministica abbia avuto un collasso dopo l'enunciazione nel 1927 del principio di indeterminazione di Heisenberg. Ad esempio, HORWITZ, *retro*, n. 10, p. 206, 213 n. 10; cfr. *Id.* p. 204, 210. Anche se il principio di indeterminazione rappresentasse un'accurata descrizione della natura, non farebbe che dichiarare, semplicemente, che è impossibile misurare simultaneamente la posizione e la velocità di un oggetto, di modo che il prodotto delle incertezze nella misurazione è inferiore ad una costante infinitesimamente piccola — intorno a 10^{-34} joule/secondo. Cfr. *Encyclopaedia Britannica, Micropaedia*, 15^a ed. Edinburgh, 1979, vol. 10, p. 253. Mentre ciò potrebbe comportare delle complicazioni nel caso di ipotetici problemi giuridici tra particelle subatomiche, non crea invece nessun problema nei casi civili reali di responsabilità per danno.

Altri autori ritengono che la nozione di causalità sia collassata con l'introduzione, nella scienza, delle equazioni funzionali. Ad esempio, COHEN, *retro*, n. 58, p. 251-52; COOTER, *retro*, n. 16, p. 523, 541, 551. Tuttavia, le relazioni funzionali della scienza sono semplicemente enunciazioni di leggi o generalizzazioni causali matematicamente quantificate che vengono solitamente espresse facendo ricorso alle derivate temporali di regolarità di successione che rappresentano le generalizzazioni causali ordinarie. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 143-48, 153-54, 216-18. Il concetto di causalità è vivo e in buona salute tanto nelle scienze naturali che in quelle sociali. Cfr. *Id.*, p. 153-54; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 5 e n. 3.

(146) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 239.

(147) *Id.*, p. 240-41.

non deterministiche, di conseguenza, sono inintelligibili e misteriose (148).

Comunque, questa prima risposta finisce per eludere quello che è il punto centrale di Mackie. Anche se non esistessero processi non deterministici, e quindi la macchina L fosse assolutamente ipotetica, Mackie sosterebbe che la nostra predisposizione a considerare l'inserimento della moneta nella macchina come causa del successivo rilascio della barretta dimostra che il nostro concetto di causa non implica l'idea di forte sufficienza (149). Questo argomento va affrontato di petto, prendendo in seria considerazione l'ipotesi.

Una seconda risposta potrebbe consistere nell'affermare che, contrariamente a quanto sostiene Mackie, c'è una forte sufficienza nelle circostanze ipotizzate nel caso della macchina L. È vero che l'insieme di condizioni antecedenti fino a, e compreso l'inserimento della moneta non è sufficiente per il rilascio della barretta, tuttavia, con l'aggiunta di una ulteriore condizione antecedente reale, l'insieme diventerebbe sufficiente. Questa condizione consiste nel verificarsi di un particolare « lancio del dado », o del suo equivalente, cioè nel misterioso funzionamento non deterministico della macchina L. Il lancio del dado, così come l'inserimento della moneta, sono necessari per il rilascio della barretta e l'insieme che li contiene entrambi è sufficiente perché ciò avvenga. Sia l'inserimento della moneta che il lancio del dado, pertanto, sono cause NESS del rilascio della barretta (150).

La contrapposizione tra la macchina L e l'altra macchina non deterministica di Mackie, la macchina M di cui si è parlato precedentemente, può risultare proficua (151). La macchina M rilascia una barretta di cioccolato ogni volta che viene inserita una moneta, ma di tanto in tanto, a seguito di un misterioso processo non deterministico, ne emette una anche se non si inserisce niente. La macchina M, cioè, viene attivata indifferentemente da ognuno dei due diversi processi, uno deterministico e l'altro non deterministico.

(148) Id., p. 242-47; cfr. FETZER, *Statistical Probabilities: Single Case Propensities vs. Long-Run Frequencies*, in *Developments in the Methodology of Social Science*, Dordrecht - London - Norwell - New York, 1974, p. 387 ss., 393-96.

(149) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 43.

(150) Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 97-101 (che constatano la necessità sia del « lancio del dado » che dell'attivazione della macchina, ma che non considerano la seconda una causa poiché essa non era di per se stessa sufficiente — ossia adottano il test di forte sufficienza).

(151) Cfr. *retro*, testo alla n. 114.

Il primo viene messo in moto dall'inserimento della moneta, il secondo ha inizio, o si sostanzia, in un determinato lancio del dado. Mackie afferma che l'inserimento della moneta è fortemente sufficiente, ma non fortemente necessario, per il rilascio della barretta (152), e lo asserisce perché, nel caso in cui quest'ultima potrebbe venir rilasciata anche se non è stata inserita una moneta, noi non possiamo stabilire, in nessuna particolare occasione, se l'inserimento della moneta è stato causa del rilascio della barretta (153).

Tuttavia, se viene emessa una barretta di cioccolato quando è inserita una moneta nella macchina M, sappiamo per definizione che l'inserimento della moneta ne ha causato il rilascio attraverso un processo deterministico, e quindi Mackie afferma che l'inserimento di una moneta è fortemente sufficiente per il rilascio del cioccolato. Noi non sappiamo se anche il lancio del dado o il processo non deterministico ad esso associato si siano verificati, dal momento che non possiamo osservarli direttamente (154). Se il dado non è stato lanciato, la barretta è frutto unicamente del processo deterministico, se invece il lancio c'è stato, allora o è frutto sia del processo deterministico che di quello non deterministico (se anche il lancio del dado è fortemente sufficiente), oppure è il risultato del solo processo deterministico, che ha sostituito quello non deterministico. Pertanto, non importa cosa avverrà del processo non deterministico, l'inserimento della moneta è stato una causa (forse addizionale o alternativa) del rilascio della barretta.

Questa conclusione è resa inevitabile, da un punto di vista logico, dalla definizione di forte sufficienza, una volta accolto il presupposto di Mackie per il quale l'inserimento di una moneta nella macchina M è fortemente sufficiente per il rilascio della barretta. Se non si parte da questo presupposto, e si dispone solo dell'osservazione empirica che la macchina M rilascia una barretta di cioccolato indipendentemente dal fatto che sia inserita una moneta, ma a volte ciò accade anche senza che sia stato inserito niente, allora Mackie ha ragione nell'affermare che non possiamo sapere, in nessuna particolare occasione, se l'inserimento della moneta sia stato causa della

(152) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 41.

(153) *Id.*, p. 42-43.

(154) Sapremo se il lancio del dado ed il processo deterministico ad esso associato si sono verificati solo quando la barretta è stata rilasciata benché nessuna moneta sia stata inserita.

emissione della barretta. In assenza del presupposto della forte sufficienza, è possibile che il processo deterministico messo in moto dall'inserimento della moneta sia sostituito da un processo non deterministico iniziato — o costituito — dal lancio del dado. Ma tutto ciò non fa che attribuire maggior forza all'affermazione secondo la quale la causalità richiede una forte sufficienza: quando diamo per scontato il presupposto della forte sufficienza, siamo costretti a concludere che esiste la causalità; quando invece non partiamo da questo presupposto, non possiamo più giungere ad una conclusione di natura causale.

Perciò, i casi ipotetici delle macchine non deterministiche di Mackie dimostrano il contrario di quanto il filosofo vorrebbe dimostrare: dimostrano che la causalità comporta il requisito della forte sufficienza espresso dal test *NESS*, ma non quello della forte necessità espresso dal test *but for*. Il che lascia a Mackie soltanto il suo secondo controargomento contro il requisito della forte sufficienza.

Il secondo controargomento è più sottile e più radicale: Mackie sottolinea che, se il requisito della forte sufficienza del test *NESS* facesse mai parte del significato della causalità, allora ogni singolo enunciato causale (155) comporterebbe la pretesa che la specifica sequenza causa-effetto, sulla quale poggia l'enunciato, costituisca la concretizzazione di una legge causale (tesi della regolarità) (156). Mackie sostiene che, mentre gli enunciati causali singoli spesso implicano un requisito di questo tipo, a volte ciò non accade (157); quindi, se Mackie avesse ragione, il requisito della forte sufficienza non farebbe parte del concetto di causalità.

Per cominciare, Mackie osserva che gli enunciati causali singolarmente, se non mai, fanno riferimento ad una *legge* causale completamente specificata, che elenchi tutte le condizioni antecedenti necessarie perché alcuni insiemi di condizioni siano sufficienti per la produzione dell'evento: semplicemente non siamo in possesso di conoscenze di questo tipo (158). Nondimeno, Mackie riconosce che gli enunciati causali singoli potrebbero ben fare riferimento a *generalizzazioni* causali lacunose o ellittiche (159). Le generalizza-

(155) Un giudizio causale singolo è un'affermazione che asserisce che una specifica condizione effettivamente verificatasi è stata causa di uno specifico risultato, anch'esso effettivamente verificatosi.

(156) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 62, 64, 76-77.

(157) Cfr. *Id.*, p. 43, 49, 77.

(158) Cfr. *Id.*, p. 66, 77.

(159) *Id.*, p. 77.

zioni causali sono leggi causali non completamente specificate, che elencano, insieme all'evento, solo alcune delle condizioni NESS, ma che ciononostante affermano che le condizioni NESS elencate si combinano con condizioni NESS sconosciute, non precisate, per formare un insieme di condizioni che sia sufficiente per il verificarsi dell'evento (160).

Mackie dichiara: « Non è così facile rifiutare in maniera definitiva questa proposta, ma dal momento che è solo in anni recenti che un certo numero di filosofi si è avvicinato ad una corretta formulazione delle generalizzazioni in questione (un concetto lacunoso di NESS), dobbiamo perlomeno riconoscere che l'adottarlo avrebbe delle implicazioni di cui la maggior parte di coloro che utilizzano enunciati causali singoli potrebbe essere solo molto vagamente al corrente. In effetti, dovrei andare oltre e dire, riferendomi a ciò che ho definito ... un modo primitivo e rozzo di giungere ai controfattuali e ai relativi giudizi causali, che un enunciato causale singolo non implica necessariamente nemmeno la più vaga generalizzazione. ... Si può pensare che questa pietra (molto riscaldata) sia stata spaccata dall'acqua che vi è stata lasciata scorrere sopra, senza dover enunciare nessuna generalizzazione, intendendo solo che la pietra, in questo caso, potrebbe non essersi incrinata, se non vi fosse stata versata sopra l'acqua... » (161).

La prima obiezione di Mackie, per la quale sarebbe singolare sostenere che le generalizzazioni del NESS di forma lacunosa siano implicite nei singoli enunciati causali, dato che i filosofi hanno elaborato solo recentemente questo approccio alle generalizzazioni causali, si basa sull'idea errata che la sola forma di conoscenza sia la conoscenza esplicita, articolata. Come abbiamo sottolineato in precedenza, la conoscenza intuitiva, tacita della causalità è stata per lunghissimo tempo molto più precisa ed esauriente della teoria esplicita giuridica o filosofica (162). L'argomento di Mackie ovviamente prova troppo, poiché nega che qualsiasi enunciato causale singolo possa avere un qualche significato, a meno che non ci sia una teoria della causalità esauriente ed esplicita, di cui chi parla sia consapevole e sulla quale faccia affidamento.

La seconda obiezione postula un metodo per giungere a formulare giudizi causali che si presume non siano basati su generalizza-

(160) Cfr. ID., p. 66-76; *infra*, testo alle nn. 243-48.

(161) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 77-78.

(162) Cfr. *retro*, testo alle nn. 93-94, 110-12.

zioni causali. Insieme a quasi tutti gli altri filosofi moderni, Mackie respinge l'idea pre-Humeana per la quale gli oggetti o gli eventi sono dotati di qualità o forze causali che possono venire direttamente osservate (163) e propone una terza alternativa: che ai giudizi causali si possa giungere seguendo un metodo primitivo, basato sull'analogia e sull'immaginazione. Seguendo questo metodo, la situazione effettiva Y, nella quale sia la condizione in esame che l'evento si sono effettivamente verificati, viene messa a confronto con un'analoga situazione reale X, nella quale non si sono realizzati né la condizione né l'evento (si pensi alla stessa situazione prima del verificarsi della condizione in esame), in questo caso, il mancato verificarsi dell'evento nella situazione X viene idealmente trasferito a far parte del « quadro immaginario » della situazione controfattuale Y*, costruita in base all'ipotesi che la condizione in esame non si sia verificata nella situazione Y (164).

Mackie afferma che questo trasferimento immaginario avviene senza che si faccia alcun riferimento a generalizzazioni causali (165), ma allora da che cosa sarebbe giustificato? Cosa, se non una generalizzazione causale implicita, potrebbe supportare l'inferenza che lo stesso (non) risultato potrebbe verificarsi nella situazione controfattuale Y*, così come si è verificato nella situazione effettiva X? Mackie stesso dichiara in altra sede che dobbiamo basare queste inferenze su una presunzione di « costanza di congiunzione » (regolarità) e che un forte sufficienza, ma non una forte necessità, permette l'inferenza causale (166); tuttavia, Mackie è disposto soltanto ad ammettere che il trasferimento immaginario « è come avere la convinzione inconscia che nel mondo c'è una qualche regolarità di fondo » e sostiene che è « soltanto in questo senso molto vago che gli enunciati causali singoli ... sono implicitamente generali, nel senso che affermano o presuppongono necessariamente delle regolarità di un qualche tipo » (167).

Mackie riconosce che le enunciazioni causali astratte (per esem-

(163) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 6-7, 10-13, 21-23, 26-27, 54-55, 86, 133-34, 141-42; cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 4-11, 80-81, 87-88, 91-92, 139-43; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 10-11, 14-15. Ma cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 215-30 (che precisa argomenti precedenti), criticato in BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 125-31.

(164) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 55-56.

(165) Id., p. 77-78; cfr. Id., p. 121-24, 224, 257 n. 14, 267-68.

(166) Cfr. Id., p. 141, 193, 195-96; vd. anche HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 15-16; *retro*, testo alla n. 142.

(167) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 79-80; cfr. Id., p. 121.

pio, l'affermazione per la quale aumentare la temperatura di un gas, senza riferirsi ad un fatto specifico, causa l'espansione del suo volume) sembrano implicare leggi causali (168) ma, al tempo stesso, afferma che « il punto essenziale è che gli enunciati causali singoli precedono quelli generali, mentre una teoria della regolarità del significato degli enunciati causali invertirebbe le priorità » (169). Mackie non spiega le ragioni della pretesa priorità degli enunciati causali singoli. Anche quando la generalizzazione causale applicabile si basa sull'osservazione del singolo evento che si intende spiegare — cosa che Mackie riconosce come possibile (170) — soltanto l'osservazione del suo verificarsi viene chiaramente prima della generalizzazione causale. L'affermazione di causalità degli enunciati causali singoli dipende da, e quindi implica l'adozione preliminare di qualche generalizzazione causale (forse molto lacunosa). In tal caso cioè, l'ordine è il seguente: (1) osservazione dell'evento, (2) assunzione della generalizzazione causale basata sull'osservazione, e (3) giudizio causale attraverso l'enunciazione delle singole proposizioni causali, che implicitamente rinvia ad una generalizzazione causale.

Che i singoli enunciati causali dipendano dalle generalizzazioni causali risulta ovvio in modo incontrovertibile dalla discussione di Mackie sull'ontologia della causalità. Il filosofo osserva che, mentre noi spesso pensiamo alle cause come ad eventi con tutte le loro caratteristiche, sarebbe meglio e anche più preciso prendere in considerazione solo le caratteristiche causalmente rilevanti dell'evento come facenti parte della causa ed interpretare qualsiasi riferimento all'evento come un riferimento ellittico alle sue caratteristiche causalmente rilevanti (171). Queste caratteristiche causal-

(168) Cfr. *Id.*, p. 80.

(169) *Id.*, p. 78-79.

(170) *Id.*, p. 25, 78-79, 121-22, 135-36; così BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 107-08.

(171) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 256-58, 260-65; cfr. MARC-WOGEAU, *retro*, n. 98, p. 218. Moore, che immagina le caratteristiche come tipi (universali astratti) piuttosto che come simboli (reali concretizzazioni dei tipi), sottolinea che, in qualità di tipi, le caratteristiche potrebbero apparire solo nelle generalizzazioni causali, non avendo la concretezza necessaria per partecipare ai singoli accadimenti causali. MOORE, *retro*, n. 25, p. 505 n. 47, 519, 521; così BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 281. Mackie sembra a volte suggerire che le caratteristiche di un evento-simbolo sono tipi, invece che simboli. Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 59 n. 1, 260-62. Tuttavia, in altra sede aveva chiaramente affermato che è la concretizzazione della caratteristica-tipo nel particolare evento-simbolo — una caratteristica-simbolo ossia un fatto — che fa parte di una singola concretizzazione causale. *Id.*, p. 261, 266-67; cfr. BEAUCHAMP-

mente rilevanti sono concretizzazioni reali di condizioni astratte, collegate all'evento astratto da una qualche regolarità (172). Tuttavia, nonostante l'esplicito riferimento ad una regolarità, Mackie afferma che questa interpretazione degli enunciati causali singoli non implica l'esistenza di leggi causali (173).

Quando discute della causalità così come concretamente si presenta negli oggetti, contrapponendola a ciò che su di essa affermiamo o di cui veniamo a conoscenza, Mackie riconosce, in primo luogo, che è innegabile che la teoria della regolarità venga accolta da scienziati e profani e, secondariamente, che la sola alternativa plausibile potrebbe essere rappresentata da leggi statistiche non deterministiche che misteriosamente generino qualcosa che si avvicini alle regolarità comunemente osservate (174).

Tirando le somme, entrambi gli argomenti di Mackie contro il test di forte sufficienza o test NESS, se accuratamente esaminati, sono più a favore del test NESS che del test *but for*. L'esame dettagliato di tutte le argomentazioni di Mackie offre al test NESS un supporto filosofico molto forte.

4. *Argomenti pratici di Kelman contro il test NESS.* — Benché filosoficamente ben fondato, il test NESS, per poter essere utile nella prassi giuridica, deve potersi applicare a situazioni particolari. In un recente articolo, Mark Kelman affronta soprattutto argomenti pratici, nello sferrare un attacco su tutti i fronti all'idea liberale di responsabilità basata su un concetto oggettivo, determinato, di

ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 251-52, 255-56, 281-82 (che riconosce la concretezza delle caratteristiche-simbolo e la loro necessità in una teoria della regolarità).

Dovremmo interpretare le descrizioni di una causa che si riferisca ad un evento-simbolo nel suo complesso, o che includa il riferimento a caratteristiche causalmente irrilevanti, come riferimenti ellittici, imprecisi, alle caratteristiche-simbolo causalmente rilevanti (forse sconosciute) che costituiscono la « causa esplicativa ». MACKIE, *retro*, n. 51, p. 262-65. Sfortunatamente, Mackie confonde le acque, trattando gli eventi-simbolo nel loro complesso come « produttori di cause », almeno quando parte da quello che diciamo e sappiamo a proposito della causalità, invece che da ciò che costituisce la causalità negli oggetti stessi. Cfr. *Id.*, p. 46, 257, 265-67; *retro*, n. 129. Trattare la causalità come una correlazione tra eventi-simbolo nel loro complesso porta ad una moltiplicazione controintuitiva degli eventi o ad un concetto di causa assolutamente non discriminante. Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 269-75 (moltiplicazione controintuitiva degli eventi); MACKIE, *retro*, n. 51, p. 256-58 (concetto di causa non discriminante); MOORE, *retro*, n. 25, p. 512 n. 69 (stesso argomento).

(172) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 260-62, 265, 266-67; *retro*, n. 171.

(173) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 267-68.

(174) *Id.*, p. 80-81, 194, 225, 229-30, 241-42, 246-47; cfr. *retro*, testo alla n. 145-48.

causalità (175). La maggior parte del suo articolo, compresa gran parte della sezione intitolata « definire la causa » (176), riguarda più il rapporto tra causalità e responsabilità, che il concetto di causalità in sé. Quando Kelman si concentra sul concetto di causalità, riconosce che il test NESS è « la *definizione* più plausibile del concetto di causa che si proponga di risolvere il problema dell'indagine (causale) *ex post* » (177). Ciononostante, Kelman afferma che, nella prassi, il test NESS fallisce per tre distinti motivi (178).

Inizierò dal secondo argomento di Kelman che, secondo lo studioso, potrebbe venir considerato dalla maggioranza dei lettori « il più contro-intuitivo e meno persuasivo dei tre » (179). Si tratta di questo: qualcosa che, descritto nei termini delle condizioni concretamente verificatesi, sembrerebbe una causa, non apparirà più tale se descritto nei termini delle intenzioni che animavano l'agente o della riuscita o del fallimento della sua azione, di modo che l'attribuzione causale dipende in modo arbitrario dalla descrizione ed è quindi indeterminata (180). Per esempio, supponiamo che X vaporizzi del gas su un incendio, che è stato appiccato da Y ed è ormai prossimo a spegnersi, e che l'incendio successivamente distrugga una casa. L'appiccare l'incendio da parte di Y è stato necessario per la sufficienza dell'insieme delle condizioni antecedenti che si sono realmente verificate e perciò è stato una causa NESS della distruzione della casa. Tuttavia, sostiene Kelman, se il comportamento di X viene descritto come « fare tutto quello che è necessario per bruciare la casa », allora l'appiccare il fuoco da parte di Y non apparirebbe necessario — e perciò presumibilmente non sarebbe stato una causa — dal momento che X avrebbe provveduto ad appiccare l'incendio se Y non avesse già agito in tal senso (181).

Questo argomento non dimostra però alcun difetto del test NESS; piuttosto, Kelman ha confuso il test NESS con il test *but for*, applicando il requisito della forte necessità di quest'ultimo invece

(175) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10. L'articolo di Kelman costituisce un maggiore approfondimento dell'analisi compiuta in precedenza dai « Critici » sulla causalità nella responsabilità per danno. Cfr., ad esempio, HORTWITZ, *retro*, n. 10, discusso *retro*, n. 145.

(176) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 590-617.

(177) *Id.*, p. 602; cfr. *id.* p. 603.

(178) *Id.*, p. 603.

(179) *Id.*, La previsione di Kelman si è rivelata esatta: oltre a questa discussione, cfr. MOORE, *retro*, n. 25, p. 503-05; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 642 n. 8.

(180) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 605-06.

(181) *Id.*, p. 605; cfr. *Id.*, p. 603.

del requisito della forte sufficienza (debole necessità) del test NESS (182). Inoltre, Kelman fraintende il riferimento contenuto nell'espressione « fare tutto quello che è necessario per bruciare la casa ». La frase è di per sé completamente indeterminata e solleva degli interrogativi: « allora, *cosa* era necessario? *Cosa* ha fatto realmente X? » X ha solamente vaporizzato il gas, dato che c'era già il fuoco appiccato da Y. Poiché X ha soltanto aggiunto il gas, il fuoco dell'incendio provocato da Y è stato necessario nelle circostanze che si sono realmente verificate (183). Contrariamente a quanto Kelman afferma (184), non possiamo « disgiungere » l'attività di X da quella di Y, perché l'attività di X non è stata per se stessa sufficiente per la distruzione della casa.

L'argomento più forte di Kelman riguarda il cosiddetto problema del sottoinsieme che, secondo lo studioso, è stato creato dal mio tentativo di ampliamento del test NESS ideato da Hart e Honoré. Sembrerebbe che Hart e Honoré richiedano che una causa addizionale sia indipendentemente sufficiente — nel senso NESS di sufficienza — per il verificarsi dell'evento (185). Una condizione può, cionondimeno, essere una causa secondo il test NESS — ed essere generalmente riconosciuta come causa dalle Corti — persino se non è stata né necessaria né indipendentemente sufficiente. Per esempio, se cinque unità di contaminanti sono necessarie e sufficienti per un particolare danno e ciascuno dei sette convenuti ne ha scaricato soltanto una unità, nessuna delle singole unità di ciascun convenuto è necessaria o indipendentemente sufficiente per il danno, ma ciascuna di esse è una causa NESS del danno. Ogni unità è necessaria per la sufficienza di un insieme effettivamente verificatosi che comprende solo quattro delle altre unità e la cui sufficienza non è stata inficiata dalla presenza delle due unità addizionali.

Dato che la fonte dell'inquinamento non ha rilevanza causale, non farebbe alcuna differenza se ci fossero solo due convenuti, uno

(182) Cfr. *retro*, testo alla n. 109.

(183) MACKIE, *retro*, n. 51, p. 127-28.

(184) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 605-06.

(185) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 123-24, 125, 206-07, 235-39, 245, 249; così *Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 432(2). Una condizione è « indipendentemente sufficiente » nel senso del test NESS se è un elemento necessario di un insieme sufficiente che non includa anche, in tutto o « in parte », qualche condizione di tipo identico come elemento necessario. In altre parole, « indipendentemente sufficiente » significa che la condizione è indipendentemente sufficiente nel senso forte, mentre non significa che sia di per sé stessa sufficiente (stretta sufficienza). Cfr. *retro*, testo alla n. 104 e 106.

dei quali ha scaricato 5 unità mentre l'altro ne ha scaricate solo due. Ogni unità potrebbe essere una causa addizionale della lesione. Le cinque unità del primo convenuto nel loro complesso, sono indipendentemente sufficienti per la lesione, le due unità del secondo convenuto non sono né necessarie né indipendentemente sufficienti, ma sono elementi necessari di insiemi sufficienti di condizioni antecedenti effettive che hanno incluso solo tre delle cinque unità del primo convenuto e la sufficienza di questo insieme non è influenzata dalle altre due unità del secondo convenuto. Per dirla in altro modo, lo scarico di due unità da parte del secondo convenuto è necessario per la sufficienza di un insieme di condizioni antecedenti effettive che comprendono anche un altro scarico di *perlomeno* tre unità (186).

Kelman sostiene che dire « *perlomeno* » significa ricorrere ad una tecnica puramente formale, che si basa su sottoinsiemi ipotetici delle condizioni che effettivamente si sono verificate, e afferma che noi possiamo sempre immaginare degli ipotetici sottoinsiemi che, messi in relazione con la condizione, la rendano necessaria e che questa tecnica è, di conseguenza, irrimediabilmente vaga, manipolabile e concettualmente inaccettabile (187).

Anche se l'argomento fosse valido, non sarebbe però, come vorrebbe Kelman, fatale né per il test NESS né per un concetto determinato di causalità, ma solo per l'ampliamento del test NESS fino a comprendere condizioni che non siano né necessarie né indipendentemente sufficienti. Come ho sottolineato precedentemente, il test *but for* funziona come test determinato per quanto concerne l'inclusione delle condizioni come cause; fallisce solo come test di esclusione (188). Analogamente, l'interpretazione restrittiva del test NESS di Hart e Honoré funziona come test di inclusione più ampio: riconosce una condizione come causa sia nel caso in cui è necessaria, sia quando è indipendentemente sufficiente (189). L'argomentazione di Kelman non si applica a nessuno di questi due tests, entrambi determinati, per l'inclusione delle condizioni come cause.

(186) Per un'ulteriore discussione, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1791-94.

(187) KELMAN, *retro*, n. 10, p. 603-04.

(188) Cfr. *retro*, n. 111 e relativo testo.

(189) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 122-25, 206-07, 235-39, 245, 249; *retro*, testo alla n. 185.

L'argomentazione di Kelman, inoltre, non è valida. Egli dà una ricostruzione errata della tecnica del « perlomeno », dovuta in parte al mio tentativo di introdurre la tecnica basandomi inizialmente su situazioni concettualmente più semplici, come nell'esempio dell'inquinamento, in cui le condizioni in esame rientrano facilmente in sottoinsiemi effettivamente verificatisi. In situazioni di questo tipo, il problema — diversamente da quanto sostiene Kelman (190) — non è che esista solo uno specifico sottoinsieme, ma piuttosto che esso è solo uno dei sottoinsiemi effettivamente esistenti. Lo scopo — contrariamente a quanto Kelman ripetutamente afferma (191) — non è quello di eliminare le cause ridondanti (addizionali), ma di individuarle e di distinguerle dalle cause alternative.

Kelman osserva giustamente che l'approccio mediante sottoinsiemi non è a volte realizzabile, a meno che non si ricorra a sottoinsiemi ipotetici invece che reali (192). Tuttavia, la tecnica del « perlomeno » non si basa sull'identificazione di sottoinsiemi ipotetici, ma piuttosto sull'identificazione di proprietà reali degli eventi rilevanti: per esempio, la reale proprietà di un particolare cavo che ha « una capacità massima di carico di una tonnellata » (193). Come ho affermato precedentemente, sono queste effettive proprietà che figurano nei singoli casi di causalità (194).

Per esempio, nell'ipotesi del complice fatta da Kelman (195), il problema causale verte sulla questione se l'incoraggiamento da parte del complice sia da considerarsi un elemento che ha agito positivamente, o negativamente o in modo influente sull'agente principale, che era disposto ad uccidere la vittima anche senza

(190) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 604.

(191) Cfr. *Id.*, p. 602-03, 604-05, 606. Mentre la sostituzione operata da Kelman del termine « addizionale » con « ridondante » è chiaramente inoffensiva, la sua sostituzione di « sopravvenuta » con « alternativa » o « preesistente » non lo è. Si confronti *Id.*, p. 602 con WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1794-1803.

(192) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 603-04.

(193) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1794; vd. anche *Id.*, p. 1800, 1809-10.

(194) Cfr. *retro*, n. 171 e testo relativo. Ho scoperto con piacere, leggendo il libro di Mackie durante la stesura di questo articolo, non solo la sua messa a fuoco delle proprietà degli eventi, che fornisce un supporto filosofico alla mia elaborazione del requisito della causazione colpevole, ma anche il suo ricorso alla tecnica del « perlomeno » nel caso di un colpo di martello sferrato con forza superiore a quella necessaria per schiacciare una nocciola. Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 153, 265; *Id.*, p. 65 [« consumando perlomeno una data dose di veleno (contenuto nel piatto in questione, ma in niente altro) »]. Mackie, ad ogni modo, non sembra consapevole del significato generale della tecnica; vi ricorre soltanto nei casi in cui la sovradeterminazione è inerente alla condizione in esame.

(195) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 604.

l'incoraggiamento del complice (196). Se la circostanza ha avuto un suo ruolo positivo, allora l'agente principale ha la reale proprietà di essere una persona *perlomeno* abbastanza disposta ad uccidere la vittima da farlo se, e solo se, avesse ottenuto l'incoraggiamento da parte del complice e, secondo il test NESS, l'incoraggiamento è stato quindi una causa addizionale della morte della vittima. D'altra parte, se l'incoraggiamento del complice non ha contato o ha contato negativamente per l'agente principale, allora, contrariamente a quanto Kelman afferma (197), questi non ha più la proprietà di cui abbiamo parlato e l'incoraggiamento da parte del complice non è stato una causa della morte della vittima. Il test NESS, nel caso del complice, mette in evidenza quello che è il punto più critico del problema causale, una questione in cui le Corti — diversamente da quanto Kelman vorrebbe (198) — *esigono* che sia provato che l'incoraggiamento da parte del complice abbia realmente contribuito al crimine (199).

Il terzo argomento di Kelman, diversamente dai primi due, poggia su un argomento valido, ma va al di là del segno; inoltre, rafforza il test NESS, invece di indebolirlo. L'argomento in questione è che, per problemi probatori — mancanza di perfetta conoscenza dei fatti — talvolta non siamo in grado di giudicare se una condizione abbia contribuito al verificarsi dell'evento (200). Questa osservazione, che è senz'altro valida, è irrilevante ai fini di una adeguata teoria della causalità effettiva. Da avvocati, da giudici, da giurati o da profani, facciamo al meglio tutto quello che possiamo (201). Il test NESS ci mette in grado di risolvere corretta-

(196) Cfr. *Id.*, *op. loc. cit.*

(197) Cfr. *Id.*, *op. loc. cit.*

(198) Cfr. *Id.*, *op. loc. cit.*

(199) Kelman stesso osserva che nei processi è tipicamente richiesto che il complice « tenga una condotta che favorisca il verificarsi dell'evento ». Cfr. *Id.* p. 604 n. 46. Questo è semplicemente un altro modo di stabilire che il complice deve aver contribuito all'evento, deve essere una causa NESS, mentre non deve essere una causa *but for*. Questa interpretazione è esplicitamente confermata nel processo dell'Alabama citato da Kelman ed è implicita nel caso inglese. Cfr. *State v. Tally* (1894), 102 Ala. 25, 69-70, 15 So. 722, 738-39; *Wilcox v. Jeffrey* [1951], 1 All E.R. 464, 466. Inoltre, anche se in questi processi la prova della causalità non fosse richiesta, questo ci direbbe ben poco sulla causalità nel caso di responsabilità per danno: si tratta di casi penali e la legge penale, a differenza di quella relativa alla responsabilità per danno, spesso punisce chi viola una norma, indipendentemente dal verificarsi o meno del danno.

(200) Cfr. *KELMAN, retro*, n. 10, p. 606-08.

(201) Sebbene Kelman sostenga che il problema della conoscenza sarebbe, per le *élites* regolatrici delle varie categorie, meno grave di quanto non sia per il nostro sistema civile

mente il problema causale in tutti quei casi in cui il supporto probatorio e le nostre conoscenze scientifiche ce lo permettono. Col test NESS si spiega e si rafforza il modo di pensare delle Corti, per le quali una condizione è stata una causa se ha contribuito alla lesione, anche se non è stata necessaria per il verificarsi della stessa (202).

Pertanto, come abbiamo già visto, il test NESS risolve con facilità i casi più semplici di causalità sovradeterminata, illustrati nelle ipotesi dei due incendi confluiti insieme e delle pallottole multiple (203); nel caso ipotetico del complice di Kelman inquadra il vero problema causale: « l'appoggio del complice ha avuto un ruolo positivo per l'agente principale? » (204), così come lo mette a fuoco anche nel caso ipotetico della caduta dalle scale di Kelman, in cui un ubriaco V « così ubriaco che sarebbe caduto indipendentemente dalle condizioni della luce » cade dalle scale negligenzemente lasciate al buio da D (205).

Nel linguaggio tecnico NESS, la mancanza di luce è stata causa della caduta solo se si è concretamente verificato un insieme sufficiente che comprende la caratteristica effettiva di V di essere giunto perlomeno ad un livello X di ubriachezza, in cui X è tale che sia la mancanza di luce come pure il livello di ubriachezza di perlomeno X siano necessari per la sufficienza dell'insieme. C'è un insieme di questo tipo effettivamente sufficiente solo se l'ubriachezza di V eccedente X non previene — preclude l'esistenza di — quelle condizioni in cui la mancanza di luce potrebbe avere un ruolo causale. Quindi, il vero problema causale è se la vista di V, il suo controllo fisico dei movimenti o il suo livello di attenzione erano così obnubilati dall'ubriachezza da renderlo totalmente incapace di vedere e quindi di conseguenza di controllare i suoi movimenti o se V non ha fatto nessuno sforzo in tal senso. In tal caso, il ruolo causale della mancanza di luce è stato prevenuto dall'ubriachezza e, quindi, la mancanza di luce non è stata una causa della — non ha contribuito alla — sua caduta. In caso contrario, la mancanza di luce,

decentrato di responsabilità per danno, *Id.*, p. 633-37, potrebbe essere invece vero il contrario. Cfr. EPSTEIN, *Afterword*, *retro*, n. 12, p. 678-79; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 649-50.

(202) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1791-1803, 1809-13; *retro*, testo alle nn. 111-12.

(203) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1791-1803; *retro*, testo alle nn. 110-11, 136.

(204) Cfr. *retro*, testo alle note 195-99.

(205) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 607.

unita agli effetti dell'ubriachezza, ha reso ancora più difficile per V la percezione dell'ambiente in cui si trovava e gli ha impedito di reagire, quindi la mancanza di luce è stata una causa addizionale della sua caduta.

Non è necessario, come sostiene Kelman (206), che il giudice o la giuria siano in grado di individuare o anche solo di immaginare il livello X, né che il giudice dia istruzioni alla giuria nei termini del NESS e nemmeno che il giudice analizzi il problema nei termini tecnici di quest'ultimo; è necessario solo che il giudice capisca — e che istruisca la giuria in tal senso — che il problema è se l'effetto causale della mancanza di luce sia stato o meno completamente prevenuto dall'ubriachezza di V o se, invece, si è combinato con questa come causa addizionale della caduta. Istruzioni più specifiche impartite alla giuria potrebbero portare a formulare il quesito in questo modo: « V era così ubriaco da non vedere neanche se ci fosse la luce, o da non controllare i suoi movimenti, o da non fare nessun tentativo per vedere o controllare i suoi movimenti? ». Se così non fosse, allora c'era un livello X e la mancanza di luce è stata una causa NESS della caduta; perciò, come ho già detto, non è necessario individuare o immaginare il livello X e nemmeno analizzare il caso nei termini tecnici del test NESS.

Come si evince dalla discussione precedente, i casi di scale non illuminate e i casi consimili, cosiddetti di causalità dubbia, sono semplicemente esempi ulteriori di causalità sovradeterminata, sebbene a volte non siano considerati tali. Di solito le corti riconoscono che questi casi implicano un problema di causalità sovradeterminata e, pertanto, come nei casi più semplici di questo tipo — per esempio, nel caso degli incendi confluiti — nelle istruzioni alle giurie adottano espressioni come « contributo » o « fattore sostanziale », invece di far riferimento al test *but for* (207). Alcuni autori, partendo dal presupposto che il test *but for* è l'unico test esclusivo per la causalità, sostengono che le corti, per ragioni politiche, stanno alleggerendo l'onere della prova relativo a queste situazioni (208), ma

(206) Cfr. ID., p. 607. Nel suo terzo argomento, Kelman continua a sostenere, erroneamente, che alla giuria si chiede di accertare se la condotta del convenuto sia stata necessaria per la caduta. Continua, cioè, a ritenere che il test NESS serva ad eliminare la duplicazione o la ridondanza causale, invece di servire ad individuarla e a distinguerla dalla causa alternativa ipotetica. Cfr. ID. *retro*, testo alla n. 191.

(207) Cfr., ad esempio, *Reynolds v. Texas & Pac. Ry.* (1885), 37 La. Ann. 694, 698 (scale non illuminate); cfr. altresì WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1809-14.

(208) Cfr., ad esempio, FRASER-HOWARTH, *retro*, n. 58, p. 141-42; MALONE, *Rumina-*

questo non è vero. Le corti stanno semplicemente cercando di applicare la miglior definizione proponibile per indicare che, per qualificarsi come causa, una condizione deve soltanto essere una condizione NESS e non una condizione *but for*. Il termine « contributo » è più preciso e meno fuorviante di quello di « fattore sostanziale » (209). Adottando il test NESS, ci auguriamo di poter individuare definizioni migliori o istruzioni più dettagliate per dare maggior forza al termine « contributo ».

In sintesi, con gli approfondimenti offerti dal test NESS, il problema causale può venire risolto in molti più casi di quel che pensa Kelman. Nei casi in cui non ha ancora trovato soluzione, il motivo va ricercato nell'insufficienza probatoria o nelle nostre imperfette conoscenze scientifiche, non nel test NESS. Nessuna delle argomentazioni di Kelman contro il test NESS è fondata. Invece, come per tutti gli altri argomenti che abbiamo discusso a fondo, la disamina di ogni problema è un'ulteriore dimostrazione della plausibilità e della forza del test NESS (210).

5. *La natura determinata e fattuale dell'analisi causale « controfattuale ».* — Resta da discutere un altro argomento, che è molto più astratto dei precedenti. Sia il test NESS che il test *but for* vengono di solito associati ad un'analisi « controfattuale ». Il test *but for* ha un'esplicita forma controfattuale e il test NESS richiama naturalmente dichiarazioni o argomentazioni controfattuali relative alla debole necessità e alla forte sufficienza (211). Questa associazione solleva un problema potenziale per chi crede che l'indagine causale sia fattuale e determinata, perché ci sono invece diversi autori per i quali, data la natura indeterminata dell'ipotetico mondo controfat-

tions, retro, n. 32, p. 68-79, 85-89, 94-96; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 714, 716-17, 751-52 e n. 135; ROSENBERG, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A « Public Law » Vision of the Tort System*, in *Harv. L. Rev.*, 1984, p. 849 ss., 855 n. 27, 863-64.

(209) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1781-88, 1792, 1809-13.

(210) Tratterò un altro degli argomenti di Kelman, relativo al procedimento probatorio più che al test NESS, *infra*, testo alle nn. 300-19. Il resto dell'articolo di Kelman solleva problemi che, benché spesso piuttosto interessanti, debbono essere rinviate ad altra occasione, in quanto non rilevanti per la causalità stessa.

(211) Cfr., ad esempio, BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 119-20, 156-57; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 29-34, 37-40, 49, 53-60, 133-34, 140-42, 196-203, 224; LEWIS, *retro*, n. 113, p. 557; *retro*, n. 108 e testo relativo.

tuale, anche l'analisi causale controfattuale è, quasi per definizione, indeterminata (212).

Secondo alcuni studiosi, tra cui i Critici (213), i Giuristi economisti (214) ed alcuni giuristi Realisti (215), questa indeterminazione è auspicabile sia di per sé — giacché conferma l'indeterminatezza del diritto — sia strumentalmente, in quanto consente di dare spazio, nell'indagine causale, a considerazioni politiche. Per altri, compresi gli autentici Realisti della causalità (216) ed i Libertari (217), l'indeterminatezza è fonte di preoccupazione, perché indebolisce la presunta natura oggettiva e fattuale dell'indagine causale.

Non è questa la sede per un'ampia discussione dell'analisi causale controfattuale; tuttavia, è importante ricordare che l'analisi controfattuale cui si ricorre non è così indeterminata quanto molti credono (218). Alcuni pensano che sia consentito, quando si intraprendono analisi causali controfattuali, creare un mondo controfattuale completo di ogni attore, evento o stato mentale immaginabile — per esempio, far entrare in scena un « secondo agente controfattuale » che avrebbe comunque infranto il vetro, o tagliato il filo elettrico del campanello prima che il pulsante venisse premuto — pensando così di eliminare, rispettivamente, o la forte necessità o la forte sufficienza, dalla condizione presa in esame per l'accertamento della causalità (219). Altri, pur astenendosi da tali irrilevanti fanta-

(212) Cfr., ad esempio, CHISHOLM, *Law Statements and Counterfactual Inference*, in *Analysis*, 1995, p. 97 ss.; LEWIS, *retro*, n. 113; RESCHER, *Belief-Contraventing Suppositions and the Problem of Contrary-to-Fact Conditionals*, in *Phil. Rev.*, 1961, p. 176 ss.; STALNAKER, *A Theory of Conditionals*, in *Studies in Logical Theory*, Oxford, 1968; STRACHAN, *The Scope and Application of the « But For » Causal Test*, in *Mod. L. Rev.*, 1970, p. 386 ss., 389-95; THOMSON, *retro*, n. 58, p. 481-84; WEINRIB, *A Step Forward in Factual Causation*, in *Mod. L. Rev.*, 1975, p. 518 ss., 529-33. Gli articoli di Chisholm, Lewis, Rescher e Stalnaker sono anche raccolti in *Causation and Conditionals*, cit., p. 147, 180, 156, 165 e discussi nell'introduzione, *Id.* p. 12-14.

(213) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 603-05; cfr. HORWITZ, *retro*, n. 10, *passim* (non esiste un concetto determinato e oggettivo di causalità).

(214) Cfr. CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 70-71 e n. 4, 106-08 (il concetto di causalità non ha un significato intrinseco); LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 109-10, 134 (sullo stesso punto).

(215) Cfr. MALONE, *Ruminations*, *retro*, n. 32, p. 67-68 e n. 9.

(216) Cfr. COLE, *retro*, n. 58, p. 482-87, 505-06 e n. 133, 768-97 e n. 16; GREEN, *Are There Dependable Rules of Causation?*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1929, p. 601 ss., 605; GREEN, *retro*, n. 33, p. 556-57, 559; MOORE, *retro*, n. 25, p. 506-10; THODE, *retro*, n. 33, p. 424-27 e n. 15 e 17, 431; THOMSON, *retro*, n. 58, p. 481-84.

(217) Cfr. EPSTEIN, *Strict Liability*, *retro*, n. 12, p. 160-61.

(218) Per quanto prima detto sull'argomento, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1803-07.

(219) THOMSON, *retro*, n. 58, p. 481-84. Moore segue l'esempio di Thomson, introdu-

sie, nondimeno speculano su quale sarebbe potuto essere il più probabile corso alternativo delle azioni dell'agente. Per esempio, considerando l'effetto causale prodotto da una persona che guida 10 miglia all'ora (mph) oltre i limiti di velocità, speculano su quella che sarebbe stata la più probabile velocità successiva — nove miglia all'ora oltre il limite, due miglia al di sotto o qualche altra velocità — e su quali probabili mutamenti nel suo comportamento potrebbero essere indotti dalla variazione di velocità (220). Entrambi i gruppi affermano che la costruzione di un mondo controfattuale è irrimediabilmente indeterminata e quindi inevitabilmente influenzata da convenzioni, aspettative o obiettivi politici (221).

Questi autori pensano, erroneamente, che l'indagine causale riguardi tutti gli ipotetici scenari che potrebbero essersi verificati, e non invece che serva a stabilire quali sono i processi causali operanti in uno scenario che si è verificato. Il solo problema nell'indagine causale è se la condizione in esame sia stata necessaria nella specifica occasione per la sufficienza di un insieme di condizioni antecedenti effettivamente verificatesi, che siano state sufficienti per il verificarsi del risultato, come richiesto dal test NESS. C'è un modo ovvio e diretto per risolvere la questione. Eliminiamo ipoteticamente la sola condizione in esame — per esempio, le dieci miglia orarie di eccesso di velocità, cioè l'aspetto illecito del comportamento del soggetto in esame — dalla serie sufficiente di condizioni antecedenti effettive (222); quindi, senza aggiungere o togliere nessun'altra condi-

cendo agenti o eventi immaginari nell'analisi causale controfattuale. MOORE, *retro*, n. 25, p. 506, 508-10. Comunque, sostiene che l'indeterminatezza può essere evitata ricorrendo a descrizioni finemente dettagliate che «individuino» gli eventi-simbolo nei diversi modi possibili. *Id.*, p. 510-11 e n. 68. Questo approccio è inadeguato per diverse ragioni. Innanzitutto, l'inviduazione permette, al massimo, di raggiungere la sola conclusione che la condizione esaminata era necessaria per — e quindi causa di — qualcosa di solitamente irrilevante, di un minuscolo dettaglio dell'evento invece che delle sue caratteristiche rilevanti. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1778-79. In secondo luogo, l'approccio comporta accertamenti di causalità in quasi tutti i casi, riducendo quindi l'analisi controfattuale ad una «banale verità». Cfr. MOORE, *retro*, n. 25, p. 512 n. 69. Terzo, come ho già osservato nel discutere la causalità sovradeterminata, questo approccio si trasforma spesso in un esercizio tautologico, nel quale le condizioni giudicate causalmente rilevanti sono incluse nella descrizione del risultato «così come si è verificato». Cfr. *retro*, testo alle n. 126-32.

(220) COLE, *retro*, n. 58, p. 769-71, 773-77, 783-85, 792-97; cfr. MALONE, *Ruminations*, *retro*, n. 32, p. 67; THODE, *retro*, n. 33, p. 426-27 e n. 17.

(221) Ad esempio, COLE, *retro*, n. 58, p. 769-85, 792-97; THODE, *retro*, n. 33, p. 426-27 e nn. 15 e 17; THOMSON, *retro*, n. 58, p. 481-84. Per una discussione degli argomenti di Cole e Thode, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1805-07. Per una discussione degli argomenti della Thomson, cfr. *retro*, n. 108.

(222) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 51-53, 64-67; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1806-07. Se la

zione, determiniamo — contrapponendo le restanti condizioni dell'insieme alla generalizzazione causale applicabile — se l'insieme sia ancora sufficiente per il verificarsi del risultato (223). L'esito di questa indagine causale dipende dalla nostra conoscenza empirica delle condizioni che erano in essere e dalle generalizzazioni causali forse applicabili, non da considerazioni politiche. Qualsiasi forma di indeterminazione può derivare solamente da difetti della nostra conoscenza empirica, piuttosto che dalla inesistente indeterminazione del contesto controfattuale.

David Lewis obietta che, quando si costruisce un possibile mondo controfattuale, è impossibile eliminare la sola condizione in esame, si devono anche cambiare le condizioni antecedenti che hanno prodotto la condizione in esame oppure le leggi causali che la collegano a quelle condizioni antecedenti. Perciò, al massimo, possiamo costruire solo il più adeguato « mondo simile » (224). Questo è un argomento ben fondato, tuttavia credo che contribuisca unicamente a rafforzare il ragionamento svolto in precedenza. Nell'indagine causale, noi non stiamo tentando — non dovremmo tentare — di costruire un possibile mondo controfattuale. Al contrario, stiamo tentando di determinare quali generalizzazioni causali si siano concretizzate nel mondo reale dalle condizioni che sono state verificate in una particolare occasione. Perciò, non abbiamo bisogno di modificare nessuna generalizzazione causale, né dobbiamo preoccuparci di cambiare le condizioni antecedenti che hanno prodotto la condizione in esame. Gli effetti di queste condizioni antecedenti sono incorporati nello specifico insieme sufficiente di condizioni

condizione in esame è stata l'omissione di qualcosa, allora la sua eliminazione consiste nell'aggiunta di qualcosa. BECHT-MILLER, *retro*, n. 31, p. 21-24, 34-35, 38-41, 88-89; HART-HONORE, *retro*, n. 13, p. 453-55.

(223) Questo metodo analitico evita il problema degli effetti collaterali o epifenomi, che è un classico controesempio della teoria della regolarità. Cfr., ad esempio, MACKIE, *retro*, n. 51, p. 33-34, 51-52, 83-85; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 55-57; LEWIS, *retro*, n. 113, p. 556-57, 566. Un effetto collaterale o epifenomeno è un effetto che ha una causa in comune con l'evento in questione, ma che non ha a sua volta un effetto causale su di esso, un secondo ramo indipendente che si diparte dallo stesso nodo della rete causale. L'insieme delle condizioni antecedenti effettive che contiene l'effetto collaterale non è sufficiente per il verificarsi dell'evento finché non vi si include anche la causa comune, ma se la causa comune viene inclusa, l'effetto collaterale non è necessario per la sufficienza dell'insieme e quindi non assurge a causa dell'evento. Cfr. LYON, *retro*, n. 113, p. 9-11.

(224) LEWIS, *Counterfactuals*, Oxford, 1973; cfr. *Id.* p. 72-77. Per una critica all'approccio del « mondo simile » di Lewis, cfr. KIM, *Causes and Counterfactuals*, in *J. Phil.*, 1973, p. 570 ss., ristampato in *Causation and Conditionals*, cit., p. 192 ss.; MOORE, *retro*, n. 25, p. 509-10.

esistenti, il che ci dà uno spaccato temporale della rete causale che si va sviluppando. Quando noi eliminiamo mentalmente la condizione in esame, eliminiamo automaticamente dall'ipotesi gli effetti delle condizioni antecedenti, nella misura in cui queste ultime operano attraverso la condizione in esame.

Anche la condizione in esame non viene realmente eliminata in questa analisi causale « controfattuale », ma si cerca piuttosto di farla rientrare nel quadro, in quanto parte della completa concretizzazione di una qualche generalizzazione causale cui si potrebbe far ricorso. Anche se si adotta un linguaggio controfattuale, si tratta solo di condizioni reali in un mondo reale. Il controfattuale è solo un semplice espediente tecnico per separare concettualmente la condizione reale presa in esame dalle altre condizioni reali, allorché si cercano di abbinare le condizioni con le generalizzazioni causali cui si può far ricorso, in modo tale da essere certi che la condizione in esame non sia stata erroneamente inclusa in un insieme già sufficiente o trattata come parte di un insieme che si suppone sufficiente, ma che in realtà non lo è perché si è verificata una causa alternativa ipotetica.

In sintesi, quando ricorriamo ai controfattuali nell'indagine causale, stiamo semplicemente facendo rientrare argomentazioni o affermazioni negli effetti reali di differenti condizioni antecedenti effettive (225). L'indagine causale è controfattuale solo in questo senso molto limitato. Descrivere l'analisi causale come controfattuale, invece, può rivelarsi inappropriato ed è stato dimostrato che è certamente fuorviante. In ogni caso, dovrebbe essere chiaro che un'analisi causale adeguata non si basa su considerazioni politiche, e nemmeno giustifica il ricorrervi; al contrario, l'analisi causale si basa solamente sulla nostra conoscenza empirica delle condizioni che effettivamente si sono verificate in una particolare occasione e delle possibili generalizzazioni causali applicabili: in tale conoscenza trova il suo unico limite. Quanti si rallegrano o paventano che l'analisi causale sia una forma di analisi controfattuale indeterminata e dipendente dalla politica fraintendono il ruolo dell'elemento controfattuale nell'analisi causale.

(225) Cfr. BEAUCHAMP-ROSENBERG, *retro*, n. 58, p. 145-48, 160-64; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 64-67, 199, 201-03.

SEZIONE IV

Causalità, probabilità e prova.

1. Il concetto non causale di « causalità probabilistica ». — Sfortunatamente, la confusione sulla causalità non può essere fugata semplicemente offrendo un supporto positivo, non importa quanto forte, per l'interpretazione NESS della causalità. Dalla confusione che, nonostante la sua ovvia improduttività, continua ad attirare un numero crescente di aderenti, almeno tra i giuristi accademici, ha avuto origine il concetto di « causalità probabilistica ». Secondo i fautori della « causalità probabilistica », una condizione è causa di qualche evento se ha aumentato la probabilità — il rischio — che l'evento si verifichi (226). Secondo questo approccio, una condizione sarebbe causa di un qualche evento anche se quest'ultimo non si è verificato realmente: tutto ciò che si richiede è che la condizione abbia aumentato la probabilità che l'evento si verifichi (227).

Questo è un concetto veramente bizzarro di causalità. Come può una condizione essere causa di un evento che non si verifica? Persino nel caso in cui l'evento si verifichi, noi tutti ammettiamo che una condizione può aumentare la probabilità che l'evento si verifichi nel contesto di un processo causale A, e tuttavia può anche non aver contribuito al suo effettivo verificarsi, che è dovuto invece al processo causale B: le altre condizioni richieste per completare il processo causale A possono non essere presenti, oppure il processo causale B può aver prevenuto il processo causale A (228). Per contro, è anche chiaro che una condizione può essere causa di un evento anche se non ha alcun effetto sulla probabilità che l'evento si verifichi, o addirittura diminuisce le probabilità del suo verificarsi (229).

Il concetto non causale di « causalità probabilistica » è nato con i Giuristi economisti ed ha il loro appoggio pressoché una-

(226) Cfr. bibliografia citata *retro*, n. 17 e *infra*, n. 232-34.

(227) Cfr., ad esempio, CALABRESI, *retro*, n. 10, p. 71-72, 78-81, 98; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 739 e n. 101.

(228) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 48-49, 469-71, 485-88; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 591; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1794-98, 1801-02, 1804, 1823-24; WRIGHT, *Bane*, *retro*, n. 5, p. 445-49, 453-54; *retro*, testo alle n. 118-22.

(229) Cfr. RIZZO, *retro*, n. 10, p. 403-04 e n. 11 (citando HESSLOW, *Two Notes on the Probabilistic Approach to Causality*, in *Phil. Sci.*, 1976, p. 290 ss.); WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1792-93, 1795-97, 1801-02.

nime (230). Come ho già detto in altre occasioni, la versione *ex ante* del concetto è indispensabile per la teoria dell'efficienza nel contesto della responsabilità per danno, che si preoccupa solamente degli incentivi *ex ante* ad un comportamento efficiente (231). Recentemente, il concetto, sia nella versione *ex ante* che in quella *ex post*, ha attirato altri sostenitori, compresi i Critici (232), alcuni dei Liberatori (233), nonché i tradizionalisti, preoccupati della nostra incapacità di pronunciare giudizi causali determinati nel caso di lesioni manifestatesi in determinate tipologie di casi giurisprudenziali (234).

Ognuno dei gruppi che sostengono il concetto causale probabilistico dell'aumento del rischio ha tratto incoraggiamento dall'osservazione che, nel pronunciare giudizi causali, si ricorre a generalizzazioni causali che sono implicitamente probabilistiche, in quanto descrivono quel che accade di solito o spesso, ma non ciò che accade sempre (235). Questa osservazione rappresenta il punto di partenza fondamentale per un altro gruppo di giuristi accademici, che concentrano la loro attenzione sulle regole probatorie invece che sulla responsabilità per danno. Quello che questi studiosi della prova sostengono è che, dato che ogni prova è in definitiva probabilistica — nel senso descritto prima — non c'è nessun motivo per il quale le corti debbano rifiutarsi di accettare la prova statistica astratta come

(230) Cfr. la bibliografia citata *retro*, n. 17. Ma cfr. GRADY, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, in *Yale L.J.*, 1983, p. 799 ss., 804-05 e n. 21, 827-29 e n. 67 (che fa affidamento sul tradizionale *test but for*).

(231) Cfr. WRIGHT, *Bane*, *retro*, n. 5; WRIGHT, *Efficiency Theory*, *retro*, n. 5, p. 567-73; cfr. altresì ROBINSON, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, in *J. Legal Stud.*, 1985, p. 779 ss., 793-94 (che richiede una valutazione *ex ante* del rischio).

(232) Cfr. ABEL, *Torts*, *retro*, n. 21, p. 191; HORWITZ, *retro*, n. 10, p. 204, 210-11, 212 n. 10; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 591-601.

(233) Cfr. RIZZO, *retro*, n. 17, p. 1009-16, 1037-38; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12. Ma cfr. *infra*, testo alle note 257-60.

(234) Cfr. CHRISTIE, *Cases and Materials on The Law of Torts*, St. Paul, 1983, p. 246 (secondo paragrafo); HARPER, JAMES-GRAY, *The Law of Torts*, 2ª ed. suppl. Aspen, 1988, vol. 4, § 20.2, p. 242; FRASER-HOWARTH, *retro*, n. 58, p. 137-41 (causa attuariale); ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 738-39 e n. 101, 758-60, 764-65 e note. 166, 168; ROBINSON, *retro*, n. 231; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 855-59, 869-74. Cfr., in generale, HENDERSON-PEARSON, *The Torts Process*, 2ª ed. Gaithersburg, 1981, p. 119-27.

(235) Cfr. *DePass v. United States* (Settimo Circuito, 1983), 721 F.2d 203, 207 (giudice POSNER, dissenziente); KELMAN, *retro*, n. 10, p. 591-93; RIZZO, *retro*, n. 17, p. 1009, 1012-13; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12, p. 1408-09 n. 54; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 764-65; ROBINSON, *retro*, n. 231, p. 780-81 e n. 3, 792 n. 30; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 870; cfr. altresì SALMON, *retro*, n. 113, p. 184-90; SUPPES, *A Probabilistic Theory of Causality*, Amsterdam, 1970, p. 7-8.

prova della causalità o come prova di identità (236). I teorici della responsabilità per danno hanno preso a prestito questa argomentazione per rafforzare la loro interpretazione della causalità come aumento del rischio (237).

Per completare la potatura dei rovi, debbo passare in rassegna le argomentazioni dei sostenitori della probabilità. Nel paragrafo 2 spiego le differenze ed le correlazioni tra leggi causali, generalizzazioni causali ed enunciati causali singoli e uso queste distinzioni per sottolineare che la mera prova dell'aumento del rischio o di un'alta probabilità non è sufficiente per stabilire la sussistenza del rapporto causale. Nel paragrafo 3 discuto della base causale della prova, per spiegare e difendere il rifiuto, da parte delle Corti, di accettare prove statistiche astratte. Infine, nella sezione V, mi servo delle distinzioni e delle correlazioni elaborate in questi paragrafi per discutere i problemi causali sollevati dall'esposizione al rischio (238).

2. *Il ruolo della probabilità nelle leggi causali, nelle generalizzazioni causali e negli enunciati causali singolari.* — I sostenitori del concetto di attribuzione causale *ex post* non negano che nel giudizio

(236) Ad esempio, ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 401 ss., 402 e note 10 e 11, 412-15, 420-21, 428-30 e note 66 e 67; BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, in *Vand. L. Rev.*, 1961, p. 807 ss., 807-08, 810-12, 818-22; BROOK, *The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases and Controversy*, in *St. Louis U.L.J.*, 1985, p. 293 ss., 323-40 e n. 151, 348-49; KAYE, *The Laws of Probability and the Law of the Land*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1979, p. 34 ss., 38-40 e note. 21, 45 [d'ora in poi KAYE, *Laws*]; KAYE, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, in *Am. B. Found. Res. J.*, 1982, p. 487 ss., 488-89, 492 n. 22, 514 [d'ora in poi KAYE, *Limits*]; KAYE, *The Paradox of the Gatecrasher and Other Stories*, in *Ariz. St. L.J.*, 1979, p. 101 ss. [d'ora in poi KAYE, *Gatecrasher*]; SAKS-KIDD, *Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics*, in *Law and Soc'y Rev.*, 1981, p. 123 ss., 149-54; SCHMALBECK, *The Trouble with Statistical Evidence*, in *Law and Contemp. Probs.*, 1986, p. 221 ss., 223-25, 232-36; TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 1971, p. 1329 ss., 1330 n. 2, 1341 n. 37, 1344-50 e note 45, 65 e 66, 1361 e n. 102; cfr. WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 304-05 (che accetta la distinzione tra nude statistiche e prova particolaristica, benché la definisca « illogica »).

(237) Ad esempio, *DePass v. United States* (Settimo Circuito, 1983), 721 F.2d 203, 207 (giudice Posner, dissenziente); ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 764-65 e n. 166, 167, 168 e 169; ROBINSON, *retro*, n. 231, p. 780 e n. 3; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 870-73; cfr. altresì KELMAN, *retro*, n. 10, p. 591-93 e n. 31, discusso *infra*, testo alle note 300-27. Non è chiaro se il giudice Posner, nel caso *DePass*, appoggi l'uso di tutti i tipi di statistiche, comprese le nude statistiche, o solo delle statistiche causalmente rilevanti.

(238) Cfr. *infra*, testo alle note 343-407.

di causalità effettiva *ex post* rientrino delle probabilità (239); anzi, insistono nel sottolineare che, a causa delle nostre limitate conoscenze, i giudizi causali devono basarsi su generalizzazioni causali che sono espresse in termini implicitamente probabilistici (240). Tuttavia ribadiscono altresì che è sbagliato presumere, semplicemente perché nell'enunciazione di giudizi causali singoli sono coinvolte probabilità, che la causalità equivalga ad un mero incremento della probabilità (241) o che le nude statistiche costituiscano un'evidenza probatoria nel contesto dell'accertamento causale (242). Chi si attesta su queste posizioni non è riuscito a comprendere le distinzioni e le correlazioni esistenti tra le leggi causali, le generalizzazioni causali e gli enunciati causali singoli.

Una legge causale descrive un rapporto causale invariabile, non probabilistico, tra alcuni insiemi pienamente specificati di condizioni antecedenti NESS e un certo evento: ogniqualvolta le condizioni elencate si presentano insieme, l'evento inevitabilmente si verifica (243). Sia le condizioni antecedenti che l'evento sono descritti come tipi astratti, che non possono di per sé stessi essere causa di alcunché (244). Un *singolo giudizio causale* vero e proprio consiste nella completa ed effettiva concretizzazione di una legge causale, in un caso particolare. Ogni condizione antecedente reale che faccia parte di questa completa concretizzazione della legge causale è una causa NESS dell'evento verificatosi. Tuttavia, ognuna di queste condizioni è una causa solo se la legge causale si è completamente concretizzata, cioè se anche tutte le altre condizioni antecedenti astratte e l'evento astratto specificati nella legge causale si sono anch'essi concretizzati (245).

A causa di una conoscenza imperfetta, siamo in grado solo raramente, se non mai, di specificare pienamente una legge causale. Ricorriamo perciò a *generalizzazioni causali*, che specificano non

(239) *Contra* KELMAN, *retro*, n. 10, p. 591, 601; cfr. altresì ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 870 (la cui visione implica che chi propone la prova particolaristica la consideri come la prova che fornisce « una conoscenza diretta e reale del rapporto causale »).

(240) Ad esempio, HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 31-32, 44-48; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 66-76; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 62-66; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1822-24; *retro*, testo alle note 158-60; *infra*, testo alle note 245-49.

(241) HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 48-49, 469-71, 485-88; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 49-50; PAPINEAU, *retro*, n. 98; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1822-24.

(242) WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1822-23, 1825-26.

(243) Cfr. *retro*, testo alle note 99-100.

(244) Cfr. *retro*, n. 171 e testo alle note 171-72.

(245) Cfr. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 63-66, 260-62; *retro*, testo alle note 100, 155-74.

tutte, bensì solo alcune delle condizioni antecedenti astratte che saranno rinvenute nelle leggi causali pienamente specificate (246). Quindi, anche se, in una particolare occasione, l'evento e tutte le condizioni antecedenti note, specificate in una generalizzazione causale, si sono concretizzate, non possiamo essere *certi* che una qualunque delle condizioni antecedenti effettive sia stata causa dell'accadimento reale, perché non possiamo essere sicuri che si siano concretizzate tutte le condizioni antecedenti ignote, che devono venire aggiunte alla generalizzazione causale per trasformarla in una legge causale pienamente specificata.

Ciononostante, noi possiamo formulare e formuliamo giudizi causali singoli pienamente giustificabili, nonostante la nostra conoscenza incompleta delle leggi causali e dei dettagli degli accadimenti reali. Nel nostro mondo di conoscenze imperfette, un enunciato causale singolo esprime la convinzione che una legge causale non completamente conosciuta, rappresentata attraverso una qualche generalizzazione causale, si è completamente concretizzata in una particolare occasione e che la condizione che si ritiene sia la causa è un elemento NESS della completa concretizzazione della legge causale (247).

Più precisamente, quando affermiamo che una particolare condizione antecedente effettiva è stata causa di qualche accadimento reale, stiamo affermando che (1) l'accadimento reale e la condizione antecedente effettiva sono la concretizzazione di un evento astratto e di una condizione antecedente astratta specificati in qualche generalizzazione causale; (2) tutte le altre condizioni antecedenti astratte, se mai ve ne siano, specificate in quella generalizzazione causale, si sono a loro volta concretizzate, o almeno non c'è motivo di credere che non lo siano state e (3) si devono essere concretizzate anche tutte le condizioni antecedenti astratte non note che completano la legge causale. Questa terza affermazione, che non è così scontata, è un'inferenza tratta dalla probabilità sufficientemente alta che quella particolare generalizzazione causale possa essere applicabile nelle circostanze specifiche e dalla probabilità sufficientemente bassa che si debba invece far riferimento ad una qualunque generalizzazione causale alternativa (248).

(246) Cfr. la bibliografia *retro*, n. 240.

(247) Cfr. *retro*, testo alle note 155-72.

(248) Cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 31-32, 44-49, 111-13; MACKIE, *retro*, n. 51, p. 66-76, 78-79, 121-24.

La prova della causalità consiste nel provare queste tre affermazioni. Così, per provare che una specifica condizione è stata causa di un particolare accadimento, si deve ovviamente stabilire che sia la condizione che l'evento si sono entrambi verificati e che qualche generalizzazione causale credibile collega condizioni di quel tipo a eventi di quel tipo. La prova sarà corroborata dalla circostanza che anche le altre condizioni note, che fanno parte della generalizzazione causale, si sono verificate. Per converso, non ci sarà alcuna prova della causalità se si stabilirà che qualcuna delle condizioni richieste non si è verificata. Infine, bisogna tenere distinte tutte le generalizzazioni causali applicabili in alternativa, confutandole o suscitando dubbi sostanziali sulla concretizzazione di una o più delle condizioni richieste dalla generalizzazione alternativa (249).

Diversamente, il solo requisito evidente di una « causa probabilistica » è che si tratti della concretizzazione di una delle condizioni antecedenti astratte collegata all'evento astratto da una generalizzazione causale. Non è necessario che l'evento astratto in sé si sia concretizzato, anche se spesso si presume che lo sia stato. Non si richiede nessuna prova che le altre condizioni antecedenti astratte della generalizzazione causale siano state concretizzate. Infine, le altre generalizzazioni causali che potrebbero essere applicabili non devono essere tenute distinte (250). Pertanto, la prova che una condizione reale sia stata una « causa probabilistica » di qualche effetto è, al massimo, solo una prova della circostanza che è aumentato il rischio del verificarsi dell'evento, non è una prova del fatto che la condizione è causa dell'evento stesso, specialmente quando quest'ultimo non si è nemmeno verificato!

I tentativi più promettenti di definire la causalità in termini di aumento del rischio fanno affidamento su probabilità calcolate *ex post*, alla luce di tutte le condizioni che si sono realmente verificate (251). David Papineau ha demolito questi tentativi in modo

(249) Cfr. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 207-13, 252-55; HARPER, JAMES, GRAY, *retro*, n. 234, § 20.2, p. 93-101 e n. 8, 107-10 e note 40, 43, 44 e 49; LLEWELLYN, *retro*, n. 4, p. 30; KAYE-AICKIN, *A Comment on Causal Apportionment*, in *J. Legal Stud.*, 1984, p. 191 ss., 193-94 e n. 18; PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 62-66; ROYAL, *The Defense of Medical Causation*, in *Trial*, 1987, p. 40 ss., 42; SCRIVEN, *Structure*, *retro*, n. 58, p. 413-14. Nei casi di causalità addizionale, possono essere applicabili più generalizzazioni causali.

(250) Cfr. *retro*, testo alle note 226-27.

(251) Cfr. SALMON, *retro*, n. 113; SALMON, JEFFREY, GREENO, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, Pittsburgh, 1971; SUPPES, *retro*, n. 235; cfr. altresì KELMAN, *retro*, n. 10, p. 601, 608-09 (approccio MEPS).

molto convincente (252). Preliminarmente, egli sottolinea che le probabilità *ex post* possono essere causa di fraintendimenti, a meno che non si basino su una « suddivisione omogenea » delle caratteristiche di un accadimento, all'interno di « classi di riferimento » contrastanti, basate su tipologie di caratteristiche, fino a che nessuna ulteriore suddivisione alteri la probabilità associata ad ogni classe di riferimento (253). Per esempio, per determinare la grandezza del rischio associato ad un particolare verificarsi di un cancro polmonare, si potrebbe in primo luogo distinguere tra fumatori e non fumatori, poi si potrebbe distinguere tra fumatori che sono stati esposti all'asbesto e quelli che non lo sono stati, e così via.

Tuttavia, Papineau osserva che questa suddivisione secondo classi di riferimento associate a probabilità serve solamente ad individuare le classi di riferimento che potrebbero essere applicabili, cioè le generalizzazioni causali. Tutt'al più, le probabilità risultanti rappresentano una prova a favore dell'applicabilità di generalizzazioni causali diverse; non indicano di per sé quale delle generalizzazioni causali potenzialmente applicabili si applichi realmente al particolare evento concreto (254).

Per individuare la generalizzazione causale realmente applicabile, sarebbe necessaria una suddivisione completa, che prenda in considerazione tutte le possibili combinazioni delle caratteristiche concrete. Allora, in un mondo deterministico, avremmo individuato gli insiemi realmente sufficienti con probabilità uno, e gli insiemi insufficienti con probabilità zero. L'approccio probabilistico, cioè, avrebbe perso la sua qualità probabilistica e ricadrebbe nell'approccio deterministico NESS (255). Anche qui, l'approccio dell'« au-

(252) Cfr. PAPINEAU, *retro*, n. 98.

(253) Cfr. *Id.*, p. 57-59, 65. Papineau afferma che, per la causalità probabilistica basata sull'aumento del rischio, a differenza che per l'alta probabilità richiesta, la suddivisione non deve essere necessariamente omogenea, ma deve invece includere solo tutte le possibili combinazioni di presenza o assenza delle possibili « opzioni di selezione », cioè delle cause sia dell'evento che di un effetto collaterale, per evitare di considerare gli effetti collaterali come cause spurie. *Id.*, p. 59-61, 64. Ma ci dovrebbe essere una suddivisione completa, basata su tutte le possibili combinazioni di tipologie di caratteristiche, anche adottando il criterio dell'aumento del rischio, per garantire che non sia stata sottovalutata qualche caratteristica causalmente rilevante o qualche opzione rilevante per la selezione. Cfr. PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 72-73; cfr. SALMON, *retro*, n. 113, p. 74, 76, 81-82 (che sottolinea le difficoltà che si incontrano nell'individuare le classi di riferimento non banali — cioè non deterministiche — e omogenee).

(254) PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 64-65.

(255) *Id.*, p. 66. Il ragionamento di Papineau suggerisce che una suddivisione completa riuscirebbe ad individuare le cause reali anche in un mondo non deterministico. Cfr. *Id.*,

mento delle probabilità » non riuscirebbe ad individuare le cause addizionali. Una causa addizionale non produrrebbe un aumento delle probabilità, perché la probabilità, data la presenza di altre cause addizionali indipendentemente sufficienti, sarebbe già di uno (256).

Mario Rizzo, che in precedenza è stato il principale difensore della « causalità probabilistica » *ex post* nel diritto (257), ha recentemente accettato le argomentazioni di Papineau (258). Rizzo fa però un piccolo passo indietro quando cerca di applicare la tecnica delle classi di riferimento dei probabilisti per appoggiare lo sforzo dei Libertari di fondare la responsabilità su una distinzione tra cause « del senso comune » e cause *but for*. Egli discute di un caso ipotetico in cui Smith, alla guida della sua automobile, per negligenza investe un pedone, Jones, che riporta delle lesioni (259). Rizzo sostiene che i genitori di Smith non sono una causa delle lesioni, perché una suddivisione della classe di riferimento, costituita dalle persone che hanno subito lesioni, tra coloro che sono stati colpiti da una macchina guidata da una persona nata e coloro che

p. 66-68. Tuttavia, dal momento che le probabilità, in un mondo non deterministico, non sarebbero né zero né uno, bensì un valore compreso in questo intervallo, non vi sarebbe alcun modo, adottando il criterio dell'aumento del rischio, di operare una selezione tra le classi — le generalizzazioni causali potenzialmente applicabili — dal momento che ciascuna di esse, date le altre, produrrebbe un aumento marginale della probabilità. Ad esempio, se ci fossero solo due classi omogenee con probabilità associate indipendenti, rispettivamente di 0,8 e 0,6, la probabilità combinata sarebbe 0,92 ($1 - 0,2 \times 0,4$), cosicché l'aumento marginale dovuto alla prima, data la seconda, sarebbe 0,32 e quello dovuto alla seconda, data la prima, sarebbe 0,12. Papineau sostiene altresì che, in un mondo non deterministico, potremmo solo dire che in una particolare situazione ciò che è stato causato è la probabilità del risultato, non il risultato stesso. *Id.*, p. 71-72. Tutti e due gli elementi di questa asserzione sono discutibili: l'esistenza stessa di probabilità oggettive o propensioni intrinseche in ogni concretizzazione di una tipologia di evento, è problematica mentre, al contrario, considerare il più adeguato « lancio del dado » un elemento NESS vuol dire spiegare la causazione dell'evento stesso, quanto meno nel caso in cui si possa affermare l'esistenza degli altri elementi NESS (deterministici) ed eliminare le altre generalizzazioni causali potenzialmente applicabili. Cfr. *retro*, testo alle note 143-50.

(256) Cfr. PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 66.

(257) Cfr. RIZZO, *retro*, n. 17; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12.

(258) RIZZO, *retro*, n. 10, p. 403 e n. 10 (che cita PAPINEAU, *retro*, n. 98). Rizzo ora circoscrive la causalità probabilistica ai processi causali stocastici (non deterministici) ed interpreta la probabilità come propensione o come intrinseca tendenza fisica implicita del procedimento. RIZZO, *retro*, n. 10, p. 403, 405. Come puntualizza Mackie, l'esistenza di queste propensione o tendenze fisiche, o persino di processi stocastici che tendano nel lungo termine a determinate frequenze limite, è problematica. MACKIE, *retro*, n. 51, p. 239-47; cfr. *retro*, testo alle note 145-48.

(259) RIZZO, *retro*, n. 10, p. 401.

sono stati colpiti da una macchina guidata da una persona non nata, è priva di senso (260).

Tuttavia, è vero il contrario: la suddivisione è priva di utilità, perché *troppo* rilevante. Almeno nel nostro mondo, non è possibile guidare un'auto senza essere nato. D'altra parte, una suddivisione dei pedoni feriti tra quelli investiti da un'auto e quelli non investiti da un'auto indica la rilevanza causale dell'auto in movimento, e non — come dice Rizzo (261) — la rilevanza della guida di Smith. Un'ulteriore suddivisione dei danneggiati da un'auto in movimento in danneggiati da un'auto con conducente e danneggiati da un'auto « impazzita » — senza conducente — dimostrerebbe probabilmente una più elevata incidenza di lesioni per le auto senza conducente rispetto a quelle con conducente. Ciò dimostra forse l'irrilevanza causale della guida di Smith? Chiaramente no. Le suddivisioni indicano semplicemente le generalizzazioni causali potenzialmente applicabili, ma non escludono di per sé nessuna generalizzazione che abbia una probabilità positiva di venir applicata alla luce delle condizioni che si sono verificate (262).

Quando cerchiamo di compiere attribuzioni causali singole, le probabilità calcolate *ex ante*, alla luce di quelle condizioni soltanto che erano in essere al momento del verificarsi della condizione in esame (263), sono ovviamente molto meno utili delle probabilità calcolate *ex post*, alla luce di tutte le condizioni che si sono verificate nel frattempo e anche dell'evento verificatosi. Le probabilità *ex ante* sono utili solo per prevedere che cosa è verosimile che accada in futuro, e non per spiegare cosa è realmente accaduto, e sono di un'utilità limitata persino per quanto concerne le previsioni causali (264). Come ho già osservato in precedenza, l'attenzione dei Giuristi economisti per gli incentivi *ex ante* ad un comportamento efficiente li costringe a far ricorso a probabilità *ex ante* (265), anche

(260) *Id.*, p. 402.

(261) *Id.*, *op. loc. cit.*

(262) Rizzo, conformemente alla posizione libertaria, non riesce ad utilizzare la caratteristica fortemente rilevante — la negligenza del conducente — per suddividere ogni classe. Cfr. *Id.*, p. 401-02; *retro*, testo alle note 12-13.

(263) I calcoli di queste probabilità *ex ante* corrispondono all'approccio *ex ante* puro di Kelman. Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 601, 608. Come i Giuristi economisti, Kelman a volte confonde le probabilità *ex ante* con le probabilità *ex post*. Cfr. *Id.*, p. 608-17.

(264) Per una discussione sulla distinzione fondamentale tra spiegazione causale e previsione causale, cfr. HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 46-49; SCRIVEN, *Structure*, *retro*, n. 58, p. 414-15; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1823-24.

(265) Cfr. *retro*, testo alle note 230-31.

se talvolta se ne dimenticano e cercano di utilizzare probabilità *ex post* per far sì che le loro teorie appaiano più plausibili (266).

Come ho già precedentemente affermato, persino le probabilità positive calcolate *ex post* non costituiscono di per sé la causalità, ma ne forniscono piuttosto semplicemente la prova. Inoltre, una probabilità positiva, non importa quanto alta, è di per sé una prova insufficiente della causalità effettiva. Per affermare la concretizzazione completa della legge causale implicita nella generalizzazione causale cui la probabilità è associata, le altre generalizzazioni causali alternative, suggerite dall'evidenza, devono essere escluse perché o inapplicabili per mancanza di qualche elemento necessario, o non plausibili perché la probabilità che si concretizzino è minima (267).

3. *La base causale della prova: prova particolaristica, probabilità causali ex ante ed ex post, nude statistiche e gradi di convincimento.*

— La discussione che precede sul ruolo delle probabilità nella prova della causalità ci aiuta a dare risposta al problema più generale della rilevanza dei diversi tipi di probabilità per la prova in genere. Di solito, il problema è che cosa sia successo — e anche come è successo e chi lo ha fatto — anche se talvolta il problema è quello di determinare che cosa ci si aspetta che accada: per esempio, una diminuzione delle aspettative di vita o della capacità di reddito, come elementi del danno. La prova, cioè, riguarda in genere o la spiegazione causale o la previsione causale. In entrambi i casi, noi prendiamo in considerazione l'evidenza concreta, specifica per il caso in esame, e gli elementi astratti delle generalizzazioni causali potenzialmente applicabili e valutiamo le probabilità associate.

Se il problema è di vedere che cosa ci si aspetta che accada, usiamo le probabilità *ex ante* associate alle diverse generalizzazioni causali potenzialmente applicabili, per scegliere l'evento con la più alta probabilità *ex ante* o per calcolare l'evento atteso in modo ponderato. Invece, se il problema è di vedere che cosa sia realmente accaduto in una particolare occasione, dobbiamo essere in grado di concludere che una particolare generalizzazione causale e la sotto-

(266) Cfr., ad esempio, LANDES-POSNER, *retro*, n. 25, p. 228-55; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, *passim*; SHAVELL, *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, in *J.L. and Econ.*, 1985, p. 587 ss., *passim*. Sulla frequente confusione tra prospettiva *ex ante* e giudizio *ex post* da parte dei Giuristi Economisti, cfr. WRIGHT, *Bane*, *retro*, n. 5, *passim*; WRIGHT, *Efficiency Theory*, *retro*, n. 5, p. 569-70.

(267) Cfr. PAPINEAU, *retro*, n. 98, p. 64-65; *retro*, testo alle note 248-56, 262.

stante legge causale si sono pienamente concretizzate nel caso particolare (268). Come ho già sottolineato in precedenza, ciò richiede (1) che la concreta evidenza, specifica del caso particolare, sia la concretizzazione degli elementi astratti della generalizzazione causale e (2) che qualsiasi altra generalizzazione causale alternativa possa venire esclusa perché, o inapplicabile, dato che qualche elemento necessario non si è concretizzato, o non plausibile, perché la probabilità *ex post* associata ad ogni diversa generalizzazione causale è relativamente minima (269).

Una volta riconosciuto che la prova, generalmente, riguarda una spiegazione causale o una predizione causale, possiamo spiegare il diverso trattamento accordato ai diversi tipi di prova presentata: « prova particolaristica », probabilità causale *ex post* o *ex ante*, « nude statistiche ». Un elemento di « prova particolaristica » è una caratteristica concreta di un singolo caso che concretizza uno degli elementi astratti della generalizzazione causale potenzialmente applicabile, o ne nega la concretizzazione. Una probabilità causale *ex post* è la probabilità specifica di un caso particolare, basata solamente sull'evidenza particolaristica specifica per quel particolare caso, che la legge causale sottostante la generalizzazione causale potenzialmente applicabile si è pienamente concretizzata nel caso in esame. Una probabilità causale *ex ante* è una probabilità astratta basata su una classe astratta, indipendente dalla prova particolaristica specifica per quel caso particolare, che la legge causale sottostante alla generalizzazione si è pienamente concretizzata se anche la generalizzazione causale si è pienamente concretizzata. Una « nuda statistica » è un rapporto numerico relativo ad un raggruppamento accidentale, che non solo non concretizza un elemento astratto della generalizzazione causale possibilmente applicabile, ma non rappresenta neppure una probabilità associata ad una qualsiasi generalizzazione di questo tipo: per esempio, le probabilità che il

(268) Cfr. *People v. Risley* (1915), 214 N. Y. 75, 86, 108 N. E. 200, 203. Per semplificare il discorso, parto dal presupposto che il particolare accadimento sia spiegato da una singola generalizzazione causale e dalla legge causale sottostante. In realtà, un particolare accadimento implica normalmente una rete di processi causali ed è, quindi, spiegato da generalizzazioni causali multiple coerenti tra loro e dalle leggi causali sottostanti. Il processo di prova è il medesimo, sia nel caso in cui riguardi un solo processo causale, sia qualora ne coinvolga molti.

(269) Cfr. *retro*, testo alle note 248-49, 267.

10% delle auto parcheggiate in un determinato isolato, in un determinato momento, siano blu (270).

I giudici si sono generalmente rifiutati di accettare le nude statistiche (271) e le probabilità causali *ex ante* (272) come prova di ciò che si è realmente verificato in una particolare occasione, insistendo, al contrario, sull'evidenza particolaristica e sulle probabilità causali *ex post* basate su questo tipo di prova (273). Queste distin-

(270) L'uso del termine « nude statistiche » in riferimento a questo tipo di prove è stato coniato, credo, da David Kaye. Cfr. KAYE, *Naked Statistical Evidence (Book Review)*, in *Yale L.J.*, 1980, p. 601 ss., 603. Comunque, Kaye e gli altri utilizzano il termine sia in senso più ampio, che in senso più ristretto di quello a cui mi riferisco io in questa sede. Io applico il termine ad ogni statistica che non sia correlata ad una generalizzazione causale potenzialmente applicabile, indipendentemente dal fatto che la statistica sia esplicitamente quantificata. Kaye e gli altri applicano spesso il termine a qualunque statistica esplicitamente quantificata, correlata o meno ad una generalizzazione causale. Cfr., ad esempio, KAYE, *Limits*, retro, n. 236, p. 490, 492 e n. 22. A volte, per evidenziare le pronunce giudiziali sfavorevoli, Kaye e gli altri si rifiutano di applicare il termine a statistiche non quantificate — benché sia chiaro che implicitamente siano tali — o a situazioni in cui è stata presentata anche una prova particolaristica. Cfr. ALLEN, retro, n. 236, p. 429 n. 67; BROOK, retro, n. 236, p. 299-303 e n. 42; FRIEDMAN, *Generalized Inferences, Individual Merits, and Jury Discretion*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 509 ss., 514 n. 23; LEMPERT, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 439 ss., 459-60; THOMSON, *Liability and Individualized Evidence*, in *Law and Contemp. Probs.*, 1986, p. 199 ss., 205 n. 13.

(271) *Guenther v. Armstrong Rubber Co.* (Terzo Circuito, 1969), 406 F.2d 1315, 1318; *Wetzel v. Eaton* (D. Minn., 1973), 62 F.R.D. 22, 24-25, 29-30 (ma cfr. *Id.*, p. 31: si sarebbe potuto evitare il *direct verdict* [un'ordinanza del giudice che vincola la giuria ad una decisione], dimostrando che il convenuto era il fornitore esclusivo o dominante); *Sawyer v. United States* (M.D. Ga. 1956), 148 F. Supp. 877, 878-79; *Curtis v. United States* (N. D.N. Y. 1953), 117 F. Supp. 912, 913; *Kamosky v. Owens-Illinois Glass Co.* (3d Cir. 1950), 89 F. Supp. 561, 562-63 (M.D. Pa.), *aff'd*, 185 F.2d 674; *Sheffield v. Eli Lilly & Co.* (1983), 144 Cal. App. 3d 583, 596-98, 192 Cal. Rptr. 870, 877-78; *Garcia v. Joseph Vince Co.* (1978), 84 Cal. App. 3d 868, 873-75, 148 Cal. Rptr. 843, 846-47; *Smith v. Rapid Transit, Inc.* (1945), 317 Mass. 469, 470, 58 N. E.2d 754, 755; *Sargent v. Massachusetts Accident Co.* (1940, *dicta*), 307 Mass. 246, 250, 29 N. E.2d 825, 827; *Welch v. Coca-Cola Bottlers' Ass'n* (Corte d'Appello Civile del Texas, 1964), 380 S.W.2d 26, 28-30. Per una rara sentenza contraria, nello specifico contesto di un'istanza predibattimentale per un *summary judgement* (giudizio abbreviato), cfr. *infra*, testo alle note 398-401.

(272) *United States v. Rangel-Gonzales* (Nono Circuito, 1980), 617 F.2d 529, 532; *Johnston v. United States* (D. Kan., 1984), 597 F. Supp. 374, 412-13, 425-26; *O'Connor v. Industrial Comm'n* (1972), 19 Ariz. App. 43, 47-48, 504 P.2d 966, 970-71; *Bazemore v. Davis* (D.C. 1978), 394 A.2d 1377, 1382-83 e n. 7; *Day v. Boston & Me. R.R.* (1902), 99 Me. 207, 217, 52 A. 771, 774; *King's Case* (1967), 353 Mass. 488, 492, 225 N. E.2d 900, 901-02; *Garner v. Hecla Mining Co.* (1967), 19 Utah 2d 367, 370-71, 431 P.2d 794, 796-97; cfr. JAFFE, *Res Ipsa Loquitur Vindicated*, in *Buffalo L. Rev.*, 1951, p. 1 ss., 3-4; JAMES, *Relevancy, Probability and the Law*, in *Calif. L. Rev.*, 1941, p. 689 ss., 692-93, 697-700.

(273) Cfr. retro, note 271 e 272. Il giudice Weinstein ha messo in discussione la distinzione tra prova particolaristica e probabilità causali *ex ante*. In re « *Agent Orange* » *Prod. Liab. Litig.* (Corte Distrettuale per il Distretto Orientale di New York, 1984), 597 F. Supp. 740, 835-36. Tuttavia, egli concederebbe una dispensa dal requisito dell'evidenza particolaristica solo nei processi relativi ad esposizioni di massa ed, in quei casi, accorderebbe un

zioni, che hanno un sostegno intuitivo piuttosto forte, non sono però state dotate di un fondamento teorico saldo. In questo paragrafo cercherò quindi di fornire loro questo tipo di fondamento, descrivendo le basi causali di prova.

Un giudizio su cosa è realmente accaduto in una determinata occasione è un giudizio che specifica quale generalizzazione causale e quale legge causale sottostante si siano completamente concretizzate nel caso specifico. L'evidenza particolaristica collega una generalizzazione causale, potenzialmente applicabile, al caso particolare, concretizzando gli elementi astratti della generalizzazione causale, così convertendo la generalizzazione astratta in una generalizzazione concretizzata. Senza questa prova particolaristica, manca una base concreta per applicare la generalizzazione causale al caso particolare.

Inoltre, non possiamo neanche concludere che la legge causale sottostante alla generalizzazione causale si è concretizzata finché non possiamo escludere le altre generalizzazioni causali alternative. Un elemento di prova particolaristica può negare la concretizzazione di uno degli elementi astratti di una diversa generalizzazione causale o diminuire la probabilità *ex post* che si sia concretizzato, eliminando con ciò la diversa generalizzazione causale o riducendo la probabilità causale *ex post* ad essa associata. D'altra parte, la prova particolaristica può supportare la diversa generalizzazione causale, confermando che uno o più dei suoi elementi astratti si sono realmente o probabilmente concretizzati.

Per stabilire se una legge causale specifica si è completamente concretizzata, ricorriamo alla prova particolaristica per valutare la probabilità *ex post* che ogni elemento astratto della legge causale si sia concretizzato. La probabilità causale *ex post* della completa concretizzazione della legge causale è uguale alla più bassa tra le probabilità *ex post* di concretizzazione di ciascun elemento costituente (274). Per esempio, se siamo sicuri che uno degli elementi astratti non si sia concretizzato, la probabilità *ex post* che la legge causale si sia completamente concretizzata è zero (275). La proba-

risarcimento proporzionale, invece che pieno, sulla base delle probabilità causali *ex ante*. *Id.*, p. 836-39. Ciò rappresenterebbe, in effetti, un risarcimento per il rischio connesso all'esposizione che potrebbe aver condotto alla lesione manifestatasi, invece che un risarcimento per la lesione stessa, ed è compatibile con le argomentazioni svolte in questo articolo. Cfr. *infra*, testo alle note 344-49, 383-94.

(274) Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 265-67.

(275) *Id.*, p. 207-09, 252-53.

bilità *ex post* della concretizzazione degli elementi astratti noti — quelli elencati nella generalizzazione causale — o è basata su una prova particolaristica diretta di questo tipo di concretizzazione, oppure, come per gli elementi astratti noti — quelli richiesti per completare la legge causale — è inferita in modo circostanziato dalla prova particolaristica della rete di relazioni causali che comprende il caso particolare (276).

Il giudizio finale su cosa realmente è accaduto dipende dal fatto che la probabilità causale *ex post* associata ad una generalizzazione causale potenzialmente applicabile — la probabilità *ex post*, basata su tutte le evidenze particolaristiche, che la legge causale implicita nella generalizzazione causale si sia completamente concretizzata — sia o meno sufficientemente preponderante, in base allo standard di prova applicabile, rispetto alle probabilità causali *ex post* associate alle diverse generalizzazioni causali alternative (277).

Un'astratta probabilità causale *ex ante* associata ad una qualche generalizzazione causale potenzialmente applicabile non costituisce una prova di cosa sia realmente accaduto in una particolare occasione, perché non fornisce informazioni riguardo alla reale concretizzazione, nel caso particolare, degli elementi astratti della generalizzazione e della legge causale sottostante. Essa stabilisce soltanto che, nell'*N*% dei casi in cui si sono concretizzati gli elementi astratti noti della generalizzazione causale, si sono concretizzati anche gli elementi astratti non noti richiesti per completare la legge causale, ma non ci aiuta a stabilire se questa occasione particolare rientri nella percentuale *N* o non rappresenti invece la concretizzazione della legge causale che sta alla base di una possibile generalizzazione causale alternativa (278). Come ha statuito la Corte in *Day vs.*

(276) Cfr. *retro*, testo alle note 248-49, 267, 269; *infra*, testo alle note 313-15.

(277) Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 248-55; *infra*, testo alle note 336-39.

(278) Una correlazione statistica, quando è unita ad un'ipotesi causale credibile, può costituire la prova di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile con una probabilità causale *ex ante* associata, descritta dalla correlazione statistica. Ma per stabilire se è questa generalizzazione causale, o un'altra, che si è realmente concretizzata in una particolare occasione, si richiede la prova particolaristica, non la probabilità causale *ex ante*. Una probabilità causale *ex ante* può rappresentare una prova di ciò che è realmente accaduto solo se la probabilità causale *ex ante* è così alta che praticamente esclude ogni generalizzazione causale alternativa, cosicché la generalizzazione causale potenzialmente applicabile è praticamente equivalente ad una legge causale. Ad esempio, i comportamenti o gli usi che implicano « una regolarità invariata di azioni » con riferimento ad una condotta specifica (piuttosto che ad un carattere generale) possono essere utilizzati come prove che una specifica condotta è stata posta in essere in una specifica occasione. WIGMORE, *Evidence*, ed. rev. Boston, 1983, v. 1°, § 92, p. 1608; cfr. *Id.* p. 1607-10 e n. 1 e 3; *Id.* § 93, p. 1610-19 e n. 1,

Boston & Me. R.R. (279): « La probabilità quantitativa (*ex ante*) esprime comunque soltanto la possibilità più probabile, non costituisce prova e neppure elemento probatorio, della proposizione che deve essere provata; che in un lancio di dadi ci sia una probabilità quantitativa (*ex ante*), o una maggiore probabilità che un numero inferiore a sei comparirà sulla faccia del dado rivolta all'insù, non è una prova dal fatto che in un dato lancio questo è quanto è accaduto realmente. Senza qualcosa di più, il reale risultato del lancio resterebbe del tutto sconosciuto. La più piccola prova concreta (particolaristica) che il sei sia effettivamente comparso sulla faccia superiore del dado avrebbe d'altro lato più peso di tutte le probabilità (*ex ante*) in altro modo calcolate (280) ».

Nell'ipotesi del lancio del dado, ci sono sei generalizzazioni causali possibili — « lanciare un dado fa comparire il sei (o il cinque, il quattro, il tre, il due o l'uno) sulla faccia superiore del dado una volta su sei » — che possono venire espresse da due generalizzazioni causali alternative: (1) « lanciare un dado porta ad avere il sei sulla faccia superiore del dado una volta su sei » e (2) « lanciare un dado porta ad avere un numero minore di sei sulla faccia superiore del dado cinque volte su sei ». Le probabilità causali *ex ante* associate a queste due generalizzazioni causali — rispettivamente del 17% e dell'83% — forniscono una solida base per la previsione causale, per una « affermazione *a posteriori* », o per una scommessa sul fatto che la seconda generalizzazione causale si sia concretizzata più probabilmente, *ex ante*, in questa particolare occasione che in ogni altra occasione separatamente considerata. Ciononostante, esse non forniscono assolutamente nessuna informazione su quale delle due generalizzazioni causali si sia realmente concretizzata in questa particolare occasione.

Per provare che una generalizzazione causale e la legge causale sottostante si sono concretizzate, è necessario provare che tutti gli elementi astratti sia della generalizzazione che della legge causale si sono concretizzati. Solo una evidenza particolaristica può stabilire questa concretizzazione. Perciò, la richiesta della prova particola-

1623-27; ANNOTATION, *Habit or Routine Evidence under Uniform Evidence Rule 406*, in *A.L.R.*, 1988, p. 567 ss. Naturalmente, ci deve essere un'evidenza particolaristica del fatto che la particolare occasione era una di quelle a cui nessun altro comportamento o abitudine era applicabile.

(279) (1902) 96 Me. 207, 52 A. 771.

(280) *Id.*, p. 217, 52 A. p. 774.

ristica — e di probabilità causali *ex post* che possono derivare soltanto dalla prova particolaristica — non è basata sull'idea che questa nozione di prova sia « altamente probabilizzante in modo unico » (281), ma piuttosto sul fatto che l'evidenza particolaristica è *concretizzante* in modo unico.

L'evidenza particolaristica che si sia verificato un lancio del dado fornisce un'eguale probabilità *ex post* che la singola condizione astratta antecedente nota — « lanciare un dado » — si sia concretizzata in ciascuna delle due generalizzazioni causali possibili. Allora, dato questo singolo elemento di evidenza particolaristica, non c'è ragione sufficiente per concludere che vi sia una maggior probabilità causale *ex post* che la legge causale sottostante ad una delle generalizzazioni causali, piuttosto che all'altra, si sia pienamente concretizzata. D'altra parte, se c'è effettivamente una qualche evidenza particolaristica che sia realmente uscito un sei sulla faccia superiore del dado, ciò dimostrerebbe che è il risultato astratto della prima generalizzazione causale che si è concretizzato e non il risultato astratto della seconda generalizzazione causale. Ci sarebbe, allora, una maggiore probabilità causale *ex post* che sia la legge causale sottostante alla prima generalizzazione causale, invece che alla seconda, ad essersi pienamente concretizzata, anche se le probabilità causali *ex ante* della seconda generalizzazione causale erano superiori. Come ha osservato la Corte del caso *Day*, « la più esigua prova concreta (particolaristica) che il sei compaia sul lato superiore peserebbe di più di tutte le probabilità (*ex ante*) in altro modo calcolate » (282).

Una nuda statistica riflette semplicemente un raggruppamento accidentale, non concretizza un elemento astratto di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile (283), né costituisce una

(281) Cfr. THOMSON, *retro*, n. 270, p. 206 e n. 14 (che critica le dichiarazioni riportate nel testo alla nota 280).

(282) Cfr. *retro*, testo alla n. 280. Dal momento che la probabilità causale *ex ante* non ha alcun valore probatorio circa ciò che si è realmente verificato, non è corretto utilizzarla come probabilità iniziale nel teorema di Bayes per contestare la probabilità causale *ex post* di un'evidenza particolaristica. Cfr. *infra*, testo alle note 320-25. Per un'ulteriore discussione della fondamentale distinzione tra spiegazione causale basata su probabilità *ex post* e previsione causale basata su probabilità *ex ante*, cfr. HART-HONORE, *retro*, n. 13, p. 44-49, 487; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1822-24.

(283) Se una statistica concretizzasse un elemento astratto di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile, allora non sarebbe una nuda statistica, ma piuttosto un'evidenza particolaristica della concretizzazione della legge causale sottostante alla generalizzazione causale. Ad esempio, sovente si sostiene che una statistica riguardante la compo-

probabilità causale *ex post* o *ex ante* associata ad una generalizzazione di questo tipo. Dal momento che non è correlata a nessuna generalizzazione causale potenzialmente applicabile, una nuda statistica non è di nessuna utilità nè per la spiegazione causale (284), nè per la previsione causale.

In sintesi, l'evidenza particolaristica è necessaria per la spiegazione causale — cioè per stabilire che cosa sia realmente accaduto — perché solo questo tipo di prova può riscontrare o negare la concretizzazione degli elementi astratti di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile e della legge causale sottostante. Per la spiegazione causale, si rendono necessarie altresì delle probabilità causali *ex post*, basate solamente su dimostrazioni particolaristiche, che rappresentano gli strumenti con i quali valutare la plausibilità *ex post* delle diverse generalizzazioni causali applicabili e delle leggi causali sottostanti. Le probabilità causali *ex ante*, in quanto basate su classi generalizzate, sono necessarie per la previsione causale — per anticipare quello che accadrà — ma non sono di nessuna utilità nel contesto della spiegazione causale. Le nude statistiche non sono utili né per la spiegazione, né per la previsione causale, giacché non

sizione razziale di un qualche particolare gruppo di persone è il risultato concreto di una discriminazione razziale. Spesso ci sono più generalizzazioni causali possibili e, a volte, non viene prestata sufficiente attenzione alla necessità di vagliarle, per stabilire se si è verificata o meno una discriminazione razziale in una particolare occasione. Cfr. LAYCOCK, *Statistical Proof and Theories of Discrimination*, in *Law and Contemp. Probs.*, 1986, p. 97 ss.

(284) Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 271; COHEN, *Letters to the Editor*, in *Crim. L. Rev.*, 1980, p. 257ss., 258-59, 747, 749; COHEN, *The Logic of Proof*, in *Crim. L. Rev.*, 1980, p. 91 ss., 92-93, 97-99; COHEN, *Subjective Probability and the Paradox of the Gatecrasher*, in *Ariz. St. L.J.*, 1981, p. 627 ss., 633-34 [d'ora in poi COHEN, *Gatecrasher*]; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1825.

Nesson riconosce che le prove devono suggerire resoconti accettabili di quanto è accaduto — spiegazioni causali — e che le nude statistiche non offrono nessun contributo utile a questi resoconti. NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harv. L. Rev.*, 1985, p. 1357 ss., 1358-59, 1378-79. Tuttavia, egli fa coincidere la verità con la probabilità e ritiene che le nude statistiche abbiano valore probatorio. Cfr. *Id.* p. 1357-58 e n. 4, 1378-79, 1385-86, 1391-92. Quindi, è costretto a sostenere la tesi infelice per cui un'apparenza di giustizia, generata da resoconti accettabili, è più importante della giustizia reale, che presumibilmente si servirebbe di nude statistiche. *Id.* p. 1391-92.

Analogamente, la Thomson riconosce che l'evidenza particolaristica è riferita alla causalità, mentre non lo sono le nude statistiche. THOMSON, *retro*, n. 270, p. 203-05, 218-19; THOMSON, *retro*, n. 95, p. 127-32. Tuttavia, considera a sua volta le nude statistiche come evidenze con valore probatorio. THOMSON, *retro*, n. 270, p. 205-06 e n. 14, 214. La Thomson motiva l'esigenza di una qualche evidenza particolaristica con la necessità di fornire un supporto di « garanzia » mentale a chi deve accertare i fatti, e non con la necessità di stabilire che cosa è accaduto realmente. *Id.* p. 208-09, 213-15 e n. 21; cfr. TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1375-77 (funzione simbolica del processo), criticato da BROOK, *retro*, n. 236, p. 335-40.

sono correlate ad alcuna generalizzazione causale potenzialmente applicabile.

Molti autori, non riuscendo a rendersi pienamente conto delle implicazioni relative al rapporto tra prova e spiegazione causale, hanno respinto le distinzioni, fatte dalle Corti e dai profani, tra prove particolaristiche, probabilità causali *ex post* ed *ex ante* e nude statistiche (285). Alcuni affermano inoltre che queste distinzioni violano i principi di razionalità del processo decisionale, perché non tengono conto della teoria matematica della probabilità (286).

Gran parte del dibattito ha riguardato il paradosso dello spettatore senza biglietto di Jonathan Cohen. Cohen ipotizza una situazione in cui 1.000 persone assistono ad un rodeo, ma solo 499 pagano il biglietto, di modo che 501 sono « imbucati »; postula poi che non erano stati distribuiti biglietti e che non c'era quindi modo di stabilire chi realmente avesse pagato e chi era entrato abusivamente. Dato che oltre la metà degli spettatori è entrata senza aver pagato il biglietto, c'è una nuda probabilità matematica del 50,1% che ogni singolo spettatore sia uno scroccone. Se si accetta questa nuda statistica come evidenza probatoria e se lo standard della preponderanza dell'evidenza nei casi civili viene interpretato nel senso di richiedere una probabilità matematica superiore al 50%, allora tutti ed ognuno dei 1.000 spettatori possono essere considerati civilmente responsabili per essere entrati senza pagare il biglietto. Ma poiché questo risultato appare scorretto e ingiusto per ogni singolo spettatore ed è certamente scorretto ed ingiusto per tutti i 1.000 spettatori nel loro insieme, Cohen sostiene che l'interpretazione dello standard della preponderanza dell'evidenza in base alla probabilità matematica non è corretta (287).

La maggior parte dei sostenitori della probabilità matematica è d'accordo nel sostenere che in questa situazione non ci dovrebbe essere responsabilità, nonostante la nuda probabilità matematica del 50,1% che un qualsiasi particolare spettatore non abbia pagato il biglietto. Molti di essi sostengono ad oltranza che non c'è niente di palesemente ingiusto nel considerare ogni e qualsiasi spettatore responsabile quando la probabilità matematica è in effetti superiore al 50%, ma affermano che in questo caso la responsabilità è, in

(285) Cfr. bibliografia citata *retro*, note 236 e 237.

(286) Ad esempio, SAKS-KIDD, *retro*, n. 236, p. 125-31; THOMSON, *retro*, n. 270, p. 206, 214; cfr. *infra*, testo alle note 320-25.

(287) COHEN, *retro*, n. 249, p. 75.

realtà, inferiore al 50%. Il giudice o la giuria, a loro modo di vedere, abbassano l'obiettiva probabilità del 50,1% perché temono che il danneggiato, contando sulle nude statistiche, nasconda, o non sia sufficientemente incentivato a scoprire e a produrre evidenze probatorie diverse dalle nude statistiche (288).

Questa risposta è chiaramente inadeguata per cinque diverse ragioni. Innanzitutto non spiega perché alla giuria non è permesso neppure prendere in considerazione le nude statistiche (289), invece di tener conto, e se del caso di ridimensionare, le statistiche (290). In secondo luogo, non spiega perché il danneggiato, e non il convenuto, sia penalizzato dal mancato reperimento di altri tipi di prova (291). Terzo, ammette, quanto meno implicitamente, che altri tipi di evidenza siano più probanti delle nude statistiche; altrimenti perché insistere per qualcosa di più di queste ultime (292)? Quarto, non spiega perché non c'è responsabilità anche quando la probabilità oggettiva è molto più alta del 50% — per esempio, quando solo

(288) Ad esempio, BROOK, *retro*, n. 236, p. 315-16, 323-25, 328-34; FRIEDMAN, *retro*, n. 270, p. 512-19; KAYE, *Limits*, *retro*, n. 236, p. 488-89, 491, 492 e n. 22, 505-07 (ma cfr. Id. p. 488 n. 9, citato *infra*, n. 297); KAYE, *Gatecrasher*, *retro*, n. 236, p. 103-08; KAYE, *retro*, n. 270, p. 610-11 e n. 37; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592-93; LEMPERT, *retro*, n. 270, p. 454-62; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1341 n. 37, 1349-50 e nn. 65 e 66, 1361 e n. 102; cfr. BALL, *retro*, n. 236, p. 822-23. Un certo numero di sostenitori delle probabilità matematiche vede una non corretta analogia tra l'ipotesi dello spettatore che non ha pagato il biglietto e le situazioni in cui sia stato provato che il convenuto ha colpevolmente contribuito al danno prodotto o alla lesione conseguente ad esposizione al rischio dei quali sia stato dichiarato responsabile. Cfr. BROOK, *retro*, n. 236, p. 330 n. 160, 341-51; KAYE, *Gatecrasher*, *retro*, n. 236, p. 104 e n. 20; LEMPERT, *retro*, n. 270, p. 460, 461; cfr. *infra*, testo alle note 383-407 (che discute casi di esposizione multipla e causalità alternativa).

(289) Cfr., ad esempio, KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 39-40, 47 n. 48; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1349, 1361.

(290) Cfr. BROOK, *retro*, n. 236, p. 325-27, 334-35; NESSON, *retro*, n. 284, p. 1380-81.

(291) Cfr. POSNER, *Economic Analysis Of Law*, 3ª ed. Boston, 1986, § 21.2, p. 521; ALLEN, *retro*, n. 236, p. 412-13, 428 e n. 66 (ma cfr. Id. p. 413 n. 39, 429); BROOK, *retro*, n. 236, p. 325-26; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 869-70 e n. 72; SCHMALBECK, *retro*, n. 236, p. 224-25. Cfr. BRILMAYER, *Second-Order Evidence and Bayesian Logic*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 673 ss., 676-77; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 870, 871-72. Per questa critica, cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 412 n. 36, 429 (ma cfr. Id., p. 428 e n. 66); BROOK, *retro*, n. 236, p. 304-05, 323-25; KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 39-40, 47 n. 48; KAYE, *retro*, n. 270, p. 610 e n. 36; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1339 n. 33, 1340 n. 34, 1345 n. 48, 1349 e n. 65, 1359-61 e n. 100 e 102; *infra*, n. 325.

(292) Cfr. BRILMAYER, *Second-Order Evidence and Bayesian Logic*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 673 ss., 676-77; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 870, 871-72. Per questo rilievo, cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 412 n. 36, 429 (ma cfr. Id., p. 428 e n. 66); BROOK, *retro*, n. 236, p. 304-05, 323-25; KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 39-40, 47 n. 48; KAYE, *retro*, n. 270, p. 610 e n. 36; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1339 n. 33, 1340 n. 34, 1345 n. 48, 1349 e n. 65, 1359-61 e nn. 100 e 102; *infra*, n. 325.

cinquanta spettatori su 1.000 hanno pagato i loro biglietti. In questa situazione, anche se la probabilità oggettiva del 95% venisse ridimensionata, la probabilità soggettiva sarebbe quasi certamente superiore al 50% (293). Quinto, non risolve il caso ipotetico presentato da Cohen, nel quale si presume che non sia disponibile nessun'altra prova (294).

Molti dei sostenitori dell'evidenza probabilistica, intesa nel senso di cui abbiamo parlato, quando si trovano ad affrontare una situazione, reale o ipotetica, in cui è chiaro che l'attore non sta tenendo nascosta una fonte di prova e che non esiste altra prova al di fuori delle nude statistiche, continuano strenuamente ad affermare che non c'è alcuna ingiustizia nel dichiarare l'imputato responsabile unicamente in base alle nude statistiche (295). Altri invece, compreso Glanville Williams, hanno un'idea meno matematica della giustizia: ammettono che è sbagliato dichiarare il convenuto responsabile perfino se c'è una nuda possibilità statistica del 95% che abbia causato illecitamente il danno all'attore (296). Williams, pur affermando « siamo illogici in questo », osserva che le nude statistiche non « sono sufficienti per individuare il convenuto tra gli altri... Questo requisito, che la prova debba essere incentrata sul convenuto, deve essere considerata un principio giuridico relativo alla prova, distinto dalla norma più generale sul *quantum probatorio* » (297).

(293) Cfr. BROOK, *retro*, n. 236, p. 326-28 e n. 151, 334 n. 178, 342-43; WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 304. Alcuni dei sostenitori delle probabilità matematiche affermano che le probabilità relative a nude statistiche sarebbero, o dovrebbero essere, ridimensionate così da risultare al di sotto del 50%. Ad esempio, TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1349, 1361. Questo argomento prova troppo, in quanto implica che le nude statistiche, di per se stesse, abbiano, se pur ne hanno uno, un peso probatorio minimo, se non nullo. Cfr. *infra*, n. 312 e testo relativo (sulla nuda probabilità del 99%, ridotta al solo 86% dopo aver preso in considerazione due evidenze probatorie particolaristiche che, insieme, indicano che c'è solo il 6% di probabilità che la proposizione supportata dalla nuda statistica sia valida); BROOK, *retro*, n. 236, p. 327 n. 151 (con calcoli analoghi).

(294) Cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 412-13.

(295) POSNER, *retro*, n. 291, § 21.2, p. 521; ALLEN, *retro*, n. 236, p. 402 e n. 10 e 11, 412-15, 420-21, 428-30 e n. 66; EGGLESTON, *The Probability Debate*, in *Crim. L. Rev.*, 1980, p. 678 ss., 681-82; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 869-73 (ma cfr. *Id.*, p. 858); SCHMALBECK, *retro*, n. 236, p. 225; bibliografia citata *retro*, n. 288.

(296) Ad esempio, WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 304; cfr. WILLIAMS, *A Short Rejoinder*, in *Crim. L. Rev.*, 1980, p. 103 ss., 105-06 (nessuna responsabilità nemmeno nel caso in cui solo uno dei 1000 spettatori abbia pagato).

(297) WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 305; cfr. KAYE, *Limits*, *retro*, n. 236, p. 488 n. 9 (« Si può sostenere che, indipendentemente da ciò che la teoria della probabilità può insegnarci, dare per scontata un'apparenza di equità significa impedire che venga attribuita la responsabilità in assenza di una qualche evidenza che serva a contraddistinguere uno specifico convenuto »); ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 858 (« la determinazione individualizzata del nesso

Sebbene Williams non specifichi la natura precisa, o il fondamento, della distinzione da lui tracciata, la sua osservazione è giusta. Che si tratti della norma sul *quantum* di prova richiesto o di quella sulla preponderanza della prova, le nude statistiche, che sono meri rapporti relativi a raggruppamenti accidentali, non contano affatto come prova di ciò che è realmente accaduto in una particolare circostanza. Per stabilire che cosa sia realmente accaduto — come pure in che modo è accaduto e chi lo ha cagionato — dobbiamo abbinare l'evidenza particolaristica del caso in esame con le generalizzazioni causali potenzialmente applicabili, per decidere quale legge causale sottostante si è concretizzata nel caso specifico. Le nude statistiche non hanno valore probatorio perché non concretizzano nessun elemento di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile, né rappresentano una qualche probabilità associata a tale generalizzazione (298).

Il problema non è, come alcuni hanno supposto (299), che

causale [tramite l'evidenza particolaristica] ben si concilia con le nozioni profondamente radicate di responsabilità morale ed equo risarcimento. »).

(298) Cfr. *retro*, testo alle nn. 271-84. James Brook presenta quello che lui reputa un controesempio, nel quale una persona, che sta filmando i dintorni del rodeo durante una parte della manifestazione, riprende accidentalmente tutti i 499 spettatori paganti mentre acquistano il biglietto. Brook sostiene che il video costituirebbe sicuramente una evidenza rilevante del mancato pagamento da parte degli altri 501 spettatori. Tuttavia, egli afferma, l'evidenza del film « sembra più o meno la più accidentale a cui si possa pervenire » e non è causalmente correlata al mancato pagamento da parte degli altri 501 spettatori. Brook, *retro*, n. 236, p. 321. Anche se la prova è stata ottenuta accidentalmente, costituisce però un'evidenza particolaristica del pagamento del biglietto da parte dei 499 spettatori, in quanto i loro atti di acquisto costituiscono altrettante cause degli specifici fotogrammi della ripresa. Le immagini del film, quindi, sono un'evidenza dal valore altamente probatorio, che scagiona i 499 dall'accusa di essere « imbucati ». Dal momento che le immagini confermano con forza un accertamento dei fatti — che questi 499 hanno pagato — incompatibile con il pagamento da parte degli altri 501, le stesse immagini sono anche evidenze altamente probatorie a carico dei 501. Se il filmato catturasse unicamente le immagini dei 498 spettatori paganti, avrebbe valore probatorio solo per quel che concerne l'esenzione da ogni responsabilità per quei 498: il fatto che questi 498 abbiano pagato non è incompatibile con il pagamento da parte di ciascuno dei 501 — uno dei quali ha realmente pagato — e quindi non dice alcunché sulla loro posizione. Cfr. altresì WILLIAMS, *retro*, n. 296, p. 105-06 (con esempi analoghi).

Kaye propone un altro presunto controesempio, che riguarda la correlazione tra generi umani e aspettativa di vita. Cfr. KAYE, *Paradoxes, Gedanken Experiments and The Burden of Proof: A Response to Dr. Cohen's Reply*, in *Ariz. St. L.J.*, 1981, p. 635 ss., 640. Contrariamente a quanto Kaye asserisce, esiste chiaramente una relazione causale, almeno nella nostra società, tra l'essere donna e vivere più a lungo, benché il motivo preciso di questa relazione causale — dovuta a cause genetiche, a costumi sociali differenti dei due sessi, oppure ad entrambi i motivi — può non essere stata ben compreso.

(299) POSNER, *retro*, n. 291, § 21.2, p. 520-21; BROOK, *retro*, n. 236, p. 321, 324-25; FIENBERG, *Gatecrashers, Blue Buses, and the Bayesian Representation of Legal Evidence*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 693 ss., 695; KAYE, *Limits*, *retro*, n. 236, p. 488-89 e n. 9; KAYE,

generalmente non è corretto basarsi solo su nude statistiche, ma è piuttosto che le nude statistiche non hanno nessun valore probatorio riguardo a ciò che è realmente accaduto, a come è accaduto e per mano di chi. Si consideri un caso ipotetico, recentemente riesaminato da Kelman, che avevo presentato in un articolo precedente (300). Supponiamo che (1) X ha sparato 99 proiettili contro V, (2) Y ne ha sparato uno solo, (3) un unico proiettile colpisce V e lo uccide e (4) il singolo proiettile, a seguito dei tests balistici eseguiti sulle armi sia di X che di Y, può venire individuato, grazie ai segni sul proiettile, come proveniente dal fucile di Y e non da quello di X (301).

Kelman riconosce che « la maggioranza di noi » istintivamente crede di più alla prova balistica che al nudo raffronto statistico sul numero dei proiettili esplosi (302). Tuttavia, come fanno anche altri, attribuisce « quest'abitudine (talvolta ingannevole) » all'idea, da lui sostenuta, che, nella maggior parte dei casi in cui sono disponibili solo nude statistiche, si ha la sensazione che « sia stata messa a tacere una prova addizionale, contraria alla proposizione suggerita (dalle nude statistiche) » e quindi si ridimensionano le nude statistiche in modo soggettivo (303). Kelman sostiene che, in situazioni analoghe a quelle della nostra ipotesi, in cui questa sensazione non è giustificata — supponiamo, per esempio, che sia stata fornita ogni prova disponibile — non c'è nessun motivo di preferire l'evidenza particolaristica alle nude statistiche (304).

Lo studioso sottolinea che anche gli stessi tests balistici non sono esatti al 100% (305). Se si presume che lo siano solo all'80% (306), ci sarebbe ancora un 6% di probabilità *ex post* — basata solo sull'esame balistico — che l'assassino sia X (307). Kel-

Gatecrasher, *retro*, n. 236, p. 106-08; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592-93; MARTIN, *Comment*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 709 ss., 710-11; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 765 e n. 168; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 869-73; THOMSON, *retro*, n. 270, p. 202-03, 205-06 e n. 14; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1341 n. 37, 1349-50 note 65 e 66, 1361 e n. 102; cfr. *infra*, n. 325.

(300) Cfr. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1825.

(301) KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592.

(302) *Id.*, *op. loc. cit.*

(303) *Id.*, cfr. *retro*, testo alle note 288-94.

(304) KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592-93.

(305) *Id.*, p. 592.

(306) *Id.* Le prove balistiche sono molto più precise di quel che pensa Kelman e sono anche effettivamente prove particolaristiche. Cfr. *infra*, testo alla n. 313.

(307) Kelman afferma che vi sarebbe un 4% di probabilità che X sia l'assassino. KELMAN, *retro*, n. 10, p. 592. La probabilità, in realtà, sarebbe del 6%. La probabilità che gli esami su entrambe le armi non siano corretti è di $0.20 \times 0.20 = 0.04$, mentre la probabilità

man conclude che « *ex post*, sarebbe realmente più probabile che X e non Y abbia nei fatti ucciso V, e non semplicemente più probabile che possa essere l'assassino se tutti noi abbiamo visto in che direzione i fucili stavano sparando » (308). Questa conclusione poggia, apparentemente, sul fatto che, in base al numero di proiettili esplosi, c'è soltanto una probabilità (nuda probabilità matematica) dell'1% che Y sia l'assassino, mentre c'è una probabilità (probabilità causale *ex post*) del 6% che, in base ai test balistici, X sia l'assassino (309).

Un Bayesiano userebbe il teorema di Bayes per combinare le nude statistiche con i risultati dei test balistici (310). Il teorema di Bayes ci dà una formula per correggere la stima probabilistica iniziale alla luce di qualche informazione ulteriore (311). Utilizzando le nude statistiche per la stima delle probabilità iniziali e tenendo conto dei risultati dei test balistici su entrambi i fucili, le probabilità ricalcolate sarebbero del 60% che X sia l'assassino e del 14% che lo sia Y (312). Perciò, l'applicazione del teorema di Bayes dà più forza alla tesi di Kelman.

Sia Kelman che i Bayesiani sono caduti nella trappola di dare per scontato che tutte e due gli elementi di prova abbiano valore probatorio semplicemente perché entrambe le evidenze generano una probabilità di qualche tipo. Questo non è vero: le probabilità coinvolte sono qualitativamente differenti e solo quelle derivate dai test balistici hanno valore probatorio riguardo al problema di che cosa sia realmente accaduto.

Le probabilità derivate dai test balistici sono probabilità causali

che i tests siano corretti per entrambe le armi è di $0.80 \times 0.80 = 0.64$. Nelle circostanze descritte dalla nostra ipotesi, queste sono le due uniche possibilità; quindi, applicando il teorema di Bernoulli, la probabilità corretta che entrambi i tests siano esatti — quella per cui Y è l'assassino — è di $0.64 / (0.64 + 0.04) = 0.94$, e la probabilità esatta che entrambi i tests siano sbagliati — per cui X è l'assassino — è di 0.06. Per una discussione del teorema di Bernoulli, cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 95; WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 344.

(308) KELMAN, *retro*, n. 10, p. 593.

(309) *Id.*, p. 592.

(310) *Letter from Richard D. Friedman to Richard Wright* (8 Febbraio 1988), p. 2 (disponibile presso gli uffici della Iowa Law Review); cfr., ad esempio, BROOK, *retro*, n. 236, p. 327-28 e n. 151 e 152, 329 n. 156, 330 n. 158; SAKS-KIDD, *retro*, n. 236, p. 128, 130 e n. 9.

(311) Supponiamo che sia X la proposizione oggetto di prova, $P(X)$ la stima di probabilità iniziale attribuita ad X ed E qualche altro elemento di prova. Il teorema di Bayes stabilisce che la probabilità di X dato E — $P(X|E)$ — è uguale a $[P(E|X) \times P(X)] / [(P(E|X) \times P(X) + (P(E|non-X) \times P(non-X))]$. TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1350-52.

(312) Il calcolo di X è dato da $(0.04 \times 0.99) / [(0.04 \times 0.99) + (0.64 \times 0.01)]$. Cfr. *retro*, n. 311. Il calcolo relativo a Y è analogo.

ex post, basate su evidenze particolaristiche con alto valore probatorio. Ogni fucile ha irregolarità uniche sulla superficie della canna e sul vivo della culatta, che imprimono segni distintivi su ciascun proiettile che viene sparato. Nella nostra ipotesi, i segni sul particolare proiettile che ha ucciso V sono stati messi a confronto con quelli sui proiettili che, come sappiamo per certo, sono stati sparati da X e da Y. I segni sui proiettili costituiscono una prova particolaristica che il proiettile che ha ucciso V è stato sparato dal fucile di Y e non da quello di X. Inoltre, il carattere essenzialmente unico delle irregolarità della superficie interna di ciascun fucile rende i tests balistici molto più precisi di quanto ritiene Kelman, specialmente quando si sa che il proiettile proveniva da uno dei due fucili esaminati. La possibilità di errore viene valutata pressoché interamente in funzione della competenza della persona che effettua il raffronto tra i diversi proiettili (313).

Anche accettando la valutazione di Kelman per cui gli esami sono esatti all'80%, gli esami balistici su entrambi i fucili, nella nostra ipotesi, portano ad una probabilità causale *ex post* del 94% che il proiettile che ha ucciso V provenga dall'arma di Y, rispetto ad una probabilità causale minima *ex post* del 6% che provenga da quella di X (314), il che sarebbe sufficiente a giustificare un accertamento, basato sulla preponderanza della prova richiesta in una causa civile, che Y e non X abbia causato la morte di V (315).

D'altra parte, le nude statistiche sul numero di proiettili esplosi, rispettivamente, da X e da Y si riferiscono semplicemente ad un raggruppamento accidentale: non concretizzano un elemento astratto di una generalizzazione causale potenzialmente applicabile, né costituiscono una probabilità causale *ex post* o *ex ante* associata

(313) Cfr. WIGMORE, *Evidence*, ed. riv. New York, 1979, v. 2, § 417a, p. 495-99; cfr. *Id.*, § 414, p. 482-87 (natura probabilistica con valore altamente probatorio delle impronte digitali); COHEN, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 635 ss., 645 (per osservazioni del medesimo tenore). Le Corti ed i commentatori hanno messo in guardia contro la confusione tra la probabilità di far coincidere degli indizi particolareggiati e la probabilità di una errata identificazione. Cfr., ad esempio, *United States v. Massey* (Ottavo Circuito, 1979), 594 F.2d 676, 679-81; MCCORMICK, *McCormick On Evidence*, 3ª ed. St. Paul, 1984, § 210, p. 653-55.

(314) Cfr. *retro*, n. 307.

(315) In uno studio comparato su giudici, giurati e studenti di sociologia, solo il 3% dei giudici che hanno risposto, il 12% dei giurati ed il 6% degli studenti ha interpretato lo standard della preponderanza dell'evidenza come se richiedesse una probabilità superiore al 95%. SIMON-MAHAN, *Quantifying Burdens of Proof: A View from the Bench, the Jury, and the Classroom*, in *L. and Soc. Rev.*, 1971, p. 319 ss., 327; cfr. *infra*, n. 339.

ad una generalizzazione di quel tipo. Non esiste una generalizzazione causale che possa spiegare l'assassinio di V in termini di tasso di proiettili sparati da X o da Y o viceversa; esiste una generalizzazione causale che stabilisce che « sparare un colpo a qualcuno spesso significa ucciderlo ». Tuttavia, questa generalizzazione si applica separatamente ad ogni proiettile esplosivo. Usando questa generalizzazione causale, il singolo proiettile sparato da Y è tanto plausibile — o non plausibile — come causa di morte di V quanto ciascuno dei 99 proiettili sparati da X.

Si potrebbe sostenere che esiste una generalizzazione causale che include, come uno dei suoi elementi astratti, il numero di proiettili sparati da una persona o dall'altra, invece che il rapporto tra il numero dei proiettili sparati. La generalizzazione causale ipotizzata sarebbe « più proiettili si sparano a qualcuno, più probabilmente lo si ucciderà ». Chi adotta questa generalizzazione causale potrebbe anche sostenere che una persona — X — che spara 99 colpi è quasi certa di uccidere la vittima designata, mentre una persona diversa — Y — che spara solo un colpo è molto meno probabile che possa farlo (316). Tuttavia, l'asserita generalizzazione causale appare campata per aria. Una generalizzazione causale deve essere passibile di concretizzazione. Quale evidenza particolaristica concretizzerebbe l'elemento astratto descritto come « più proiettili uno spara »?

Forse siamo portati ad immaginare un'infinita sequenza di generalizzazioni causali — ognuna delle quali con una probabilità causale *ex ante* di morte via via più alta — basate rispettivamente sullo sparare un proiettile, due proiettili... N proiettili. Ciò implicherebbe che, quando N proiettili vengono sparati e solo uno colpisce V — come nella nostra ipotesi — tutti gli N proiettili hanno causato la morte di V, dato che sono richiesti tutti per concretizzare la generalizzazione causale ipotizzata, caratterizzata da spari multipli. Tuttavia, solo un proiettile ha colpito il corpo di V: come possono gli altri proiettili essere cause? Influenza sulla probabilità causale *ex ante* che il singolo proiettile possa essere penetrato nel corpo di V? Come stabiliscono gli stessi sostenitori della probabilità matematica, il numero di proiettili sparati non riguarda la probabilità causale *ex ante* che ogni specifico proiettile colpisca V, in quanto quest'ultima è uguale per ciascun proiettile sparato (317).

(316) Questa argomentazione è mendace. Cfr. *infra*, testo alla n. 318.

(317) Cfr., ad esempio, SAKS-KIDD, *retro*, n. 236, p. 127, 128-29.

Anche se il numero dei proiettili esplosi non influenza la probabilità causale *ex ante* che uno specifico proiettile colpisca V, quella che viene influenzata è la probabilità causale *ex ante*, calcolata prima che qualsiasi proiettile venga sparato, che V sia colpito. Ciò si verifica attraverso una applicazione *de plano* delle regole basilari della probabilità matematica alla probabilità causale *ex ante* associata alla sola generalizzazione causale rilevante per la nostra ipotesi, « sparare un proiettile a qualcuno spesso significa ucciderlo ». È quest'ultima generalizzazione causale che è stata concretizzata da un singolo proiettile invece che da molti. Come sottolineato in precedenza, questa generalizzazione causale su un singolo colpo sparato non può affatto costituire la base per distinguere il singolo proiettile di Y da ciascuno dei 99 proiettili di X.

Per esempio, il fatto che al massimo uno dei 99 proiettili di X colpisca V, implica che X sia un tiratore molto scarso, che manca il bersaglio almeno novantanove volte su cento, pertanto, per X, la generalizzazione causale rilevante per il suo unico colpo è « se X spara un colpo a qualcuno, lo uccide al massimo nell'un per cento dei casi ». La probabilità causale *ex ante* potrebbe essere anche più bassa, dato che tutti i 99 proiettili di X possono aver mancato V. Applicando le regole standard della probabilità matematica, la probabilità causale *ex ante* che tutti i 99 proiettili di X abbiano mancato V sarebbe almeno di 0.37 (0.99 alla 99° potenza). Pertanto la probabilità causale *ex ante* che almeno uno dei 99 proiettili possa colpire V è al massimo solo del 63%. Questo è un dato insufficiente per valutare l'efficacia del colpo di Y, che potrebbe essere stato altamente efficace (100 per 100). Così, nemmeno mettendo a confronto le probabilità causali *ex ante* derivate dal rispettivo numero di proiettili esplosi, riusciamo ad ottenere quella che può essere una base per una predizione o una « postdizione » causale che V sia stato più probabilmente colpito dai 99 proiettili di X che non dal singolo colpo di Y (318).

Inoltre, come ho già affermato in precedenza, benché le probabilità causali *ex ante* siano rilevanti — in effetti, necessarie — per la previsione causale di cosa accadrà o potrebbe accadere, sono irrilevanti per la spiegazione causale di cosa sia realmente accaduto (319). Si tratta di probabilità basate su una classe non parti-

(318) Cfr. *retro*, testo alla nota 316 (si notino le argomentazioni contrarie).

(319) Cfr. *retro*, testo alle note 278-82.

colareggiata, che non forniscono nessuna informazione su quale tra le generalizzazioni causali possibilmente applicabili si sia realmente concretizzata nel caso specifico. Quindi, nella nostra ipotetica spartoria, anche se presumiamo che sia Y che X siano tiratori scarsi, cosicché la probabilità causale *ex ante* che Y uccida V è al massimo 1%, mentre quella che X uccida V è al massimo 63%, la grande differenza nelle probabilità causali *ex ante* non ci dice nulla su quale delle due possibilità *si sia realmente verificata* in questa specifica occasione. Per stabilire che cosa è realmente accaduto, dobbiamo determinare se è la legge causale sottostante alla generalizzazione causale relativa ad X o quella relativa ad Y che si è completamente concretizzata in questa specifica occasione. Solo le evidenze particolaristiche — e le probabilità causali *ex post*, basate unicamente su evidenze di questo tipo — hanno valore probatorio per quel che concerne la concretizzazione.

In sintesi, come ho già affermato, le nude statistiche non sono di nessun aiuto ai fini della spiegazione causale, per stabilire, cioè, cosa sia realmente accaduto. Inoltre, sono di per sé inutili anche per la previsione causale o per la « postdizione », cioè per predire che cosa potrebbe accadere o ricostruire quel che potrebbe essere accaduto. Possono servire per la previsione causale o per la « postdizione » solo nei limiti in cui possano essere: (1) combinate con probabilità causali *ex ante* di eventi singoli, al fine di calcolare le probabilità causali *ex ante* relative a gruppi o serie di eventi e (2) utilizzate per valutare la probabilità causale *ex ante* di un singolo evento in base ai risultati complessivi di una serie relativamente lunga di ripetizioni dello stesso tipo di evento.

Premesso che le nude statistiche e le probabilità causali *ex ante* non hanno nessun valore probatorio riguardo al problema di cosa sia realmente accaduto, non è corretto combinarle — anche solo come probabilità iniziali nel teorema di Bayes (320) — con le probabilità causali *ex post* che invece un valore probatorio lo hanno. Per esempio, nell'ipotesi dello spettatore che non ha pagato il biglietto, supponiamo che solo uno spettatore su 1.000 abbia pagato, che chi ha ritirato i soldi identifichi A come quell'unico spettatore pagante e che esista solo una possibilità del 2% che si sbagli nel farlo. Utilizzando la nuda statistica per la quale il 99.9%

(320) Cfr. TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1359-60 e n. 100 (le statistiche basate su una classe non particolareggiata possono essere utilizzate soltanto come probabilità iniziali nel teorema di Bayes).

degli spettatori non ha pagato, quale « tasso di base o probabilità iniziale nel teorema di Bayes, la probabilità che A sia un « imbutato », ricalcolata, anche dopo aver preso in considerazione la testimonianza particolaristica di chi ha proceduto all'identificazione, sarebbe ancora di più del 95% (321). I Bayesiani si ostinerebbero a sostenere che A è pressoché sicuramente uno spettatore che non ha pagato, nonostante la testimonianza di chi sostiene di essere praticamente sicuro del contrario (322).

Questa conclusione non è solo un non-senso, ma è anche chiaramente sbagliata. Il problema non è il teorema di Bayes in sé, che è un valido teorema per il calcolo della probabilità matematica, ma è il ricorso a tassi di base astratti, che si tratti di nude statistiche o di probabilità causali *ex ante*, per contestare probabilità causali *ex post* basate su evidenze particolaristiche. I Bayesiani stanno mescolando mele e arance. I tassi di base rappresentano mere descrizioni della distribuzione complessiva degli accadimenti all'interno di una classe e non forniscono informazioni su nessun caso specifico. Solo l'evidenza particolaristica può darci qualche informazione sul caso singolo. Quando la proposizione che deve essere provata riguarda quel che è realmente accaduto, il ricorso a tassi di base — che non contengono informazioni sul punto — come probabilità iniziali nel teorema di Bayes è un esempio della massima dei programmatori di computer « input sbagliato, output sbagliato » (323). Il fatto che i

(321) Il calcolo è $(0.02 \times 0.999) / [(0.02 \times 0.999) + (0.98 \times 0.001)]$. Cfr. *retro*, n. 311.

(322) Cfr., ad esempio, BROOK, *retro*, n. 236, p. 327-28 e n. 151 e 152, 329 n. 156, 330 n. 158; MARTIN, *retro*, n. 299, p. 711-12; SAKS-KIDD, *retro*, n. 236, p. 128, 130 e n. 9.

(323) Un altro esempio di questa massima è l'uso del teorema di Bayes per calcolare la « probabilità di paternità » basandosi su una probabilità a priori del 50%, totalmente ingiustificata, come la Corte ha permesso che accadesse in *Commonwealth v. Beausoleil* (1986), 397 Mass. 206, 211 n. 6, 217-21 e n. 19, 490 N. E.2d 788, 792 n. 6, 795-97 e n. 19. Pur riconoscendo la non validità della probabilità *a priori*, la Corte ammise che venisse introdotto il calcolo della « probabilità di paternità » sulla sola base della probabilità *a priori* non valida, lasciando al collegio difensivo « il compito di evidenziare, nel corso del controesame, l'esatta natura del calcolo della probabilità di paternità e le sue debolezze. » *Id.*, p. 220 n. 19, 490 N. E.2d p. 797 n. 19.

La maggioranza avrebbe autorizzato, ma non ha richiesto, un'istruzione alla giuria in cui si chiedesse di non prendere in considerazione questo tipo di « evidenza » fintanto che non venisse preliminarmente accertato che il presunto padre aveva avuto rapporti sessuali con la madre o al momento o all'incirca nel periodo del concepimento. *Id.* p. 220 n. 18, 490 N. E.2d p. 797 n. 18. Il giudice O'Connor, *concurring* in parte ed in parte dissenziente, avrebbe insistito su questo tipo di accertamento preliminare, nel contesto di un processo separato. *Id.*, p. 225-29, 490 N. E.2d p. 799-800. Tuttavia, questo accertamento preliminare non giustificerebbe l'adozione di una probabilità a priori del 50% che sarebbe fondata solo nel caso in cui venisse anche dimostrato che la madre era stata inseminata dallo sperma egualmente

giudici, i giurati e i profani ignorino i tassi di base e si concentrino invece sulla prova particolaristica è, contrariamente a quanto affermano i Bayesiani (324), altamente razionale (325).

Le probabilità causali *ex ante*, o nude statistiche associate a probabilità causali *ex ante*, possono essere usate, al massimo, per scommettere su cosa sia realmente accaduto, cioè per la predizione causale o una « postdizione ». Non possono essere usate per sapere se si è vinta la scommessa, cioè per stabilire che cosa sia realmente accaduto. Per far ciò, dobbiamo fornire una spiegazione causale dello specifico accadimento, il che richiede la prova — attraverso una dimostrazione particolaristica — della concretizzazione della generalizzazione casuale che si suppone sia applicabile e della legge causale sottostante.

Inoltre, le probabilità causali *ex ante* e le nude statistiche, in quanto probabilità astratte, non basate su evidenze particolaristiche specifiche per il caso particolare, rappresentano un fondamento

fertile di un altro e solo di un altro maschio nel periodo di tempo rilevante. Cfr. PETERSON, *A Few Things You Should Know about Paternity Tests (But Were Afraid To Ask)*, in *Santa Clara L. Rev.*, 1982, p. 667 ss., 684-86. Le probabilità « soggettive », fintanto che non sono probabilità causali *ex post* basate su evidenze particolaristiche, illustrano semplicemente la massima « *garbage in, garbage out.* » Cfr. McCORMICK, *retro*, n. 313, § 211, p. 660 e n. 22 (che suggerisce, sollevando però degli interrogativi, il ricorso a probabilità causali *ex ante* invece che a probabilità causali *ex post*).

Inoltre, persino qualora tutte le probabilità introdotte nel calcolo fossero adeguatamente supportate da probabilità causali *ex post* basate su evidenze particolaristiche, la « probabilità di paternità » complessiva calcolata tramite il teorema di Bayes è meramente la probabilità causale *ex post* per il supposto padre, che dovrà essere comparata con le probabilità causali *ex post* dell'altro maschio o degli altri maschi — la cui esistenza è usualmente il punto maggiormente oggetto della disputa — per determinare se sussistono basi sufficienti per concludere che il supposto padre, piuttosto che non qualche altro maschio, sia realmente il genitore. Cfr. McCORMICK, *retro*, n. 313, § 211, p. 661; *retro*, testo alle note 268-69, 274-77, 281-82.

(324) Cfr., ad esempio, FINKELSTEIN, *Quantitative Methods in Law: Studies in The Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems*, 1978, p. 70 ss., 72, 92 n. 57; SAKS - KIDD, *retro*, n. 236, p. 125-31. Il testo balilare è TVERSKY - KAHNEMAN, *Decisions Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Sci.*, 1974, p. 1124 ss.

(325) Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 258-64; BRILMAYER-KORNHAUSER, *Review: Quantitative Methods and Legal Decisions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1978, p. 116 ss., 147-48 e n. 114; cfr. EDWARDS - VON WINTERFELDT, *Cognitive Illusions and Their Implications for the Law*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1986, p. 225 ss., 232-34 (che discute il rifiuto da parte di un soggetto di prendere in considerazione i tassi di base se non li considera causalmente rilevanti o individualizzanti). Alcuni Bayesiani non giuristi trattano i tassi di base, persino quando consistono in specifiche distribuzioni di frequenze osservate in una specifica occasione, come nell'ipotesi dello spettatore non pagante, come se non fossero evidenze « osservabili » o rilevanti di per sé sole. Tuttavia, in modo incoerente, trattano i tassi di base come evidenze probanti che dovrebbero essere utilizzate come probabilità iniziali nel teorema di Bayes quando sono disponibili anche evidenze particolaristiche. Cfr. FIENBERG, *retro*, n. 299, p. 695; MARTIN, *retro*, n. 299, p. 710-12.

assai debole persino per una scommessa su che cosa sia accaduto davvero. Vengono quindi rapidamente sostituite dalle probabilità causali *ex post*, basate invece sulle evidenze particolaristiche (326). Nella nostra ipotetica sparatoria, solo un benefattore degli allibratori o un pazzo piazzerebbe la sua scommessa su X dopo che siano stati resi noti i risultati dei test balistici (327).

I sostenitori della probabilità matematica hanno confuso le probabilità in base alle quali chiunque sarebbe disposto a scommettere sull'esistenza di un certo fatto con il grado di convincimento che la persona ha sull'effettivo verificarsi di questo ultimo (328). La disponibilità ad accettare una scommessa sulla circostanza che qualche condizione si sia verificata non implica necessariamente nessun convincimento per quanto concerne il reale verificarsi del fatto (329). Questo è inevitabilmente vero quando — come nelle

(326) Cfr. TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1339 n. 33, 1340 n. 34, 1345 n. 48, 1347-48, 1349 e n. 65, 1360 n. 100, 1361 e n. 102; *retro*, testo alle nn. 279-82.

(327) Cfr. *retro*, testo alle n. 300-19.

(328) Ad esempio, BROOK, *Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation*, in *Tulsa L.J.*, 1982, p. 79 ss., 83-84; FRIEDMAN, *retro*, n. 270, p. 515-16, 519 e n. 38; KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 38-39 e n. 21, 45-47; KAYE, *Gatecrasher*, *retro*, n. 236, p. 105 e n. 127; KAYE, *retro*, n. 298, p. 644-45; KAYE, *retro*, n. 270, p. 609-10; RIZZO, *retro*, n. 17, p. 1017; RIZZO-ARNOLD, *retro*, n. 12, p. 1409 n. 56; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 766 n. 173, 767 n. 174; TRIBE, *retro*, n. 236, p. 1346-49; WAGNER, *Book Review*, in *Duke L.J.*, 1979, p. 1071 ss., 1072-73 e n. 6; cfr. NESSON, *retro*, n. 284, p. 1385-92 e n. 92, 98, 104 e 105 (grado di verità misurato tramite probabilità); ID., p. 1389 n. 107 (con eccezioni *ad hoc* laddove la conclusione sia platealmente falsa).

Kaye, di recente, ha modificato in modo significativo la sua teoria della prova. Egli continua a sostenere che gli standard di prova si riferiscono ad una probabilità limite e che la quota scommessa sulla verità di una determinata asserzione fattuale corrisponde ad un « convincimento parziale ». Cfr. KAYE, *A First Look at « Second Order Evidence »*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 701 ss., 703 e n. 16 [d'ora in poi KAYE, *First Look*]; KAYE, *Do We Need a Calculus of Weight to Understand Proof Beyond a Reasonable Doubt?*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 657 ss., 661-62, 668-69 e n. 29 [d'ora in poi KAYE, *Calculus of Weight*]. (Una posizione più sostenibile è che, se c'è una convinzione sulla verità della proposizione, allora la forza del convincimento può essere misurata ricorrendo alla tecnica delle quote scommesse). Tuttavia, Kaye non è più disposto a sottoscrivere che questo « convincimento parziale » possa essere manipolato tramite il teorema di Bayes e tramite altri teoremi matematici per giungere ad una probabilità complessiva del caso nel suo insieme. Cfr. KAYE, *Calculus of Weight*, *retro*, p. 659-61 e n. 7, 669-72.

(329) Piuttosto che enfatizzare questo punto, Cohen attacca l'approccio delle quote scommesse sotto il profilo per il quale i giurati, o la gente comune che dovesse affrontare il paradosso dello spettatore non pagante, non esprimerebbe o potrebbe non esprimere quote scommesse. Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 89-91. Il suo ampio dibattito con Kaye dimostra che questo non è un argomento vincente. Cfr. KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 45-47; COHEN, *Gatecrasher*, *retro*, n. 284, p. 630-32; KAYE, *retro*, n. 298, p. 641-44. Cohen dà ragione a Kaye, ma suppone erroneamente che ciò comporti l'accettazione dell'assunto di Kaye che le quote scommesse rappresentino « convincimenti parziali » e che questo tipo di convincimento sia

nostre ipotesi del lancio del dado, dello spettatore senza biglietto e della sparatoria — le quote scommesse si basano sulle probabilità causali *ex ante* astratte o sulle nude statistiche, invece che sulle probabilità causali *ex post* particolaristiche (330). Tuttavia, persino le probabilità causali *ex post* possono non distinguere a sufficienza le diverse generalizzazioni causali potenzialmente applicabili per supportare il convincimento — non importa quanto fragile — che la legge causale sottostante ad una generalizzazione, piuttosto che un'altra, sia stata pienamente concretizzata (331).

L'incapacità di distinguere le probabilità dalle convinzioni fa sì che i sostenitori della probabilità matematica finiscano coll'aderire al concetto di giustizia cumulativa che sta alla base delle teorie dei Giuristi economisti e dei Critici (332). Per i sostenitori della probabilità matematica, i Giuristi economisti ed i Critici, la giustizia consiste, rispettivamente, nel minimizzare gli errori, nel massimizzare il benessere o l'utilità, o nel ripartire i rischi. Di conseguenza, essi affermano, se le probabilità matematiche favoriscono, anche di poco, il danneggiato, non è giusto negargli il risarcimento nemmeno nel caso in cui ci sia un'evidenza particolaristica insufficiente, sulla base della quale la giuria potrebbe concludere che il convenuto ha realmente contribuito alla lesione subita dall'attore (333).

gestibile in conformità ai teoremi della probabilità matematica. Cfr. COHEN, *retro*, n. 313, p. 645-47. Cohen è di conseguenza costretto ad argomentare che non è il « convincimento parziale », bensì la completezza dell'evidenza — indipendentemente dal convincimento da essa generato — che deve comportare la responsabilità e che i teoremi della probabilità matematica non si applicano alle misurazioni non ordinali della completezza. Cfr. *Id.*, p. 646 n. 19, 647-49. Kaye sostiene che la completezza dell'evidenza può venir presa in considerazione nel calcolo della probabilità e che non è necessario costruire alcun concetto indipendente di « peso probatorio ». Cfr. KAYE, *Calculus of Weight*, *retro*, n. 328, p. 657-58, 662-67. Ma cfr. CALLEN, *Second-Order Considerations*, WEIGHT, *Sufficiency and Schema Theory: A Comment on Professor Brilmayer's Theory*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 715 ss., 723-26 e n. 71 e 72. Ciononostante, Kaye ha iniziato a voltare le spalle all'uso dei teoremi della probabilità matematica. Cfr. *retro*, n. 328.

(330) Cfr. *retro*, testo alle n. 279-82, 287-88, 300-19.

(331) Cfr. *retro*, testo alle n. 248-49.

(332) Cfr. ZUCKERMAN, *Law, Fact or Justice*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 487 ss., 499-500. Questo rilievo è stato formulato da Nesson, che ha sviluppato una posizione apparentemente cinica ma implicitamente basata su determinati principi, volta ad evitare l'approccio aggregato. Cfr. NESSON, *retro*, n. 284, p. 1377-78 e n. 67, 1379, 1383, discusso *retro*, n. 284. Altri studiosi non sono turbati dalle implicazioni aggregative. Cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 414; BROOK, *retro*, n. 236, p. 321-23, 339-40, 348-51 e n. 223; BUSH, *Between Two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury*, in *Ucla L. Rev.*, 1986, p. 1473 ss., 1529-63; SCHMALBECK, *retro*, n. 236, p. 235 n. 24.

(333) Per i sostenitori della probabilità matematica, cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 405 n. 21, 412-13, 420-21, 426, 428-30 e n. 66; BROOK, *retro*, n. 236, p. 296-97; EGGLESTON, *retro*, n.

Questo approccio cumulativo, basato sulla probabilità, non si accorda con il tradizionale concetto di giustizia correttiva, così come viene inteso dalla gente comune ed applicato dalle corti. Di solito, noi consideriamo ingiusto individuare nel convenuto colui che deve risarcire il danno dell'attore, fintanto che non sia stato accertato che ha realmente contribuito al suo verificarsi (334). Ai giurati non viene detto che devono solo scommettere sull'esistenza di qualche fatto; ma vengono istruiti, piuttosto, sul fatto che dovranno accertare se è stato provato, sulla base della preponderanza dell'evidenza, che l'evento sia realmente accaduto (335).

Si è molto discusso sul punto se vi sia o meno uno specifico livello di probabilità causale *ex post* che corrisponda alla preponderanza dell'evidenza. Alcune corti ed alcuni studiosi interpretano il termine « preponderanza dell'evidenza » come se significasse semplicemente « più probabile che no », nel senso di una probabilità superiore al 50% (336). Tuttavia, persino i fautori del più probabile che no di solito danno per scontato che la richiesta preponderanza di probabilità rifletta un qualche grado di convinzione — non

295, p. 681-82; KAYE, *Limits*, retro, n. 236, p. 496-97 e n. 39, 501, 509, 510 e n. 62, 514-16; SCHMALBECK, retro, n. 236, p. 223, 234-36 e n. 24; TRIBE, retro, n. 236, p. 1361 e n. 102 (ma cfr. ID. p. 1378-83); WILLIAMS, retro, n. 145, p. 303. Per i Giuristi economisti, cfr. POSNER, retro, n. 291, §§ 21.1-.2, p. 517-21. Per i Critici, cfr. KELMAN, retro, n. 10, p. 592-601; cfr. altresì ABEL, *Torts*, retro, n. 21, p. 191, 196-97 (per il livellamento dei rischi); HORWITZ, retro, n. 10, p. 210-11 (per la ripartizione dei rischi).

(334) Per una discussione della centralità e della pervasività del requisito della causalità effettiva, cfr. WRIGHT, retro, n. 2, p. 1771-77, 1788-1828.

(335) Cfr. *Bertram v. Wunning* (Corte d'Appello del Montana, 1965), 385 S.W.2d 803, 807; 9 WIGMORE, *Evidence*, v. 9, 3ª ed. New York, 1940, § 2498, p. 325-27. Contrariamente a quanto ritengono Kaye e gli altri sostenitori della probabilità matematica, c'è una grande differenza tra questi due compiti che non può essere spazzata via in un colpo solo come se si trattasse « più di una questione di lessico che di sostanza. » KAYE, *Laws*, retro, n. 236, p. 39 n. 21; cfr. BROOK, retro, n. 236, p. 303; KAYE, *First Look*, retro, n. 328, p. 703 n. 16. Contrariamente a quel che ritiene il giudice Weinstein, secondo quanto da me precedentemente riportato, il fatto che i suoi giurati di Brooklyn facciano scommesse sui cavalli e sulla sicurezza in metropolitana non significa che questi, o gli altri, ritengano appropriato trattare le sentenze come pure e semplici quote scommesse, invece che come giudizi esprimanti un convincimento su ciò che è realmente avvenuto. Cfr. COHEN, *The Costs of Acceptability: Blue Buses, Agent Orange, and Aversion to Statistical Evidence*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 563 ss., 566-67 e n. 21 (che cita *Letter from Hon. Jack B. Weinstein to Charles Nesson* (Oct. 21, 1985). Cfr., in generale, NANCE, *The Best Evidence Principle*, in *Iowa L. Rev.*, 1988, p. 227 ss., 232-33 e nn. 25 e 26 (che cita *Fed. R. Evid.* 102 e TWINING, *Evidence and Legal Theory*, in *Mod. L. Rev.*, 1984, p. 261 ss., 272) (scopo primario del giudizio è l'accertamento della verità).

(336) Cfr., ad esempio, *In re « Agent Orange » Prod. Liab. Litig.* (Corte Distrettuale per il Distretto Orientale di New York, 1984), 597 F. Supp. 740, 835; *Davies v. Taylor* (Lord Simon di Glaisdale), 1974 A.C. 207, 219; McCORMICK, retro, n. 313, § 339, p. 957.

importa quanto fragile — che la proposizione sia vera; essi si preoccupano innanzitutto di dissipare il concetto che il grado di convinzione debba raggiungere l'assoluta certezza (337). Altre corti ed altri studiosi respingono qualsiasi specifica interpretazione probabilistica quantitativa dello standard della preponderanza dell'evidenza e sottolineano che l'evidenza deve essere sufficiente a generare il convincimento che il fatto in discussione si sia realmente verificato (338). Quest'ultima interpretazione riconosce che il giudizio su cosa sia realmente accaduto richiede di andare al di là di un semplice raffronto tra probabilità matematiche, per arrivare a determinare un qualche livello minimo di convincimento. I pochi dati empirici di cui disponiamo sono decisamente a supporto di questa interpretazione (339).

(337) Cfr., ad esempio, *Livanovitch v. Livanovitch* (1926), 99 Vt. 327, 328, 131 A. 799, 800 (« Se ... sei più incline a credere, sulla base dell'evidenza, che egli si è comportato così nel convertire le obbligazioni ... persino se il tuo convincimento è solo di un *piccolissimo* grado superiore al convincimento contrario, il tuo verdetto dovrebbe essere favorevole al danneggiato. »); McCORMICK, *retro*, n. 313, § 339, p. 957-59 e n. 13; McBAINE, *Burden of Proof; Degrees of Belief*, in *Calif. L. Rev.*, 1944, p. 242 ss., 244, 246-54. Un insieme di istruzioni alle giurie federali afferma: « accertare con 'preponderanza dell'evidenza' significa provare che qualcosa è più probabile che no. In altre parole, un'evidenza preponderante è quel tipo di evidenza che, se confrontata con quella ad essa contrapposta, è dotata di maggiore forza *persuasiva* e genera nella vostra mente il convincimento che ciò che si è cercato di provare è più probabilmente *vero* che falso. Questa regola non richiede, naturalmente, la prova sino all'assoluta certezza, giacché la prova sino all'assoluta certezza è raramente ottenibile in ogni caso ». DEVITT, BLACKMAR-WOLFF, *3 Federal Jury Practice and Instructions (Civil)*, 4^a ed. St. Paul, 1987, § 72.01, p. 32 (corsivo aggiunto).

(338) Cfr., ad esempio, *Fitzgerald v. Manning* (Quarto Circuito, 1982), 697 F.2d 341, 350-51 e n. 9; *Larson v. Jo Ann Cab Corp.* (Secondo Circuito, 1954), 209 F.2d 929, 931-35 e n. 25; *King's Case* (1967), 352 Mass. 488, 492, 225 N. E.2d 900, 902; *Lampe v. Franklin Am. Trust* (1936), 339 Mo. 361, 384, 96 S.W.2d 710, 723; *Bertram v. Wunning* (Corte d'Appello del Montana, 1965), 385 S.W.2d 803, 806-07, (Corte d'Appello del Montana, 1967) 417 S.W.2d 120, 124, 125; *Bornstein v. Metropolitan Bottling Co.* (1958), 26 N. J. 263, 274-75, 139 A.2d 404, 411; *Frazier v. Frazier* (1955), 228 S.C. 149, 168, 89 S.E.2d 225, 235; *McDonald v. Union Pac. R.R. Co.* (1946), 109 Utah 493, 501-02, 167 P.2d 685, 689 (giudice Wolfe, *concurring*); WIGMORE, *Evidence*, v. 9, 3^a ed. New York, 1940, § 2498, p. 326-27 (che cita TRICKETT, *Preponderance of Evidence, and Reasonable Doubt*, in *The Forum (Dickinson School of Law)*, 1906, p. 75 ss., 76-77); JAMES, *Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, in *Harv. L. Rev.*, 1986, p. 376 ss., 381-86 e n. 23, 42 e 46, 390 n. 72, 395. Per una panoramica sul dibattito, cfr. EGGLESTON, *Evidence, Proof, and Probability*, 2^a ed. London, 1983, p. 130-37.

(339) Alcuni ricercatori hanno domandato a giudici, giurati e studenti di dichiarare quale livello di probabilità sarebbe sufficiente, in generale o in un caso specifico, per un accertamento in base alla preponderanza dell'evidenza. Molti fra i giudici che hanno risposto — 80 su 225 in uno dei sondaggi — si sono rifiutati di vincolarsi ad una specifica probabilità. McAULIFF, *Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence, or Constitutional Guarantees?*, in *Vand. L. Rev.*, 1982, p. 1293 ss., 1325 n. 184, 1330. Molti giudici hanno

La confusione dei diversi tipi di probabilità tra di loro e con i gradi di convincimento spiega molte, se non tutte, le difficoltà che i sostenitori delle probabilità matematiche incontrano nel tentativo di spiegare i vari aspetti della prova giuridica. Una volta riconosciute e comprese le difficoltà, è possibile conciliare le obiezioni mosse alla teoria matematica della probabilità limitando tale teoria all'ambito che le è proprio, senza lasciarla alla deriva nell'ampio spettro di situazioni in cui è applicabile. Benché gli assiomi della teoria matematica della probabilità funzionino generalmente bene quando sono applicati a probabilità dello stesso tipo, ciò non è altrettanto vero quando diversi tipi di probabilità vengono mescolati insieme (340). Né si dovrebbe, come Jonathan Cohen ha convincentemente dimostrato, utilizzare i teoremi matematici della probabilità per combinare probabilità causali *ex post* e gradi di convincimento riferiti ad elementi discrezionali della spiegazione causale (341).

sollevato obiezioni esplicite contro l'interpretazione dell'onere della prova in termini di probabilità quantitativa. Id., p. 1332. Dei giudici disposti a fissare una probabilità quantitativa corrispondente allo standard della preponderanza dell'evidenza, solo tre quinti circa hanno scelto una probabilità tra il 50% ed il 55%; circa due quinti una probabilità del 60% o più; almeno un quinto una probabilità del 70% o più; un decimo una probabilità dell'80% o più ed un ventesimo una probabilità tra il 90% ed il 100%. Id., p. 1331; SIMON-MAHAN, *retro*, n. 315, p. 324-25, 327 (figura 7). La distribuzione delle probabilità era pressoché equivalente a quella relativa allo standard del più probabile che no. McAULIFF, *retro*, p. 1331. Le persone comuni — giurati e studenti — erano ancor meno disposte ad interpretare lo standard della preponderanza dell'evidenza come una mera probabilità superiore al 50%. Circa quattro quinti dei laici hanno scelto una probabilità del 70% o più; metà di essi una probabilità dell'80% o più e oltre un decimo una probabilità tra 95% e 100%. SIMON-MAHAN, *retro*, n. 315, p. 327 (figura 7). Più del 99% dei giudici e circa due terzi della gente comune si sono opposti a che i giurati compissero semplicemente un accertamento di probabilità, che il giudice avrebbe poi potuto utilizzare per attribuire la responsabilità. Id., p. 329, 330 n. 8. Venivano riportate dichiarazioni dei giudici del seguente tenore: « è semplice, le percentuali o le probabilità non comprendono tutti i fattori, tangibili o intangibili, che entrano in gioco nella determinazione della colpevolezza: le prove non possono essere valutate in questi termini. » Id. p. 329; cfr. altresì KAGEHIRO-STANTON, *Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof*, in *Law and Hum. Behav.*, 1985, p. 159 ss., 164, 169 (studio empirico che dimostra la divergenza tra gli accertamenti compiuti in base al parametro giuridico della preponderanza dell'evidenza e quelli relativi al parametro quantitativo del 50%, con risultati più vicini a quelli ottenuti in base al parametro giuridico, anche quando i due diversi parametri venivano combinati nella stessa istruzione).

(340) Cfr. *retro*, testo alle note 320-25.

(341) Cfr. COHEN, *retro*, n. 249, p. 49-120; così ALLEN, *retro*, n. 236, p. 404-15; NESSON, *retro*, n. 284, p. 1377-90; WILLIAMS, *retro*, n. 145, p. 302-05, 340-44. Alcuni sostenitori della probabilità matematica affermano che le argomentazioni di Cohen sono state confutate. Cfr., ad esempio, FIENBERG, *Misunderstanding, Beyond a Reasonable Doubt*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 651 ss., 652-53; KAYE, *Laws*, *retro*, n. 236, p. 38 e n. 18, 41; KAYE, *retro*, n. 298, p. 635 n. 5; cfr. EDWARDS, *Summing Up: The Society of Bayesian Trial Lawyers*, in *B.U.L. Rev.*, 1986,

Come vedremo nell'ultima sezione, alcune corti non hanno osservato la fondamentale distinzione tra prove particolaristiche, probabilità causali *ex post* ed *ex ante*, nude statistiche e gradi di convincimento (342). Nella assoluta maggioranza dei casi però, indipendentemente dalla formulazione verbale adottata, hanno rispettato, in pratica, le tradizionali distinzioni probatorie da me elaborate in questa parte dell'articolo. Anche in quei settori, come nei casi di perdita di *chances*, in cui le corti hanno più spesso smarrito la strada, c'è, nei casi recenti, una tendenza pronunciata ad un'analisi dei concetti più accurata.

SEZIONE V

Responsabilità per esposizione al rischio.

In questa parte finale, mi occupo dell'area più problematica della prassi attuale riguardo alla responsabilità per danno: ai casi cioè concernenti la responsabilità per esposizione al rischio. Nel primo paragrafo, discuto i casi di perdita di *chances* o di aumento del rischio; nel secondo, i casi di esposizione multipla e di causalità alternativa. In confronto alle discussioni teoriche dei capitoli precedenti ed alla luce di quelle stesse discussioni, la trattazione in questo capitolo di casi specifici può sembrare relativamente prosaica. Tuttavia, le questioni in gioco sono importanti e controverse ed i tentativi di occuparsene, da parte di giudici ed accademici, hanno generato gran parte della confusione tra concetti che sto cercando a fatica di dissipare. Per completare la mia opera di potatura del

p. 937 ss., (« [N]essuno ci ha lanciato il guanto di sfida! ... [N]essuno di loro ci ha costretto a ripiegare in un vicolo cieco. »).

Come Ron Allen ha puntualizzato, la maggior parte delle argomentazioni di Cohen è stata elusa invece che confutata, ci si è spesso sottratti al confronto. Cfr. ALLEN, *retro*, n. 236, p. 404, 410-14; ALLEN, *Analyzing the Process of Proof: A Brief Rejoinder*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 479 ss., 480-84. Per alcuni esempi di elusione, cfr. Eggleston, *retro*, n. 338, p. 36, 38-39, 40-44; Fienberg, *retro*, n. 299, p. 693-97; LEMPERT, *retro*, n. 270, p. 451-62; MARTIN, *retro*, n. 299, p. 710-12; SCHMALBECK, *retro*, n. 236, p. 224-31; WAGNER, *retro*, n. 328, p. 1074-79; *retro*, n. 325 e testo alle note 288-94; cfr. NANCE, *A Comment on the Supposed Paradoxes of a Mathematical Interpretation of the Logic of Trials*, in *B.U.L. Rev.*, 1986, p. 947 ss., 949-52 (1986) (un tentativo di interpretazione delle istruzioni alle giurie che chiaramente supporta la posizione di Cohen; vengono fatti solo riferimenti passeggeri a sentenze specifiche e ad interrogatori da parte della giuria che sono fatali per la posizione dei sostenitori della probabilità).

(342) Cfr. *infra*, testo alle note 350-53, 398-407.

cespuglio di rovi, ricorrerò ai concetti e alle distinzioni sviluppate nei paragrafi precedenti, per farmi strada nella confusione che ha circondato i casi di esposizione al rischio.

1. *Causalità nei casi di perdita di chances o di aumento del rischio.* — Abbiamo visto precedentemente come il test NESS ci consenta di individuare il rapporto causale in molti dei cosiddetti casi di causalità dubbia (343). Anche per il test NESS, comunque, esistono casi in cui è impossibile stabilire se il comportamento illecito del convenuto abbia o meno contribuito al danno dell'attore; ciò è vero, in particolare, in molti casi di negligenza medica. Spesso si può dimostrare che il medico ha, per negligenza, ridotto la possibilità del paziente di evitare qualche lesione poi manifestatasi, o ha aumentato il rischio del suo verificarsi, ma non si riesce a provare che la negligenza del medico ha realmente contribuito alla lesione prodottasi (344).

Ciononostante, in queste situazioni, le corti hanno spesso ritenuto che il convenuto fosse responsabile (345). Questi casi, insieme a quelli di esposizione di massa che discuterò nel paragrafo successivo, sono spesso considerati una dimostrazione della non validità, o quanto meno dell'incompletezza, della tradizionale teoria della giustizia correttiva nei casi di responsabilità per danno (346). Che ciò sia vero o no, dipende dall'approccio che le corti hanno adottato, esplicitamente o implicitamente, in questi casi. Ci sono almeno due approcci possibili, il primo dei quali solamente non è compatibile con la teoria della giustizia correttiva.

Nel primo approccio, il convenuto è responsabile per l'intero ammontare del danno prodotto — anche se non è stato provato che abbia contribuito illecitamente a tale danno — se ha sufficiente-

(343) Cfr. *retro*, testo alle note 205-09.

(344) Cfr. bibliografia *infra*, alle note 351-52, 364.

(345) Cfr. *infra*, testo alle note 350-80.

(346) Cfr. BROOK, *retro*, n. 236, p. 305-08, 316, 329, 336, 341-52; ELLIOTT, *Why Courts? Comment on Robinson*, in *J. Legal Stud.*, 1985, p. 799 ss., 799-800; KELMAN, *retro*, n. 10, p. 579-80, 589 n. 23, 597-600; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 121-24 e n. 33; LANDES-POSNER, *Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries*, in *J. Legal Stud.*, 1984, p. 417 ss., 422-25; LEMPERT, *retro*, n. 270, p. 460-61; ROBINSON, *retro*, n. 231, p. 780-83; ROSENBERG, *retro*, n. 208, p. 855-59; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 640, 644-46 e n. 14; SHAVELL, *retro*, n. 266, p. 587-89; NOTE, *The Inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risks: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation*, in *Stan. L. Rev.*, 1983, p. 575 ss., 583-84, 600-07.

mente ridotto la possibilità della vittima di evitare il danno manifestatosi o ha aumentato il rischio del suo verificarsi (347).

Nel secondo approccio, viene riconosciuta una nuova forma di danno giuridicamente rilevante — l'esposizione al rischio che forse ha portato al danno manifestatosi — ed il convenuto è considerato responsabile per questo danno da esposizione se, e solo se, l'attore prova che si è verificata un'esposizione di quel tipo di cui l'imputato è stato causa. Poiché il danno è rappresentato dall'esposizione al rischio che può aver condotto al danno manifestatosi, e non dal danno in sé, la responsabilità è limitata alla quota di danno equivalente all'aumento del rischio determinato dal convenuto (348). Se è stato accertato che il convenuto non ha contribuito al danno manifestatosi, questi non è responsabile per quel danno o per l'esposizione al rischio che forse ha portato al suo manifestarsi. La prova che egli non ha contribuito al danno manifestatosi è necessariamente la prova che il rischio creato non ha portato al danno manifestato e la responsabilità, seguendo il secondo approccio, sussiste solo per quell'esposizione al rischio che può aver portato al danno stesso. D'altra parte, se l'attore può provare che il convenuto ha realmente contribuito al danno prodottosi, l'attore può ottenere un risarcimento per l'intero ammontare del danno, ma non anche per l'esposizione al rischio che lo ha prodotto, dato che ciò porterebbe ad un risarcimento doppio (349).

Le corti che hanno adottato il primo approccio sono numerose e concedono all'attore che abbia prodotto la mera prova dell'au-

(347) Il primo approccio è quello scelto dai sostenitori della probabilità matematica e dai Giuristi economisti per i casi non reiterati con una singola vittima, come i casi tipici di negligenza medica. I sostenitori della probabilità matematica attribuirebbero una responsabilità piena alla più probabile causa del danno manifestatosi, anche se la causalità relativa alla lesione non può essere accertata, perché ciò comporterebbe la minimizzazione del rischio di sentenze errate. Ad esempio, KAYE, *Limits*, retro, n. 236, p. 492-94, 496-504, 507-08; SHAVELL, retro, n. 266, p. 605 n. 28. I Giuristi economisti attribuirebbero una responsabilità piena se l'aumento del rischio dovesse eccedere una determinata soglia, perché ritengono che ciò riduca al minimo i costi amministrativi, con un effetto avverso decisamente minimo sugli incentivi. Cfr., ad esempio, LANDES-POSNER, retro, n. 10, p. 121-23; LANDES-POSNER, retro, n. 346, p. 425 e n. 9; SHAVELL, retro, n. 266, p. 604-07 e n. 28.

(348) WRIGHT, retro, n. 2, p. 1815-16; cfr. PROSSER-KEETON, retro, n. 39, § 41, p. 272; GREEN, retro, n. 33, p. 558-59; KING, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in *Yale L.J.*, 1981, p. 1353 ss., 1376-87; MALONE, *Ruminations*, retro, n. 32, p. 80-81.

(349) Cfr. WRIGHT, retro, n. 2, p. 1813, 1815-16; cfr. also CARPENTER, retro, n. 111, p. 943, 947, 952; MALONE, *Ruminations*, retro, n. 32, p. 71, 77, 78.

mento del rischio (350) di presentare il caso alla giuria per ottenere un verdetto sulla causalità. In alcuni di questi casi, ci sono prove che, in assenza di negligenza da parte del convenuto, il danneggiato avrebbe avuto una possibilità « meglio-che-niente » di evitare il danno manifestatosi (351). In altri casi, la probabilità di evitare il danno manifestatosi, in assenza di negligenza, sarebbe stata inferiore al 50% oppure la probabilità non era stata quantificata (352). In teoria, si richiede ancora alla Giuria di applicare gli standards e gli oneri della prova usuali per decidere il problema della causalità; l'attore deve dimostrare, in base alla preponderanza dell'evidenza, che il comportamento illecito del convenuto è stato un « fattore sostanziale » della produzione del danno (353).

Tutte le corti che seguono questo approccio fanno affidamento soprattutto sul linguaggio ambiguo usato nel caso *Hicks v. United States* (354), sulla motivazione resa dalla Corte Suprema della Pennsylvania in *Hamil v. Bashline* (355), o su entrambi. Alcune delle più recenti sentenze che accolgono il primo approccio si basano anche sull'opinione della Corte Suprema di Washington in

(350) Cfr. bibliografia *infra*, alle note 351-52.

(351) *McBride v. United States* (Nono Circuito, 1972), 462 F.2d 72, 75 (Hawaii law); *Sharp v. Kaiser Found. Health Plan* (Corte d'Appello del Colorado, 1985), 710 P.2d 1153, 1154-56, confermato con motivazione differente (Colorado, 1987), 741 P.2d 714, 718 e n. 5, 720 (in sede di istanza di *summary judgement*, il convenuto non è riuscito a dimostrare la mancanza di un vero problema di causalità); *Hamil v. Bashline* (1978), 481 Pa. 256, 263, 268-73 e n. 9, 392 A.2d 1280, 1283, 1286-89 e n. 9; *Truan v. Smith* (Tennessee, 1979), 578 S.W.2d 73, 76-77; *Brown v. Koulikakis* (1985), 229 Va. 524, 532-33, 331 S.E.2d 440, 446.

(352) *Daniels v. Hadley Memorial Hosp.* (Circuito D.C., 1977), 566 F.2d 749, 757-58 (D.C. law); *Jeanes v. Milner* (Ottavo Circuito, 1970), 428 F.2d 598, 604-05 (Ark. law); *Thompson v. Sun City Community Hosp.* (1984), 141 Ariz. 597, 605-08, 688 P.2d 605, 613-16; *Northern Trust Co. v. Weiss Memorial Hosp.* (1986), 143 Ill. App. 3d 479, 486-88, 493 N. E.2d 6, 11-12; *Roberson v. Counselman* (1984), 235 Kan. 1006, 1020-21, 686 P.2d 149, 159-60; *Hastings v. Baton Rouge Gen. Hosp.* (Lakota, 1986), 498 So. 2d 713, 720-21; *Evers v. Dollinger* (1984), 95 N. J. 399, 404-06, 413-17, 471 A.2d 405, 408-09, 413-15; *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.* (1974), 45 A.D.2d 177, 179-80, 357 N. Y.S.2d 508, 510-11, confermata, 37 N. Y.2d 719, 337 N. E.2d 128, 374 N. Y.S.2d 615 (1975) (ma cfr. *Kimball v. Scors* (1977), 59 A.D.2d 984, 984-85, 399 N. Y.S.2d 350, 351); *Thornton v. CAMC, Etc.* (West Virginia, 1983), 305 S.E.2d 316, 323-25; cfr. *McKellips v. Saint Francis Hosp.* (Oklahoma, 1987), 741 P.2d 467, 472-77 (che concede l'accertamento della causalità per la lesione manifestatasi basato sul mero aumento del rischio, limitando tuttavia i danni alla perdita di *chances*, per evitare di distorcere i tradizionali principi della causalità).

(353) Cfr. bibliografia *retro*, alle note 351-52.

(354) (Quarto Circuito, 1966), 368 F.2d 626, 633 (« Se esisteva una possibilità sostanziale di sopravvivenza ed il convenuto l'ha distrutta, è chiamato a risponderne. »).

(355) (1978), 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280.

Herskovits v. Group Health Cooperative (356). Si tratta però di casi che offrono ben poco supporto al primo approccio.

Sette dei nove giudici nel caso *Herskovits* hanno respinto esplicitamente il primo approccio. Il solo pronunciamento esplicitamente riferito al secondo approccio era l'eccezionale *concurring opinion*, stesa dal giudice Pearson e sottoscritta da altri tre giudici, che rappresentava l'opinione della maggioranza, sulla quale però non si raggiunse l'unanimità (357). Il giudice Pearson ribadì: che la semplice prova dell'aumento del rischio non è sufficiente per dimostrare la sussistenza del nesso causale in relazione al danno prodotto; che il danno rilevante era la perdita di *chances*; che in considerazione di tale perdita l'azione civile era legittima; che la causalità della perdita di *chances* doveva essere dimostrata secondo gli standards probatori abituali per la prova della causalità (358). I tre giudici dissenzienti, in due opinioni distinte, hanno anch'essi respinto il primo approccio, ma senza prendere esplicitamente posizione rispetto al secondo (359). Solo il giudice Dore, che aveva annunciato « l'opinione della Corte » in un parere cui si era unito, poi, solo il giudice Rossellini, seguì il primo approccio (360). Anche il giudice Dore non fece esplicitamente riferimento al secondo approccio, ma affermò che i danni sarebbero stati limitati a quelle lesioni tangibili direttamente attribuibili all'aumento del rischio (361). In sintesi, *Herskovits* costituisce un precedente di maggior supporto al secondo approccio, più che al primo.

Analogamente, nella recente sentenza *Waffen v. United States* (362), anche la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Quarto Circuito, che aveva giudicato il caso *Hicks*, ha esplicitamente respinto il primo approccio ed ha adottato il secondo, redigendo una motivazione simile a quella del giudice Pearson in *Herskovits* (363). Inoltre, tutte le corti che hanno preso in considerazione entrambi gli approcci hanno respinto il primo e, o adottato il

(356) (1983), 99 Wash. 2d 609, 664 P.2d 474.

(357) Cfr. *Id.*, p. 619, 636, 664 P.2d p. 479, 487 (*plurality opinion*).

(358) *Id.*, p. 624-26, 631-35, 664 P.2d p. 481, 485-87 (*plurality opinion*).

(359) Cfr. *Id.*, p. 636-42, 664 P.2d p. 487-91 (giudici Brachtenbach e Dimmick, *dissenting*); *Id.* p. 642-45, 664 P.2d p. 491-92 (giudice Dolliver, *dissenting*).

(360) Cfr. *Id.*, p. 610-19, 664 P.2d, p. 474-79.

(361) Cfr. *Id.*, p. 619, 664 P.2d p. 479 (risarcimento limitato ai danni « causati direttamente dalla morte prematura »).

(362) (Quarto Circuito, 1986) 799 F.2d 911.

(363) Cfr., *Id.*, p. 917-19, 922-23.

secondo, o lasciato spazio per la sua adozione nel caso in cui risulti appropriato (364).

La Corte Suprema della Pennsylvania adottò effettivamente il primo approccio nel caso *Hamil* (365) e lo seguì nelle decisioni successive (366). Tuttavia, la Corte non ha mai preso in considerazione il secondo approccio e la motivazione logica in base alla quale adotta il primo è inficiata da un errore. La Corte si è basata sulla sezione 323(a) del *Restatement (Second) of Torts* (367), che così recita: « Chi si impegna gratuitamente o a titolo oneroso a prestare ad un terzo servizi che ritiene necessari alla protezione dell'altrui persona o delle altrui cose, è soggetto a responsabilità verso l'altro per il danno fisico risultante dall'omissione della ragionevole cura nello svolgere la propria prestazione, qualora (a) l'omissione nell'esercitare tale cura determini un aumento del rischio di un danno di quel tipo ... (368) ».

Di primo acchito, potrebbe sembrare che la sezione 323(a) sia di supporto al primo approccio (369), ma l'apparenza inganna. Come

(364) Cfr. *Waffen v. United States* (Quarto Circuito, 1986), 799 F.2d 911, 917-19, 922-23 (*Md. law*), ribadita in *Weimer v. Hetrick* (1987), 309 Md. 536, 552-54 e n. 7, 525 A.2d 643, 651-53 e n. 7 (la mera prova dell'aumento del rischio è insufficiente per stabilire la causa della morte; lascia aperta la possibilità di una legittimazione ad agire nei casi di perdita di *chances*); *DeBurkarte v. Louvar* (Iowa, 1986), 393 N. W.2d 131, 135-38; *Herskovits v. Group Health Coop.* (1983), 99 Wash. 2d 609, 619, 664 P.2d 474, 479 (*plurality opinion*), discussa *retro*, testo alle n. 357-61. Ma cfr. *McKellips v. Saint Francis Hosp.* (Oklahoma, 1987, 741 P.2d 467, 472-77, che riconosce come accertata la causalità del danno prodotto, sulla base del mero aumento del rischio, limitando tuttavia il risarcimento ai danni per perdita di *chances*, onde evitare di distorcere i principi della causalità). Per altri casi in cui è stato adottato il secondo approccio, meno espliciti però sulla scelta tra i due approcci, cfr. *O'Brien v. Stover* (Ottavo Circuito, 1971), 443 F.2d 1013, 1018-19 (*Iowa law*); *Mays v. United States* (Corte Distrettuale del Colorado, 1985), 608 F. Supp. 1476, 1480-83 (*Colo. law*); *James v. United States* (Corte Distrettuale del Distretto Settentrionale della California, 1980), 483 F. Supp. 581, 586-87 (*Cal. law*); *Glicklich v. Spievack* (1983), 16 Mass. App. Ct. 488, 492-95, 452 N. E.2d 287, 290-92, istanza di *rehearing* (riconsiderazione della questione da parte, generalmente, del medesimo organo giudiziario) respinta (1983), 390 Mass. App. Ct. 1103, 454 N. E.2d 1276; *Aasheim v. Humberger* (Montana, 1985), 695 P.2d 824, 827-28; *Morrison v. Stallworth* (1985), 73 N. C. App. 196, 203-05, 326 S.E.2d 387, 393-94.

(365) Cfr. 481 Pa. p. 268-73, 392 A.2d p. 1286-89.

(366) Cfr. *Jones v. Montefiore Hosp.* (1981), 494 Pa. 410, 416-20 e n. 8, 431 A.2d 920, 923-25 e n. 8; *Gradel v. Inouye* (1980), 491 Pa. 534, 541-43, 421 A.2d 674, 677-79.

(367) Cfr. *Hamil*, 481 Pa. p. 268-69, 392 A.2d p. 1286.

(368) *Restatement (Second) of Torts* § 323(a) (1965).

(369) Cfr. *Gardner v. National Bulk Carriers* (Quarto Circuito, 1962), 310 F.2d 284, 287, *certiorari* (ordine di consegna del fascicolo alla Corte superiore per la revisione) negato (1963), 372 U.S. 913; cfr. altresì *Hicks*, 368 F.2d p. 632-33 (che si basa su *Gardner*); *Waffen*, 799 F.2d p. 918-19 (che pone limitazioni all'applicazione del precedente di *Gardner*)

parecchie corti hanno puntualizzato recentemente (370), la sezione 323 non è stata stesa con l'intento di occuparsi dei problemi della causalità, ma, piuttosto, enuncia le finalità dell'*obbligo di garanzia* in capo a chi si impegna ad aiutare un terzo in una situazione pericolosa. La sezione stabilisce semplicemente che chi si impegna, anche gratuitamente, nell'aiutare una persona in pericolo ha il dovere di esercitare una ragionevole diligenza e che, se non lo fa e aumenta, di conseguenza, il rischio a cui la persona in pericolo è esposta, risponderà del danno fisico *risultante* dall'omesso esercizio della ragionevole diligenza. La sezione non fornisce una definizione di « risultante », né manifesta alcuna intenzione di discostarsi dai requisiti ordinari della prova della causalità, enunciati nelle sezioni 431 e 433 B (371). Pertanto, il riferimento alla sezione 323(a), nel ragionamento della Corte del caso *Hamil*, è privo di giustificazione.

Una maggioranza sostanziale delle corti ha respinto il primo approccio sulla base, chiaramente corretta, che la mera prova dell'aumento del rischio non è sufficiente a dimostrare il nesso causale con il danno manifestatosi (372). Invece, le corti che hanno preso esplicitamente in considerazione il secondo approccio, vi hanno aderito (373), mentre altre, spesso per ragioni procedurali, non lo hanno esplicitamente preso in considerazione (374).

Diversamente, almeno una corte che segue il primo approccio

(370) Cfr. *Curry v. Summer* (1985), 136 Ill. App. 3d 468, 477, 483 N. E.2d 711, 717-18; *Sherer v. James* (1986), 290 S.C. 404, 407-08, 351 S.E.2d 148, 150-51.

(371) *Restatement (Second) of Torts* §§ 431, 433B (1965).

(372) Cfr. *Morgenroth v. Pacific Medical Center* (1976), 54 Cal. App. 3d 521, 532-33, 126 Cal. Rptr. 681, 688-89; *Gooding v. University Hosp. Bldg.* (Florida, 1984), 445 So. 2d 1015, 1018-21; *Curry v. Summer* (1985), 136 Ill. App. 3d 468, 476-78, 483 N. E.2d 711, 717-19; *Walden v. Jones* (Corte d'Appello del Kentucky, 1968), 439 S.W.2d 571, 576; *Cornfeldt v. Tongen* (Minnesota, 1980), 295 N. W.2d 638, 640-41; *Clayton v. Thompson* (Minnesota, 1985), 475 So. 2d 439, 444-45; *Pillsbury-Flood v. Portsmouth Hosp.* (1986), 128 N. H. 299, 304-05, 512 A.2d 1126, 1129-30; *Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc.* (1971), 27 Ohio St. 2d 242, 250-53, 272 N. E.2d 97, 102-04; *Sherer v. James* (1986), 290 S.C. 404, 406-08, 351 S.E.2d 148, 149-51; cfr. altresì *Rewis v. United States* (Quinto Circuito, 1974), 503 F.2d 1202, 1204-05, 1210-11 (N. M. law); casi citati *retro*, n. 364.

(373) Cfr. casi citati *retro*, n. 364.

(374) Cfr., ad esempio, *Curry v. Summer* (1985), 136 Ill. App. 3d 468, 480, 483 N. E.2d 711, 719 (non possono essere introdotte durante il processo nuove teorie sul risarcimento); *Cooper v. Hartman*, 311 Md. 259, 264-70, 533 A.2d 1294, 1296-1300 (l'evidenza è insufficiente per supportare la teoria della perdita di *chances*). La Corte del caso *Cooper*, che descrive il primo approccio come una nuova forma di responsabilità per danno ed il secondo come una mera alternativa per calcolare i danni nel contesto della responsabilità per danno tradizionale, cade in errore, citando *Waffen* come un caso che adotta il primo approccio. *Id.*, p. 265-66 e n. 4, 533 A.2d p. 1297 e n. 4.

ammette candidamente che esso rende il supposto giudizio di causalità sul danno manifestatosi « in certa misura speculativo » e che le giurie spesso « ridimensionano le richieste di risarcimento in ragione dell'evidenza statistica, per quantificare accuratamente la perdita reale » (375). Altre corti che seguono il primo approccio limitano esplicitamente i danni a quelli attribuibili all'aumento del rischio (376). In breve, per la maggioranza delle corti il primo approccio costituisce un artificio giuridico per permettere alle giurie di concedere il risarcimento per l'esposizione al rischio, piuttosto che per la lesione manifestatasi. Pochissimi casi si sono risolti in un risarcimento che appare sufficientemente ampio da comprendere lo stesso danno prodottosi (377).

Sembra chiaro che la preoccupazione di fondo delle corti che seguono il primo approccio sia che il convenuto vada esente da responsabilità, pur avendo colpevolmente privato la vittima di una significativa *chance* di evitare il danno prodotto. Quello che non è altrettanto chiaro è perché queste corti non siano disposte ad affrontare direttamente i problemi politici connessi con la valutazione del fatto se la perdita di *chances* debba o meno essere considerata risarcibile in casi di questo tipo. Queste corti, invece, concedono risarcimenti per la perdita di *chances*, indirettamente ed in modo ambiguo, secondo un approccio che (1) confonde e mina il requisito del nesso causale, (2) permette, e talvolta può comportare, l'attribuzione di responsabilità per lo stesso danno prodottosi, nonostante l'assenza di prova sulla causalità del danno manifestatosi e (3) pregiudica, pertanto, il rispetto della legge come sistema coerente e dotato di principi condivisi da giurati, parti in causa, avvocati e persino il rispetto per i giudici stessi.

Questo problema è stato persuasivamente analizzato in una recente pronuncia della Corte Suprema dell'Iowa (378). La Corte si è rifiutata di adottare il primo approccio ed ha, invece, aderito al secondo, anche se c'era la prova che la negligenza del convenuto aveva

(375) *Thompson v. Sun City Community Hosp.* (1984), 141 Ariz. 597, 607-08, 688 P.2d 605, 615-16.

(376) *Sharp v. Kaiser Found. Health Plan* (Corte d'Appello, 1985), 710 P.2d 1153, 1156, confermata con motivazione differente (Colorado, 1987), 741 P.2d 714, 718 e nn. 5, 720; *McKellips v. Saint Francis Hosp.* (Oklahoma, 1987), 741 P.2d 467, 475-77; cfr. *retro*, testo alle n. 361.

(377) Per un raro esempio, cfr. *Northern Trust Co. v. Weiss Memorial Hosp.* (1986), 143 Ill. App. 3d 479, 482, 493 N. E.2d 6, 8 (un milione e mezzo di dollari).

(378) Cfr. *DeBurkarte v. Louvar* (Iowa, 1986), 393 N. W.2d 131.

quasi completamente eliminato una possibilità *ex ante*, stimata come superiore al 50% e pari all'80%, di evitare il danno (379). Come abbiamo già sostenuto in precedenza, anche alte probabilità — specialmente se si tratta di mere probabilità *ex ante* — non sono di per sé sole sufficienti per accertare la causalità del danno che si è manifestato (380).

Si è proposto anche di concedere il risarcimento per l'esposizione al rischio in assenza di qualsiasi manifestazione di danno (381). Questo tipo di responsabilità sarebbe anche possibile in un contesto di giustizia correttiva (si veda la mancanza di prescrizione dei termini per l'aggressione). Ancora una volta, la questione del riconoscimento di questo tipo di risarcimento è un problema politico, che ha a che fare con il riconoscimento di un nuovo tipo di danno; non dovrebbe essere erroneamente gestito come un problema riguardante la causalità o lo standard di prova (382). Se questo tipo di danno da esposizione al rischio, uscendo dal limbo, venisse riconosciuto, la valutazione del danno potrebbe essere calcolata in base al danno atteso *ex ante*, piuttosto che in base ad una quota proporzionale del danno manifestatosi, come nei casi in cui si è concesso un risarcimento per l'esposizione al rischio che potenzialmente ha portato al danno manifestatosi.

2. *Causalità nei casi di esposizione multipla e causalità alternativa.* — Come ho già affermato in altra sede, considerazioni simili si applicano ai casi di esposizione multipla e causalità alterna-

(379) Cfr. *Id.*, p. 137-38.

(380) Cfr. *retro*, testo alle note 267, 274-82, 336-39.

(381) Ad esempio, *DePass v. United States*, 721 F.2d 203, 206 (giudice Posner, dissenting); LANDES-POSNER, *retro*, n. 346, p. 425-26, 428-34; ROBINSON, *retro*, n. 231; *Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury*, in *Ga. L. Rev.*, 1984, p. 563 ss.; NOTE, *Increased Risk of Disease from Hazardous Waste: A Proposal for Judicial Relief*, in *Wash. L. Rev.*, 1985, p. 635 ss. Ma cfr. DWORKIN, *Fear of Disease and Delayed Manifestation of Injuries: A Solution or a Pandora's Box?*, in *Fordham L. Rev.*, 1984, p. 527 ss.; WITTMAN, *Prior Regulation versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring*, in *J. Legal Stud.*, 1977, p. 193 ss. La proposta di accordare un risarcimento *ex ante* per l'esposizione al rischio in sé, in assenza del manifestarsi di qualunque lesione, non dovrebbe venire confusa con i casi in cui si è concesso un risarcimento per lesioni reali dovute ad un'esposizione al rischio, come per i costi legati al monitoraggio medico o allo stress emotivo grave. Cfr., ad esempio, *Ayers v. Township of Jackson* (1987), 106 N. J. 557, 576-607, 525 A.2d 287, 296-313.

(382) Cfr. NESSON, *retro*, n. 284, p. 1384-85; WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1761-63, 1766, 1814-21.

tiva (383). In alcuni casi, come quelli relativi all'asbesto e al fumo di sigarette, i rischi creati da fonti diverse possono essere cumulativi o sinergici: se sono cumulativi o sinergici, la responsabilità personale e congiunta per il rischio totale che ha portato al danno manifestatosi è, dal punto di vista della giustizia correttiva, del tutto appropriata (384). In altri casi, come nei casi di DES, i rischi creati da fonti diverse sono indipendenti e alternativi: in questi casi, le corti in genere ammettono che non è corretto attribuire ad ogni convenuto la responsabilità per il rischio totale che ha portato al danno manifestatosi (385). Alcune corti, invece, accordano risarcimenti per i rischi separati che hanno potenzialmente condotto al danno, imponendo molte (distinte) responsabilità per una quota proporzionale dello stesso, sulla base del contributo di ciascun convenuto al rischio totale che ha portato al danno (386).

Le corti, tuttavia, non hanno capito fino in fondo le implicazioni dell'approccio « esposizione al rischio come fonte di danno » e quindi talvolta, non correttamente, considerano i convenuti congiuntamente responsabili per il rischio attribuibile ad imputati non associati (387). Si spiegano in parte così le censure mosse da alcuni giudici e commentatori circa l'inadeguatezza dell'attribuzione di responsabilità in questi casi, giacché in tal modo ci si allontana dai principi della giustizia correttiva, in particolare dal requisito del nesso causale (388).

(383) WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1814, 1816-21, 1825.

(384) Cfr. *Borel v. Fibreboard Paper Prod. Corp.* (Quinto Circuito, 1973), 493 F.2d 1076, 1094-96, *certiorari denied* (1974), 419 U.S. 869; *McAllister v. Workmen's Compensation Appeals Bd.* (1968), 69 Cal. 2d 408, 413-15, 418-19, 445 P.2d 313, 315-16, 318-19, 71 Cal. Rptr. 697, 699-700, 702-03; *M'Ghee v. National Coal Bd.* (H.L., 1972), 1973 Sess. Cas. 37; *Clarkson v. Modern Foundries [1957]*, 1 W.L.R. 1210 (*Leeds Assizes*); WRIGHT, *retro*, n. 85, p. 1194-1211 e n. 221. In un precedente articolo, ho trattato questo punto con minore accuratezza. Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1814.

(385) Cfr. bibliografia *infra*, alle note 386, 388.

(386) Cfr., ad esempio, *Sindell v. Abbott Labs.*, 26 Cal. 3d 588, 610-13, 607 P.2d 924, 936-38, 163 Cal. Rptr. 132, 144-46, *certiorari denied* (1980), 449 U.S. 912; *Martin v. Abbott Labs.*, 102 Wash. 2d 581, 604-07, 689 P.2d 368, 382-83 (1984); *Collins v. Eli Lilly Co.* (1984), 116 Wis. 2d 166, 191-95, 197-200, 342 N. W.2d 37, 49-51, 52-53, *certiorari denied*, 469 U.S. 826; *retro*, n. 273.

(387) Cfr. *Sindell*, 26 Cal. 3d p. 612-13, 617, 607 P.2d p. 937, 940, 163 Cal. Rptr. p. 145, 148; *Martin*, 102 Wash. 2d p. 604-06, 689 P.2d p. 382-83; *Collins*, 116 Wis. 2d p. 193-200, 342 N. W.2d p. 50-53. Per un'ulteriore discussione di questi casi, cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1818-21.

(388) Cfr., ad esempio, *Sindell*, 26 Cal. 3d p. 617, 607 P.2d p. 940, 163 Cal. Rptr. p. 148 (giudice Richardson, *dissenting*); *Namm v. Charles E. Frosst & Co.* (1981), 178 N. J. Super. 19, 33-34, 427 A.2d 1121, 1128; HART-HONORÉ, *retro*, n. 13, p. 102, 424; SCHWARTZ-MAHSHIGIAN, *Failure to Identify the Defendant in Tort Law: Towards a Legislative Solution*, in *Calif. L. Rev.*, 1985, p. 941 ss., 941-42, 957-65. Cfr. in generale BUSH, *retro*, n. 332, p.

Tuttavia, se ciascun convenuto è considerato responsabile solo per la sua quota di esposizione al rischio, non ci sono conflitti con la teoria della giustizia correttiva. Deve poi essere ancora dimostrato che ciascun imputato ha causato l'esposizione al rischio che può aver portato al danno manifestatosi e la responsabilità viene riconosciuta per questo tipo di esposizione, e non per il danno in sé. Se il convenuto può dimostrare che non ha contribuito al danno manifestatosi — cioè che il rischio che ha provocato potrebbe non aver portato al danno — le corti lo assolveranno da ogni responsabilità (389).

I casi relativi al DES, che i sostenitori della probabilità matematica e i Giuristi economisti considerano di supporto alla loro visione probabilistica della causalità, in realtà non hanno nulla a che fare con le loro teorie. Sembra assolutamente chiaro, al contrario di quanto affermano gli uni e gli altri (390), che le corti, in questi casi, non attribuiranno al convenuto la responsabilità per l'intero ammontare del danno manifestatosi — invece che per la quota proporzionale basata sull'esposizione al rischio che ha potenzialmente portato al danno — nemmeno nei casi in cui il convenuto abbia provocato più della metà del rischio (391). Per spiegare la responsabilità proporzionale in questi casi, i sostenitori della probabilità matematica devono rinunciare alla loro abituale insistenza sulla minimizzazione degli errori per esprimere, piuttosto, una preoccupazione per il reperimento di un « fattore di distorsione » sistematico di distribuzione degli errori tra attore e convenuto (392). In

1507-18 (che sostiene che la responsabilità per l'esposizione al rischio costituisce una rinuncia al principio della responsabilità personale).

(389) Cfr. *Sindell*, 26 Cal. 3d p. 612, 607 P.2d p. 937, 163 Cal. Rptr. p. 145; *Martin*, 102 Wash. 2d p. 605, 689 P.2d p. 382; *Collins*, 116 Wis. 2d p. 197-98, 342 N.W.2d p. 52.

(390) Cfr. FRASER-HOWARTH, *retro*, n. 58, p. 144; KAYE, *Limits*, *retro*, n. 236, p. 508, 514; ROBINSON, *retro*, n. 58, p. 732-33; SHAVELL, *retro*, n. 266, p. 588.

(391) La *Eli Lilly & Co.* può ben aver contribuito per oltre la metà dell'esposizione al rischio in molti casi relativi al DES. Cfr. LEVINE, *Gilding the Lilly*, in *Trial*, 1984, fasc. 12, p. 18, 19-20. In questa ottica, è interessante notare con quanta accuratezza la Corte del caso *Sindell* ha formulato le sue statuizioni sulla causalità della lesione manifestatasi. La Corte ha osservato che un'inferenza causale basata sulla probabilità sarebbe venuta a mancare « se quantifico le possibilità che ciascuno dei convenuti abbia distribuito il farmaco responsabile della lesione sulla base del numero dei possibili responsabili. » *Sindell v. Abbott Labs.* (1980), 26 Cal. 3d 588, 603, 607 P.2d 924, 931, 163 Cal. Rptr. 132, 139 (corsivo aggiunto); cfr. *Id.*, p. 611-12, 607 P.2d p. 936-37, 163 Cal. Rptr. p. 144-45.

(392) Cfr., ad esempio, KAYE, *Limits*, *retro*, n. 236, p. 502, 508-09, 514-15. Daniel Farber sceglierebbe l'obiettivo di ridurre al minimo gli errori, scongiurando nel contempo un insufficiente o eccessivo effetto di deterrenza nei confronti dei convenuti, attraverso il riconoscimento di un pieno risarcimento per la lesione manifestatasi alla « più probabile vittima » (quelli con il livello di esposizione al rischio più alto), negando contestualmente ogni

modo analogo, i Giuristi economisti fanno affidamento sugli effetti di questi casi sul sistema, per giustificare il passaggio dall'abituale responsabilità « tutto-o-niente » alla responsabilità proporzionale (393). Tuttavia, come nei casi più consueti, non sono in grado di specificare una regola unica, efficace in un ipotetico mondo statico semi-ideale, caratterizzato da una informazione e una neutralità perfette rispetto al rischio, o di specificare una qualsiasi regola che generi livelli efficienti di attività ed attenzione nel mondo dinamico reale, caratterizzato da una informazione imperfetta e dai tentativi di evitare il rischio (394).

C'è un ultimo gruppo di casi che va discusso, è quello dei casi di causalità alternativa a incidenza singola, in cui l'attore non può stabilire quale di due o più agenti abbia illecitamente causato il danno. Molti casi di esposizione di massa, come i casi di DES, sono semplicemente estrapolazioni di questi casi ad incidenza singola. Nell'esempio standard, due cacciatori sparano con i loro fucili, in modo negligente, in direzione del danneggiato, questi è ferito da un singolo pallino, ed è impossibile determinare quale fucile abbia esploso il colpo che ha provocato la lesione. Alcune corti hanno concesso all'attore, nel caso in cui avesse chiamato in causa i due cacciatori congiuntamente, che i due fossero considerati responsabili, sia personalmente che solidalmente, del danno manifestatosi, trasferendo su di loro l'onere della prova della causalità, in base al principio che è meglio allocare la perdita sui cacciatori negligenti piuttosto che su un danneggiato innocente (395).

Questo approccio non sembra creare troppi problemi nelle situazioni in cui vi siano soltanto due agenti, ciascuno dei quali ha una

risarcimento a quanti avessero patito la medesima lesione, ma fossero stati esposti a livelli di esposizione (forse solo marginalmente) inferiori. FARBER, *Toxic Causation*, in *Minn. L. Rev.*, 1987, p. 1219 ss., 1220-21, 1243-51. La proposta di Farber sacrifica la giustizia correttiva a favore di un interesse astratto per la minimizzazione degli errori. Nessuna delle vittime può provare la sussistenza del nesso causale riferito alla lesione manifestatasi e, di conseguenza, nessuna ha diritto al relativo risarcimento. D'altra parte, ciascuna di loro è in grado di provare la causalità riferita all'esposizione al rischio che ha potenzialmente condotto alla lesione e, di conseguenza, con una possibile eccezione per i livelli di rischio *de minimis*, ciascuna di esse ha un altrettanto legittimo interesse ad agire per un risarcimento proporzionale all'esposizione a quel tipo di rischio.

(393) Cfr., ad esempio, LANDES-POSNER, *retro*, n. 346, p. 425-26; LANDES-POSNER, *retro*, n. 10, p. 123-24 e n. 33; SCHWARTZ, *retro*, n. 16, p. 644-45 e n. 14; SHAVELL, *retro*, n. 266, p. 588-89 e n. 4, 5 e 9, 606-07 e n. 29.

(394) Cfr. LANDES-POSNER, *retro*, n. 346, p. 425-31; SHAVELL, *retro*, n. 266; WRIGHT, *retro*, n. 85, p. 1194-1211.

(395) Ad esempio, *Summers v. Tice* (1948), 33 Cal. 2d 80, 86-88, 199 P.2d 1, 4-5.

eguale probabilità di aver causato il danno, entrambi chiamati davanti alla corte per rispondere del loro comportamento illecito e la responsabilità venga suddivisa tra i due secondo le moderne regole di contribuzione. Tuttavia, quando il numero di chi agisce in modo illecito aumenta, cominciano le complicazioni, specialmente se non tutti sono stati chiamati in causa o se alcuni di loro sono insolventi. In queste situazioni, uno degli agenti in colpa può essere dichiarato responsabile per un importo che supera abbondantemente la sua quota di esposizione totale al rischio, nonostante l'assenza della prova che abbia causato il danno manifestatosi. Ciò nonostante, è precisamente quando si verificano casi di questo tipo — per esempio, i casi di DES — che le corti abbandonano la responsabilità solidale per il danno prodotto e scelgono la responsabilità disgiunta, per la parte di esposizione al rischio che può portato al danno manifestatosi (396).

Quando non è stato dimostrato che il convenuto si è comportato in modo illecito, non ci dovrebbe essere responsabilità, nemmeno seguendo l'approccio dell'esposizione al rischio. Ad esempio, se un prodotto difettoso ha causato una lesione all'attore, si può ricorrere alle nude statistiche per calcolare la relativa esposizione al rischio colpevolmente creata dai diversi produttori che hanno immesso sul mercato il prodotto difettoso nel caso in cui, come nei casi di DES, esista una prova separata che stabilisca quali produttori si siano comportati in modo illecito, immettendo sul mercato un prodotto difettoso. Tuttavia, proprio come le nude statistiche non possono essere usate per dimostrare che il singolo produttore ha realmente provocato il danno manifestatosi, esse non possono essere usate nemmeno per dimostrare che il singolo produttore si è comportato in modo illecito (397).

Ci sono però un paio di casi che sembrano statuire diversamente. In *Kramer v. Weedhopper of Utah, Inc.* (398), una Corte d'Appello intermedia dell'Illinois sostenne, contro una robusta minoranza di dissenzienti (399), che il danneggiato avrebbe potuto evitare il *sum-*

(396) Cfr. WRIGHT, *retro*, n. 2, p. 1816-18.

(397) Cfr., ad esempio, *Guenther v. Armstrong Rubber Co.* (Terzo Circuito, 1969), 406 F.2d 1315, 1318; *Kamosky v. Owens-Illinois Glass Co.* (M.D. Pa.), 89 F. Supp. 561, 562-63, confermata (Terzo Circuito, 1950), 185 F.2d 674; *Sheffield v. Eli Lilly & Co.* (1983), 144 Cal. App. 3d 583, 596-98, 192 Cal. Rptr. 870, 877-78; *Welch v. Coca-Cola Bottlers' Ass'n* (Corte d'Appello Civile del Texas, 1964), 380 S.W.2d 26, 28-30.

(398) (1986), 141 Ill. App. 3d 217, 490 N. E.2d 104.

(399) Cfr. *Id.*, p. 223, 490 N. E.2d p. 108 (giudice Stamos, *dissenting*). Il giudice Stamos è stato poi promosso alla Corte Suprema dell'Illinois.

mary judgment benché la sola prova che coinvolgeva il convenuto come distributore del bullone difettoso consistesse nel fatto che forniva il 99% dei bulloni usati dalla società dalla quale il danneggiato aveva acquistato il suo kit per un aereo ultraleggero (400). La Corte, comunque, enfatizzò i requisiti stringenti previsti per concedere un *summary judgment*, sottintendendo che il danneggiato avrebbe dovuto produrre prove più numerose nella fase dibattimentale (401).

Analogamente, anche in *Kaminsky v. Hertz Corporation* (402) la Corte accolse l'istanza di *summary judgment* del danneggiato, benché la sola prova contro il convenuto, in quanto proprietario del camion che aveva provocato il danno, fosse la circostanza che si trattava del proprietario del 99% di tutti i furgoni con il logo ed i colori della Hertz (403). La Corte, tuttavia, non si è dimostrata disponibile a fare affidamento su una base probatoria puramente statistica, ma ha statuito, invece, che il convenuto era responsabile per tutti i furgoni con il logo Hertz circolanti sulla *highway*, fosse o non fosse proprietario dello specifico camion che aveva causato l'incidente, a meno che non provasse che il camion non era suo: « Nell'interesse della giustizia, riteniamo che qualsiasi organizzazione che permetta ad un trasporto commerciale di circolare sulla pubblica strada, esponendo ben in vista il nome della ditta, abbia il dovere verso il pubblico di tener fede a quell'ostentazione volontaria ed auto-reclamizzante. Questa responsabilità non è, naturalmente, assoluta. L'azienda in questione può produrre prove che indichino la mancanza di controllo o di proprietà (404) ».

È difficile comprendere la logica di questa argomentazione. Qual è il presunto contenuto della « ostentazione auto-reclamizzante »? La Corte ha espressamente statuito che « non c'è stato affidamento da parte dei danneggiati » (405). Perché, quindi, il convenuto deve « tener fede » alla sua « ostentazione auto-reclamizzante »? Se l'imputato deve « tener fede » alla sua « ostentazione », come può evitare la responsabilità, dimostrando di non essere proprietario del mezzo? Perché il fatto che il convenuto abbia fornito più informazioni di quante ne vengano generalmente offerte

(400) KRAMER, 141 Ill. App. 3d p. 222, 490 N. E.2d p. 107-08.

(401) Cfr. Id., p. 220-22, 490 N. E.2d p. 106-08.

(402) (1979), 94 Mich. App. 356, 288 N. W.2d 426.

(403) Id., p. 358, 288 N. W.2d p. 427.

(404) Id., p. 359, 288 N. W.2d p. 427.

(405) Id., p. 358, 288 N. W.2d p. 427.

da camion, taxi ed auto circolanti allarga la sua responsabilità ad altri utenti della *highway*? La Corte preferirebbe forse che i camion Hertz viaggiassero sulla *highway* senza contrassegni, come la maggior parte del traffico stradale, cosicché sarebbe più difficile per gli attori identificarne i proprietari?

La Corte sostiene che l'onere di produrre la prova di proprietà verrebbe trasferito sul convenuto, perché si suppone che questi abbia più facile accesso alle informazioni che gli permetterebbero di identificare il mezzo che si trovava nel luogo fatale, nel momento fatale (406), ma ciò è inverosimile. Chi affitta un mezzo di trasporto non registra alcuna mappa stradale o alcun itinerario, tanto meno un percorso tanto dettagliato quanto sarebbe richiesto per una simile identificazione. D'altra parte, se questa informazione esistesse, dovrebbe essere tanto disponibile per gli attori, attraverso il processo di acquisizione delle prove, quanto per il convenuto. Se c'è motivo di ritenere che il convenuto stia occultando informazioni, o che si stia comportando, irragionevolmente, in modo tale da rendere difficile l'identificazione, ciò costituirebbe una giustificazione per invertire l'onere della prova (407). Ma nessuna di queste considerazioni sembra applicabile nell'uno o nell'altro caso.

I casi di esposizione al rischio hanno messo alla prova i confini della responsabilità per danno e hanno, così, comprensibilmente generato responsi giurisprudenziali diversi ed un considerevole dibattito accademico. Tuttavia, con rare eccezioni, gli esiti dei processi rispecchiano il tradizionale punto di vista della giustizia correttiva. Man mano che le corti rivolgono maggior attenzione al contenuto dei concetti rilevanti ed alle distinzioni intercorrenti tra gli stessi, anche le motivazioni sottostanti le decisioni riflettono a loro volta la visione della giustizia correttiva.

Conclusioni. — Come ho sostenuto all'inizio di questo lavoro, la maggior parte dell'attuale confusione in tema di danno e di prova nasce dalla mancanza di sufficiente attenzione per quel che concerne

(406) *Id.*, p. 360-63, 288 N. W.2d p. 428-29.

(407) Cfr., ad esempio, *In re « Agent Orange » Prod. Liab. Litig.* (Corte Distrettuale per il Distretto Orientale di New York, 1984), 597 F. Supp. 740, 828-29; *Ybarra v. Spangard* (1944), 25 Cal. 2d 486, 490, 494, 154 P.2d 687, 689, 691, discusso in *WRIGHT, retro*, n. 2, p. 1821; cfr. *Sawyer v. United States* (M.D. Ga. 1956), 148 F. Supp. 877, 880 (che, in un caso in cui le nude statistiche implicite vengono respinte come prova di identificazione, osserva che il convenuto non stava deliberatamente occultando le prove ed aveva compiuto diligentemente ogni sforzo per identificare l'aereo che era stato manovrato negligenzemente).

le distinzioni e le correlazioni tra un numero abbastanza ridotto di concetti fondamentali: il nesso causale innanzitutto, la responsabilità ed i diversi tipi di probabilità. Le scuole giuridiche oggi in voga — i Critici, i Libertari, i Giuristi economisti e i sostenitori della probabilità matematica — tentano di ampliare e sfruttare questa confusione per indebolire l'approccio tradizionale della giustizia correttiva nel campo della responsabilità per danno. Sono loro il moderno terreno su cui prospera il cespuglio di rovi.

In questo articolo, ho potato il cespuglio, sottolineando la fondamentale distinzione tra causalità e responsabilità oggi offuscata da un'analisi semantica superficiale. Ho elaborato e difeso il test NESS, che sta alla base dei giudizi causali intuitivi di giudici e giurati, ed ho criticato il concetto di « causalità probabilistica » che è stato presentato dai Giuristi economisti, dai sostenitori della probabilità matematica e dai Critici, nonché da alcuni tra i Libertari come un'alternativa al vero concetto di causalità. Ho descritto la base causale della prova e difeso, alla luce di quest'ultima, la distinzione compiuta dalle corti tra evidenze particolaristiche e probabilità causali *ex post*, che hanno valore probatorio, e nude statistiche e probabilità causali *ex ante*, che non hanno valore probatorio. Infine, mi sono servito delle distinzioni tra i vari concetti elaborate nelle parti precedenti per chiarire l'approccio più corretto nei casi di esposizione al rischio ed ho dimostrato che i risultati e, sempre di più, le motivazioni, sono in questi casi in accordo con la visione della giustizia correttiva.

Dopo questo sfoltimento, il cespuglio di rovi non sembra più tanto caotico quanto ci è parso allorché vi siamo incappati per la prima volta. I suoi rami più robusti spiccano ora attraverso i restanti rovi. Lo stesso Llewellyn, il maestro che ha coniato l'immagine del cespuglio di rovi, sarebbe senza dubbio felice di questa scoperta. Come molti altri che sono vissuti durante la Seconda Guerra Mondiale e nel periodo che l'ha preceduta, Llewellyn si pentì del suo scetticismo iniziale su diritti e principi: nell'edizione del 1951 di *The Bramble Bush*, sottolineò la necessità di riappropriarsi della « grande tradizione » del *common law*: l'elaborazione e la revisione di concetti e di norme, attraverso processi decisionali volutamente fondati su principi basilari, ispirati ad un ideale di giustizia (408).

(408) Cfr. LLEWELLYN, *retro*, n. 4, p. 8-10, 157-59. Cfr., in generale, LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, Boston-Toronto, 1960.