

Capitolo Primo

Autodeterminazione dell'individuo e crisi della colpa nell'era della oggettivazione delle responsabilità

SOMMARIO: 1. La *colpa*: da parola *sans étimologie* a concetto-soglia dell'edificio del diritto nella sfida della complessità. – 2. L'ambiguità del riferimento alla *colpa*. – 3. Il dibattito filosofico-economico sui criteri per la formulazione dei giudizi causali che consentono di *imputare* la responsabilità al soggetto agente. – 4. Dal paradigma della responsabilità per *colpa* alla ricerca di «soluzioni di rompicapo». – 5. La necessità della *oggettivazione* della *colpa* nel diritto penale. – 6. Principio di autodeterminazione dell'individuo, crisi e ritorno della *colpa* nella responsabilità civile. – 7. *Colpa*, inadempimento e responsabilità contrattuale. – 8. Diligenza, adempimento e responsabilità contrattuale nella prospettiva codicistica del secolo scorso. – 9. I temperamenti della teoria *oggettiva*: la valutazione *subiettiva* dell'inadempimento degli obblighi accessori e la teoria della *inesigibilità* della prestazione. – 10. Responsabilità *oggettiva* vs. responsabilità *sogettiva*: un dilemma ancora irrisolto. – 11. L'*anomia* della *colpa* nel diritto del lavoro. – 12. La *colpa*: *standard valutativo bidirezionale* nella metamorfosi del diritto del lavoro.

1. *La colpa: da parola sans étimologie a concetto-soglia dell'edificio del diritto nella sfida della complessità*

In uno dei più fortunati e autorevoli dizionari della lingua latina, Ernout e Meillet, nel definire la parola *culpa*¹, accanto all'enunciazione di alcuni possibili significati, quali *faute* o *négligence*, evidenziavano come la parola stessa avesse un significato originale incerto, concludendo laconicamente come la stessa fosse *sans étimologie*.

A dispetto delle origini etimologicamente incerte, la *colpa* è tuttavia divenuta un *concetto-soglia* dell'edificio del diritto, il punto in cui un certo atto o fatto entra nella sfera del diritto; una soglia «funesta» varcata la quale un

¹A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, edizione originale 1932, qui citato nella quarta edizione del 1959, ripubblicato da Klincksieck, Parigi, 2001, p. 155.

certo comportamento diventa *imputabile* al soggetto che diviene, dunque, «colpevole» e, per questo, viene chiamato a rispondere delle conseguenze delle sue azioni². La *colpa* implica, dunque, un giudizio sul grado di coinvolgimento dell'agente nella sua azione e, nell'accezione comune moderna, presuppone la libera volontà del soggetto che agisce, che appunto, se colpevole, diviene responsabile. La *soglia* varcata la quale un fatto diviene *imputabile* a un soggetto è tema che, da sempre, ha affascinato i filosofi e gli studiosi delle scienze sociali. Significative, a tal proposito, sono le pagine di Kelsen dedicate al tema della responsabilità degli individui nel dualismo tra «società» e «natura» che, nell'analisi dedicata all'evoluzione del pensiero dell'antica Grecia attraverso la letteratura, evidenzia come solo da una certa fase storica la tragedia greca abbia interiorizzato la necessità di giustificare l'attribuzione di una pena a chi ha agito volontariamente: dall'ineluttabilità della condanna di Antigone, per avere seppellito il fratello, si passa solo lentamente alla «nuova idea» contenuta nell'*Edipo a Colono*, in cui Eschilo, per la prima volta, introduce tra le pieghe della tragedia il dubbio che possa essere considerato responsabile solo colui che abbia agito, con *colpa*, ovvero *intenzionalmente*³. La successiva filosofia naturalistica greca elabora la concezione dell'«uguaglianza fra la punizione e la *colpa*», «il male della *colpa* trova corrispondenza nel male della punizione»⁴: più grande è la *colpa*, tanto più grande deve essere la punizione.

Il tema della *colpa* è emblematico delle difficoltà di quella che è stata definita l'«intelligenza cieca»⁵ di governare la *complessità* del contesto sociale⁶

²G. AGAMBEN, *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, p. 16 ss.

³H. KELSEN, *Society and nature*, University of Chicago Press, Chicago, 1943, trad. it., *Società e natura*, Einaudi, Torino, 1953, p. 311, ove – secondo Kelsen – «per un senso più acuto di giustizia vi si respinge l'idea della responsabilità obbiettiva, in base alla quale chi ha compiuto l'atto illecito è responsabile anche se le conseguenze del suo atto sono involontarie e imprevedute»; lo stesso evidenzia come «l'Oreste eschileo sfugge alla vendetta delle Erinni, perché alla vendetta del sangue si sostituisce la competenza di un tribunale, così le Erinni conservano la loro benevolenza verso Edipo perché alla responsabilità obbiettiva, cioè alla responsabilità del fatto in sé, si sostituisce la colpevolezza, cioè la responsabilità delle intenzioni».

⁴H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 357.

⁵E. MORIN, *La sfida della complessità*, Le Lettere, Firenze, 2019, p. 27 ss., il quale evidenzia come vi sia un'incapacità di riconoscere, trattare e pensare la complessità; da ciò discende una «intelligenza cieca» che ha invaso tutti settori tecnici, politici e sociali, in quanto il nostro sistema educativo ci insegna a convalidare ogni descrizione in base alla chiarezza e alla distinzione, inculcando un sapere che «estrae un oggetto dal suo contesto e dal suo insieme, rifiutandone i legami e le intercomunicazioni con il suo ambiente, l'inserisce in un comportamento che è quello della disciplina le cui frontiere spezzano arbitrariamente la sistematicità e la multidimensionalità dei fenomeni»; ciò è tanto più vero per le scienze antro-

nella «postmodernità»⁷, contribuendo alle ragioni epistemologiche della crisi dell'astrattezza e della generalità dei modelli formali di regolazione dell'agire dei singoli. Tale *concetto-soglia* è uno dei più significativi punti dello scontro tra *oggettivismo* e *sogettivismo* che attraversa, non solo il diritto, ma ogni campo delle scienze umane, tanto che vi è chi ha sostenuto che «di tutte le opposizioni che dividono artificialmente la scienza sociale, questa è la più fondamentale e la più rovinosa»⁸; tale opposizione investe problemi diversi: quello della creazione di diritti e obbligazioni; la natura delle responsabilità giuridiche; la portata dei diritti soggettivi e il ruolo del soggetto di diritto. La complessità del fenomeno giuridico che insiste sul tema della *colpa* è emblematica delle tensioni che si stabiliscono permanentemente fra questi due poli, che permettono di dar conto delle oscillazioni e della molteplicità delle combinazioni con la quali la realtà ci pone a confronto e che impongono necessariamente un'operazione di interpretazione dialettica in grado di superare le frequenti «finzioni» e l'«artificialità» del diritto medesimo.

La *colpa* non è così sfuggita alla «funzione di denominazione che è propria del diritto. Denominazione che è nello stesso tempo normalizzazione ed istituzione»⁹, in ragione della quale il diritto identifica le persone, le azioni, le cose e le conseguenze. La questione della *colpa*, tuttavia, si rivela una cartina di tornasole delle difficoltà, o meglio della *crisi* del diritto¹⁰, «edificato durante la modernità come dimensione formale sovraordinata ai fatti con una tensione esasperata alla astrattezza e alla purezza e con un corrispondente rifiuto della sua carnalità», contribuendo – in taluni ambiti di regolazione, come appunto si vedrà il diritto del lavoro – a una riscoperta della *fattualità*

po-sociali che «hanno subito fin dalla loro nascita il marchio della grande disgiunzione che le ha separate dalle scienze naturali e che ha inibito ogni possibilità di considerare la complessità bio-antropologica che costituisce la realtà umana», p. 66. V. pure G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità*, Mondadori, Milano, 2007.

⁶ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, trad. it. *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Giuffrè, Milano, 1994; nonché F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociologia dir.*, 1997, p. 5 ss.

⁷ P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, 2010, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012; nonché ID., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, 2013, ora in *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

⁸ P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1976, p. 43 ss.

⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Pensare la complessità del diritto*, cit., p. 22.

¹⁰ Sulla crisi del diritto, già G. BALLADORE PALLIERI, P. CALAMANDREI, A. CAPOGRASSI, F. CARNELUTTI, G. DELITALA, A.C. JEMOLO, A. RAVÀ, G. RIPERT, *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953. Sul «valore emozionale» del concetto di crisi, G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, ora in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, vol. V, p. 385.

del diritto. Il diritto, in generale, e quello del lavoro, in particolare, è sempre di più concepito quale realtà complessa e pluridimensionale, che è in perenne ascolto delle richieste del corpo sociale e che tiene conto della mutevolezza e della complessità «valorizzando al massimo il piano della interpretazione/applicazione, fonte duttile, versatile, disponibile alle variazioni; fonte, insomma, dalla intensa storicità. Una interpretazione/applicazione che si muove in due direzioni: quella della mediazione fra legge vecchia e fatti nuovi; quella della supplenza nel colmare vuoti non sopportabili dalla coscienza collettiva»¹¹.

Il tema della *colpa* non è stato oggetto di indagine specifica nel diritto del lavoro, nonostante tale diritto, più di ogni altro, risulti profondamente radicato nella *fattualità*. Il tema prescelto sconta, pertanto, il rischio di avventurarsi in un territorio potenzialmente senza confini, in carenza di criteri ordinatori e di precedenti tentativi di ricostruzione sistematica in grado di valorizzare tutti gli intrecci e i collegamenti. Nella consapevolezza di addentrarsi in una tematica molto complessa, nelle pagine che seguono si proporrà una riflessione sul tema della *colpa* nel diritto del lavoro limitatamente ai profili dell'inadempimento e della responsabilità del prestatore, tale da mettere in luce l'ecletticità, se non anche l'antidogmaticità, della materia¹², che come è stato scritto «si identifica con il movimento perpetuo e questa sensazione di sradicamento da sicurezze sistemiche, da concezioni moniste od oliste» e che fa ormai parte «del patrimonio genetico di questi strani, ed un po' eccentrici, compagni di strada che sono il giurista ed il diritto del lavoro»¹³.

2. L'ambiguità del riferimento alla colpa

La definizione di «*colpa*» è declinabile attraverso il collegamento a diverse nozioni: a quella di «causa», allorché si dice che un evento è stato causato da qualcuno; a quella di «diligenza», perché si collega la *colpa* alla mancanza di diligenza, e quindi alla «negligenza»; a quella di «dovere», per cui la *colpa* è la trasgressione di un dovere di comportamento; a quella di «possibilità»,

¹¹ Così P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?* in *Dir. e soc.*, 2011, p. 37 ss.; v. pure ID., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11 ss.

¹² M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 202 ss., qui citato in *Opere*, B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 53 ss.

¹³ B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?* in *Annali del seminario giuridico*, 2002, p. 101 ss.

per cui si dice che è in *colpa* chi poteva evitare un evento¹⁴.

A sua volta, la *colpa* – intesa come violazione di un dovere – può essere osservata, a monte, quale «fatto lesivo», o a valle come «risultato lesivo». Nella prima accezione, si guarda alla *colpa* dal punto di vista del trasgressore (valutando se la condotta sia stata *intenzionale* o meno oppure se sia conforme a certi *standard* di comportamento), nel secondo caso si guarda al danno causato o all'interesse leso. L'ordinamento può avere interesse a giuridificare il fatto lesivo in quanto tale e quindi la trasgressione del dovere di comportamento (penale, amministrativo, civile) a prescindere dalla sussistenza di un evento lesivo, o anche il comportamento di chi non ha fatto tutto il possibile per evitare di causare un danno, oppure solo le conseguenze del risultato lesivo (il danno). In tutte le ipotesi citate si discute di *imputabilità* della condotta e/o del danno.

Nell'analisi teorica del binomio *colpa*-diligenza, la *colpa* è stata definita come «forma di qualificazione giuridica della diligenza», che – per essere tale – presuppone un «modello»¹⁵. La comparazione con tale modello può essere effettuata direttamente dal legislatore che qualifica l'antigiuridicità di un comportamento laddove ritenuto *oggettivamente* difforme dal modello, oppure può essere effettuata dall'interprete che prende a riferimento un modello astratto, oppure ancora può essere effettuata dall'interprete stesso, il quale effettua una valutazione in concreto della riconducibilità del fatto lesivo e/o del risultato lesivo a un individuo, valutando, dunque, non più solo la *colpa*, ma la *colpevolezza* dello stesso; laddove, in senso giuridico, quando ci si riferisce alla *colpevolezza*, non ci si riferisce tanto alla volontà come dato psichico, quanto alla «libertà del volere che consente di indirizzare l'azione e di stabilire un giudizio di valore»¹⁶ e, di *proporzionalità* e/o di opportunità, fra fatto lesivo (*imputabile*) e conseguenze giuridiche (responsabilità).

Il tema della *colpa* viene declinato diversamente nelle fattispecie di responsabilità (penale, civile, amministrativa) previste dall'ordinamento a seconda del tipo di trasgressione, del tipo di regola di comportamento violata (e quindi dalle caratteristiche di antigiuridicità della stessa), del tipo di danno causato, del livello di «ingiustizia» dello stesso, ma anche delle conseguenze (sanzionatorie/risarcitorie/ripristinatorie) che possono ricadere sul soggetto cui la *colpa* è *imputabile*. Il discorso sulla *colpa* presuppone e consente, pertanto, approcci diversificati, a seconda dei fini cui tende la regolazione sociale. Nell'ordinamento giuridico contemporaneo, i criteri e le finali-

¹⁴ C. MAIORCA, *Colpa civile (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 534 ss.

¹⁵ C. MAIORCA, *Colpa civile (voce)*, cit., p. 534 ss.

¹⁶ D. SANTAMARIA, *Colpevolezza (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 646 ss.

tà della regolazione della *colpa* risultano frutto di diverse e delicate operazioni di contemperamento degli interessi regolati, produttive di una pluralità di modelli di *imputabilità* della responsabilità, a seconda dell'ambito oggetto di giuridificazione¹⁷: fra i possibili conflitti del mondo vitale, il criterio della *colpa* è dunque emblematico della «struttura dilemmatica» della regolazione, quale tentativo di contemperamento fra «crescita della libertà e sottrazione della medesima»¹⁸.

3. Il dibattito filosofico-economico sui criteri per la formulazione dei giudizi causali che consentono di imputare la responsabilità al soggetto agente

L'individuazione dei criteri per la formulazione di giudizi causali¹⁹ ragionevoli in grado di identificare i soggetti sui quali far ricadere la *colpa* di un evento è tema che, da sempre, ha affannato i filosofi²⁰ e gli studiosi delle scienze sociali che si sono soffermati a indagare le connessioni fra causa²¹ di un evento, contesto di riferimento, circostanze e *imputabilità* dell'evento stesso al soggetto agente²².

¹⁷ Sulla «giuridificazione» G. TEUBNER, *Juridification-Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in G. TEUBNER (a cura di), *Juridification of Social Spheres*, Walter de Gruyter, Berlino, 1987, p. 3 ss.

¹⁸ Secondo la fondamentale ricostruzione di J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 1030 ss.

¹⁹ La nozione di causalità, su cui poggia la teoria moderna della responsabilità, costituisce una categoria essenziale della civiltà occidentale, al punto che anche il fisico tedesco Max Plank, nel 1923 ha affermato che «Il pensiero scientifico aspira alla causalità, è anzi la stessa cosa che il pensiero causale, e la meta finale di ogni scienza deve essere di condurre fino alle sue ultime conseguenze il punto di vista causale», v. M. PLANCK, *Legge di causalità e libero arbitrio*, 1923, trad. it. in *La conoscenza del mondo fisico*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, p. 148. In senso opposto v. però le considerazioni di Bertrand Russell, il quale afferma che «la parola "causa" è legata tanto inestricabilmente a idee equivocate da rendere auspicabile la sua totale espulsione dal vocabolario filosofico», v. B. RUSSELL, *Sul concetto di causa*, 1912, in *Misticismo e logica e altri saggi*, 1917, trad. it., TEA, Milano, 1993, p. 170.

²⁰ D. HUME, *Ricerca sull'intelletto umano*, 1748, Sez. VII, trad. it. in *Opere filosofiche*, vol. II, Laterza, Bari, 1992, p. 81 ss.; N. LUHMANN, *Funzione e causalità*, in *Illuminismo sociologico*, 1970, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1983, p. 13 ss.

²¹ W. JAEGER, *Paideia: la formazione dell'uomo greco*, La Nuova Italia Editore, Firenze, 1943, p. 257, scrive che il «concetto greco di causa (*aitia*)... in origine faceva tutt'uno con quello di *colpa* e fu dapprima trasferito dalla responsabilità giuridica alla causalità fisica». Sul punto v. pure la ricostruzione di H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 567.

²² Il dibattito sul concetto di causalità come declinato nelle varie branche delle scienze so-

Approfondimenti filosofici sul tema²³ hanno evidenziato come negli studi sul ruolo della causalità nel diritto sia possibile individuare un approccio «minimalista», che fonda la *colpa* e la responsabilità sul *test del sine qua non*²⁴ (secondo il quale un fatto può ritenersi causa giuridica di un evento senza esserne condizione necessaria, ma solo condizione necessaria *in quella particolare occasione*, anche in concomitanza con altre sfortunate circostanze accidentali), e l'approccio «massimalista» – di cui sono stati i massimi teorici Herbert Hart e Tony Honoré²⁵ – che, ai fini della individuazione dei fatti causalmente rilevanti per la produzione degli eventi dannosi, hanno valorizzato la necessità del ricorso a criteri causali di «senso comune», quali la volontarietà dell'azione o la possibilità di prendere in considerazione (per escludere o attenuare la *colpa*) le cosiddette “coincidenze sfavorevoli”.

Un interessante impulso teorico alle tesi filosofiche «minimaliste» è stato offerto negli anni sessanta dalla teoria economica del diritto, elaborata fra gli altri – in un'ottica *neoliberal* – da Robert Posner²⁶, fondatore della cosiddetta Scuola di Chicago²⁷, a proposito di uno studio sulla riduzione dei costi degli incidenti. Per Posner il sistema della responsabilità civile dovrebbe imporre obblighi di risarcimento a chi acquisisce con il proprio comportamento vantaggi personali inferiori ai «costi» imposti a terzi, e negare il riconoscimento di una compensazione a chi ha mancato di prendere le precauzioni necessarie a evitare l'incidente nel quale un suo interesse è stato danneggiato, nel caso in cui il costo della precauzione necessaria a evitarlo sia inferiore al costo del danno causato a terzi. La logica dell'attribuzione di responsabilità è, dunque, quella di obbligare il soggetto economicamente «negligente» a sostenere i costi dell'incidente, perché questo avrebbe potuto evitare la «perdita» contestata a un costo sociale netto minore. Si tratterebbe di un tipico approccio «minimalista», poiché stabilita la presenza di una connessione causale minima dei comportamenti delle parti in causa con l'incidente, i

ciali è ricostruito da S. ALEO, *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.

²³ F. SANTONI DE SIO, *Causalità, colpa e responsabilità: l'eredità di Hart e Honoré*, in *Riv. filosofia*, 2008, p. 263 ss.

²⁴ Per la prima volta formulato da J. GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 2 Abh., Verlag von Tendler & Comp., Wien, 1858, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1978.

²⁵ H.L.A. HART, T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1985, p. 10 ss.

²⁶ R. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *The Journal of Legal Studies*, 1972, I, p. 29 ss.

²⁷ N. DUXBURY, *Law, economics and the legacy of Chicago*, Hull University Law School, Hull, 1994.

principi che regolano l'individuazione del responsabile del «danno» sono dichiaratamente non-causali, in quanto dipendono dall'identificazione della parte che avrebbe potuto evitare l'incidente a un minor costo.

Tale lettura «minimalista», come avvalorata dalla teoria economica del diritto elaborata da Posner, è stata duramente criticata da filosofi quali Hart e Honoré²⁸ che hanno invece evidenziato come l'elemento aggiuntivo che legittimerebbe la richiesta di «compensazione» di un danno è la *colpevolezza* di chi l'ha causato; secondo questi teorici della *colpa*, dunque, la «negligenza morale» di chi agisce è condizione necessaria per un'attribuzione di responsabilità eticamente accettabile, e tutte le forme di responsabilità basate su criteri causali indipendenti dalla «*colpa*», presenti negli ordinamenti giuridici moderni, benché utili dal punto di vista sociale, sono «moralmente irrazionali»²⁹. Nel solco di questa lettura, Tony Honoré³⁰ ha fornito importanti elementi per la comprensione filosofica del rapporto fra causalità, *colpa* e responsabilità. Come il diritto penale, osserva Honoré, il diritto civile persegue lo scopo fondamentale di limitare il compimento di azioni dannose mediante sanzioni. Ma, a differenza del diritto penale, che amministra sanzioni sotto la forma di punizioni per aver agito in violazione di divieti generali, il diritto civile funziona imponendo obblighi di compensazione per la violazione di diritti personali, sul presupposto però che le situazioni di danno siano causate da *colpa*; ciò in quanto la responsabilità personale senza *colpa*, penalizzerebbe le persone per il mero fatto di essere agenti attivi.

In realtà, è stato evidenziato come il criterio di Posner sulla responsabilità civile si fondi comunque sulla *colpa*, atteso che la scelta di fare gravare i costi su chi tiene un comportamento economicamente «negligente», presuppone la valutazione che la responsabilità per *colpa* sia più efficiente di quella *oggettiva*, perché stimola maggiormente il soggetto cui si imputa di attivarsi per evitare di subire i danni³¹.

Rilevante è pure la posizione di Guido Calabresi che, in uno dei suoi primi scritti, ha preso posizione sul tema della responsabilità civile, giungendo a sostenere che la responsabilità per *colpa*, nella misura in cui esclude la risarcibilità dei danni non evitabili, vale a dire non colpevoli, sia fonte di esternalità negative, vale a dire di costi che invece di gravare sul responsabile

²⁸ H.L.A. HART, T. HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., p. 10 ss.

²⁹ F. SANTONI DE SIO, *Causalità, colpa e responsabilità*, cit., 283; nonché T. NAGEL, *Questioni mortali*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

³⁰ T. HONORÉ, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 67 ss.

³¹ P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, in *Introduzione al diritto comparato*, vol. 3, Giappichelli, Torino, 2017, p. 17 ss.

dell'attività dannosa verrebbero sopportati da soggetti estranei³². Secondo Calabresi, «se c'è *colpa*, i costi saranno allocati alla parte in *colpa*, senza alcun riguardo alla questione se sia questa la parte economicamente più idonea a prevenire il danno, e senza considerare quale sia la parte che, meglio dell'altra, è in grado di negoziare per correggere gli errori. Se poi non c'è *colpa*, il sistema fondato sulla *colpa* (che non si preoccupa affatto di chi dovrebbe sopportare le perdite) lascia che le perdite rimangano accollate alla parte alla quale sono capitate, e non si cura di accollarle alla parte che, meglio di altre, può individuare il miglior soggetto che può prevenire il danno nel modo più conveniente»; alla luce di queste premesse, il raggiungimento dell'efficienza economica, implica il passaggio da un sistema di responsabilità per *colpa* a un sistema di responsabilità *oggettiva*, anche laddove questo possa implicare scelte «tragiche»³³.

La tesi di Calabresi non ha mancato di suscitare aspre critiche in quanti, come Samuel Stoljar³⁴, hanno invocato negli stessi anni un ritorno al sistema tradizione della responsabilità per *colpa* che «esalta l'individuo e non trascura i valori della persona».

A partire dell'approfondimento filosofico sul tema della volontarietà³⁵ e dell'intenzionalità dell'agire³⁶, i filosofi del diritto convergono comunque

³²G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, p. 499 ss., secondo il quale «In un sistema di responsabilità fondato sulla *colpa*, i singoli spesso devono provare la *colpa* (dell'agente) e le spese sostenute in tale tentativo non variano molto in ragione del fatto che esso sia riuscito o no. Se invece si tende a considerare con maggior attenzione la distribuzione delle perdite che si è illustrata, ne risulta che si valutano in termini pecuniari e si assegnano a una determinata parte un maggior numero di perdite create anche in assenza di *colpa*. E una volta che si è fatto questo, non vi sono ragioni di natura economica che sconsigliano di distribuire le perdite nel modo più conveniente alla luce di una razionale allocazione delle risorse».

³³G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 2006. V. pure P. ATIYA, *Accidents, Compensation and the Law*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1970, p. 608 ss.

³⁴S. STOLJAR, *Accidents, Costs and Legal Responsibility*, in *Modern Law Review*, 1973, p. 233 ss., il quale evidenzia come «*the aim of a tort-system is not only to compensate, it is, through compensation, also to "correct" certain conduct both for future and past purposes: to correct it for the future by deterring conduct deemed to be reprehensible because accident-prone (it would anyhow make no sense to extrapolate "principles" from "particular" cases unless such principles, together with their sanctions, had this deterrent feature about them); and, secondly, to correct conduct by a sort of retributive measure (for, as our actual tort sanctions show, deterrence and retribution are here by no means incompatible), that is, a measure which consists of awarding a plaintiff full damages for his loss, including his loss of personal dignity or pain and suffering*».

³⁵A. KENNY, *Will, Freedom and Power*, Blackwell, Oxford, 1975, p. 99.

³⁶G.E.M. ANSCOMBE, *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957, p. 9; ma già L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1995, p. 217; v. pure M. NEGRO, *Intenzionalità*,

sulla difficoltà di provare gli stati psicologici e le intenzioni degli agenti, sedimentando negli studiosi delle varie branche delle scienze sociali la consapevolezza che «le difficoltà, vere o presunte, della prova dei fatti psicologici possono condurre un ordinamento giuridico a rifiutarsi di esaminare l'effettivo stato o capacità mentale di particolari individui, e a usare invece delle "prove oggettive", in base alle quali si suppone che l'individuo accusato di un reato abbia capacità di autocontrollo o sia in grado di prendere le precauzioni che una persona normale o "ragionevole" avrebbe preso»³⁷.

Se, come afferma Elisabeth Anscombe, nella sua celebre opera *Intention*³⁸, «grosso modo, un uomo intende fare quello che fa», è indiscutibile come riconosciuto da Jeremy Bentham, già agli inizi dell'ottocento, che l'intenzionalità dell'atto è essa stessa una circostanza ("*the particular circumstance of intention*")³⁹, giacché risente dei gradi di consapevolezza e dei fattori legati alla sensibilità e all'ambiente che non possono che variare da caso a caso: l'esito di una azione è, dunque, sempre complesso, le catene causali da essa ingenerate molteplici, il risultato imprevedibile e comunque non unilineare e scontato⁴⁰.

4. Dal paradigma della responsabilità per colpa alla ricerca di «soluzioni di rompicapo»

Si è parlato di «paradosso schizofrenico» della *colpa*⁴¹: tale *concetto-soglia* dell'edificio del diritto è, infatti, al tempo stesso limite e criterio di *imputazione* della responsabilità. La narrazione sulla *colpa* si fonda sul paradosso della convivenza entro lo stesso ordinamento del principio «nessuna responsabilità senza *colpa*», che quindi individua la *colpa* come criterio per l'attri-

azione e responsabilità, in S. ALEO (a cura di), *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 457 ss.

³⁷ Così lo stesso H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, trad. it. *Il concetto di diritto*, in M. A. CATTANEO (a cura di), Einaudi, Torino, 2002, p. 208 ss.

³⁸ G. E. M. ANSCOMBE, *Intention*, cit., p. 45.

³⁹ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Utet, Torino, 1998. Sul punto v. pure R. VIGNERA, *La desoggettivazione della colpa*, in S. ALEO (a cura di), *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, cit., p. 479 ss.

⁴⁰ Sul pensiero di J. Bentham, v. M.E.L. GUIDI, *Linguaggio, logica e etica: Bentham e l'interpretazione causale dell'azione umana*, in *Quad. storia e ec. politica*, 1987/1988, p. 253 ss.

⁴¹ R. SPEZIALE BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in *Materiali per una storia della cultura giudica*, 1998, p. 69 ss.

buzione della responsabilità, con il principio della responsabilità «a prescindere dalla *colpa* in concreto», come violazione di una norma cautelare, determinata negli usi sociali (per evitare accadimenti dannosi), ovvero superamento del rischio socialmente consentito, nello svolgimento di una attività o anche come difformità della condotta tenuta rispetto a un parametro di riferimento: la condotta (tipica) considerata doverosa.

In una monografia del 1867, Jhering descriveva l'evoluzione della *colpa* nel diritto romano. Secondo l'autore, nelle sue forme più primitive il diritto romano era caratterizzato dalla punizione del torto nella sua *oggettività*, indipendentemente dall'accertamento di ulteriori criteri di *imputazione*. Il torto determinava un obbligo di per sé, a prescindere dalla volontà del suo autore⁴². Con l'evolversi della civiltà, nell'età classica, il diritto romano avrebbe abbandonato, sempre secondo la descrizione dell'illustre giurista, la responsabilità *oggettiva* per far spazio a criteri di *imputazione* moralmente più accettabili, attraverso la valorizzazione della *colpa* non solo nel diritto penale, ma anche in quello civile⁴³. Questo progressivo mutamento sarebbe, secondo il più autorevole sostenitore del principio «nessuna responsabilità senza *colpa*», parte di un unico afflato di civiltà della giurisprudenza romana, la quale avrebbe fatto della *colpa* il criterio unico di *imputazione* morale del diritto, e della responsabilità penale e civile, secondo una concezione poi tramandata interrottamente a tutta la tradizione giuridica di derivazione romanistica⁴⁴ e pervenuta ai nostri giorni. In tal senso, «stabilire l'equivalenza tra la misura della sanzione e la *colpa* è il compito più alto della giustizia». Nei sistemi di *Common Law* la rilevanza della *colpa* emerge, per la prima volta, nei testi sacri del diritto americano del 1881, *The Common Law* di Oliver

⁴² Cfr. R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, trad. it., Jovene, Napoli, 1990. In tal senso, v. pure G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale?*, I, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1903, p. 113 ss. Sulla ricostruzione di Jhering v. però le critiche tra gli altri, S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia" criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Giappichelli, Torino, 1969. Sul finire del secolo scorso, J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, in *Jahrb f.d. Dogmatik*, 1891 (n.F. XVIII9), p. 364, reinterpretando il pensiero di Jhering, chiarirà «senza *colpa* nessuna responsabilità» può significare soltanto «senza *colpa* nessun illecito».

⁴³ *Contra* v. però G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, Atheneum, Roma, 1919, p. 75 ss. che mette in guardia i giuristi, «tormentati cercatori del sistema e della simmetria», dalla pericolosa tendenza di costringere il diritto romano nelle strettoie di un sistema, e di individuare un unico criterio anche dove questo non vi sia. «Se il diritto romano ha certamente accolto la *colpa* come criterio di imputazione – conclude Venezian – essa è ben lungi dall'aver assunto carattere esclusivo».

⁴⁴ Per una ricognizione del concetto della *culpa* nel diritto romano e nel diritto intermedio, si rinvia a M. TALAMANCA, *Colpa civile (voce)*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1960, p. 533 ss.

Wendell Holmes⁴⁵. In uno dei passaggi più fortunati e noti dell'opera, l'autore definisce «*general principle of our law*», il principio secondo cui la perdita deve ricadere su colui che l'ha subita. Un intervento dello Stato per spostare il danno da colui che lo ha ricevuto a colui che lo ha determinato – prosegue Holmes – è giustificabile solo in presenza di una valida ragione: questa ragione viene individuata da Holmes nella *colpa* del danneggiante. Alla fine del diciannovesimo secolo, sia nei sistemi di *Common law*, sia nei sistemi di *Civil Law*, sembrerebbe così trionfare la figura del soggetto di diritto portatore di una volontà libera sulla quale, appunto, si fonda il paradigma «nessuna responsabilità senza *colpa*»⁴⁶. Nell'accezione utilizzata dall'epistemologo americano Thomas S. Kuhn, detto paradigma era tale, in quanto accettato da buona parte della comunità scientifica e, al tempo stesso, «sufficientemente aperto» da lasciare agli studiosi che concordavano con esso «la possibilità di risolvere problemi di ogni genere»⁴⁷: gli interventi di giuridificazione della *colpa* nelle diverse branche del diritto, di fatto, hanno articolato il paradigma modellando regole diverse a seconda del contesto di riferimento, senza intaccare la sussistenza stessa del paradigma che, come chiarito da Kuhn, «non implica necessariamente neppure l'esistenza di un qualsiasi insieme completo di regole».

La crisi del paradigma della responsabilità fondato sulla *colpa* si fa, tuttavia, risalire alla nascita della produzione di massa e ai conseguenti mutamenti che hanno caratterizzato la civiltà industriale a cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo, a seguito della quale il diritto si è trovato dinnanzi a una serie di «rompicapo»⁴⁸, vale a dire innanzi a problemi che non risultavano risolvibili, o equamente risolvibili, sulla base dei paradigmi noti. Nel diritto civile, in particolare, il «rompicapo» è rappresentato dal problema di chi debba sopportare il «nuovo carattere *anonimo ed inevitabile* che il danno era

⁴⁵ O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 77 ss.; tra gli altri, P.H. WINFIELD, *The Myth of Absolute Liability*, in *Law Q. Rev.*, 1926, p. 37 ss., e, in tempi più recenti, le ricostruzioni storiche di G.T. SCHWARTZ, *Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation*, in *Yale Law Journal*, 1981, p. 1717 ss.

⁴⁶ V. la dettagliata analisi di G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile: colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 423 ss., che però evidenzia come «L'effettiva centralità in *Civil Law* della colpa quale criterio esclusivo di imputazione dall'età classica del diritto romano fino ai nostri giorni è stata fortemente messa in dubbio».

⁴⁷ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago, Chicago, 1962, trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 2009, p. 29 ss.

⁴⁸ I termini di «rompicapo» e «soluzioni di rompicapo» sono utilizzati da T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., p. 58, per indicare quelle situazioni di difficoltà che stimolano il progresso della scienza.