

$$\frac{A_{12}}{366}$$

Grazie al Prof. Giuseppe Mineo per l'insegnamento, il confronto, l'amicizia e per aver reso possibile il compimento di questa ricerca.

Grazie anche a Pietro e Mario Barcellona, Giuseppe Cotturi, Riccardo Cavallo, Ulrike Quercia, Viviana Altamore, Luca Licitra, Antonio Guerrieri, Lidia Ciaceri e *last but not least* Elma Basile.

Emanuele Guerrieri Ciaceri

L'ingiustizia del danno

Fra etica, mercato e crisi dell'interpretazione

Prefazione di
Giuseppe Mineo



Copyright © MMXI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 / A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-4311-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2011

*A mio padre Saverio
Possa il mio pensiero giungergli in qualche modo.*

*Let a man's insensibility be ever so great,
he must often be touched with the images of
right and wrong.*

D. HUME, An Inquiry concerning the
Principles of Morals (1751)

Indice

- 11 *Prefazione di Giuseppe Mineo*
- 13 *Introduzione*
- 17 **Capitolo I**
Forme della giustizia e predicati etico-economici
- 1.1. Fondamenti filosofici della responsabilità civile, 17 – 1.2. La scuola Oxoniense, 22 – 1.3. Funzione generale e teorie particolari, 31 – 1.3.1. *L'analisi economica del diritto dei fatti illeciti*, 33 – 1.3.2. *Il solidarismo giudiziale*, 34 – 1.3.3. *Il pluralismo di Englard e lo scetticismo di Abel*, 37 – 1.3.4. *Il nuovo formalismo giuridico di Weinrib e il ruolo del mercato*, 41.
- 47 **Capitolo II**
Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno
- 2.1. Sistema unicentrico e sistema policentrico, 47 – 2.2. Il problema dell'ingiustizia, 51 – 2.3. Avalorialità–valorialità del sistema, *warning o liberty?*, 60 – 2.4. L'eticizzazione del danno alla persona, 64 – 2.5. Cassazione Sez. Un. 11.11.2008 e l'ingiustizia costituzionalmente qualificata, 73.
- 83 **Capitolo III**
Responsabilità civile: tra interpretazione e armonizzazione
- 3.1. Teorie scettiche e interpretazione, 83 – 3.2. Diritto giurisprudenziale e crisi della nomofilachia, 91 – 3.3. L'ibridazione del modello: *stare indecisus?*, 94 – 3.4. Cicli interpretativi, 98 – 3.5. Armonizzazione, 102.
- 109 **Capitolo IV**
Conclusioni
- 4.1. I guasti di una pseudo Case Law, 109 – 4.2. Un welfare di matrice giurisprudenziale, 111 – 4.3. Lo status ideale della responsabilità civile, 114.
- 117 *Bibliografia*

Prefazione

La presente ricerca si qualifica per l'originalità dell'approccio critico al tema dell'ingiustizia del danno, che è stato assunto soprattutto dalla giurisprudenza recente della Suprema Corte come terreno di sperimentazione e giustificazione dell'opera di completa rivisitazione dell'istituto della responsabilità civile e delle sue funzioni rimediale, tanto sul versante risarcitorio che sul versante reintegratorio.

Questa opera di dispersione di significati in realtà manifesta compiutamente la pretesa giurisprudenziale di farsi interprete diretta ed esclusiva delle ragioni di governo dello sviluppo sollecitato dai processi di globalizzazione circa i giudizi di efficienza allocativi dei comportamenti personali. Così come in particolare emerge dalle diverse operazioni di patrimonializzazione del cd. danno non patrimoniale, spinte fino al punto da evocare un rovesciamento di proporzioni e valore sistematico dall'art. 2043 all'art 2059 c.c., al riparo del primato operativo riconosciuto alla Carta Costituzionale e alle sue disposizioni di principio.

D'altra parte, la crisi dei sistemi finanziari globali che si è consumata negli ultimi tempi costituisce il miglior riconoscimento del valore in iure delle tesi propuginate dall'autore. Nel momento in cui, con il crollo dell'architettura di potere che ne aveva sorretto le dinamiche, la globalizzazione appare destinata a privare il mercato e i suoi valori di governo delle relazioni interpersonali di quella centralità sovranazionale e meta-politica rispetto alla quale la nuova "responsabilità civile" traeva legittimazione effettuale nel pensiero e nell'opera di giudici e giuristi sollecitati, anche per questa via, a contribuire al processo di inveramento dell'antropologia consumistica.

Giuseppe Mineo
Università di Catania

Introduzione

Ogni qualvolta qualcuno abbia intenzione di scrivere della responsabilità civile dovrebbe avere bene a mente l'avvertimento che Manfredi, per mano del Gran Secretario Pier delle vigne, rivolgeva ai docti degli Studi bolognesi e pisani, prima che essi si accostassero ai testi del filosofo di Stagira¹: «Vos igitur, viri docti, de cisternis veteribus aquae novas prudenter educitis».

Prudenter, perché la prudenza è una virtù che consente di non oscillare tra frustrazione e giubilo nella speculazione scientifica, *Aquae Novae* perché (al di là della resa in latino del testo greco, nel contesto della citazione) ad ogni sguardo, ad ogni pensiero, la parola scritta può rivelare significati nuovi e dare corpo a scenari inusitati che pur tuttavia non la privino del proprio valore semantico, non oltrepassandolo.

Considerate le dovute differenze, la descrizione dei problemi sottesi alla responsabilità civile può portare a risultati fuorvianti, sol che ci si lasci trascinare dall'enfasi di un vero e proprio "innovismo" esegetico o parimenti del reazionarismo dogmatico, enfasi che ha accompagnato pressoché tutte le elaborazioni di dottrina dal 1942 sino ai giorni nostri. La prudenza, inoltre, avrebbe forse suggerito di non alluvionare le biblioteche con trattazioni sul tema, per lo meno quando non si fosse stati animati da una scintilla autentica di originalità, senza per questo indulgere nella ricerca del *coupe de théâtre* ad ogni costo.

Si è scritto di tutto, ma sul rapporto fra etica e responsabilità civile si è fortunatamente scritto di meno, anche perché ad occuparsi di morale sono soprattutto i filosofi del diritto o ad ogni modo i giuristi con un amplificata percezione dei problemi teorici che investono il fenomeno giuridico.

1. SARTI E M. FATTORINI, *De Claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus*, ed. Albicini e Malagola, Bologna, 1888, II, 239.

In quale rapporto stanno etica e diritto? È il diritto una sorta di morale cristallizzata e applicata, frutto della stratificazione di pratiche sociali assunte al rango di norme giuridiche grazie ad un legislatore attento lettore della società civile? È il diritto un insieme di norme che non esprimono né dovrebbero mai esprimere un qualche contenuto morale, giustificandosi solo per la loro forma e la loro legittimità? E nel campo della responsabilità civile, optare per un'interpretazione piuttosto che un'altra sulla primarietà o secondarietà dell'art. 2043 del codice civile o sulle finalità sociali del sistema risarcitorio può sortire un orientamento moralmente più accettabile e liberarlo dalla morsa dell'incertezza sull'ingiustizia del danno?

Volendo, si può vedere nell'etica la fonte del diritto, che non ne sarebbe altro che la sua applicazione sotto la facies di norme cogenti. Secondo questa ricostruzione, dietro i principali istituti giuridici vi sarebbero altrettante *rationes* etiche, che denoterebbero le attenzioni del legislatore verso questo o quel dato sociale (il debole, il danneggiato, il proprietario, etc.). Si può poi pensare all'etica come ad una qualità intrinseca del diritto, che perciò sarebbe costitutivamente votato al raggiungimento del *bonum* oltre che del *justum*. Si può infine pensare all'etica come fonte d'integrazione del diritto, che vedrebbe espanso le proprie capacità di regolamentazione con moduli etici, che sfrutterebbero in particolare la tecnica delle clausole generali. È la posizione di chi vede nella buona fede uno strumento in grado di introdurre istanze valoriali ben oltre i margini di una giustizia meramente commutativa.

Queste descrizioni scontano il fatto che etica e diritto stiano in un qualche rapporto. C'è anche però chi sostiene l'assoluta indipendenza tra i due concetti, talché ogni narrazione del fenomeno giuridico debba essere resa in chiave demistificatoria, diradando la tentazione di vedere nella norma di diritto altro che una mera tecnica sociale posta dal legislatore e nelle misure vecchie e nuove di risarcimento unicamente dinamiche di mercato, che trovano ambienti straordinariamente fertili in un sistema giudiziario asintoticamente duttile come non mai.

Su queste alte questioni più o meno degnamente si cercherà di immergersi, impiegando al meglio le virtù dianoetiche per tracciare

un quadro ricognitivo delle più importanti riflessioni della dottrina, che dovranno confrontarsi con il tema fondamentale dell'ingiustizia del danno e con i problemi tipici della responsabilità civile, quali la distribuzione della ricchezza, la graduatoria dei valori in campo e il principio di colpevolezza. Una riflessione privilegiata sarà dedicata al danno non patrimoniale, sul quale forse sono convogliate le più vibranti discussioni in un dibattito elettrizzato da tensioni morali di forte intensità ma di complessa sistematizzazione, e al ruolo della giurisprudenza di legittimità che tanta parte ha avuto nell'abbrivo dell'oscillazione della nozione di danno ingiusto tra etica e mercato.

Forme della giustizia e predicati etico–economici

SOMMARIO: 1.1. Fondamenti filosofici della responsabilità civile, 17 – 1.2. La scuola Oxoniense, 22 – 1.3. Funzione generale e teorie particolari, 31 – 1.3.1. *L'analisi economica del diritto dei fatti illeciti*, 33 – 1.3.2. *Il solidarismo giudiziale*, 34 – 1.3.3. *Il pluralismo di Englard e lo scetticismo di Abel*, 37 – 1.3.4. *Il nuovo formalismo giuridico di Weinrib e il ruolo del mercato*, 41.

1.1. Fondamenti filosofici della responsabilità civile

La materia della fatti illeciti e la filosofia hanno un rapporto di lungo periodo, se convenzionalmente si ritiene che la prima analisi filosofica della responsabilità umana di fronte ai comportamenti dannosi è da ascrivere ad Aristotele e alla sua trattazione della giustizia nell'*Etica Nicomachea*¹. Egli ci ha lasciato una descrizione elementare della funzione correttiva della giustizia e del suo rapporto con l'altra forma di giustizia — distributiva — che si pone il problema della distribuzione delle risorse fra i membri di una società. Per la giustizia correttiva, se una persona ha inflitto ad un'altra un danno ingiusto dovrà rispondere del proprio operato colposo e risarcire il danno, mentre con la giustizia distributiva il punto focale è rappresentato dai beni divisibili all'interno della società civile in occasione di un danno che debba essere risarcito. Entrambe le due forme di giustizia sono legate ad una data concezione dell'equità: la prima costruisce il concetto di equità partendo dalla ricchezza posseduta prima dell'incontro con l'altro, e, in accordo con questa constatazione, ritiene giusto che la perdita di questa ricchezza sia recuperata per ripristinare lo status quo ante; la

1. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano 1986, pp. 329–345 (lib. V, §§4–7).

seconda divide benefici e perdite con l'impiego di determinati criteri che consentano di accordare gli uni e addossare le altre a coloro che abbiano dimostrato il possesso di un certo merito oppure occupino nella società una particolare posizione. Ciò senza dolersi dell'eventuale mancata reintegrazione del patrimonio del danneggiato, qualora il fatto illecito non riesca a superare la barriera posta dai criteri per l'imputazione.

Ancora, la giustizia correttiva è indifferente all'identità o qualità del danneggiato e del danneggiante. Rileva solo la ricchezza distrutta, ovunque essa si trovi e di chiunque sia, e il contestuale dovere risarcitorio, secondo una progressione aritmetica che attiene solo all'uguaglianza delle transazioni tra due soggetti²:

Non c'è nessuna differenza, infatti, se è un uomo buono che toglie qualcosa ad un cattivo, o se è un cattivo che toglie qualcosa ad un buono, né se a commettere adulterio è un uomo buono o un cattivo: la legge guarda solo alla differenza relativa al danno, e li tratta entrambi da uguali, chiedendosi soltanto se uno ha commesso o subito ingiustizia, e se ha procurato o subito il danno.

La giustizia distributiva parte parimenti da uno status quo ante, ma solo per vederlo superato dalle circostanze dell'evento dannoso e proiettarlo nel futuro immediato in vista del raggiungimento di uno scopo, secondo una proporzione geometrica che rivela una reale disuguaglianza delle transazioni e un numero superiore di soggetti coinvolti³:

E l'uguaglianza dovrà essere la stessa, tra le persone come tra le cose: infatti, il rapporto tra le cose deve essere lo stesso che quello tra le persone. Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali. Questo risulta chiaro anche dal principio della distribuzione secondo il merito.

2. *ivi*, pp. 341.

3. *ivi*, p. 340.

La giustizia distributiva equivarrebbe, nella visione aristotelica, all'attuazione di un'etica particolare che prevede di applicare una scala di valori agli elementi del fatto dannoso, per produrre una giustizia sostanziale in presenza di diseguaglianze originarie significative. Non così la giustizia correttiva, nella quale l'uguaglianza aritmetica consente di applicare de plano le regole della giustizia e dell'eguaglianza, vale a dire senza la necessità di alcuna scelta etica⁴.

Muovendosi nei secoli, le intuizioni dello Stagirita sono state raffinate da diversi filosofi, tra i quali Tommaso d'Aquino e gli altri pensatori del Medio Evo, poi da Hugo Grotio e Samuel Pufendorf nel periodo dell'illuminismo. Successivamente, si deve a Kant il maggiore approfondimento teorico sui temi dell'etica, dell'equità e della libertà⁵.

Più o meno esplicitamente, la filosofia morale di Kant ha costituito un fondamentale pilastro per molte delle moderne teorie sui fatti illeciti, tra cui quella di Weinrib, come si avrà modo di constatare. Ciò nonostante, pur fornendo alla struttura aristotelica della giustizia correttiva-distributiva significativi contenuti, la sua elaborazione rimane generale ed astratta. In particolare, egli afferma che nella rigida forma del diritto ciascun individuo è inteso solo come persona morale, capace di agire alla stregua di tutti gli altri e con gli altri coesistere con uguale libertà. L'ingiustizia starebbe proprio nella violazione di questa coesistenza egalitaria, nell'interferenza con l'altro da sé e con il suo libero campo d'azione⁶. Sostiene, inoltre, che l'illecito è un ostacolo alla libertà degli uomini che impedisce al diritto di garantire le condizioni di coesistenza civile, affermando che la coercizione alla riparazione è un'esercizio di libertà entro un rapporto di azione e reazione⁷. Una relazione che in questi termini si può riferire anche alla responsabilità penale, la quale evoca la più generale idea della giustizia retributiva, vero orizzonte del pensiero

4. Cfr. le ampie riflessioni di G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, p. 94 e ssg.

5. Vedi R.W. WRIGHT, *Right, justice and tort law*, in *Philosophical foundation of tort law*, a cura di D.G. Owen, Oxford University Press, 1995, p. 162-165.

6. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Bari, 1970, p. 59 e ssg.

7. *ivi*, p. 60.

kantiano — e di altri filosofi come Hegel — sulla responsabilità e sul problema della giustizia.

Per trovare riflessioni che, muovendo dal piano teorico della speculazione filosofica, hanno cercato di sviluppare i concetti in chiave interpretativa accostando con maggiore convinzione la filosofia al diritto dei fatti illeciti bisogna arrivare sino alla fine del 19 secolo e l'inizio del 20, vale a dire quando nell'area inglese e nordamericana della giurisprudenza e della dottrina di *common law* sono comparsi i primi contributi⁸.

Gli studiosi anglo-americi contemporanei — soprattutto l'Israeliano Englard e il canadese Weinrib, sui quali *infra* — rappresentano senza dubbi i capisaldi della dottrina che ritiene di poter pensare alla giustizia correttiva come depositaria del senso etico della responsabilità civile, pur nella diversità di vedute che vedono il primo come un sostenitore dei sistemi misti pluralisti, il secondo un assertore del neoformalismo giuridico e della concezione relazionale della responsabilità, antifunzionale e filokantiana. Altri autori combinano diversi aspetti delle varie concezioni di giustizia, ma l'orientamento generale è abbastanza delineato: gran parte della dottrina nordamericana o comunque di *common law* sembra arroccata sul sostegno alla giustizia correttiva e tale arroccamento con la riflessione che ne consegue sembra modificare notevolmente i risultati a cui si era giunti negli anni passati, con un'incidenza anche nei criteri di metodo nello studio della responsabilità civile e con un notevole riverbero sulla dottrina europea di *civil law*, anche se proprio la radicazione di tale dottrina nella coscienza dei giuristi europei non sempre ha permesso un'interpretazione corretta delle teorie nordamericane e una ricognizione dei concetti impiegati avulsa da pregiudizi storici.

Questi studi più recenti che si sono occupati di filosofia della responsabilità civile sono stati però preceduti da quel gruppo di giuseco-

8. Per completezza, si segnalano J.B. AMES, *Law and Morals*, 22 *Harvard Law Review*, 1908, pp. 97, 113; N. ISAACS, *Fault and Liability*, 31 *Harvard L. Rev.*, 1918, pp. 954, 978; C. MORRIS, *Rough Justice and Some Utopian Ideas*, 24 *Harvard L. Rev.*, 1929, p. 730; G. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Tort*, 4 *Current Legal. Prob.*, 1931, p. 137; F.E. LUCEY, *Liability Without Fault and the Natural Law*, *Tennessee Law Review*, 1957, p. 952; R.E. KEETON, *Conditional Fault in the Law of Torts*, 72 *Harvard L. Rev.*, 1959, p. 401.

nomisti che tra gli anni sessanta e i primi anni settanta del XX secolo ha elaborato teorie economiche col proposito di condurre la disciplina dei fatti illeciti entro i confini dell'efficienza economica e dell'ottimo sociale. La dottrina che ne è derivata, estesa a tutti i problemi del diritto, è l'Analisi Economica del Diritto⁹, che così tanto seguito ha tuttora nell'area di *common law* (*Economics And Law*) e così poco ancora nell'area di *civil law*, anche se da ultimo si assiste ad un certo recupero¹⁰. La riflessione contemporanea su una fondazione valoriale della responsabilità civile si è sviluppata proprio con l'intenzione di offrire un'alternativa interpretativa alle tesi economiche degli anni sessanta e settanta, ma non manca comunque il riferimento a una valutazione etica in autori giuseconomici come Richard Posner, che ad es. teorizza che il principio di massimizzazione della ricchezza debba informare tutta la disciplina della responsabilità civile, perché solo così si darebbe un valore etico alla stessa, o come Guido Calabresi, che considera l'urgenza morale, l'efficienza economica e la considerazione del dato concreto e degli interessi diffusi il paradigma di riferimento per le scelte in ordine ai criteri d'imputazione della responsabilità¹¹.

Ad ogni modo, è il cd. solidarismo giudiziale — che in Italia ha avuto come mentore Rodotà — ad aver avuto la meglio sull'analisi economica del diritto come fonte di integrazione eteronoma della decisione giuridica, finendo per influenzare sensibilmente gli scenari entro cui i giudici hanno iscritto la propria parabola argomentativa, seppure in una direzione diversa da quella dichiaratamente perseguita. È possibile però un'altra interpretazione: considerare la solidarietà come una mera interfaccia dietro cui celare sempre e comunque calcoli

9. Tra gli esponenti di spicco a livello internazionale Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner.

10. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006; D.D. FRIEDMAN, *Law's order*, Princeton University Press, 2000 (trad. it. *L'ordine del diritto*, Bologna, 2004). Epigono in Italia è stato P. TRIMARCHI, di cui, da ultimo, si veda *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987. Si veda altresì G. ALPA-F. PULITINI, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano 1982.

11. Cfr. R. POSNER, *The concept of corrective justice in recent theories of tort law*, in *Foundations of tort law*, a cura di S. Levmore, Foundation Press, 1994, pp. 60-68; ID., *Philosophical foundations of tort law*, cit., p. 99 e ss. I passi più significativi di Posner e Calabresi si trovano tradotti in G. ALPA (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano 1990.

di convenienza sul riparto del ristoro producibile dall'ordinamento, riallocando le utilità distrutte in occasione di fatti illeciti secondo criteri economici. Si potrebbe allora parlare — in via speculativa — di una forma debole dell'analisi economica del diritto, quasi pudica, sapientemente celata dietro proclami più o meno roboanti sulla tutela della persona e sulla coscienza viva e operante di appartenere a una comunità, che condivide le necessità del gruppo esprimendosi in iniziative individuali o collettive di sostegno morale o materiale.

1.2. La scuola Oxoniense

È noto come a Oxford si sia sviluppata una fra le più importanti scuole di filosofia analitica, è con tutta probabilità meno noto che nei medesimi luoghi si trovi una nutrita serie di studiosi che hanno dedicato parte del personale percorso di ricerca alla teoria della responsabilità civile, in particolare indagando ad ampio spettro sui fondamenti filosofici del diritto dei fatti illeciti¹². I temi trattati si caratterizzano per non investire questioni tradizionali della filosofia, bensì questioni giurisprudenziali sollevate di consueto nei campi del contratto, dei fatti illeciti e del diritto penale. Naturalmente, alcune di queste questioni possono essere considerate veri e propri interrogativi filosofici senza tempo, che affliggono ogni sistema legislativo e che per questo possono suscitare l'interesse anche del giurista non anglosassone. Tra gli esponenti di questa sorta di scuola possono essere annoverati in particolare Tony Honoré e John Finnis.

12. La discussione filosofica è soprattutto consegnata ad un seminario periodico tenuto alla Oxford University, nell'ambito delle classi di filosofia del diritto rivolte ai *Postgraduates Degrees* sui fondamenti filosofici del diritto di *Common Law*, all'interno del quale c'è un modulo dedicato ai fatti illeciti. Nel tempo questo modulo ha visto il passaggio di notevoli studiosi del calibro di John Finnis, Joseph Raz, Tony Honoré, e Stephen Smith. Nel 1995 è poi stato pubblicato un volume collettaneo dal titolo "*Philosophical Foundation of Tort Law*" a cura di David G. Owen e per i tipi della Oxford University Press, che ha cristallizzato lo stato dell'arte degli studi compiuti sino a quel momento nell'area di *Common Law*. Ad Oxford ma non solo, tant'è che il volume si può pregiare di importanti contributi, quali quelli proprio dell'israeliano Englard e degli americani Coleman e Posner.

Tony Honoré¹³ è stato un assistente fidato di H. L. A. Hart, tant'è che dal 1953 al 1958 ha collaborato con lui alla stesura di *Causation in the law*¹⁴, avendo anche una certa influenza sul capolavoro hartiano *The concept of law*¹⁵. Un certo numero di suoi scritti filosofici sono raccolti in *Makin the law bind*¹⁶ e *Responsability and Fault*¹⁷ e i suoi contributi alla filosofia legale, ad amplissimo spettro, includono sedici libri e più di cento articoli pubblicati durante le ultime sei decadi.

Nella sua vasta bibliografia, spiccano sui temi della responsabilità civile i due contributi scritti per il volume curato da David G. Owen, già citato. Nel primo¹⁸ Honoré si rivolge sei domande e si dà sei risposte intorno a uno dei temi *par excellence* della filosofia del diritto, vale a dire la moralità del diritto. Un tema declinato, in questo caso, nella versione sui fatti illeciti, con un'impostazione generale mutuata in parte da Harts nel suo *The concept of law*. Dal punto di vista di Hart riguardo la punizione del colpevole in ambito criminale, è un errore cercare una singola giustificazione (*deterrence* o *retribution*) per il sistema inteso nel suo insieme. Inoltre, una volta che vediamo che una singola ragione non giustifica ogni funzione del sistema, non la si dovrebbe sostituire con una ragione composita, o meglio con una composizione di ragioni giustificatrici. Non si può affermare, per esempio, che la giustificazione della punizione è una miscela di *deterrence*, di *retribution*, di *reformation* e di *denunciation*.

13. Nato a Londra il 1921, avvocato e giurista, è conosciuto per i suoi studi sulla proprietà, sulla causalità e sul diritto romano, e in generale per la vastissima produzione scientifica di grande spessore teorico. Ha nel tempo ricevuto un numero consistente di titoli accademici e onorari, dentro e fuori l'Inghilterra. È cresciuto in Sud Africa e ha servito l'esercito inglese durante la seconda guerra mondiale, nel corso della quale è stato ferito severamente nella battaglia di Alamein. Dopo la guerra, ha continuato i suoi studi all'Università di Oxford, in cui ha vissuto ed insegnato per gli ultimi venticinque anni. Fra il 1971 e 1988 è stato *regius professor* di diritto civile a Oxford; sebbene abbia lasciato la sua cattedra, insegna nei seminari oxfordiani sui fondamenti filosofici del diritto di *Common Law* insieme con John Gardner.

14. Oxford University Press, 1959.

15. Oxford University Press, 1961 (tr. it. A cura di Mario A. Cattaneo, Torino, 2002).

16. Oxford University Press, 1987.

17. Oxford, Hart Publishing, 1999.

18. T. HONORÉ, *The Morality of Tort Law in Philosophical Foundation of Tort Law*, a cura di David G. Owen, Oxford University Press, 1995, pp. 73–95.

Secondo Hart, ad almeno sei domande circa la punizione devono essere risposte autonome: 1) perché determinati generi di sanzione sono proibiti per legge? 2) quale è la definizione di punizione? 3) quale scopo generale giustifica l'aver un sistema di diritto penale? 4) chi può essere punito legittimamente? 5) in base a quale circostanze psicologiche ed altre può una persona essere punita? e 6) quanta punizione è dato infliggere? Le risposte alle domande 4, 5 e 6, che interessano il "quando" e il "quanto" dei trattamenti punitivi, tracciano il confine entro il quale è adeguato perseguire gli obiettivi generali che emergono in risposta alla domanda 3.

Secondo Honoré il diritto dei fatti illeciti e il diritto penale hanno caratteristiche comuni, in quanto ciascuno mira ad eliminare o ridurre i comportamenti indesiderabili, prevedendo sanzioni da imporre a coloro che li tengono e ciascuno pone questioni difficili circa i termini qualitativi per l'imposizione delle sanzioni e il limite quantitativo della responsabilità dei colpevoli. C'è da dire, però, che le finalità del sistema normativo dei fatti illeciti sono per alcuni versi più ampie di quelle del sistema criminale di giustizia; e, corrispondentemente, la definizione della responsabilità civile differisce da quella della responsabilità penale¹⁹. La versione delle domande hartiane declinate nel contesto della responsabilità civile sarà allora questa: 1) perché certi tipi di comportamento sono ritenuti illeciti? 2) quale è la definizione di responsabilità civile? 3) quali obiettivi generali giustificano uno Stato nel mantenere un sistema di responsabilità civile? 4) che cosa giustifica la persona i cui diritti sono stati violati nel richiedere un risarcimento al colpevole? 5) e a quali condiziona chi viola i diritti altrui è tenuto a risarcire il danno procurato? 6) quali limiti dovrebbero essere posti agli obblighi di risarcimento?

Nello stilare questo ordine, Honoré ha cura di resistere alla tentazione di impiegare riflessioni economiche, come risultato del passaggio dagli interessi penali agli interessi civili²⁰:

Only the moral aspects of these questions will be examined. Efficiency, and its elaboration by Richard Posner, are left on one side, as are problems of proof. Tort law, like the rest of law, must satisfy several values, of which

19. Cit. p. 74.

20. *Ibidem*.

efficiency in pursuing worthwhile objectives is only one. Efficiency must be pursued within a morally defensible framework; so we must ask, and ask first, what aims it is morally desirable and defensible to pursue by imposing tort liability.

Una breve sintesi delle risposte date alle sei questioni può essere utile:

On a wide view, corrective justice requires those who have without justification harmed others by their conduct to put the matter right, even if they were not at fault. The reason is that we are responsible for the outcome of our conduct (outcome–responsibility) and that a just distribution of risks requires us to make good the harm our conduct causes to others in return for the benefit and credit that accrues to us when our plans come off. The case for imposing vicarious liability in tort on employers and organizations who have not personally caused the harm also rests on the just distribution of risks.

(5) But the pursuit of corrective justice must be tempered by the need to keep a proportion between the burden of *compensation* that falls on a defendant personally and the gravity of his conduct. There are cases in which it is unjust to hold the defendant liable in the absence of fault and in which, even if he is at fault, the extent of his personal liability should be limited by loss spreading. The moral basis for proportionality is the retributive principle, which requires that the sanction should not be disproportionate to the gravity of the conduct for which it is imposed. The argument for proportionality does not apply, or applies more weakly, when the liability is vicarious rather than personal.

Domande 1 e 2. Per mezzo del sistema dei fatti illeciti lo Stato intende ridurre l'incidenza dei comportamenti dannosi e indesiderabili, qualificando determinati interessi individuali come diritti e concedendo ai detentori il potere di proteggere i propri diritti e ottenere così la reintegrazione della ricchezza distrutta da detti comportamenti.

Domanda 3. Lo Stato è giustificato nel mantenimento e nel finanziamento di un sistema di repressione dei fatti illeciti in un quadro istituzionale.

Domanda 4. I soggetti danneggiati sono in linea di principio moralmente autorizzati, in base alla giustizia correttiva, a chiedere il risarcimento dei danni procurati da chi senza giustificazione li ha causati. Con una visione di vasto respiro, la giustizia correttiva richiede

che chi ha danneggiato altri con il proprio comportamento ingiustificato debba risarcire il danno, anche se non colpevole. Il motivo è che si è responsabili del risultato del nostro comportamento (outcome-responsability) e che una distribuzione giusta dei rischi ci richiede di compensare il danno causato ad altri in cambio del beneficio acquisito. L'argomento per la responsabilità oggettiva (vicarious) dei datori di lavoro per i dipendenti che non hanno causato personalmente il danno si basa parimenti su una giusta distribuzione dei rischi²¹.

Domanda 5. Il perseguimento della giustizia correttiva deve essere temperato dalla necessità di mantenere una proporzione fra la difficoltà di risarcire il danno da parte di chi lo ha commesso e la gravità del suo comportamento. Ci sono casi in cui è ingiusto giudicare il danneggiante responsabile in assenza di negligenza ed in cui, anche se colpevole, il limite della sua responsabilità personale dovrebbe essere limitato dalla distribuzione della stessa fra più soggetti coinvolti nell'azione. La base morale per impostare una giusta proporzionalità è il principio di "retributività", che richiede che la sanzione non dovrebbe essere sproporzionata rispetto la gravità del comportamento per cui è imposta²²:

How should the retributive principle apply in tort law? First, the tortfeasor, like the criminal offender, presumably ought not to be made to pay unless he ad chosen to do what law forbids. There should be no tort liability for an act done under compulsion. (...) as tort law not impose imprisonment, there is on the retributive principle no strong case for requiring that a tortfeasor has intended to defy the law, though, if he did, the case for a sanction is strengthened.

L'argomento delle assicurazioni private per limitare l'effetto dei danni non coperti da responsabilità (di cui parla anche Weinrib) non manca:

But the burdens of tort liability, though less grave than losing one's physical freedom, can be very serious, especially if the defendant is not insured. In such cases, the retributive principle will not merely justify but will require

21. *ivi* p. 85.

22. *ivi* p. 88.

fault as a condition of tort liability²³. (...) loss spreading is an aim of tort system as such, merely that some form of insurance is essential if a system of corrective justice is to operate fairly in modern conditions²⁴. (...) it would be unjust, though it might be unwise, for the state to replace tort liability in certain areas by a scheme of no-fault insurance based on the just distribution of losses.

La forma di giustizia che ne deriva è chiaramente plurale e complementare²⁵: «Corrective justice can operate as a morally defensible system only in harness with retributive justice. This in turn may require recourse to a form of justice that distributes burdens equitably».

Domanda 6. Il perseguimento della giustizia correttiva è altresì temperato dal dovere dello Stato di decidere quali danni ricomprendere fra quelli in grado di violare diritti. Alla stregua di ciò, è giustificata l'operazione di ridurre o rifiutare il risarcimento quando il danno oltrepassa lo scopo della norma di legge che ha attribuito il diritto al danneggiato o che presenta una tipologia di rischio imprevedibile. Quando il comportamento del danneggiato ha contribuito al verificarsi del danno, poi, il risarcimento dovrà essere ridotto in accordo con i principi dettati dalla giustizia correttiva e retributiva.

Tutte le soluzioni teoriche congegnate da Honoré sono in effetti applicate nel nostro ordinamento, sebbene l'utilizzo delle assicurazioni come sistema preventivo di ripartizione dei rischi è per lo più utilizzato per i danni causati dalla circolazione stradale. Circa la determinazione degli illeciti, di cui al punto 6, è chiaro come si possa rispettare il principio di legalità sia con un sistema aperto di clausole generali o di rinvii a norme primarie di attribuzione come nell'ordinamento italiano, sia con un sistema chiuso, articolato con una più o meno ricca casistica come nel sistema tedesco. Per questi due, infatti, si danno parimenti benefici e malefici, legati in particolar modo alla eccessiva vaghezza o all'eccessiva determinatezza della

23. *Ibidem*.

24. *ivi* p. 90.

25. *Ibidem*. Si tratta, a mio modo di vedere, di un concetto di complementarità diverso da quello di Englard (cfr. § 1.4) perché qui l'impianto centrale resta quella della giustizia correttiva, che impiega principi retributivi solo per temperarne la portata e il senso di equità profuso.

previsione normativa.

John Finnis²⁶ ha preso parte ai seminari sui fondamenti filosofici del diritto di *Common Law* dell'Università di Oxford e insieme a Peter Birks ha posto le basi del progetto sviluppato poi da Owen sulla pubblicazione della raccolta d'essai già indicata. In seno a questa è presente con un contributo di altissimo spessore, incentrato sul valore dell'intenzione nella commissione del fatto illecito. Finnis si è chiesto, infatti, se la responsabilità per fatti illeciti abbia bisogno di essere basata su altro che la negligenza²⁷ e se la quasi centennale biforcazione degli illeciti in dolosi e colposi debba essere abbandonata²⁸. Se è necessario, o più propriamente, se è giusto trattare l'intenzione di nuocere come base distinta per la responsabilità, indipendentemente dalle questioni circa la ragionevole prevedibilità e la gamma standard di comportamenti richiesti per la non interferenza e per la protezione della sfera giuridica²⁹. A domande come queste non possono essere date rispo-

26. Nato in Australia nel 1940, insegna giurisprudenza e filosofia del diritto a Oxford dal 1989, oltre a essere *Fellow* dell'University College di Oxford. Condivide la cattedra inglese con quella americana dell'Università di Notre Dame in Indiana, dove riveste il ruolo di *Biolchini Professor of Law*. È uno dei maggiori filosofi legali viventi. La sua opera più nota, *Natural Law and Natural Rights*, è comunemente considerata come uno dei lavori definitivi di filosofia del diritto naturale, che segue ambedue i percorsi segnati dalla tradizione filosofica Tomistica di matrice cattolica e di matrice protestante per sfidare l'approccio dominante anglo-positivista alla filosofia del diritto, derivato dal pensiero di John Austin e di H.L.A. Hart.

27. Su questo tema specifico J. FINNIS, *Intention and side-effects, in Liability and Responsibility*, R.G. Frey & Christopher Morris, 1991.

28. Per la legge inglese e scozzese — a differenza della legge americana — da tempo l'irrelevanza dell'intenzione nella responsabilità per fatti illeciti è stata confinata al caso dei cd. *Torts of conspiracy to injure* (in parole semplici, arrecare beneficio ad uno facendo gravare tale beneficio su di un vicino).

29. L'intenzione è rilevante sia nel caso di illeciti per cd. di solo evento (*means per se actionable*) per i quali è sufficiente la colpa, sia nel caso di illeciti necessariamente dolosi (*means not otherwise actionable*). Sul punto si veda J. FINNIS, *Intention in Tort Law*, in *Philosophical Foundation of Tort Law*, a cura di David G. Owen, Oxford University Press, 1995, p. 241: «Wherever there is combination, intention to harm is of decisive significance, albeit in somewhat various ways depending on whether the means employed to effect the combiners' purpose are themselves actionable or not. For, even when the conspirators' chosen means are per se actionable without proof of intent to harm, the presence of such intent establishes that the conduct of the conspirators will not be capable of justification. And where intent to harm is prerequisite for establishing liability (because the means are

ste assennate senza una reale comprensione dell'intenzione³⁰ come elemento reale del comportamento umano.

L'intenzione è un concetto sofisticato ma utile, ben degno del ruolo centrale nella valutazione morale o legale dei comportamenti umani, perché seleziona le realtà nucleari della deliberazione e della scelta: il collegamento fra i significati e i fini in un piano d'azione (*proposal-for-action*) adottato con preferenza rispetto a proposte alternative (che includono anche il non fare niente). Ciò che s'intende è ciò che si sceglie, come fine o come significato. È incluso nell'intenzione di ciascuno tutto ciò che faccia parte del suo piano, come scopo o come modo di effettuare il suo proponimento. In un'espressione, tutto ciò che appartiene alla ragione umana di comportarsi in un dato modo³¹:

In reading the words "plan", "proposal", "deliberation", and "choice", one should ignore all connotations of formality and "deliberateness"; in the relevant sense there is a plan or proposal wherever there is trying, or doing (or refraining from doing) something in order to bring about something or as a way of accomplishing something.

E c'è deliberazione (l'adozione di una proponimento tramite una scelta) laddove un tipo di comportamento è preferito ad altri tipi di comportamento che abbiano parimenti la possibilità di essere posti in essere. Il proposito che si adotta dalla scelta di alternative nel formare un'intenzione, insieme al ragionamento insito nella deliberazione di ognuno che rende quella proposta intelligentemente attraente, rimane, persiste nella sua volontà, nella sua disposizione ad agire. Il proposito (e così l'intenzione) è sintetizzato nella volontà, nell'orientamento pratico e nella posizione nel mondo. E questo è un effetto reale, empirico (ma allo stesso tempo spirituale) ed è insito nell'adozione di un proposito. Qualsiasi conseguenza stia al di fuori del proposito di ognuno, perché non voluta per proprio interesse né ritenuta ne-

not otherwise actionable), such intent is also sufficient to establish liability, except where intent is merely a secondary accompaniment to another predominant and legitimate purpose and is not accompanied by any unlawful act».

30. Si è preferito tradurre letteralmente il termine inglese "*intention*", ritenendo tanto "volontà" quanto "dolo" non del tutto efficaci nel contesto.

31. Id. p. 229.

cessaria come mezzo, non è sintetizzata nella volontà. Benché uno possa prevedere questi risultati e possa accettare di causarne uno, o quanto meno il rischio di causarne uno, non li sta adottando come oggetto della volontà di agire. Queste conseguenze sono allora effetti secondari, rischi fortuiti. Un profilo di responsabilità (colposa) emergerà anche per queste ipotesi, ma sarà nettamente diverso dal caso del danno inferto con l'intenzione di agire in quel dato modo³²: «One may well be culpable in accepting them. But the ground of culpability will not be that one intended them, but that one wrongly, e.g. unfairly, accepted them as incidents of what one did intend».

Avendo chiarito il concetto di "intenzione" e il suo rilievo morale nell'additare la responsabilità dei fatti illeciti voluti alla stregua di *proposal-for-action*, una breve conclusione che si può trarre dal ragionamento di Finnis è questa: l'intenzione di nuocere (*intent to harm*) — dolo, diremmo noi — è un fattore autonomo che describe la commissione volontaria di illeciti in qualunque tipo di comportamento, indipendentemente da altri fattori quali la negligenza, l'accettazione di un rischio, etc.

L'affezione verso la volontarietà dell'azione e la sottolineatura della sua dignità concettuale nel confronto con gli altri elementi soggettivi della responsabilità tradiscono un'impostazione fortemente contaminata da visioni giusnaturalistiche, che mal si coniugano con la sensibilità del giurista italiano o comunque di *civil law*³³, ma che restituiscono una grande capacità speculativa i cui risultati teorici possono senz'altro essere ritenuti patrimonio di ogni giurista.

32. *Id.* p. 244.

33. L'art. 2043 c.c. d'altra parte, non assegna al dolo un posto privilegiato rispetto alla colpa, e la dottrina nel tempo ha trovato altrove da questa distinzione i nodi interpretativi su cui dedicare le proprie attenzioni. V'è da ricordare anche che il diritto anglosassone dei fatti illeciti e dei reati ha negli ultimi due secoli cercato di affrancarsi dall'artificiosità di certe teorie della responsabilità votate alla mera formalità dell'illecito e ai casi di *dolus in re ipsa*. Il processo d'introduzione delle distinzioni soggettive moralmente rilevanti nella dottrina legale è stato però rallentato e contrastato dall'utilitarismo. Gli utilitaristi (come Henry Sidgwick) non sono in genere tolleranti con le vecchie finzioni giuridiche, ma la distinzione fra "intenzione" e "conseguenze previste" o "prevedibili" non ha per essi alcun fondamento o ragion d'essere.