

La collocazione del risarcimento del danno tra giustizia ed etica

di Gianluigi Palombella

SOMMARIO: 1 – *Una premessa.* 2 – *La “moralità del diritto”, il giusto e il bene.* 3 – *L’ingiustizia e la giustizia nel risarcimento del danno.* 4 – *Reintegrazione vs. repressione.* 5 – *La giustizia oltre la colpa?* 6 – *Dentro e fuori la giustizia.* 7 – *Giustizia stabile, etica variabile.* 8 – *In conclusione.*

1. *Una premessa*

Qual è, se ve n’è uno, il senso morale, quali la fondazione e la giustificazione della responsabilità che il diritto intende disciplinare nei rapporti privati?

Credo si possa sostenere la tesi secondo cui la responsabilità civile può essere spiegata in modo corretto muovendo da un angolo visuale “teorico”, che ne individui almeno alcuni specifici caratteri “formali”¹. Tali caratteri contengono la giustificazione funzionale della presenza, della previsione, di tale responsabilità, in un qualsiasi ordinamento. Si deve trattare di una ragion d’essere, come tale legata alla peculiarità e al carattere insostituibile della prestazione che da questo “istituto giuridico” ci si deve attendere.

La funzione istituzionale della responsabilità civile è strettamente connessa ad una specifica logica della “giustizia”, nelle relazioni intersoggettive: una prestazione “morale” che non possiede equivalenti funzionali, da cui possa essere altrimenti resa. Ma, nelle pagine che seguono, sosterrò altresì che i criteri di giustizia si trovano costantemente immersi, pur senza perdere il loro senso proprio, in concrete scelte etiche, relative al bene, che ne costituiscono una necessaria articolazione sostanziale.

Ribadire il nesso “formale” della giustizia nel risarcimento del danno nel contempo corrisponde, a mio modo di vedere, a individuare la sua collocazione complessa tra giustizia ed etica, tra una certa visione della forma e una certa visione della “sostanza”, o in breve, tra il giusto e il bene.

L’elaborazione (quand’anche giurisprudenziale) di una qualsivoglia *dottrina* del danno, che, ad esempio, restringa o finanche dilati a dismisura gli effetti risarcibili, o che, ipoteticamente, accolli la riparazione a soggetti “costruiti” artificialmente come “responsabili”, configura dei possibili contenuti “positivi” del diritto, che appartengono in modo più o meno contingente alle preferenze, ai “valori” di un qualche progetto

¹ Sotto questo profilo, in modi diversi la stessa convinzione è presente in una serie di autori, che menzionerò in seguito, e che l’hanno articolata soprattutto agli inizi degli anni ‘90, secondo le proprie sensibilità, e formando un complesso insieme teorico che ha contribuito a “spiegare” il risarcimento del danno su basi qualitativamente diverse rispetto a quelle proprie delle scuole utilitariste o ispirate all’analisi economica. Richiami sia pure celeri, alla loro tesi, si trovano anche nella letteratura italiana, per esempio nel lavoro di G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna 1992; sino, più recentemente, a G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari 2003.

etico-giuridico, di politica del diritto. Nei confronti di questo tipo di “progetti”, di innovazioni interpretative, di utilizzazioni pratiche, ideologiche, ecc. della responsabilità civile, non vale e non è valso che debolmente il richiamo ai mobili e transeunti limiti “dogmatici”, rintracciati di volta in volta in un ordinamento. Le *dottrine* della responsabilità civile dovrebbero, piuttosto, essere considerate in base al modello teorico *generale* cui esse aspirino a corrispondere: ogni “dottrina” del danno dovrebbe porsi all’altezza di una coerente e ragionevole teoria della responsabilità civile (circa *cosa essa sia*), vincolata a preservare il suo oggetto, ossia a offrire una definizione in cui “l’istituto” conservi un senso proprio piuttosto che non averne più alcuno.

Una teoria generale di questo tipo sceglie di suggerire concezioni e definizioni che ritenga dotate del maggiore coefficiente esplicativo, della capacità di rendere conto in modo più coerente del più completo insieme di aspetti e di fenomeni rilevanti.

Se si muove, come intendo muovermi qui, nella teoria della responsabilità civile, dalla domanda circa il suo senso “morale”, ossia il suo significato e la sua prestazione di “giustizia”, si sceglie evidentemente di collocare la riflessione sul diritto in un contesto critico, che esalta le qualità formali del diritto *sans phrase* e distingue quella che ho chiamato “prestazione di giustizia” rispetto agli scopi di equità sostanziale, di politica sociale, di etica della “*polis*”, e via seguendo, che pure affollano i progetti riformatori dei giuristi teorici e quelli interpretativi dei giudici.

La questione centrale da questa prospettiva diviene in quale regno ricada il *contenuto* normativo delle diverse discipline della responsabilità: se queste siano espressione “morale”, di “giustizia”, o piuttosto, espressione “etica”, proiezione di qualcosa di diverso ed ulteriore, che rimanda a variabili e controverse concezioni del bene (più che del giusto).

Non si tratta dunque di un conflitto tra etiche diverse, tutte ugualmente legittimate a proporre le proprie soluzioni nella disciplina dei rapporti privati.

La domanda più calzante in questo orizzonte chiede invece quali visioni e scopi etici del diritto (nei fatti, inevitabili) siano in grado di *resistere alla prova della giustizia*, e di non rappresentarne una semplice deformazione, una violazione “moralmente” insostenibile.

In linea di principio, infatti, degli infiniti “valori” che possiamo eleggere a priorità da perseguire attraverso il diritto, alcuni possono tradursi in un danno “morale”, alla giustizia, e quest’ultima può entrare in tensione con l’acclamazione di un’etica (non importa se sia della patria, della razza, dell’utile, del profitto, della solidarietà, della sicurezza, dell’autonomia individuale, del bene “pubblico”, del superiore interesse del “partito”, della libertà, e oltre).

La responsabilità civile, come tutto il diritto, segue un’etica (tra le molte possibili), e le etiche non sono nient’altro che i valori che si intende proteggere. Ma sarebbe alquanto strano che si vincolasse un istituto giuridico, in via *definitoria*, a una *sola* etica, come tale transeunte e comunque contingente. Il punto è che giustizia e etiche meritano di essere distinte. Non possiamo agganciare un istituto giuridico a nessun’etica in particolare, ma, come sosterrò in queste pagine, possiamo legarlo a una funzione di giustizia *in generale*. E quindi, come proverò a suggerire di seguito, si deve richiedere “giustizia” in presenza di qualsiasi “etica”².

² Il problema di distinguere giustizia ed etiche è dunque prioritario rispetto a quello di individuare quale etica si voglia prescegliere. Fuori da questa prospettiva, Guido Alpa, *ivi*, commenta in breve la «conclusione di Englard» (del quale si veda I. Englard, *The Philosophy of Tort Law*, 248

2. La “moralità del diritto”, il giusto e il bene

2.1. Il primo passo consiste nel prendere posizione su un dilemma ricorrente e sottoposto a soluzioni discordanti: se esista un'intrinseca moralità del diritto (compreso il diritto della responsabilità civile, come tale), del diritto in quanto “disciplina”, produzione di un ordine provvisto di criteri (là dove non ve ne sarebbe alcuno). L'intrinseca moralità del diritto ricorre nelle riflessioni di molti filosofi del diritto, ma credo siano esemplari le pagine che vi dedicò Lon Fuller. Le sue tesi attribuivano al diritto, per il fatto di presentarsi provvisto di qualità, di proprietà procedurali e formali proprie, una “*inner morality*”, che deve e può rimanere distinta dalla moralità “positiva”, o socialmente corrente, esterna al diritto stesso, e tendenzialmente formata su un insieme variabile di valori sostanziali. Per Fuller, infatti, questa moralità “procedurale”, o formale, del diritto riguarda i modi in cui si forma, si costruisce e si amministra il diritto (in generale, il diritto moderno), e si rinviene attraverso connotazioni del diritto occidentale contemporaneo, quali la generalità, l'irretroattività, la costanza nel tempo, la fedele applicazione, la pubblicità, la conoscibilità, soprattutto³.

Il “formalismo” in questo senso ha già un significato moralmente impegnativo. Concettualmente si tratta della stessa percezione che Jürgen Habermas mostra nella critica della visione weberiana del modello giuspositivistico, quando scrive che Weber «non ha mai voluto riconoscere questo nucleo morale del diritto formale (borghese) giacché egli ha sempre inteso le cognizioni morali nei termini di gratuiti orientamenti soggettivi al valore (...) egli non ha saputo separare tra loro le valutazioni che si riferiscono a quell'ampia gamma di materiale dei valori tra loro

Cambridge 1993), secondo la quale «solo la giustizia correttiva sia conforme a una concezione etica della responsabilità», ribattendo che anche le regole «della responsabilità oggettiva» rispondono «a una concezione etica: evitare che il danneggiato rimanga insoddisfatto. E poi (non è certo questione nominalistica) di quale etica stiamo parlando?» (ivi, p. 35). Anche questa domanda non risolverebbe il problema che a mio parere è se esista una concezione della giustizia nel risarcimento del danno che sia indisponibile rispetto alla varietà aperta delle opzioni etiche che può incorporare. Altrettanto si può osservare nel caso del citato saggio di Giulio Ponzanelli: egli si libera con comprensibile realismo della *legal scholarship* che con Ernst Weinrib si è rigidamente arroccata sullo schema elementare della giustizia “correttiva”, schema poggiante sul solo principio di rendere responsabile l'autore dell'illecito dei danni subiti dal danneggiato. La tesi di Weinrib si trova in vari articoli comparsi dagli anni '90 ad oggi, ed esprime quella che si chiama una “concezione relazionale” (per quest'ultima cfr. E. Weinrib, *Causation and Wrongdoing*, 63, “Chicago – Kent Law Review”, 1987, p. 407 ss., sp. pp. 444-50; e Id., *Understanding Tort Law*, 23, “Val. University Law Review”, 1989, p. 485 ss., sp. pp. 514-26). Questa tesi non regge di fatto agli sviluppi contemporanei della responsabilità civile. Tra i suoi critici, Ponzanelli sottolinea che «lasciare il danneggiato da un fatto illecito commesso da un terzo senza alcuna forma di aiuto economico» certamente «urta contro fondamentali esigenze di cultura e di giustizia» (Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., pp. 28 ss.). Con queste parole si intende, per esempio, che la fase storica recente che sospinge il risarcimento del danno alla piena attuazione della “*compensation*”, eleggendo a proprio baricentro gli interessi del “danneggiato”, è espressione di un atteggiamento etico, opposto e incompatibile con l'*etica* meramente correttiva. Ma Ponzanelli si spiega ancora questa incompatibilità restando entro un'ottica in cui etica e giustizia sono percepite come la stessa cosa. Credo che la distinzione, invece, vada proposta, poiché ne possono nascere, se non altro, alcuni vantaggi esplicativi.

³ L. Fuller, *La moralità del diritto*, a cura di A. Dal Brollo, Milano 1986, p. 131.

in concorrenza, dall'aspetto formale dell'obbligatorietà o validità delle norme – aspetto che è del tutto indipendente dai contenuti. In una parola egli non ha preso sul serio il formalismo etico»⁴.

Esiste in altri termini un nucleo razionale del diritto *come tale* che offre una prestazione “morale” in sé e che funge da presupposto per la coesistenza, per il fatto di proceduralizzare e sottoporre a regole generali *universali* le decisioni e i comportamenti dei cittadini. Le etiche dei beni e le etiche dei valori, *viste da questa prospettiva* sono “troppo forti” – e fatalmente ricadenti nel weberiano “pluralismo degli idoli” – per poter garantire lo sfondo “universale” di riferimento innanzi a molteplici visioni etico-politiche, per poter determinare una situazione sufficientemente imparziale «per la fondazione e il confronto critico di principi diversi»⁵.

È noto che il non prendere “sul serio il formalismo etico” è atteggiamento comune nel positivismo giuridico. Le critiche di Hart⁶ a Fuller, ad esempio, miravano a spezzare il nesso, istituito da Fuller, tra la correttezza formale dei rapporti giuridicamente organizzati e il loro ipotetico valore morale, quali elementi di giustizia: una procedura adeguata allo scopo, per Hart, non ha, infatti, di per sé, valore morale, indipendentemente da quello attribuibile allo *scopo* perseguito. In un certo senso, nonostante le sue ottime ragioni, Hart finiva per travolgere, nel suo atteggiamento critico, anche una distinzione concettuale, che invece a me pare oggi promettente, tra condizioni di giustizia e teleologia, tra elementi universali della morale e scopi contestuali, particolari delle diverse etiche comunitarie. Del resto anche Kelsen ha ampiamente provveduto a correggere le illusioni di chi, giusnaturalisticamente, associava all'esistenza del diritto un'oggettiva realizzazione del bene, o meglio di una concreta scelta di giustizia: tutte le formule con cui la giustizia si definisce, come il *neminem laedere*, il *suum cuique tribuere*, il trattamento uguale degli uguali, e via seguendo, sono formule vuote e come tali incapaci di garantire, attraverso la loro stessa attuazione, alcun esito “giusto”, o moralmente “buono”. Quell'esito dipende in primo luogo dal contenuto che si sceglie di attribuire al *suum*, o dal criterio alla cui stregua s'intende l'uguaglianza, ecc.⁷

A tutte queste argomentazioni non vale opporre il *fatto* che il senso assunto dal diritto, negli ordinamenti liberaldemocratici, non è solo quello di una tecnica di controllo sociale; né che il diritto si struttura anche attraverso norme che contengono riferimenti a criteri di giustizia. Il punto in questione non è se il diritto rinvii contingentemente a parametri morali, o elevi *di volta in volta* pretese di validità morale. È invece in questione se il diritto moderno, come tale (e dunque costitutivamente, non contingentemente), dato il possesso di caratteristiche determinate, elevi nel suo complesso, pretese “minime” di moralità intrinseca. Non credo si tratti di una disputa “decidibile” in modo non controverso. In fondo non appare insensato definire il diritto, secondo quanto dice Aristotele, ragione senza passioni (*Politica*, III, 16, 1287 a); ed è sintomatica, dell'esigenza di una distinzione, l'insistenza di Chaim Perelman⁸ sulla giustizia “formale”, che egli intende come dotata di senso e non puramente “vuota”, come portatrice di una generale idea di

⁴ J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Torino 1992, p. 14.

⁵ Ivi, p. 30.

⁶ H.L.A. Hart, *The Morality of Law – by L. Fuller*, in “Harvard Law Review”, vol. 78, 1965, p. 1286.

⁷ H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di M.G. Losano, Torino 1975, pp. 17-18.

⁸ Ch. Perelman, *La giustizia*, trad. di L. Ribet, Torino 1959.

uguaglianza (secondo cui gli esseri posti in una certa categoria essenziale devono essere trattati allo stesso modo), poi determinabile in concreto in base a diverse formule (a ciascuno la stessa cosa, a ciascuno secondo i suoi bisogni, a ciascuno secondo i suoi meriti, ecc.).

E si possono avanzare alcune tesi meno impegnative, e riferite ad aspetti parziali, circoscritti. Soccorre proprio la logica interna di istituti antichi come il risarcimento del danno, logica importata negli ordinamenti giuridici come strumento di svariati fini: ma il suo senso risponde ad un (arche-)tipo formale di giustizia che porta con sé la sua propria giustificazione morale.

Allo stesso modo, la struttura dello Stato di diritto descritta da Weber (e da Kelsen), separando e limitando i poteri, sottoponendo il potere al diritto, e in particolare a condizioni di esercizio pre-regolate, pubbliche e vincolanti, contiene l'assunto morale della riduzione dell'*arbitrio*. Non è certamente capace sol per questo di realizzare e *garantire* la giustizia (né dire *quale sia*), di formare una società giusta, o di introdurre contenuti morali generalmente e liberamente condivisi. In questo le obiezioni di Kelsen e di Hart sono decisamente accettabili. Ma d'altro canto, è altrettanto incontestabile che le proprietà formali del diritto se non garantiscono la giustizia pongono per essa delle condizioni irrinunciabili, senza le quali essa è impossibile. E Habermas ha ragione nel supporre che il positivismo giuridico, dopo aver correttamente liberato (il giudizio su) la *validità* del diritto dal vincolo della corrispondenza a un'etica determinata, abbia però confuso le scelte *etiche*, sostanziali, relative al bene, con le condizioni *morali minime di quelle scelte*. Queste ultime non sono estrinseche al diritto "valido", ineriscono essenzialmente alla prestazione tipica del diritto, e si danno nella struttura giuridica dei rapporti soggettivi, derivano direttamente dalla forza *deontologica* di norme, che non sono superabili senza il *vulnus* di una "ingiusta" violazione. Si tratta in fondo dei presupposti minimi per le relazioni di giustizia intersoggettiva.

2.2. Si può includere in questa logica – che vede la prestazione e la fondazione morale del diritto nel produrre le condizioni fondamentali della *giustizia* tra gli individui, e dunque come presupposto essenziale di giustizia in senso stretto – anche lo schema kantiano: secondo Kant, il diritto incorpora le condizioni della coesistenza degli arbitri in base ad una legge universale di libertà; il diritto (in senso "stretto") per Kant è tale perché non vi è alcun elemento "tolto" all'etica, ossia dipendente dalle scelte, dagli scopi di felicità individuale e collettiva, dai variabili giudizi di valore circa ciò che debba guidare la nostra "vita buona": pone dunque condizioni *deontologiche* irrinunciabili che sono la grammatica di ogni società possibile, perché rendono "perentorio" il minimo comune denominatore della convivenza; sono il *modus vivendi* astratto e aprioristico, cui non occorre aggiungere alcuna specificazione. Così, è una legge razionale *pura* pratica quella che impedisce di trattare gli uguali in modo disuguale; ma lo è anche il principio del *neminem laedere* nelle relazioni tra le sfere dei privati. Argomenti razionali e deontologici proverebbero che il diritto deve contenere condizioni di coesistenza secondo giustizia, affidate alla prova dell'elevazione di una regola di comportamento a legge universale, estensibile come tale al comportamento di tutti e di ciascuno: per esempio, seguire la "regola" di negare di aver ricevuto un deposito non è massima di azione elevabile a legge universale, perché secondo Kant una

tale norma, universalmente seguita, sarebbe irrazionale e priva di senso: distruggerebbe se stessa, poiché non vi sarebbe più alcun deposito⁹.

Di fatto, il *test* dell'universalizzabilità ha senso solo una volta che si conoscano le condizioni e le circostanze materiali in cui una regola deve essere soppesata, solo se valori e preferenze in gioco siano preliminarmente posti. In altri termini, deontologia delle norme e contesti etici non sono separabili ma solo *distinguibili concettualmente*¹⁰. Ma, con ciò replicando sia a Hart sia a Kelsen, potremmo sostenere che questo non confuta la validità del criterio. È ovvio che nessuna condizione formale di coesistenza possiede altra realtà che quella dei suoi, diversi, contesti concreti di esistenza: ma essi devono essere regolabili secondo una misura di giustizia la cui forma non sia soggetta alle unilateralità degli scopi delle parti in causa, non sia piegata sin da principio a una delle visioni etiche di cui le parti sono portatrici.

In quanto appresti queste condizioni di coesistenza il diritto moderno garantisce che si diano i *presupposti* della giustizia (o per Kant, le condizioni di una coesistenza delle sfere private secondo libertà). È conseguente pensare dunque che ciò sia sufficiente a renderlo custode di una sua moralità "interna".

Si osservi come in quest'ambito, per "giustizia" s'intende, evidentemente, un insieme di premesse formali e astratte nelle relazioni tra sfere, la cui indipendenza deve essere mantenuta; giustizia, pertanto, è una questione di relazioni che definirei *orizzontali* tra individui, tra sfere separate.

Così, è alla giustizia che attiene il ben noto principio del consenso¹¹ o del permesso, presupposto di ogni negozio interprivato (si tratta non a caso anche di un ormai consolidato criterio fondamentale della bioetica e della biogiuridica). Sebbene non sia, a differenza di quanto sostiene uno dei suoi massimi divulgatori in bioetica, Tristram Engelhardt, l'*unico* criterio pratico fondamentale, il permesso o il consenso è certamente premessa minima, ineludibile, della relazione di rispetto di *agenti morali*, e dunque di moralità, nei rapporti tra privati.

Giustizia sotto questo profilo è l'insieme delle condizioni "giuridiche" essenziali di una società, intesa come una *collettività morale minima*, vista alla luce delle relazioni *orizzontali* tra individui (degni di essere concepiti come esseri morali) che ne costituiscono il tessuto.

Non si tratta di una conclusione arbitraria nemmeno in termini di tradizioni teorico-filosofiche: Aristotele scrive che la virtù è identica alla giustizia; ma precisa che la prima è una questione di *disposizione personale*, mentre la *giustizia* riguarda il *rapporto agli altri*, e non si tratta più di una "disposizione semplicemente"¹². La giustizia, come avvertirono con chiarezza anche filosofi come San Tommaso, o Rosmini, è una questione *intersoggettiva*.

⁹ I. Kant, *Critica della ragion pratica*, trad. di F. Capra, rivista da E. Garin e V. Mathieu, Roma-Bari 1982, pp. 34-35.

¹⁰ In contrasto con Habermas ho sostenuto questa tesi nel mio *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari 2002, cap. 2, pp. 74-83.

¹¹ Aristotele scrive che non è possibile subire volontariamente ingiustizia: *Etica Nicomachea*, a cura di L. Caiani, Torino 1996, p. 334 (lib. IV, 1136 b, 10).

¹² Ivi, p. 311 (lib. V, 1130 a, 10).

2.3. Nella “fondazione” kantiana, l’uguaglianza degli individui in quanto sudditi ha natura puramente giuridica, ossia dipendente da una legge coattiva che esclude solo il sovrano: ma tale legge concerne la libertà e *non il bene*, così che l’esistenza della giustizia nei rapporti reciproci di libertà, è astratta (e compatibile) rispetto alla ricerca della *felicità*: «Nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo (come cioè egli si immagina il benessere degli altri uomini), ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo, in guisa che la sua libertà possa coesistere con la libertà di ogni altro secondo una possibile legge universale (cioè non leda questo diritto degli altri)»¹³.

La visione kantiana è suscettibile di due possibili letture: nell’una, l’universale diritto degli individui a perseguire la felicità (fonte esplicita, tra l’altro, del costituzionalismo liberale specie nella versione statunitense) è componente fondamentale di una visione del mondo che esprime già valori prescelti come propri, e quindi di un’etica dell’autonomia e della libertà, come priorità date; e dunque già indica in sé uno specifico modo di concepire il bene, dei singoli e delle collettività, una concezione “comprensiva” e nient’affatto neutra eticamente; come tale non afferente alla “semplice” giustizia. Nell’altra, certamente più vicina alle intenzioni kantiane, l’autonomia (e l’autonomia nella ricerca del bene) non è un valore, ma una premessa “neutra”, ossia una facoltà degli agenti morali, che va loro garantita comunque in qualsivoglia ambiente etico, il presupposto trascendentale di ogni scelta di valore, la condizione preliminare che al diritto spetta custodire nei rapporti individuali. Qui, tutelare l’autonomia e dunque le sfere di libertà (e di possesso) di ciascuno è una questione di giustizia. Questo si evince, tra l’altro, dal fatto che Kant ritiene che gli uomini mancherebbero *verso la giustizia* se non istituissero uno stato civile in cui il mio e il tuo possano essere preservati: in mancanza di uno stato civile, giuridico, nessuno «è obbligato ad astenersi dall’usurpare il possesso di un altro, se questi non dà a lui l’uguale garanzia di astenersene a sua volta. (...) Nel proposito di essere e di rimanere in questo stato di libertà non regolato da alcuna legge esterna, gli uomini non commettono nessuna ingiustizia *l’uno verso l’altro*, se reciprocamente essi si combattono (...); in linea generale però commettono un’ingiustizia al massimo grado nel voler essere e rimanere in uno stato che non è giuridico, nel quale cioè nessuno è certo del suo contro la potenza degli altri»¹⁴.

In questa accezione diritto e giustizia sono separati *concettualmente* dall’etica, o se si vuole dalle etiche: il che ha il vantaggio di attribuire un ruolo trascendentale e preliminare al diritto, ascrivendogli dunque una moralità interna distinguibile dalle etiche che in concreto ciascun ordinamento giuridico finisca per incorporare.

Naturalmente, il suo difetto è di avere una portata analitico-concettuale, ma non anche una realtà indipendente propria; di essere esclusivamente pura e formale, e come tale inadatta a rispecchiare l’immagine reale di alcuna possibile società. Gli individui – liberi di agire – non coesistono mai in modo inerte, e dunque la

¹³ I. Kant, *Sopra il detto comune: “Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* (1793), in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di G. Solari e G. Vidari, Torino 1978, p. 255.

¹⁴ I. Kant, *La metafisica dei costumi*, trad. di G. Vidari, a cura di N. Merker, Bari 1970, pp. 134-5.

semplice “coesistenza” in sé e per sé non ha alcuna concretezza, se intesa astraendo da ogni ragione interna, da ogni teleologia: in altre parole, se è incapace di far riferimento all’altra radice, aristotelica, della ragion pratica umana, alla *proairesis*, alla tendenza a perseguire degli scopi, a realizzare progetti di vita. La mera coesistenza, si potrebbe dire, non si trova in natura. Non è che una forma vuota, sebbene necessaria, e non è sufficiente a render conto di alcuna specifica relazione intersoggettiva, se non con riferimento allo schema di “rispetto”¹⁵. Allo stesso modo, proprietà procedurali e formali del diritto sono, se vogliamo, il “metodo” giuridico, razionale, per operare scelte concrete che costruiscano le relazioni sociali; scelte che avvengono fatalmente nelle società, le quali perseguono sempre attraverso il *giusto* anche il *bene*: poste le condizioni di giustizia, o di coesistenza, esse si distinguono per aver determinato anche una scala loro peculiare di valori sostanziali¹⁶. Il punto è che non possono farlo, dal punto di vista morale, violando i rapporti “pitagorici” della giustizia intersoggettiva: in altri termini, non si può ottenere il bene, se la questione incrocia la vita di altri soggetti “degni”, a scapito del giusto.

Per converso, San Tommaso d’Aquino sottolineava che se lo scopo principale di un capitano fosse quello di preservare la sua nave, dovrebbe tenerla ancorata in porto per sempre: ma la nave deve navigare, e questo è il fine ultimo che deve avere anche il capitano¹⁷. *Mutatis mutandis*: la giustizia, da sola, non sarebbe sufficiente. La società deve navigare.

Di contro, non si può sottovalutare la questione concettuale per due importanti ragioni: in primo luogo, perché impedisce di concepire la giustizia e il diritto nei termini chiusi che li identificano con le sole scelte etico-politiche correnti, attribuendo a queste ultime uno *status* esclusivo di legittimità; in secondo luogo, perché consente di misurare quelle scelte non solo secondo i propri scopi, ma anche imponendo loro il limite della giustizia interindividuale.

¹⁵ Ma il principio del permesso o del consenso, è la struttura preliminare della nostra vita associata, il presupposto la cui funzione “trascendentale” (per usare il termine kantiano) è definire il quadro procedurale delle relazioni che necessariamente si instaurano tra i soggetti, e delle decisioni materiali.

¹⁶ Tra le controversie più diffuse negli ultimi decenni, quella tra *liberals* e *communitarians* espone sotto ogni versante il tema del confronto tra il giusto e il bene, al punto da offrire molti argomenti utili e persuasivi. A titolo d’esempio, tra i protagonisti di questo confronto, Michael Sandel ha sostenuto opportunamente che sebbene una certa concezione del soggetto morale sia il presupposto del primato della giustizia, tuttavia «una teoria morale completa deve dare una spiegazione del bene oltre che del giusto» (M.J. Sandel, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, trad. di S. D’Amico, Milano 1994, p. 148). Per la critica del neocontrattualismo e dell’utilitarismo in quanto possibili strumenti per affermare il primato della collettività sugli individui, cfr. *ivi*, pp. 160 ss. A suo modo, Sandel propone una definizione della “persona” in equilibrio tra il bene e il giusto, tra etica e giustizia (*ivi*, pp. 194 ss.).

¹⁷ S. Tommaso d’Aquino, *La Somma Teologica*, I-II, q. 2, a. 5, a cura (trad. italiana e commento) dei Domenicani italiani, testo latino dell’Edizione Leonina, Bologna 1985, vol. VIII, p. 72: «è impossibile che sia l’ultimo fine di una cosa la conservazione della medesima, quando quest’ultima è già ordinata a un fine distinto da essa. Un pilota, p. es., non può considerare la conservazione della nave a lui affidata come ultimo fine: perché la nave è già ordinata a un fine più remoto, cioè alla navigazione». In originale, *ivi*, p. 73: «impossibile est quod illius rei quae ordinatur ad aliud sicut ad finem, ultimus finis sit eiusdem conservatio in esse. Unde gubernator non intendit, sicut ultimum finem, conservationem navis sibi commissae; eo quod navis ad aliud ordinatur sicut ad finem, scilicet ad navigandum».

In effetti, custodendo condizioni minime di giustizia e di razionalità morale nelle relazioni *orizzontali* tra soggetti, il diritto così inteso è una conquista che le civiltà moderne non possono svendere in nome di nessun'etica materiale dei valori, né sostituirla con questa¹⁸. La giustizia del diritto sotto questo profilo è una risorsa *indisponibile* che si sottrae ad ogni profeta, ad ogni sacerdote.

Se “giustizia” assume questo significato, “etica” appartiene a un altro alveo: essa riguarda il bene, non il giusto. Il bene è l'orientamento della nave, la tensione verso le sue mete, o fuor di metafora quel che un individuo, un insieme di individui pongono al vertice delle loro priorità pratiche, e dunque di vita e di azione. L'etica confronta le nostre azioni con una scala di valore, e ne consente un giudizio di conformità che non investe direttamente il rapporto di reciprocità o di giustizia tra parti o sfere individuali. Il problema del bene attiene al *rapporto tra azioni e valori*: e indica il grado di commisurabilità e di conformità dell'azione a un valore.

Da questo angolo visuale non si tiene in primo piano la relazione tra individui ma appunto l'adeguatezza e la conformità a *valori, la relazione “verticale” tra un'azione (e un'attitudine o una disposizione) da un lato e dall'altro gli ideali regolativi da cui viene giudicata, o le scelte di valore che un individuo compie*. Sul piano sociale, etica è l'insieme delle priorità, di beni, attorno a cui si raccolgono collettività che siano giunte a identificarvisi e a cooperare alla loro protezione o attuazione; etica è un elemento essenziale costituente la connotazione di valore peculiare di una comunità o comunque l'aspetto comunitario di una società¹⁹.

3. *L'ingiustizia e la giustizia nel risarcimento del danno*

3.1. Prima che un istituto giuridico, il risarcimento del danno è finanche genericamente espressione di una forma specifica della giustizia, una forma che ha natura schiettamente giuridica. E alla base dell'istituto del risarcimento del danno sta

¹⁸ Una totale eticizzazione del diritto significherebbe la perdita della sua autonomia e della sua funzione di garanzia, garanzia della nostra ricerca di verità, della nostra ricerca del bene, garanzia che esista nella relativa irriducibilità del diritto alla sola produzione politica, un senso nel quale il diritto non compare come mero strumento, ma esprime appunto una sorta di moralità intrinseca.

¹⁹ Naturalmente, è l'età moderna a produrre questa divisione concettuale che appare sconosciuta all'idea antica di virtù (nel mondo premoderno il bene possiede una evidenza connessa alla condivisione collettiva dei fini comuni). Su questo A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. di P. Capriolo, 2 ed. Milano 1993. Il fatto che la giustizia politica di cui parla John Rawls in *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, trad. di G. Rigamonti, Torino 1999, venga separata dalle concezioni etiche e religiose intese come concezioni (“dottrine”) “comprehensive”, relative alla vita buona, è sintomatico di questa avvenuta divisione e del tentativo di una ricomposizione su scala sociale di un insieme composto di diversi strati, laddove in una società monolitica questa distinzione è inutile e impensabile. Anche J. Habermas, *Fatti e norme*, a cura di L. Ceppa, Milano 1996, pp. 120-121: «vediamo crescere un fabbisogno di giustificazione che, nelle condizioni del pensiero post-metafisico, solo i *discorsi morali* possono ancora coprire. Essi vogliono infatti disciplinare imparzialmente i conflitti d'azione. A differenza però delle riflessioni etiche – sempre orientate al telos di ciò che per me, ovvero per noi, può valere come modello di vita buona, cioè di vita non sbagliata [*nicht-verfehlt*] – le riflessioni morali esigono che ci si stacchi da ogni prospettiva egocentrica o etnocentrica».

la definizione di *ingiustizia*. Come i giuristi insegnano²⁰, recar danno lecitamente al prossimo è cosa del tutto normale, e accade quotidianamente, nella competizione del mercato, e in generale nell'esercizio della libera ricerca di risorse per definizione scarse. L'*ingiustizia*, che appare come fonte della responsabilità, è concetto dipendente da una determinazione giuridica, è un requisito *giuridicamente definito*, sebbene necessario, della responsabilità²¹. Sul piano dogmatico, che un ordinamento faccia o meno riferimento alla qualificazione del danno come "ingiusto" non esclude che esso preveda modi di selezione dei danni risarcibili, in base alla tipizzazione delle posizioni soggettive lese o altrimenti, così da determinare un'area in cui i danni "ingiusti" siano separati da tutti gli altri. Nel nostro ordinamento, il riferimento esplicito all'ingiustizia del danno ha assunto il ruolo di una «clausola generale» dai «connotati storicamente relativi», una «valvola che tempera la rigidità dell'ordinamento» così «informato al modello di atipicità dell'illecito»²². Anche di fatto l'ingiustizia "è ormai un elemento indefettibile dell'illecito, insieme con i criteri di imputazione, il nesso causale e il danno"²³.

Se la responsabilità per danno ruota attorno all'ingiustizia, che solo tramite il diritto possiamo riconoscere, in linea di principio è però possibile che questo requisito assuma contenuti indefinibili a priori: in un certo senso, potrebbe trattarsi ancora di un concetto vuoto e pertanto inutile, destinato a non fornire alcun discrimine, e a restare comunque radicalmente in balia delle politiche legislative e degli orientamenti etico-politici correnti. Se non è solo una parola vana, invece, il diritto civile contiene, nella responsabilità per danno, un nucleo, una sorta di riferimento minimo "indisponibile", insuscettibile di essere *esclusivamente* mero strumento, contenitore *informe* di programmi collettivi, di pretese soggettive, o di mutevoli tendenze giurisprudenziali. In altri termini, gli elementi dell'illecito presi nel loro insieme dovrebbero poter fornire forme di decifrazione della responsabilità che se non altro esprimano la resistenza dello "strumento" della responsabilità per danno rispetto ad usi che tendano a snaturarlo, piuttosto che a incardinarsi nella sua struttura formale indirizzandola a scopi più ampi.

Al di là della dogmatica giuridica, il punto di riferimento è la tesi aristotelica secondo cui nelle relazioni con gli altri si danno forme razionali di giustizia, forme archetipiche, la cui razionalità abbraccia le relazioni *reali* tra gli individui come un' indefinita serie di istanze, di esemplificazioni concrete.

Potremmo dire che l'"ingiustizia" si identifica e "riconosce" grazie a questi "tipi": altrimenti, sarebbe invocata infondatamente, irrazionalmente. E di questi tipi, che assomigliano forse a idee trascendentali, kantiane, non è possibile fare a meno, né è possibile deformati o dissolverli: l'ingiusto deve esserne, in negativo, una forma di

²⁰ Nella molto ampia bibliografia, segnalo P. Schlesinger, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in "Ius", 1960, pp. 347 ss; P. Trimarchi, *Illecito*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XX, Milano 1963, *ad vocem*; G. Tucci, *Il danno ingiusto*, Napoli 1970.

²¹ Si è detto giustamente che affermando «la necessità di un danno *ingiusto*, si aggiunge un elemento ulteriore, con il quale al danno come pura perdita patrimoniale si accompagna una qualificazione propriamente giuridica» (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano 1997, II ed., p. 9).

²² G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, cit., pp. 206-7. All'opposto, Carlo Castronovo, secondo il quale «la (...) tecnica legislativa adottata dal nostro legislatore ha messo capo a una norma di portata generale non a una norma a clausola generale» (*La nuova responsabilità civile*, cit., p. 10).

²³ Alpa, *op. cit.*, p. 207.

rappresentazione. Anche questo fa parte di quel “formalismo della giustizia” che, come avrebbe detto Ricoeur, non rappresenta un «difetto, ma un punto di forza»²⁴.

In linea di principio, la responsabilità per danno “ingiusto”, come ho già accennato, ha una sua kantiana e schematica *indisponibilità* (indeformabilità) definita dalla sua logica fondamentale che è quella della giustizia secondo uguaglianza, qui circoscritta al bilanciamento tra due posizioni che sono entrate in conflitto²⁵.

3.2. Infatti di quale giustizia si può realmente parlare per il diritto che regola le relazioni tra gli individui? Si tratta senza dubbio della giustizia “correttiva”. Il riferimento generale, obbligato, è alla giustizia (parziale) di Aristotele, che può essere infatti correttiva e distributiva (*Etica Nicomachea*, v.1, 1129b-1130a, v. 2, 1130b, v. 4, 1131b). Se per Aristotele la giustizia *distributiva* riguarda la divisione di beni e di risorse, divisione in virtù della quale si può ricevere in modo diverso a seconda dei criteri che determinano il merito (*proporzione* geometrica), la giustizia *correttiva* o rettificativa segue rapporti aritmetici nelle relazioni tra due o più parti: così quando si è stati privati di qualcosa senza il proprio consenso, essa impone che ci sia restituito²⁶. Nella versione aristotelica, giustizia distributiva e giustizia correttiva si riferiscono in fondo a due diverse nozioni di eguaglianza, da esse implicate. La giustizia correttiva attiene all’uguaglianza nelle transazioni, nelle relazioni dirette, tra le parti; prescinde da ogni speciale attributo o qualità dei soggetti coinvolti, in quanto irrilevanti nella comprensione della misura in cui lo *status quo* è stato alterato dal comportamento di una di esse. Proprio allo scopo di separare il concetto di giustizia correttiva da quello di giustizia distributiva, in cui qualità e meriti delle “persone” assumono rilievo determinante, Aristotele scrive che per il giusto secondo una relazione aritmetica, per la giustizia correttiva, «non fa nessuna differenza infatti che un uomo disonesto abbia derubato uno onesto e neppure che a commette adulterio sia stata una persona onesta o una disonesta: la legge guarda solo al tipo del torto e tratta le parti in causa come uguali, se uno ha commesso ingiustizia e l’altro ha subito, o se uno ha danneggiato e l’altro è stato danneggiato»²⁷.

In termini kantiani, questo corrisponde alla necessaria formalità del diritto (come tale custode di giustizia); in essa ciascun individuo è inteso solo come persona morale, capace di agire, e come tale, astrattamente uguale a ogni altro, e capace di (nonché tenuto a) coesistere con un’uguale libertà altrui: l’ingiusto è nella violazione di questa coesistenza “uguale”, nell’interferenza – non ammissibile senza rottura delle condizioni minime di coesistenza –, che Kant vieta in relazione al «mio e tuo esterni»²⁸.

²⁴ P. Ricoeur, *Amore e giustizia*, a cura di I. Bertoletti, Brescia 2000, p. 25.

²⁵ Sia detto parenteticamente: è questa idea di *equilibrio* che, in effetti, il risarcimento di alcune nuove categorie di danno sembra proprio capace di dissolvere, addossando evidentemente su chi si ritiene agente causale del presunto danno un insieme di conseguenze di cui non c’è – né preventivamente né successivamente – alcuna certezza, e nessuna misura, e per il quale l’idea stessa di danno sembra scolorirsi. Dunque: lo squilibrio tra le parti da un lato vs. l’equilibrio intrinseco allo schema della responsabilità, ossia della giustizia.

²⁶ *Etica Nicomachea*, cit., pp. 316 ss. (lib. V, 1131 b).

²⁷ Ivi, pp. 317-8 (lib. V, 1132 a).

²⁸ Kant, *La metafisica dei costumi (Principi metafisici della dottrina del diritto: Parte Prima, capitolo primo, § 5)*, cit., pp. 59 ss.

Ovviamente *non* potrebbe rispettarsi questa uguaglianza, se si dovesse aver riguardo alle diverse qualità personali: così, per Aristotele, farebbe un' autorità "terza" che sia organo di giustizia "distributiva", e che dovesse, in ipotesi, attribuire ricompense, beni materiali, terre, onori. Essa infatti potrebbe differenziare quanto spetta (destina) a ciascuno, rileverebbe le "differenze" poiché adotterebbe un criterio sostanziale che distribuisca sì in *proporzione* uguale, ma "quantità" diverse grazie ai diversi "meriti" di ciascuno.

Si deve aggiungere che, in un certo senso, nella giustizia correttiva, sul presupposto di un titolo astratto di ciascuno all'uguaglianza, quest'ultima viene tutelata anche nei suoi riflessi *oggettivabili*: quel che riceve peso è la situazione antecedente l'illecito, cui deve essere riportata la relazione tra i soggetti; l'uguaglianza rilevante è quella tra *cose*, e non la proporzione tra *cose e persone* (giustizia distributiva).

Infine, come ha osservato Ernst Weinrib, «poiché ricostituisce l'antecedente eguaglianza essenziale tra le parti facendo sì che una di esse trasferisca all'altra una certa quantità, la giustizia correttiva costruisce l'interazione come immediatamente concernente non più di due parti»²⁹. Ciò, ancora una volta, è in contrasto con il modello distributivo di giustizia, che tollera un numero indefinito di soggetti partecipi.

3.3. Ma seguono alcuni corollari:

i) la giustizia correttiva ha un orientamento verso la situazione preesistente e *non verso il futuro* (se non per l'aspetto qui non rilevante moralmente, della prevenzione o della deterrenza), e dunque non mette in discussione la violata e preconstituita distribuzione dei beni *cui impone invece di ritornare*. *Incidenter*, si deve, oltre Aristotele, ammettere che questo scopo può richiedere sistemi complessi in società complesse: sistemi che siano caratterizzati dalla ricerca del modo più efficiente e più certo possibile, nonché guidati da considerazioni distributive e da etiche di allocazione dei rischi, delle perdite, dei costi.

ii) la giustizia che qui ricorre presuppone secondo Aristotele quella che egli definisce uguaglianza aritmetica, non la proporzionalità geometrica³⁰.

Il contributo di Aristotele nel definire la netta distinzione tra queste due forme di giustizia, in termini concettuali, ci impedisce di confondere l'una con l'altra. Potremmo spiegare così, per meglio afferrare il valore euristico dell'analisi, in che senso, ad esempio, l'idea del risarcimento resti separata da quella dell'indennizzo (si veda ad esempio, l'art. 42 Cost., 3 co.; lo Statuto albertino all'art. 29, parlava di "giusta indennità", come peraltro l'art. 834 c.c.): l'indennità potrebbe essere vista come una deroga "pubblicisticamente" imposta alla stretta uguaglianza della giustizia correttiva; ma più verosimilmente essa può essere ricondotta ad una nozione di ciò che è "dovuto" che non si inquadra più nella giustizia correttiva, ma

²⁹ E. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law* (originariamente in "The Yale Law Journal" 97, pp. 949-1016), in D. Patterson (ed.), *Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden-Oxford 2003, p. 341.

³⁰ Su questa ipotesi, non denominata come giustizia correttiva comunque, per esempio v. A. Heller, *Oltre la giustizia*, trad. di S. Zani, Bologna 1990, pp. 32-3 (ti aiuto nel tuo bisogno, mi aspetto che tu mi aiuti nel mio).

risponde semmai alla struttura della giustizia distributiva. A ben guardare, l'indennizzo segue ad un pregiudizio, reso lecito per legge, una diminuzione patrimoniale, prodotta in ragione di un programma di scopo ritenuto (“eticamente”) prevalente rispetto alla tutela di quanto sarebbe dovuto a ciascuno secondo giustizia correttiva. La giustificazione dell'indennità è sostanzialmente *indipendente* dall'ingiustizia che si avverte nel fatto di privare qualcuno del “*suum*”. La giustificazione dell'indennità è comunque in una *nuova* distribuzione dei beni, che ricolloca gli interessi, tra pubblico e privato (nel caso di espropriazione per pubblico interesse) in una nuova gradazione: il pubblico interesse prevale sulla vecchia distribuzione, e i nuovi programmi consigliano di re-distribuire, sia pure attraverso un atto ablativo; *l'indennizzo è un prodotto di risulta dell'adozione e dell'applicazione del nuovo criterio distributivo*. È cosa inconferente che secondo la nostra giurisprudenza costituzionale, si debba garantire preferibilmente il massimo della riparazione che l'amministrazione pubblica può *sic stantibus* offrire all'interesse privato. Resta fermo che la differenza tra ristoro integrale, risarcimento da una parte e indennizzo dall'altra, è concettuale, qualitativa, e trova il suo presupposto nell'inesistenza dell'*ingiustizia* di un danno, dipendendo in realtà da una scelta redistributiva il cui criterio non ha nulla a che fare con un qualche preesistente equilibrio tra due parti (il privato e l'amministrazione): dipende invece e semmai dall'idea di un diverso equilibrio *complessivo*, dalle priorità di politica pubblica, selettivamente disposte in modo da privilegiare in date circostanze gli interessi collettivi su quelli dei singoli. Concettualmente, l'indennizzo è un elemento materiale nella riallocazione dei beni e nella gradazione degli interessi: indica solo che il privato espropriando, secondo norme positive, e – soprattutto – solo grazie a un principio etico-politico improntato comunque all'equilibrio tra proprietà e interesse pubblico, ha, come tale, titolo ad essere parte nella *redistribuzione*.

Sebbene il diritto all'indennizzo sorga grazie alla incisione della situazione soggettiva assunta in origine, il passato, lo *status quo ante*, ricorre qui come un “dato” superato dalle circostanze, non come un obiettivo: diviene condizione di un processo che però lo riscrive in vista della realizzazione di obiettivi futuri. L'indennità dipende sostanzialmente dal disegno che si intende dare di quegli assetti futuri; più precisamente potremmo sostenere che essa è dipendente da un'ottica ispirata al futuro. Da questo punto di vista, entro il modello della giustizia distributiva, l'unico vincolo è rappresentato dal rispetto della proporzione, dato un parametro selettivo: mentre le valutazioni in virtù delle quali il criterio di merito è prescelto sono orientate da una scala di valori di cui la distribuzione è un'attuazione. La giustizia distributiva è dunque una “forma” di imparziale o uguale o proporzionale attuazione di *un'etica particolare*: cosa che non è la giustizia correttiva, nella quale l'eguaglianza aritmetica preserva ma non pone in questione, e dunque non richiede una decisione “etica” (ma semplicemente un'applicazione della giustizia dell'uguaglianza *sic stantibus rebus*).

Infine, la giustizia distributiva ricorre quando il rapporto rilevante non è quello *paritetico* tra due parti, intese secondo la kantiana uguaglianza astratta. Se così fosse, indipendentemente dal fatto che si tratti di privati o di rapporti pubblico-privati, non vi sarebbe modo di forzare o derogare rispetto alla giustizia correttiva. Si tratta invece di una relazione *verticale* tra la posizione di un soggetto individuale e altre posizioni, anche pubbliche, come nel caso dell'espropriazione della pro-

prietà, cui è accordato, in termini di scelte collettive e di politiche comuni, un pre-determinato *privilegio etico*. E naturalmente ricorre anche l'altro presupposto della giustizia distributiva, "tipizzato" nella trattazione aristotelica, ossia il *terzo*, protagonista e autore della distribuzione tra gli interessi, tra i destinatari, dei beni secondo un "criterio".

Nella responsabilità per danno, l'ingiustizia che si è prodotta è una forma di *ineguaglianza* tra chi è causa del danno e chi lo riceve; è la stessa idea di violazione del diritto che ha in mente Kant quando sostiene che l'illecito è un ostacolo alla libertà (perché mette a repentaglio il diritto come condizione di coesistenza) e afferma poi che la coercizione alla riparazione è un esercizio di libertà, nel senso – egli dice – "fisico" di un rapporto di azione e reazione³¹. Ripristinare l'equilibrio violato significa impostare la responsabilità e il problema della giustizia, anche entro un orizzonte kantiano, comunque *guardando indietro* e non *guardando avanti*³².

Sarebbe del tutto mistificatorio, confondere questa misura correttiva dell'ineguaglianza tra le parti, e pertanto di una situazione di ingiustizia, con un diverso tipo di giustizia, quella *retributiva*, cui alle volte viene ricondotta.

È evidente che la compensazione, il ripristino di un equilibrio, sono elementi evocati non solo dalla giustizia "correttiva" ma anche dall'idea del "retribuire": al punto che il risarcire potrebbe apparire a prima vista simile alla giustizia retributiva. Ma correggere, nel senso qui accolto, è cosa ben diversa dal retribuire.

Intanto, come le transazioni di cui parla Aristotele si danno tra privati, così il risarcimento del danno occupa e può solo occupare un'area che non supera i confini del diritto *uti privati*. È vero che in Aristotele non si trova traccia di una sensibile differenza tra offesa penalmente punibile e danno *iure privatorum*, e che dunque egli tende a riportare anche il delitto di penalistica rilevanza nell'alveo delle relazioni private piuttosto che dell'interesse collettivo a colpire il crimine. Ma la tradizione giuridica moderna, come ricordò Del Vecchio, con Pufendorf e Vico, stigmatizzò definitivamente tale confusione. Il problema *penale* è scarsamente riconducibile alla giustizia *correttiva*.

Fatta tale precisazione, si deve aggiungere che numerose fonti descrivono il retributivismo³³ come l'unica piena giustificazione del diritto *penale*, e della pena: questo dovrebbe, pertanto, indurre una notevole cautela. Riparazione-correzione e retribuzione non possono stare affatto sullo stesso piano, e sarebbe bene che non venissero in alcun modo confuse. Si deve riconoscere con nettezza che dove si dà una qualche giustizia *retributiva* essa ha uno scopo *etico*, che tutela il "bene" (la vita, la persona, il patrimonio, ecc.), e non il "giusto" *tra le parti*, non governa le relazioni di giustizia (di equilibrio, intersoggettive) tra me e l'offeso. Essa mira piuttosto alla punizione del colpevole, che ovviamente è cosa del tutto diversa dal risarcire il danneggiato. L'orientamento *verso i soggetti* appare quindi altrettanto

³¹ Kant, *La metafisica dei costumi (Principi metafisici della dottrina del diritto: Introduzione alla dottrina del diritto, § D)*, cit., p. 36.

³² Questa idea di giustizia può essere in Kant come in Hegel genericamente intesa nel suo collegamento all'idea di retribuzione: senza distinzione tra responsabilità penale e responsabilità civile.

³³ Luigi Ferrajoli fornisce un elenco dei teorici retributivisti in diritto penale tra cui figurano oltre Kant e Hegel, Campanella, Leibniz, Selden, Genovesi, Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini e poi Mamiani, Pessina, Maggiore, Bettiol, Mathieu, e fuori d'Italia: Jacob, Abegg, Binding, ecc. (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989, p. 242).

diverso, e pertanto anche lo scopo formale interno, la struttura di ciò che è dovuto, grazie a questa forma di “giustizia”, sono decisamente eterogenei: retribuire il male o retribuire il bene per un verso richiedono un orientamento alla persona agente e non al soggetto “danneggiato”, per un altro non necessariamente presuppongono la presenza di un’altra, seconda, parte con cui l’agente sia entrato in una qualche relazione nel commettere il bene o il male; infine, richiedono che qualcuno decida quale sia il bene: si tratta di un giudizio etico, o del riferimento alla scala di valore applicabile socialmente, e alla cui stregua si misurano le qualità in termini di meriti, di virtù etiche delle azioni, dei comportamenti degli individui. Anche questa decisione circa quel che è bene, non è sufficiente, e non è l’ultima. Perché si attui una retribuzione è necessario che qualcuno decida inoltre che cosa si possa “meritare” in termini retributivi, ossia con quale criterio è bene retribuire il bene o il male. Più semplicemente, invece, nel caso della giustizia correttiva il problema si pone prima della scelta di qualsiasi criterio ma solo a partire dalla *deminutio* nella posizione attuale del danneggiato rispetto a quella pregressa.

Il retributivismo muove, se non è utilitaristico, e quindi diretto da una giustificazione futura (il famoso *ne peccetur*)³⁴, da un’assiomatica definizione del bene, e quindi dall’idea etica del *quia peccatum*, che presuppone tale definizione. Al contrario nella responsabilità per danno, la qualificazione giuridica è la premessa dell’ingiustizia, e sono le universali condizioni di giustizia il punto di riferimento, non le *particolari* convinzioni etiche o religiose.

È noto che la retribuzione mira anch’essa a ristabilire un *equilibrio*; ma si tratta *semmai* di un *equilibrio etico, o simbolico* nei diversi rapporti: rapporti *non tra due individui*, ma tra le convinzioni *etiche* di una *società organizzata* giuridicamente e *l’individuo (meritevole-colpevole)*; la retribuzione non può produrre, se non in termini di *riaffermazione del consenso etico (o di altra metafisica armonia)*, il ripristino dello *status quo ante*. Per antonomasia, è la misura *penale* che si presenta (non per Beccaria, ma certamente per Kant o per Hegel) come una retribuzione, intervenendo appunto sulla relazione etica tra i valori condivisi e la colpa

³⁴ Nel retributivismo si è individuato un vizio di fondo, l’incapacità di render conto contemporaneamente e del *perché* e del *quando* punire (Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 243 e ss.) nonché la generale indistinzione di etica e diritto, che come rileva Ferrajoli vi si confondono (ivi, p. 286 in nota, e pp. 210 e ss.) indebitamente; inoltre, come osserva A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, trad. di B. Bendixen e P.L. Lucchini, Milano 1972, pp. 76, e 78 ss., il retributivismo in genere contiene un equivoco: altro è lo scopo della pena, che dovrebbe riguardare solo il futuro, altra la motivazione che deve avere riguardo a un crimine effettivamente commesso e dunque essere riferita garantisticamente al passato. E per Hart, *Responsabilità e pena*, trad. di M. Jori, Milano 1981, pp. 34 ss., altro lo scopo generale della pena, altro la distribuzione della pena (che deve avvenire su basi retributive). Su questi due autori richiama la nostra attenzione Ferrajoli, *op. cit.*, p. 243. Ma le principali teorie retributivistiche seguono una logica assimilabile alla ontologica soppressione del male con il male, della colpa con l’espiazione, ecc., nell’illusione metafisica che il male compiuto possa essere disfatto nell’armonia nell’universo (e qui Kant e Hegel tendono a sostenersi l’un l’altro). Il punto è che l’orientamento retributivo ingenera equivoche assimilazioni con una presunta “neutra” idea “correttiva”, rischiando di mascherare per scopi di giustizia vere e proprie convinzioni etiche e metafisiche (in sé difficilmente generalizzabili). Ai fini del nostro discorso, relativo alla giustizia del risarcimento del danno, non occorre tanto che il diritto penale sia mostrato come ingiustificabile in termini solo retributivi (cosa che almeno in parte, per il riferimento al crimine commesso e per garanzia dell’imputato, a certe condizioni deve essere ammesso), quanto che il danno in sede civile non sia giustificato retributivamente.

della loro violazione: *il delitto costituisce per Hegel³⁵ una sorta di debito verso la società. Si noti: verso la società nel suo complesso e i suoi elementi etici fondamentali. Un rapporto verticale: tra comportamenti e le etiche comunitarie loro sovraordinate, tra gli individui e le autorità istituzionali cui è dato di tutelarne il rispetto e la conservazione.*

Non è un caso che tra le più consolidate massime sia quella per la quale una somma di denaro non estingue il crimine (Hobbes, *Leviatano*), qualora ve ne sia stato uno. Da tutto ciò, ben si comprende l'opportunità di collocare in un posto separato la giustizia retributiva: non si tratta di quella per la quale la responsabilità civile è istituita.

Quest'ultima è relativa ad un rapporto che – conviene ribadirlo – è di tipo orizzontale, tra due soggetti, ed attiene all'equilibrio della loro relazione. La giustizia retributiva in qualcosa certamente assomiglia a quella correttiva. Se non altro anch'essa offre in sé uno sguardo al passato: in termini *puri* essa non può giustificarsi (secondo quanto sostengono i retributivismi utilitari) come un mezzo per trarre alcuni vantaggi collettivi, come la prevenzione dei reati, l'emenda, l'integrazione simbolica, e via seguendo. La sua giustificazione profonda non può essere in nessun modo esterna, utilitaria, ma dev'essere interna³⁶, relativa al rapporto tra le parti: dare a ciascuno il suo³⁷. La deontologia della retribuzione ha dunque una radice morale. Purtroppo, a mio parere, *proprio questo la confina in un vicolo cieco*. Il suo difetto è il suo carattere metafisico: poiché per sua natura essa mira solo a determinare in ciascun individuo il trionfo astratto del bene, infliggendogli un male che compensi in lui quel che egli ha commesso, ciò può fare solo nella logica di un tribunale divino. Solo un tribunale divino (e dunque una coerente concezione teologica) può arrogarsi il diritto di farsi arbitro del male e del bene *in ciascun uomo*, intendendo questo suo intervento nell'interesse metafisico del bene, senza riguardo a conseguenze pratiche, risultati collettivi della retribuzione inflitta, e tacendo del paternalismo panteistico che vi incombe. Se così non fosse, se intendesse il proprio intervento come rivolto ad altri, diversi, fini, allora il retributivismo perderebbe ogni coerenza: la pena, o la retribuzione, acquisirebbe altre possibili giustificazioni nell'utilità del condannato o della collettività, ma con ciò smarrirebbe il suo senso specifico e la sua natura.

In definitiva, ciò che deve distinguere l'eventuale logica retributiva che si accompagna alla pena, alla sanzione, dalla logica correttiva che si accompagna al risarcimento non è certamente l'aspetto restitutivo che al contrario sembra accomunare le due figure, bensì la giustificazione e l'orientamento di esso: la giustificazione del retributivismo è puramente etica e non risiede che in una visione valutativa dei beni lesi e dei meriti da retribuire, non ha pregio in essa la mera forma della giusti-

³⁵ G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, nuova ed. riveduta, Roma-Bari 2000, pp. 87-92 (§§ 97-101).

³⁶ Agnes Heller ha non a caso ben distinto il principio della riforma e quello della deterrenza dalla giustizia retributiva, ritenendo che come principio di pena la retribuzione sia l'unico principio possibile di giustizia, e che possa essere applicato nel pieno rispetto della persona, perché esso privilegia, in Kant e in Hegel, la libertà della persona (Heller, *Oltre la giustizia*, cit., pp. 215 ss.).

³⁷ Qui il principio non va inteso in senso re-distributivo, ma semplicemente nel senso del ristabilire nella relazione tra le parti il pregresso equilibrio violato, indipendentemente dalla valutazione della adeguatezza etica sul piano distributivo dell'equilibrio già esistente.

zia, tra gli individui; l'orientamento del retributivismo è dipendente da giudizi di valore che ne sono la premessa e determinano lo scopo. La retribuzione si realizza infliggendo un male; il risarcimento, la giustizia correttiva, procurando un ristoro.

4. *Reintegrazione vs. repressione*

4.1. Del resto basterebbe tenere a mente gli studi di Émile Durkheim sul carattere dominante, che è *reintegrativo*, non retributivo, del diritto moderno, nelle società sorte con la differenziazione dei ruoli e la divisione del lavoro. La diversità funzionale è anche il segno della comparsa di un universo che assottiglia drasticamente i valori condivisi: l'individuo emerge come unità essenziale, irriducibile al comune tessuto dell'insieme; ma gli individui hanno vite diverse, agende diverse, ruoli diversi, preferenze diverse, e ideali diversi, secondo una tendenziale rarefazione etica che può poi essere organizzata grazie a rapporti di giustizia correttiva e commutativa, dunque in termini di relazioni *orizzontali*. Beninteso ciò non significa che si perda la dimensione comunitaria, che pure permane: ma in questa valgono altri meccanismi etici e giuridici. Nella coesistente dimensione *comunitaria* di una collettività prevalgono innanzitutto la funzione *repressiva*, il concetto *retributivo* della sanzione penale, e tutti i meccanismi necessari alla giustizia *redistributiva* secondo parametri etici condivisi. La prestazione saliente diventa tuttavia *la prestazione allocativa del diritto civile, che è volta, anche secondo Durkheim, alla reintegrazione, e solo in questo senso al ristabilimento dell'equilibrio (per Durkheim l'equilibrio funzionale di un "organismo" sociale basato sulla differenziazione, e dunque avanzato)*.

A questo punto, non occorre forse ribadire che il problema del danno di cui si parla in sede civilistica non va inteso tanto come pregiudizio a valori "sostanziali" comuni, ma come rottura di un equilibrio (funzionale) connesso alla giustizia tra sfere private; per questo, è scarsamente comprensibile se posto come perno della vita di una *comunità* (intesa nel senso di Durkheim o di Tönnies³⁸ o degli stessi "comunitaristi" contemporanei): la *comunità* è il legame sociale concepito in termini di etiche condivise, di priorità di scopi e beni comuni rispetto ai quali cede il passo ogni unilaterale pretesa individuale; essa non deve stabilire alcun equilibrio o alcuna uguaglianza innanzi agli illeciti, ma confermare il bene e qualificare e condannare il male; per questo, è la comunità che reagisce in modo retributivo, non riparatorio, spesso in termini repressivi o/e simbolici, si muove con scopi certamente molteplici ma riassumibili nella logica del diritto repressivo³⁹: ha lo scopo

³⁸ É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, introd. di A. Pizzorno, trad. di F. Airoldi Namer, 2 ed. Torino 1999; F. Tönnies, *Comunità e società*, introd. di R. Treves, trad. di G. Giordano, Milano 1979.

³⁹ Cesare Beccaria esclude il carattere riparatorio, quello retributivo, quello afflittivo, della pena e la giustifica e riassume nell'«impedire il reo di far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (*Dei delitti e delle pene*, Torino 1981, p. 31). Ma le concezioni della pena e finanche le sue funzioni sono affidate a scelte etico-sociali; è importante tuttavia che proprio per ragioni di rispetto per l'*umanità* dei colpevoli Beccaria non solo rimarchi l'inutilità della pena di morte ma anche insista sul requisito della proporzionalità: ora la proporzionalità non è di per sé legata alla deterrenza, e forse nemmeno al fine della riforma del colpevole, ma certamente è un requisito di tutela e di garanzia del colpevole rispetto al potere pubblico. Quel che è evidente è che la

di ri-consolidare il consenso verso valori condivisi, sulla cui densità essa si struttura. In essa funziona, per ricordare le mie prime definizioni, l'etica *verticale* che commisura le azioni dei singoli a precostituite conformità etiche; infine, essa punisce l'azione se e perché offende il bene comune, *non* perché offenda la separazione dell'"altro". Nella logica della comunità, quello che conta è la giustizia nel senso hobbesiano, ossia o penale o distributivo (il *Leviatano*), e il suo orientamento può essere in un certo senso finanche volto al *futuro*, perché essa non ripara il *vulnus* se non metaforicamente, non ripristina mai lo *status quo ante* (il quale non può essere ricostituito per equivalente, nel senso stesso in cui ognuno dei valori comunitari lesi essendo concepito come valore in sé non ha per definizione alcun prezzo), e specie per il fatto che questo tipo di giustizia è in realtà la realizzazione infinita di un'etica, incessantemente perfettibile.

4.2. Tali conclusioni non potrebbero essere condivise da chi assuma una concezione non correttiva ma "essenzialmente protettiva" del *tort law*. Una tale concezione sostiene che il senso del diritto risarcitorio è la prevenzione, e soprattutto la protezione degli interessi; che i *doveri primari* – ritenuti il vero nucleo del "*tort law*" – non sono i doveri di restituire o risarcire, ma ben prima di questi, i doveri di astenersi dal danneggiare altri o di seguire la condotta idonea ad evitare e prevenire il danno. Norme giuridiche impongono comportamenti come "doveri" specifici, prescritti in connessione allo svolgimento di alcune attività, o doveri generali di diligenza; se tali comportamenti vengono effettivamente tenuti, diviene del tutto inutile prevedere i "doveri secondari", riassumibili nell'obbligo di risarcire chi sia stato ingiustamente danneggiato. Pertanto, come conclude, in un recente saggio, Hanoch Sheinman, i "*primary duties*" (di tenere certi comportamenti atti a prevenire e comunque a non produrre danni) costituiscono l'essenza del "*tort law*"; essi hanno una funzione protettiva di interessi socialmente rilevanti, e certamente anche una funzione preventiva. Infine, non hanno nulla a che vedere con il ripristino di situazioni pregresse né con la giustizia correttiva⁴⁰.

Credo sia opportuno provare a trarre le implicazioni teoriche di questa visione del "*tort law*" e ricavare le implicite premesse che vi si annidano. Porre la questione nei termini appena riassunti, significa intanto spostare l'attenzione sul fatto

proporzionalità riguarda tipi di giustizia chiaramente diversa da quella correttiva, rettificatrice (dove conta l'uguaglianza, il risarcimento, non la proporzionalità).

⁴⁰ Sostenendo questa tesi Hanoch Sheinman raccoglie una ormai corrente tendenza argomentativa, che egli rielabora distesamente (*Tort Law and Corrective Justice*, in "Law and Philosophy", 22, 1, 2003, pp. 21-73). La tesi propone di offrire nuove basi al *tort law* muovendo dal versante filosofico (statunitense): versante in cui soprattutto Coleman e Weinrib hanno costituito un degno e agguerrito contraltare alle teorie "economiche" della responsabilità civile. Ritengo che il senso del lavoro di Sheinman non sia riducibile a quello dichiarato dall'autore, ossia individuare come essenziale una visione protettiva (e non correttiva) della responsabilità civile: al di là di ciò, si desume, in verità, un tentativo di mettere a fuoco la funzione normativa, di orientamento dei comportamenti, delle norme giuridiche. Da ciò si sottolinea il carattere costante del diritto in generale di *tutelare interessi e beni ritenuti socialmente meritevoli di protezione*. I doveri "primari" del "*tort law*" sono quindi essenza di esso; e del tutto secondari, in ogni senso, sono i doveri di riparazione, che scattano solo nel momento della violazione dei primi. E se i primi non fossero violati, i "*remedial duties*" (tra i quali rientrerebbe, nel nostro ordinamento, il risarcimento del danno all'art. 2043 del codice civile) sarebbero del tutto inoperanti e inattuati, insomma inutili. Sia pure brevemente, esporrò alcune ragioni per non accogliere la pur interessante argomentazione di Sheinman.

che il *tort law* è una questione esclusivamente etico-politica, non una questione (anche) relativa al “giusto”: i doveri “primari” (indicati come l’essenza del *tort law*) sono giustificati, come tali, da scelte etico-politiche. La *ratio* della responsabilità civile è assorbita negli interessi e nei beni che si vogliono tutelare, e quindi nelle norme che, nei vari settori del diritto, individuano tali interessi e tali beni: norme che dettano, ai fini della loro protezione, la condotta che deve esser tenuta – da chiunque o da alcune classi di soggetti. Il “*tort law*” per questo non consiste primariamente, ma semmai solo secondariamente, dei rimedi disposti nel caso della lesione degli interessi e dei diritti protetti. La giustizia correttiva assume allora un senso solo ancillare e di sostegno, rispetto alla prescrizione dei comportamenti di astensione e di prevenzione del danno. Sono tali prescrizioni a perseguire gli obiettivi meritevoli di tutela, mentre i doveri di riparazione assumono un rilievo strumentale, servente, e soprattutto eventuale, nei confronti del modello di giustizia sociale che i doveri primari disegnano. I doveri di riparazione non sono in sé espressione o emanazione di un’esigenza di giustizia separata e indipendente, ma solo un mezzo giuridico di secondo ordine il cui senso è interamente debitore rispetto a quello dei doveri primari.

Mentre rende del tutto inutilizzabile la prospettiva della giustizia correttiva, questa visione delle cose ha il pregio di attrarre coloro che *rigettano* una concezione kelseniana dei diritti individuali: è Kelsen che definisce primarie le prescrizioni sanzionatorie e riduce i diritti soggettivi a riflesso delle norme che impongono obblighi su altri, o danno titolo all’azione in giudizio in caso di lesione. I diritti soggettivi sono visti come in “negativo”, quale proiezione di norme puramente processuali o comunque di garanzia, ossia in una parola “*remedial*”⁴¹. Eppure, attribuire diritti individuali significa (in positivo) disciplinare e consentire l’esercizio di facoltà che sono connesse a beni rilevanti in un sistema giuridico, prima ancora che dettare norme volte a rimediare, per mezzo di garanzie idonee, alla lesione di quei diritti. Ponendo in primo piano i predetti doveri primari si ritiene appunto di dare rilevanza alla protezione dei beni meritevoli di tutela.

In realtà, lo spostamento del *focus* verso i beni da tutelare è impercettibile, poiché anche i doveri primari non sono che obblighi altrui, imposti quali garanzie (sebbene primarie, e non *ex post*), e il loro ruolo “protettivo” presuppone diritti beni e interessi altrimenti (o *aliunde*) definiti, cui necessariamente rinvia. Ad emergere sono piuttosto il carattere preventivo e non successivo della protezione, e il superamento di una logica riparatoria, affidata a mere garanzie di ripristino (o simili) per la violazione dei c.d. doveri primari.

Nel complesso, i doveri primari di cui parla Sheinman, appaiono come mezzi di protezione di alcuni diritti o di interessi meritevoli, e consentono di identificare anche quali comportamenti possono rilevare come fondamento della responsabilità (oggettiva o per colpa). La violazione di tali doveri produce spesso conseguenze di vario tipo, in virtù delle quali ai responsabili possono essere inflitte limitazioni, sanzioni amministrative e finanche sanzioni penali. La violazione di tali doveri effettivamente rende possibile anche identificare responsabilità ai fini civili del risarcimento del danno. Tuttavia, conviene sgombrare il campo da alcuni possibili equivoci. Il principio civilistico del risarcimento *non è una norma seconda-*

⁴¹ Si veda per questo il mio *L’autorità dei diritti*, cit., cap. I.

ria, secondo la definizione che si deve a Herbert Hart⁴², e nemmeno semplicemente una norma di *garanzia secondaria* (che istituisce l'accesso all'azione in giudizio), nel senso in cui viene intesa da Sheinman.

Norme secondarie sono quelle che istituiscono poteri e competenze, e che di conseguenza *non* sono rivolte ai cittadini con il fine diretto di orientare i loro comportamenti; esse configurano organi e modalità di applicazione del diritto, contengono, tra l'altro, criteri di giudizio sulle controversie, determinano a chi spetti il potere di condannare al risarcimento, di infliggere la pena, e via seguendo. Al contrario, la norma che nell'ordinamento italiano prescrive di risarcire i danni ingiusti ha una portata diretta di orientamento dei comportamenti dei cittadini, al pari di ogni altra che prescriva (quelli che Sheinman chiama) doveri primari. Ciascuno sa dunque che rientra tra i suoi doveri, e cioè che egli "deve", è tenuto a, un risarcimento del danno; e qualora ottemperasse a questa norma, non sussistendo controversia sulla sua responsabilità e su ogni altro elemento rilevante, il senso e lo scopo (correttivo) della disciplina del risarcimento sarebbero pienamente compiuti. Per converso, perché sia ammissibile un'azione in giudizio non basta la violazione della sfera altrui, è anche necessario allegare la violazione dell'obbligo del risarcimento. Per quanto necessariamente connessa alla commissione di un illecito (il che mostra però proprio la natura correttiva dell'istituto), la norma che impone il risarcimento impone un dovere in sé ampiamente ricadente non tra le garanzie istituzionali dei diritti e degli interessi, ma tra i doveri previsti entro le norme primarie destinate semplicemente a regolare i comportamenti dei cittadini.

Di più, questa circostanza mostra il senso complessivo della responsabilità civile se raffrontata alle norme che disciplinano fattispecie penali. Dal punto di vista civile, e dunque dal punto di vista dei rapporti interprivati, il diritto al risarcimento non "punisce" affatto l'illecito, ma mira piuttosto a ripararlo, e qualora la riparazione avvenga, nessun tipo di conseguenza colpisce il responsabile. Il responsabile può essere condannato solo se ha violato l'obbligo di risarcimento, e la condanna lo costringe semplicemente ad ottemperare a quell'obbligo (di cui poteva peraltro essere controversa la fondatezza in concreto). Non si tratta in realtà tanto della "condanna" per fatto illecito, quanto per inottemperanza all'obbligo del risarcimento.

Laddove la sanzione penale interviene per l'assoluta inammissibilità del fatto che costituisce reato, la condanna al risarcimento mostra al contrario a) che i fatti illeciti in sé non sono affatto ragione di un intervento repressivo; b) che l'ordinamento "concepisce" che si verifichino, quando non costituiscono anche reato, e senza che si produca alcuna reazione "etica" del sistema. L'interesse generalmente tutelato non è quindi, in linea di principio, che *non* si producano illeciti civili (la cui *repressione*, in termini criminali, paralizzerebbe la vita civile) ma che essi siano *risarciti*. Tale considerazione pone nuovamente al centro del nostro argomento la giustizia correttiva, evidenziando l'autonomia delle previsioni e dei "doveri" anche strettamente risarcitori.

Respingendo obiezioni, in parte analoghe, alla propria tesi sulla giustizia correttiva come fulcro del *tort law*, Jules Coleman ha scritto che non è rilevante che i doveri primari, sopra richiamati, o *first order duties*, non siano in sé doveri di giu-

⁴² H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, introd. e trad. di M. Cattaneo, Torino 1991, pp. 33-41.

stizia correttiva⁴³: secondo Coleman, anche nel caso del diritto penale, che sarebbe improntato alla giustizia *retributiva*, il principio retributivo non offre alcuna “spiegazione” dei rispettivi doveri primari (a non tenere comportamenti che costituiscono reato). Tuttavia, la giustizia retributiva offre lo stesso una spiegazione del diritto penale. Così, anche la giustizia correttiva può dunque spiegare il *tort law* pur senza spiegarne i doveri primari. Per Sheinman invece, entrambe, la giustizia correttiva e quella retributiva, in realtà non rendono ragione né del *tort law* né del *criminal law*, ma *rispettivamente*, solo del diritto riparatorio e del diritto della pena (senza alcun ruolo oltre le previsioni sanzionatorie, ossia con riferimento ai doveri di non commettere illeciti, civili e penali).

Indipendentemente dalla difesa avanzata da Coleman, la tesi riproposta da Sheinman mi appare comunque “unconvincing”. Nella disputa non si avverte infatti l’importanza di quella che mi pare una questione centrale: l’elemento caratterizzante e discriminante tra *criminal law* e *tort law* sta nel fatto che quelli che sono evocati come *second order duties*, nel *tort law* restano *autonomi* doveri riparatori, e non norme repressive, e gravano sui cittadini; mentre nel diritto penale si tratta di vere e proprie *norme secondarie*, che prevedono sanzioni repressive, e sono rivolte agli organi istituzionali cui compete il giudizio e la pena. Una differenza qualitativa così marcata non si rintraccia all’interno del catalogo (ammesso di poterlo concepire in ambito civilistico) dei rispettivi *primary duties*: questi ultimi invece possono in vari casi rassomigliarsi o essere analoghi, anche perché la stessa condotta può essere rivestita di rilevanza penale oltre che di rilevanza civile. Sotto questo profilo, sarebbero proprio i *second order duties* a rappresentare e distinguere essenza e scopo del *tort law*, ben più di quanto possano i *first order duties*.

Ciò si collega naturalmente a quanto ho rilevato *supra*: in tema di risarcimento del danno, si perviene in sede giudiziaria solo a seguito della violazione dei c.d. *second order duties* al risarcimento; nel diritto penale, per violazione dei *first order duties*.

Sia Weinrib sia Coleman tendono ad evocare spesso il profilo “giudiziario” del diritto al risarcimento. Ma si deve precisare che tale profilo non deve oscurare l’autonomia dell’obbligo di risarcimento, e la sua relazione al cittadino, che può ottemperarvi in modo diretto e spontaneo, come fa verso qualsiasi altro obbligo (“primario” o di prim’ordine)⁴⁴.

In conclusione, la responsabilità per danno impone l’*obbligo di risarcimento*, ma non rientra nel suo raggio di senso impedire in assoluto (escludere, reprimere in radice, come farebbe una norma penale) che si commettano illeciti civili: questi invece restano nell’orizzonte del calcolo di chi agisce, e di fatto rimessi alla sua scelta. Norme come l’art. 2043 del nostro codice civile si occupano soprattutto d’altro: considerano un *bene indipendente* da tutelare *che i danni ingiusti siano riparati* (secondo la logica reintegrativa e dell’equilibrio che ha descritto anche Émile Durkheim); e a quel bene corrisponde un obbligo (di risarcire), più che un “rimedio” (contro la violazione del diverso dovere “primario” di non porre in essere un fatto illecito)⁴⁵.

⁴³ J. Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001, p. 32.

⁴⁴ Circostanza questa, testimoniata peraltro dalla funzione ambivalente assunta dall’assicurazione del rischio, che obbedisce a logiche improponibili nel diritto penale.

⁴⁵ Il rimedio giurisdizionale sorge se l’*obbligo del risarcimento* non viene onorato.

In virtù di ciò, l'inquadramento più corretto ed essenziale si conferma quello reintegrativo, ossia quello offerto dalla giustizia correttiva. Se si vuole negare questa argomentazione, si deve accettare di assoggettare la responsabilità civile a quella penale.

5. *La giustizia oltre la colpa?*

5.1. Una rilevante fase espressiva, nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*, del risarcimento del danno, è stata caratterizzata dalla centralità della colpa. Questa fase è stata superata nel corso del '900, ma la sua forza e il suo significato meritano qualche considerazione, poiché hanno per noi un notevole valore euristico. Lo squilibrio o la diseguaglianza che si produce tra due posizioni a seguito di un danno ingiusto, costituisce un problema da risolvere, un problema che può scontrarsi contro l'impossibilità di radicare nell'agente la colpevolezza, intesa quale canone ineludibile dell'imputazione di responsabilità. Il punto è se l'impossibilità di configurare la colpa dell'agente debba condurre ineluttabilmente a lasciar sopportare il carico al danneggiato: si tratta cioè di una questione di giustizia.

Appare qui calzante la considerazione svolta, sia pure in termini più generali, da Herbert Hart, secondo il quale quando il diritto non consente un risarcimento, che pur sarebbe dovuto per ragioni di giustizia, «questa ingiustizia rimarrebbe tale anche se il diritto penale proibisse» quegli atti lesivi «sotto minaccia di pena»⁴⁶.

Il diritto non può semplicemente “lavarsene le mani”: la qual cosa certo accade ogni volta che l'accento su una concezione rigida della colpa oscuri una possibile imputazione, una ricostruibile responsabilità per il danno. Sebbene le interpretazioni siano state diverse, qualora la posizione relativa di due parti venga intesa come l'insieme di riferimento, *più dell'intonazione soggettiva dell'azione*, è possibile riconoscere il senso del risarcimento del danno ingiusto come una questione deontologica che preme per essere risolta, e che richiede al diritto una risposta: una questione che non deve esser pretermessa, né *subordinata* a nessun'etica particolare. Se il diritto si sottrae a questo compito, esso si sottrae infatti alla preservazione della giustizia.

Il caso principale in cui ciò è avvenuto è quello in cui la responsabilità civile è stata intesa secondo canoni interpretativi analoghi a quelli dell'intervento penale. La giustizia intrinseca all'istituto è stata in più sensi resa impraticabile proprio dall'enfasi posta sull'essenzialità del requisito della colpa.

⁴⁶ Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 192. Tuttavia, a dire il vero, Hart considera (a mio modo di vedere, erroneamente) la responsabilità («indipendente dall'intenzione di causare il danno o dalla mancata diligenza») oggettiva come fondata su considerazioni di benessere comune, di giustizia sociale o distributiva, e non attinente «semplicemente la restaurazione, per quanto è possibile, dello status quo tra due individui» (ivi, p. 195). In realtà non sono considerazioni di utilità collettiva che consentono di radicare la responsabilità “oggettiva”, ma considerazioni comunque attinenti l'azione dannosa e le condizioni di contesto soggettivamente qualificabili, in cui è stata posta in essere (per es. l'aver accettato il rischio di danni incolpevoli potenzialmente connessi alla pericolosità dell'azione intrapresa, ecc.). Hart offre una versione della giustizia del risarcimento basata sì sulla “restaurazione”, ma interpreta questo criterio in modo rigido.

Storicamente, la logica seguita nell'Europa dei codici fu peraltro quella generale secondo cui il danno deve rimanere dove ricade, a meno che non sia ravvisabile nell'agente un'effettiva colpa legata causalmente alla lesione⁴⁷. E oltre oceano, il giudice della Corte Suprema statunitense, Oliver Wendell Holmes, ribadendo l'idea liberale della programmatica astensione regolativa nei confronti dei rapporti privati, trovò solo nella colpa la condizione dell'intervento del giudice: l'unica giustificazione per il trasferimento del costo dei danni da coloro che lo hanno subito a coloro che ne siano responsabili⁴⁸. Singolarmente, il rilievo essenziale attribuito alla colpa non è qui associato, come più spesso accadeva, ad una sorta di etica retributiva, quanto ad una pragmatica considerazione di opportunità economico-sociale. Se un'azione può produrre vantaggi collettivi non è opportuno gravarla del rischio di riparare anche i danni che possa *incolpevolmente* produrre. Il risarcimento resta così vincolato al senso della mera punizione-sanzione di una colpa dell'agente piuttosto che al ristoro del soggetto ingiustamente leso. Si è osservato come ciò ovviamente rispondesse al generale favore per lo sviluppo delle attività imprenditoriali e al privilegio della libertà dell'iniziativa, assunte nel complesso come un presupposto del bene comune⁴⁹. Chi segua con un qualche rigore il senso della giustizia correttiva potrebbe contestare questo orientamento: in esso uno scopo di politica pubblica, o un'etica di valorizzazione della ricchezza, o infine un'etica di liberismo economico, finiscono per ostacolare la realizzazione del principio correttivo, riducendo il suo intervento ai casi più vicini alla retribuzione penale, e comunque spostando il baricentro, la traccia distintiva dei rapporti privati, dall'equilibrio e dall'uguaglianza tra i soggetti alla sanzione dei colpevoli. Qui l'uguaglianza non è il *primum movens*, essa può essere ripristinata solo subordinatamente all'esistenza della colpa dell'agente: lo scopo rilevante non sembra più ristabilire gli equilibri intersoggettivi ingiustamente violati, bensì punire o sanzionare disposizioni soggettive colpevoli. Una politica del diritto così orientata è espressione, come molte altre, di un'etica distributiva (in una delle sue molteplici varianti), che ha certo le sue ragioni e i suoi valori: il suo difetto è di non essere, in questo caso, associabile correttamente alla preservazione dell'identità morale della giustizia riparatrice, e di porla, anzi, a rischio.

5.2. La riparazione è solo una ricomposizione delle condizioni minime di convivenza tra soggetti privati e non può essere sostituita con nessun altro tipo di intervento. Ciò in quanto essa appartiene alle relazioni orizzontali, a differenza della giustizia retributiva e di quella distributiva⁵⁰. La giustizia richiede che il danno venga riparato in linea di principio se è connesso ad un'alterazione dell'uguaglianza nella sfera dei rapporti tra due parti⁵¹.

⁴⁷ Un esauriente *excursus* a questo riguardo è offerto da I. Englard, *The Philosophy of Tort Law*, cit., pp. 93-102.

⁴⁸ O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston-Toronto 1881, p. 78.

⁴⁹ Cfr. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profilo di diritto comparato*, cit., pp. 50 ss.

⁵⁰ Su cosa sia la giustizia distributiva, N. Rescher, *Distributive Justice*, Bobbs-Merrill 1966.

⁵¹ Naturalmente l'aspetto punitivo della sanzione penale resta distinto dalla logica di recupero delle perdite in cui si colloca la giustizia correttiva: ripagare le vittime delle offese è diverso da sottomettersi a una punizione; come scrive Hobbes nel *Leviatano*: «If the law imposes a sum of

Questo non significa che necessariamente il *modo* di rettificare consista nel far pagare direttamente o interamente all'agente il prezzo del danno, ma che le basi su cui *impostare* il problema hanno fondamento morale solo a queste condizioni; l'imputazione normativa non può scardinare lo schema della giustizia correttiva, che in ogni caso si fonda, indipendentemente da come la si gestisca, sulla falsariga di una relazione, originaria, tra danneggiante e danneggiato.

Si tratta dunque di articolare il principio. Jules Coleman scrive per esempio che mentre il principio retributivo richiede la punizione personale del colpevole, e l'esistenza di un ineludibile elemento soggettivo del reato, e non ha senso se è "immeritata", il concetto di comportamento ingiusto o illecito nella responsabilità civile dipende da una maggiore *oggettivazione* dell'azione produttiva di danno: è l'azione che è colpevole, in base a standard oggettivi, e ciò deve prevalere sulla considerazione della condizione morale di colpa dell'agente. Nell'evoluzione stessa della dottrina italiana della responsabilità è stata sostenuta da tempo⁵² l'opportunità di un ri-orientamento verso il fatto dannoso, rispetto al quale la responsabilità non è un giudizio di fatto, ma il frutto di una definizione giuridica, relativa a chi sia "giuridicamente responsabile".

La riconosciuta centralità del fine della *compensation*, caposaldo delle più recenti fasi di sviluppo della responsabilità civile, è un superamento della logica della "colpa": quel fine consiste nello scopo sostanziale della giustizia correttiva, nella ricerca dell'effettivo ristoro di chi è stato ingiustamente danneggiato. In società in cui si avvertono moltiplicate le occasioni di danno e si pongono problemi di reperimento delle risorse adeguate, i mezzi attraverso cui quel fine può essere perseguito sono il frutto di scelte etico-politiche, e sono preferibilmente orientati da adeguati calcoli economici: ma solo politiche effettivamente tendenti alla riparazione, secondo canoni di giustizia correttiva, possono *giustificare* i mezzi cui ricorrono.

Certo, indirizzare gli sforzi alla *compensation*, è un atteggiamento al cui interno trovano spazio ideologie della responsabilità anche molto diverse. E somiglianze e distinzioni sono istruttive. Si è osservato che possono compararsi i difensori della responsabilità oggettiva, che rendono l'elemento soggettivo della colpa implicito nel carattere rischioso dell'attività pericolosa intrapresa, e i difensori di una visione "economicistica" della responsabilità civile. Le ispirazioni teoriche sono diverse e nel contempo accostabili: come scrive Coleman, sia il teorico

money to be paid, to him that has been injured; this is but a satisfaction for the hurt done him; and extinguisheth the accusation of the party injured, not the crime of the offender».

⁵² Possono essere iscritte in questo superamento da parte della dottrina italiana dello schematismo naturalistico della colpa, due opere fondamentali come quelle di Pietro Trimarchi e di Stefano Rodotà (P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964). A riguardo di questi autori è stato osservato, da Pietro Barcellona, che essi «ricorrono a criteri di pubblica utilità o interesse per valutare la legittimità di un'attività dannosa». Trimarchi si ispira al criterio dell'economicità dell'impresa, mentre Rodotà a quello della solidarietà sociale, criterio che sembra aperto al riconoscimento di interessi ulteriori oltre quelli strettamente economici, a cominciare dalla dignità; secondo Barcellona, «alla base di entrambe le tesi sembra possibile, tuttavia, rintracciare la medesima idea di un soggetto generale in grado di svolgere un'obiettiva funzione di realizzazione: il mercato per Trimarchi; lo stato programmatore per Rodotà. Ad entrambi sembra sfuggire che anche il problema della responsabilità nasconde una contraddizione reale: la contraddizione tra l'esigenza della produzione di valorizzare il capitale e l'esigenza di soddisfare bisogni e interessi sociali non suscettibili di calcolo monetario» (P. Barcellona, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli 1987, pp. 434-5).

che adotta il punto di vista dell'analisi economica (l'«economista») sia il teorico della *strict liability* «accettano forme di responsabilità senza colpa, ma in versioni radicalmente diverse di essa. Per l'economista, la *compensation* rispetta le condizioni di un legittimo trasferimento dettate dai diritti intesi in termini di livelli di benessere e di utilità. Per il difensore della *strict liability*, la *compensation* è dovuta per l'invasione dei diritti poiché il danneggiante li ha violati senza il consenso della parte che ne aveva titolo. L'economista vede i diritti in termini di livelli di utilità, il difensore della *strict liability* in termini sfere tutelate di autonomia. Entrambi inoltre ritengono che il *tort law* comporti la *compensation* e riguardi i diritti delle vittime, ma in modi radicalmente differenti. La responsabilità senza colpa secondo l'economista deve essere intesa secondo il modello dei *private takings*, in cui la *compensation ex post* legittima i trasferimenti involontari, ma nel fare ciò rispetta i diritti delle vittime. Dai suoi sostenitori, la responsabilità senza colpa è intesa come il risultato di una condotta (...) attraverso cui una *compensation ex post* ripara il torto di aver mancato di assicurarsi il consenso *ex ante*. Le due teorie possono convergere nell'estensione ma non nella loro intensione»⁵³.

Ovviamente, quando l'obiettivo si sposta radicalmente *solo* sulla logica della più efficiente distribuzione sociale delle perdite, anche alla ricerca di una serie di meccanismi di deterrenza, è l'istituto della responsabilità civile che passa in secondo piano.

Guido Calabresi, com'è noto, ha posto in chiara luce le manchevolezze di un sistema che miri esclusivamente a una cieca protezione del danneggiato, ossia un meccanismo di *sicurezza sociale* che annulli o attutisca comunque le conseguenze dannose. La responsabilità civile che pur egli orienta alla *compensation* (muovendo dall'analisi dei fattori e delle conseguenze economiche) non solo non è un sistema di sicurezza sociale, ma nemmeno un sistema puramente tecnocratico, in cui la responsabilità oggettiva sia imputata senza alcun riguardo per la posizione e il comportamento dei soggetti su cui ricade. Se è vero infatti che il costo del danno deve esser fatto gravare non sull'intera società ma sul “*cheapest cost avoider*”⁵⁴, cioè su chi può assumerlo nel modo più economico possibile, rispetto ad altri, si deve far sì che risponda del danno colui che avrebbe potuto compiere meglio un'adeguata valutazione tra i possibili benefici e le conseguenze dannose (il *best decider*): con ciò l'imputazione della responsabilità non cade semplicemente su chi intraprendendo un'attività considerata pericolosa deve assumersene il rischio, ma su chi in concreto fosse nella condizione di *scegliere consapevolmente* di accollarsi il rischio delle conseguenze dannose di un'attività intrapresa. Questa soluzione è apparsa una compenetrazione tra efficienza e carattere soggettivo della responsabilità: «paradossalmente, il criterio di responsabilità approntato da Calabresi in chiave oggettiva e perciò in totale antitesi rispetto alla colpa, si rivela vicino a quest'ultima sul terreno della sua giustificazione ultima (...). Calabresi ha approntato un criterio di responsabilità scevro dalle difficoltà soggettivistiche nel-

⁵³ J.L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, in “Indiana Law Journal”, Winter, 1992, p. 376.

⁵⁴ G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano 1975. Per il tema dell'evoluzione della responsabilità oggettiva, e per il ruolo dell'opera di Calabresi si può vedere Ponzanelli, *La responsabilità civile*, cit., pp. 77-87 spec. Ma si veda anche, più recentemente, a proposito del “rischio”, Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, cit., pp. 107 ss.

la sua articolazione tecnica, ma ugualmente radicato nella dimensione *uomo*, la quale sembra l'unica alla quale si è disposti a ricollegare senza discussione ogni forma di responsabilità». In definitiva una compenetrazione, anche, tra “calcolabilità” e responsabilità⁵⁵.

6. Dentro e fuori la giustizia

6.1. Il principio della giustizia correttiva, adeguatamente inteso, può funzionare da idea regolativa, da discriminante, rispetto alle molte scelte che in diversi periodi storici si compiono nell'interpretazione e nell'attuazione del risarcimento.

Una società che voglia orientarsi all'efficienza economica, o alla redistribuzione solidale delle risorse, una società che voglia realizzare nuovi programmi di allocazione dei beni, favorendo la libera iniziativa privata, i capitali finanziari o la promozione industriale, dovrà muoversi attraverso nuovi interventi in termini di politiche pubbliche, da quelle economico-finanziarie e fiscali a quelle di sicurezza sociale e di *Welfare*. Ma sarebbe del tutto fuor di luogo se tentasse di realizzare questi suoi scopi di etica sostanziale, questi suoi contingenti obiettivi materiali, diciamo pure *obliquamente* attraverso una deformazione della logica privatistica del risarcimento del danno, deformazione che sfocerebbe necessariamente nel sostituire in essa la giustizia correttiva con la giustizia distributiva.

Ma è proprio questa la logica, del tutto eterogenea e inadeguata, che viene di fatto seguita tutte le volte che si concepisce la struttura della responsabilità civile secondo scopi che chiamerei “esterni”: ad esempio, come occasione per proteggere socialmente alcune categorie deboli, per spostare pesi sociali su alcuni soggetti piuttosto che su altri, per ottenere una migliore distribuzione della ricchezza secondo l'ottimo paretiano, ecc. E non molto diversamente accade quando la responsabilità civile viene intesa secondo una visione utilitaristica che poggia non sulla giustizia dei rapporti privati ma sul risultato collettivamente migliore che, nel decidere o disciplinare tali rapporti si può trarre; così quando viene intesa secondo uno scopo anch'esso esterno, come quello puro e semplice dell'efficienza economica: che chiede al giudice – e in sostanza al diritto – di raggiungere l'obiettivo più efficiente sul piano dei costi⁵⁶.

Nessuna di queste prospettive rende conto delle *ragioni morali* del danno. Un programma di scopo volto all'efficienza potrebbe infatti prescindere radicalmente da questi punti di riferimento e prevedere tutt'altri sistemi, diversi dalla responsabilità civile e privi non tanto dei suoi requisiti classici (come la causalità, la colpa, l'ingiustizia, il danno) quanto dei suoi interni scopi di *giustizia*, per intervenire con tutt'altri, per quanto altrimenti apprezzabili fini, secondo un'ottimizzazione dei costi e al massimo dell'efficienza, su “*accidents*” e “*damages*”. Invece, la resi-

⁵⁵ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 76.

⁵⁶ Ho dedicato un saggio al problema di quale atteggiamento di “giustizia” debba assumere il giudice, e di quali orientamenti debbano essere evitati per consentire che egli svolga il suo compito di “dire” il diritto, piuttosto che quello, alquanto caldeggiato dal pensiero del “*law and economics*”, di ottenere un qualche “risultato” pragmaticamente adeguato alle circostanze (“adeguato” non importa in base a quali variabili criteri di adeguatezza). Cfr. G. Palombella, *La conoscenza nell'interpretazione. Un modello per la giurisdizione*, in “Democrazia e diritto”, 1997/2, pp. 125-183.

stenza – e diciamolo pure, l'autonomia del diritto -, la moralità interna del diritto, impongono di ribadire, come forse in modo troppo riduttivo fa Ernst Weinrib o in chiave più elastica Jules Coleman⁵⁷, il significato della giustizia *correttiva* che giustifica la responsabilità civile.

In definitiva, l'abbandono della giustizia correttiva, secondo il modello classico, suscita perplessità perché fa mancare ai rapporti privati una sorta di canone trascendentale che è misura minima di coesistenza, e ragione della moralità interna dei rapporti, e corrisponde peraltro ad una prestazione funzionale del diritto, il cui presidio non sarebbe assunto da nessun possibile equivalente.

Del resto, la *teleologia* sociale che appare come il candidato o il concorrente più verosimile e insidioso, non appartiene alla mera giustizia. Il *mutamento sociale* non può farsi derivare, in altri termini, da una qualche arbitraria definizione dell'ingiustizia del danno, o dell'imputazione del risarcimento.

6.2. Certo è che il limite tra funzione della responsabilità civile e superamento radicale dell'istituto (grazie a regole e sistemi del tutto diversi e poggianti su premesse qualitativamente differenti), è un limite sottile, un confine alle volte sbiadito. Individuare il nucleo primario delle ragioni di questa possibile "dissolvenza" è un compito di importanza teorica, prima ancora che sociologica.

Nell'ottica che propongo, tali ragioni non risiedono eminentemente nell'obsolescenza del profilo sanzionatorio del risarcimento, o dello scopo di deterrenza, visto che entrambi non possono ritenersi concettualmente l'identità, o la "ratio" dell'istituto; dipendono semmai da un duplice ordine di fattori: per un verso, da un rischio di emarginazione della struttura formale, gravata di compiti *estranei* allo scopo essenziale cui è preordinata; per un altro verso, da un rischio inflattivo, che sovraccarica la responsabilità per danno attraverso l'ingovernabile dilatazione della domanda e determina di fatto la tendenziale evaporazione dei suoi confini di accesso e di resistenza.

Sintomi della crisi stessa del profilo risarcitorio, si danno ad esempio quando l'ingiustizia viene riferita a pregiudizi puramente "soggettivi", o l'ammontare del risarcimento sia misurato su intenti estrinseci come quelli di deterrenza o di penalizzazione dell'immoralità dell'agente, o quando il superamento della premessa della "colpa", della responsabilità soggettiva, avvenga "endemicamente", del tutto al di fuori delle circostanze che giustificano la responsabilità "oggettiva", e via seguendo.

Pertanto, è importante individuare una soglia critica, che funzioni da parametro di controllo, di ammissibilità. Infatti, non è per nulla implicito nella moralità interna, nella "giustizia" della responsabilità civile, che *tutti* i danni debbano essere compensati, che tutti gli squilibri debbano essere ri-equilibrati, che qualsivoglia evento negativo nella sfera privata debba avere un capro espiatorio, e che quindi il

⁵⁷ A Jules Coleman si deve la c.d. "*mixed conception*" del *tort law*: "*mixed*" nel senso che essa fonde una concezione relazionale come quella di Weinrib con una fondata sul principio dell'annullamento della perdita, sostenuta precedentemente dallo stesso Coleman: grazie a questa concezione mista, lo scopo della giustizia correttiva non è distribuire rischi e perdite, come sostengono le teorie economiche, non è bilanciare le perdite, o semplicemente compensare quelle ingiuste, ma più comprensivamente, imporre il dovere di compensare danni ingiusti a coloro che possono essere chiamati come responsabili per essi. In questa situazione esiste un dovere nei confronti della vittima: cfr. J. Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, 77, "Iowa Law Review", 1992, pp. 427 ss. e sp. p. 441.

danno debba sempre ricadere su qualcun altro. Ciò altererebbe il profilo dell'istituto per la banale ragione che (finanche in Aristotele) l'ingiustizia del danno è il risultato di una previa *definizione* giuridica, non è una entità data in natura. Quando gli interessi candidabili alla rilevanza risarcitoria si mostrassero potenzialmente *infiniti*, il ruolo del diritto riparatorio si ridurrebbe a un circolo vizioso, produrrebbe un'"esposizione universale", di ciascuno, al rischio di esser chiamato a "risarcire", piuttosto che a quello di subire un danno. Il rimedio giuridico al danno ingiusto si annullerebbe dunque nel suo contrario: diventerebbe esso stesso il problema, la fonte dell'insicurezza sociale contro cui "assicurarsi", dell'incertezza nei possessi e nei diritti: e non immagino quale *regressus ad infinitum* potrebbe giungere a compensare questa nuova pervasiva categoria di perdite "giuste". L'idea di "giustizia" connessa all'antica, e presente, responsabilità civile sarebbe privata della consueta logica binaria cui si affida (giusto/ingiusto, lecito/illecito); l'esistenza del diritto si rovescerebbe in un neo-disordine, in cui varrebbe l'arma pre-giuridica, hobbesiana, naturalistica, del vano diritto di tutti contro tutti.

Com'è noto, il diritto nel suo insieme (come ogni sua parte, inclusa la responsabilità civile) ha compiti di selezione della complessità (Luhmann), di razionalizzazione dell'agire, di consolidamento e protezione delle aspettative: compiti che non riuscirebbe più ad assolvere. La cura, in altri termini, produrrebbe scompensi e incurabili malattie iatrogene.

Inoltre, se si oltrepassa la frontiera, per quanto tenue, della logica correttiva, allora prevalgono diverse logiche di sistema. Se la regolazione sociale del danno poggiasse su basi puramente economiche, e seguisse conseguenti strategie di allocazione (basate sui rimedi più economicamente o utilitaristicamente efficienti), allora "economia" e non "giustizia" diverrebbe il presupposto della disciplina della responsabilità. L'ingiustizia in questo caso cesserebbe di essere il *fondamento*: prevarrebbe l'obiettivo, *forward looking*, di ottimizzazione di un criterio di valore predefinito (l'utile o una qualche altra versione del bene); l'ingiustizia del danno verrebbe ancora una volta sottoposta a un processo di svuotamento e di eticizzazione, che costituirebbe un danno per l'istituto del danno.

La difesa dell'integrità del principio di giustizia correttiva impedisce che figure chiave, fatta salva la causalità, come l'effettivo pregiudizio, l'ingiustizia del danno, la responsabilità in linea di principio dell'agente, passino in secondo piano rispetto ad obiettivi di efficienza pubblica di volta in volta prevalenti. Tutte le forme di *under-compensation* e di *over-compensation*, quando non sono mere disfunzioni del sistema, realizzano forse nel contempo altri scopi, ma non certo la protezione della giustizia.

Sia chiaro che proteggere la giustizia significa solamente tutelare un presupposto concettuale della convivenza sociale ("orizzontale"), non privilegiare un'etica in particolare (nemmeno quella della autonomia e della separatezza individuale), in modo rigidamente insensibile e sordo alle "conseguenze".

Infine, anche una delle funzioni principali oggi ascritte alla responsabilità civile, la *deterrenza*, deve essere riconsiderata. Essa è intesa come la conseguenza positiva del risarcimento con riguardo ai comportamenti futuri, su cui la consapevolezza di una forma di sanzione dei fatti illeciti può esercitare un effetto dissuasivo. Ma, in primo luogo, e in linea di principio, essa è estranea alla attuazione della giustizia *correttiva*; in secondo luogo, essa non sempre si ottiene efficientemente

con la condanna alla semplice riparazione del torto: la migliore *deterrence* potrebbe risiedere in sanzioni estreme e del tutto sganciate da ogni proporzione o correzione. Deterrenza, se la *compensation* è il criterio morale del risarcimento, comunque non è che una conseguenza esterna⁵⁸. Deterrenza non è un *principio* di giustizia, ma un espediente di politica di controllo sociale. Tuttavia, ciò ammesso, il controllo sociale e preventivo dell'uguaglianza nei rapporti morali tra i soggetti è un *tema* di giustizia quanto il ristoro del danneggiato: non si può semplicemente ignorarlo. E' evidente che la *deterrence* non appartiene alla logica della riparazione: ma senz'alcun dubbio *la serve e la predica*.

In definitiva, poiché si tratta di una forma di distribuzione (su un singolo responsabile di un danno presente) dei costi del *controllo sociale dei danni futuri*, la funzione di *deterrence* (*vista in se stessa, come obiettivo autonomo*) attua una forma di giustizia *distributiva* e realizza quel tipo di intervento che rientra nel tema delle prevenzioni (che siano riferite a chi ha commesso l'illecito o all'intera società, *ne peccetur*). E le prevenzioni sono scelte di politica pubblica. Pertanto, la domanda da porre cade comunque sulla loro compatibilità con la giustizia correttiva: l'entità e le forme della riparazione del danno devono essere modificate nella direzione di produrre risarcimenti tali da rappresentare effettivi deterrenti verso futuri fatti illeciti?

La risposta più verosimile è che tendere alla deterrenza diviene incompatibile o comunque del tutto estraneo rispetto alla giustizia correttiva, ogni volta che si traduca in un aggravio di costi o di afflizioni in capo all'autore dell'illecito (o a colui cui si imputa il risponderne presso il danneggiato) del tutto eccedenti rispetto al fine della *compensation*. L'intera diatriba sui "danni punitivi", largamente presenti nella prassi statunitense, o la preoccupazione oggi emergente di adeguare l'ammontare dei risarcimenti civili, ad esempio all'efferatezza di alcuni casi di reato, mostrano di voler forzare più che confermare la ragione interna della giustizia nel risarcimento del danno. E la plausibilità di queste scelte, se deve essere riconosciuta, deve essere sostenuta da ragioni proprie e distinte, non può essere, in tali casi, munita delle stesse ragioni della responsabilità civile: la quale possiede un'identità visibile solo quando sia liberata dalle numerose pretese il cui carico senza dubbio ne deforma i contorni.

⁵⁸ E del resto, la *deterrence* non può essere il centro del problema. L'obiettivo della deterrenza potrebbe essere garantito soprattutto quando la responsabilità soggettiva e il presupposto della colpa sono rese premesse indispensabili del risarcimento: nei casi di responsabilità oggettiva, l'imprenditore "internalizza" in quello del processo produttivo il maggior costo dei danni a terzi, in termini di premi assicurativi; e di conseguenza sposta poi all'esterno, sui clienti, sui consumatori, ecc., tale peso aggiuntivo incorporandolo nel prodotto: socializza così il costo del risarcimento. Questo effetto (che riduce la funzione del risarcimento come deterrente) non è da sottovalutare, anche se esso è, tuttavia, bilanciato, in vari modi, e specie dal fatto che il mercato non premia prodotti non competitivi per il maggior costo (dovuto al crescere dei premi) o per la conclamata ricorrente pericolosità.

7. Giustizia stabile, etica variabile

La storia mostra, anche nel sistema italiano, il mutare delle visioni del mondo che sorreggono l'evoluzione in materia di danno patrimoniale. Il superamento della resistenza ad un riconoscimento del danno alla persona (ex art. 2043 c.c.) sottratto alle strettoie della configurazione dogmatica del danno morale (secondo i vecchi limiti dell'art. 2059 c.c.), ha significato il superamento di un atteggiamento ispirato al solo "individualismo proprietario", concezione classica quanto monoderca circa il "bene" esclusivo degno di tutela riparatoria. La comparsa della "persona" entro le coordinate della responsabilità civile esprime oggi una più ampia apertura alla tutela degli individui, che poggia innanzitutto su un'idea della loro dignità irriducibile alla semplice espressione proprietaria. In sintesi, le trasformazioni rilevanti vedono il "danno" passare dal vincolo della tutela dei soli diritti assoluti, a riflesso della tutela dei diritti relativi e poi degli interessi (configurabili come) protetti attraverso norme e principi costituzionali; come più volte ricordato, anche l'aspetto "soggettivo" ha subito mutamenti di ruolo e di significato: l'ipotesi della responsabilità senza colpa è andata progressivamente affermandosi in base all'uso di criteri oggettivi, prima ricondotti al rischio d'impresa, o all'efficienza economica, poi anche al generale principio di solidarietà (l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione). La "rivoluzione" dell'ultimo ventennio, come accennato, alla fine ha rovesciato la priorità concettuale del danno, ponendo in primo piano il *danno alla persona*, come pregiudizio *autonomo* con carattere *areddituale*, indipendente dalla capacità lavorativa o produttiva di reddito: danno alla salute, in quanto diritto e interesse tutelato dall'art. 32 della Costituzione italiana, visto in un contesto di principi che muovono dalla dignità dell'essere umano (la Convenzione di Oviedo del 1997, e la carta di Nizza della fine del 2000), e, specie nella valutazione del danno, richiamano il rispetto dell'uguaglianza⁵⁹.

Se la giustizia correttiva è un rapporto *formale*, la definizione di *che cosa* valga come *pregiudizio*, come danno, ha natura *sostanziale*, e vi trovano posto le premesse etiche capaci di ottenere riconoscimento⁶⁰. Il mutamento nella concezione dei beni rilevanti ai fini della determinazione del danno attiene al contenuto etico del diritto *entro il sistema ricompositivo, balancing*, basilare della giustizia correttiva.

Resta entro questo schema, e mostra il peso decisivo per il suo significato concreto, il novero delle trasformazioni ricordate: la cui giustificazione, opportunità,

⁵⁹ F. D. Busnelli, *Il danno biologico*, cit., *passim*.

⁶⁰ La stessa distinzione tra interessi di mero fatto o interessi che l'ordinamento ritiene degni di tutela ha questa natura. L'ingiustizia del danno in quanto definizione giuridica dell'interesse rilevante, *la cui lesione* costituisce "danno", è il segno dell'inevitabilità delle scelte etico-giuridiche: scelte che, nel nostro ordinamento, si collocano in una posizione intermedia tra quelle compiute con l'*Enumerationprinzip* del § 823 del *BGB* tedesco, e la clausola aperta dell'art. 1823 del Codice Napoleonico. Ne discende, come scrive Busnelli, che «danno ingiusto non è soltanto quello conseguente alla lesione di un diritto soggettivo assoluto (...). Ma, all'opposto, non può dirsi ingiusto qualsiasi danno conseguente alla lesione di un interesse che il singolo giudice consideri, in fatto, meritevole di tutela, come suggerisce quella dottrina che, nostalgica della clausola generale dell'art. 1832 del *Code Napoleon*, propende per un'interpretazione 'alla francese' della regola dettata dall'art. 2043» (Busnelli, *Il danno biologico*, cit., p. 298). Deve trattarsi di un interesse che trova protezione nel nostro ordinamento giuridico.

plausibilità non risiedono in un presunto “semplice” adeguamento evolutivo del diritto alle nuove circostanze, ma ben diversamente in un netto avanzamento delle scelte di principio, dei giudizi etico-politici. La responsabilità civile è dunque un modello di giustizia la cui forma non ha alcuna proprietà *self-executing*, e il cui senso è inquadrare nei limiti del bilanciamento riparatorio le scelte di valore, impedendo alle diverse ispirazioni etiche di tradursi in una violazione dei canoni di giustizia intersoggettiva.

Espressione ulteriore del carattere etico delle scelte necessarie all’attuazione del sistema risarcitorio, è la determinazione di una misura per la “trasformazione” in termini economici del danno alla persona, che certo è del tutto disomogeneo (a differenza che nel danno a beni patrimoniali in senso stretto) rispetto al risarcimento. La necessità di una misura “esterna” socialmente condivisa, coincide con la necessità di una scelta che non può mai essere ridotta, per il pregiudizio alla persona, ad un catalogo di mercato⁶¹. In questo caso, non può attuarsi alcuna giustizia correttiva in modo automatico: se non attraverso il ricorso a un più profondo e più generale consenso sul valore da attribuire ad un bene, valore che, per intendersi, non è rivelato direttamente “nelle istantanee del sinistro” (o nei prezzari dei prodotti).

La scelta di che cosa possa valere come interesse meritevole, o la determinazione dei criteri della sua risarcibilità offrono contenuto al funzionamento della logica correttiva della giustizia. Evidentemente, scelte etiche riduttive limitano i casi in cui essa può operare.

Il problema opposto è rappresentato nella recente controversia italiana sul contenimento e la concentrazione delle ipotesi assimilabili a danno ingiusto. E un segno dei tempi è la *deformazione* della responsabilità civile e l’indebolita resistenza che la moralità del diritto è in grado di opporre. La figura discussa del danno “esistenziale” è un buon esempio⁶².

Il danno esistenziale sembra capace di aprire le porte alla risarcibilità di ogni e qualsiasi forma di disagio, all’irruzione di pretese più o meno eticamente rivestite, e del tutto “soggettive”, pretese di far valere un pregiudizio la cui “oggettività” e

⁶¹ Cfr. Busnelli, *Il danno biologico*, cit., pp. 69 ss; p. 106 ss., p. 299 ss. e in termini ricostruttivi del problema della risarcibilità, pp. 3-44.

⁶² Si fa riferimento innanzitutto ad una sentenza della nostra Cassazione civ., n. 7713/2000. Il danno esistenziale riguarda effetti che incidano negativamente nella sfera di realizzazione della persona (si veda P. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano 1999, che presenta una tassonomia delle “attività realizzatrici” elencando attività biologico-sussistenziali, relazioni affettive, sociali, attività culturali, attività di svago: v. pp. 416 ss.). Detto *incidenter tantum*, la letteratura filosofico politica ha elaborato con Martha Nussbaum e Amartya Sen un quadro di beni che integrano la sfera della realizzazione della persona, fondato sui concetti di *functioning and capabilities*, e non lontano rispetto a questo quadro delle capacità di realizzazione da tutelare (M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. di W. Mafezzoni, Bologna 2001; A.K. Sen, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, trad. di A. Balestrino e G.M. Mazzanti, Bologna 2000; Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c’è crescita senza democrazia*, trad. di G. Rigamonti, Milano 2000). Né Martha Nussbaum né Amartya Sen affidano però questo obiettivo al *tort law*; essi si occupano di una questione istituzionale più ampia, di organizzazione sociale, di Welfare, di diritti fondamentali (Per questo problema mi permetto rinviare a Palombella, *L’autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, cit.). In tal caso, la loro protezione è un problema che sarebbe troppo e troppo poco affidare alla responsabilità civile. Essi si occupano delle capacità “realizzatrici” offese non contingentemente, ma oppresse strutturalmente per l’inadeguatezza distributiva dell’assetto economico, sociale, politico.

accertabilità rimangono peraltro aleatorie e difficilmente fondabili⁶³. In fin dei conti si tratta di una sorta di banco di prova della funzione di *giustizia*, di *indisponibilità*, e della capacità di *resistenza del diritto* di fronte all'ingovernabilità delle petizioni di risarcimento che dilatano a dismisura l'area del danno rilevante e del danno "ingiusto".

Il danno esistenziale viene proposto come categoria di danno "terza", che innova nell'attuale sistema "bipolare", e che si colloca al di fuori sia del danno alla salute (art. 2043 c.c.) (intesa come stato "positivo" e complessivo di benessere), visto che non attiene al consolidarsi di un pregiudizio, di uno stato patologico, sia del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) le cui coordinate sono apparse riduttive e incapienti. I pareri contrari suggeriscono invece la possibile risarcibilità dei disagi o del «forzato non fare» cui rinvierebbe il danno esistenziale, ma solo sotto «l'egida del danno non patrimoniale» piuttosto che come nuova categoria giuridica «che rinchiude in sé dal danno alla salute vero e proprio alla tristezza per la morte del gattino o per il furto della moto»⁶⁴.

Si è concluso che «non esiste una nuova voce di danno perché il danno o è biologico o è morale (*recte*: non patrimoniale). Aggiungere una nuova voce di danno alle categorie attualmente già risarcibili serve soltanto ad aggirare la questione dei criteri da cui dipendono sia la risarcibilità del danno biologico e del danno morale sia la loro corretta valutazione»⁶⁵. Il giudizio sul danno "esistenziale" è rilevante, a mio parere, al di là della controversia tecnico-giuridica, interna al nostro ordinamento: perché sottolinea a) che «si prescinde (...) dall'esistenza di un diritto tutelato e riconosciuto come tale dall'ordinamento; o dalla lesione di un

⁶³ Scrive G. B. Petti, *Il risarcimento dei danni: biologico, genetico e esistenziale*, II, Torino 2002, p. 1273), che la teoria del danno «prescindendo dalla 'inviolabilità' costituzionalmente garantita, non ha fondamenta stabili, neppure sotto il profilo della tutela 'ordinaria' dell'art. 2043 c.c. perché non dimostra ancora la 'ingiustizia del danno' ed il suo riferimento oggettivo alla persona umana». Quindi entro questi contorni, è alquanto indefinito, mentre, come accennerò, può ricevere limitazioni soprattutto dall'esterno, ossia dal modo in cui si configura il sistema della responsabilità e il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Sul danno esistenziale, soprattutto, P. Cendon, P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano 2000; P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, Padova 2001.

⁶⁴ G. Comandé, *Il danno esistenziale e il diritto pigro*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova 2003, p. 72. Le tesi sostenute in questo volume, da più angoli visuali, raccolgono indagini a sostegno dell'atteggiamento "critico" della scuola pisana (e bresciana), suggerendo di valorizzare l'esistente sistema bipolare per rispondere alle nuove pretese di risarcimento senza far sì che esse scardinino il sistema pretendendo un riconoscimento sottratto «ai termini di prova e di argomentazione» che esso richiederebbe. (ivi, p. 76). Nello stesso senso F. Plebani, *La nuova stagione del danno non patrimoniale*, ivi, p. 83, che paventa una dilatazione «inesorabile e inarrestabile di tutte le voci di danno coinvolgenti le sfere esistenziali della persona» e richiama il «limite strutturale» di «una perdita traducibile in oggettiva valutazione economica» (ivi, p. 84); C. Comai, *Processo legislativo e giurisprudenza europea*, ivi, p. 112, che sottolinea, muovendo dal danno non patrimoniale ex art. 2059, come una «tutela estensiva dei rimedi esistenti» possa salvaguardare il sistema della responsabilità civile; S. Cacace, *Il mobbing e il danno esistenziale*, ivi, pp. 160-1, secondo cui una tutela «a tutto tondo del lavoratore» è possibile senza «che sia necessaria la costruzione di una nuova categoria di danno, bensì tramite un uso meno titubante» degli strumenti già disponibili.

⁶⁵ Si veda il paragrafo dedicato alle "conclusioni", dell'articolo di G. Ponzanelli, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in "Danno e responsabilità", 2000, n. 7, pp. 693 e ss.

bene/interesse costituzionalmente garantito»⁶⁶; b) che si riapre una fase di spinta “riparatoria” atta, *sic stantibus*, solo a sfociare nell’*over-compensation*.

Il secondo rilievo (b) presuppone un giudizio etico di saturazione di valori disponibili, ossia meritevoli di tutela; il primo rilievo (a) rinvia correttamente l’individuazione dell’ingiustizia a una definizione giuridica. Entrambi riguardano l’alterazione dello scopo di *balance* del risarcimento. Si tratta infatti di una colonizzazione esterna dell’istituto: in fondo, è così che può essere intesa l’osservazione secondo cui la proposta della nuova categoria di danni, “di fatto”, traduce la responsabilità civile in tutt’altro, ossia «un sistema di sicurezza sociale nel quale (...) le perdite non vengono addossate allo Stato, ma al soggetto danneggiante privato, in una logica, però, tutta pubblicistica di allocazione delle perdite»⁶⁷. La colonizzazione etica, o re-distributiva, decentra in sostanza il criterio “compensativo”, del quale vengono a mancare i presupposti (questo è in realtà il significato reale della sovracompenrazione, ossia il perseguimento di uno scopo estraneo alla responsabilità civile).

Si tratta del prevalere di obiettivi diversi: non tanto il fine di ricompensare qualunque perdita ingiusta, quanto semmai spostare all’infinito i costi dei disagi ordinari della vita di relazione costantemente su “altri”. Una violazione dell’imperativo deontologico kantiano di non trattare gli altri *mai solo come mezzo*, compensata forse solo dall’eguale prevedibile pericolo di subire un contrappasso (ossia di essere noi, prima o poi, sottoposti allo stesso trattamento).

8. In conclusione

a) lo schema interno della giustizia correttiva esprime la parte “indisponibile” della responsabilità civile; funge da limite oltre che da contenitore di scelte eticamente connotate quanto ai beni che possono rilevare ai fini del pregiudizio susunto nella fattispecie “aperta” del danno ingiusto;

b) la responsabilità civile, pur potendo accogliere diverse valutazioni collettive circa i beni protetti, non consiste nel commisurare le azioni individuali sul piano etico, come *vulnus* alle convinzioni fondamentali di una comunità, e alla sua “scala di valori”, bensì nel ricollocare nel giusto equilibrio intersoggettivo in termini di giustizia rettificatrice le posizioni delle parti, muovendo dal problema posto da chi è stato leso ingiustamente: questo compito non può essere subordinato nemmeno surrettiziamente, a programmi di scopo, né ai valori della sola efficienza economica né a quelli della solidarietà collettiva, presi in sé. Ma ovviamente può essere realizzato attraverso concrete misure, il cui contenuto varia con il variare degli orientamenti etico-politici, e il cui criterio di riferimento deve essere il miglior avvicinamento alla realizzazione di una soddisfazione effettiva, nel mutare dei casi, delle circostanze e delle risorse disponibili.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ G. Ponzanelli, *Il riconoscimento del danno esistenziale*, in Id. (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, cit., p. 34.

Le concezioni del bene non sono dunque assenti in nessuna prassi risarcitoria, che altrimenti non potrebbe funzionare. La responsabilità civile dipende sempre da una concezione del bene, e protegge diversi possibili beni.

Ma il diritto ha sempre una stessa concezione del giusto. Questa duplice inerenza del “danno” al giusto e al bene, deve essere mantenuta; e ogni progresso morale, misurato sugli stessi ideali etici del nostro occidente europeo, avviene solo quando il riferimento ai beni da proteggere avanzi nel rispetto della struttura fondamentale della giustizia.