

## *La dimensione soggettiva della ragionevolezza*

Michele Mangini

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Bari

### 1. *Premessa.*

Quel che intendo presentare qui è un programma di ricerca ancora incompleto che è mirato a tracciare una descrizione dei concetti e degli approcci principali che convergono nel complesso ‘standard della persona ragionevole’ (*the reasonable person*).<sup>1</sup> Il mio tentativo nell'indagare in questo standard sarà guidato dall'assunto che le principali interpretazioni contemporanee in termini di approcci di politica sociale (*social policy*) – utilitarismo, teoria kantiana, analisi economica del diritto – perdano di vista le peculiarità di contesto che emergerebbero, di contro, nei termini della giustizia correttiva e soprattutto nei termini dell'etica delle virtù. L'idea fondamentale nel descrivere questi approcci normativi è che abbiamo una comprensione appropriata dello standard della persona ragionevole, così come del concetto di "diligenza del buon padre di famiglia" nel diritto privato italiano, soltanto quando consideriamo questi concetti nei termini nei quali sono stati concepiti: come modelli di carattere a cui gli agenti possono fare appello per ispirare la loro condotta – o per valutarla *ex post*.<sup>2</sup> È però necessaria qui una cautela iniziale: nella misura in cui descrivo approcci normativi allo standard della persona ragionevole discuterò anche da un punto di vista critico proposte normative. Credo, in particolare, che quegli approcci possano contribuire a una piena comprensione dello standard soltanto quando sono integrati con l'approccio offerto dall'etica delle virtù.

Prima di entrare nel dettaglio delle principali caratteristiche del mio approccio alla ragionevolezza soggettiva, tuttavia, è necessario premettere una cautela diretta a bloccare alcune

---

<sup>1</sup> Devo sottolineare che questo saggio appare molto orientato verso il diritto nordamericano, centrandosi sullo standard della *reasonable person* nel diritto dei *torts* perché era stato scritto originariamente soprattutto per quel pubblico.

<sup>2</sup> Il concetto della "diligenza del buon padre di famiglia" appartiene al diritto privato italiano fin dalle origini, essendosi sviluppato dall'antico diritto romano. Gli antichi romani discutevano della *diligentia boni patris familias* come della diligenza di un modello astratto di uomo: una persona precisa, metodica e affidabile che è capace di svolgere con attenzione ed efficienza i suoi compiti. A volte la *diligentia* è stata utilizzata per introdurre un ulteriore elemento di valutazione della condotta del convenuto quando non tutte le considerazioni rilevanti potevano essere incluse nel concetto di *culpa* (corrispondente all'idea di *negligence* nel common law). Nel diritto privato contemporaneo italiano il concetto è diventato controverso circa 50 anni fa, presentando una netta opposizione tra una concezione tradizionale e conservatrice dell' "uomo d'ordine" e dell'uomo medio, qualcuno non distante dall'"uomo di corrette vedute" di Devlin, ed una concezione progressista. La seconda concezione sembra più orientata verso l'efficienza, richiedendo una condotta diretta in qualche misura a favorire gli obiettivi capitalistici di sviluppo economico. Ciò implica che lo standard di comportamento richiesto al convenuto viene spesso elevato per favorire gli interessi dell'attore (specialmente nelle relazioni creditorie). Cf. S.Rodotà, "Diligenza", in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XII, 1964, pp 544-6.

probabili obiezioni. Si potrebbe obiettare che lo “standard della persona ragionevole”, nella misura in cui è uno “standard”, è un criterio oggettivo di valutazione di situazioni di incidente. E’ utile per la valutazione giudiziale di casi di *torts* (responsabilità civile) proprio per la ragione che offre uno standard oggettivo degli atti umani in aree di condotta rischiosa.<sup>3</sup> Dunque, fare appello alla “persona ragionevole” sarebbe ingannevole se lo considerassimo come un appello ad un criterio soggettivo, al *carattere* della persona ragionevole. Ciò che si nasconde dietro la persona ragionevole sarebbe uno standard per valutare gli atti della condotta in una certa area del diritto.

Ritengo che questa obiezione non sia del tutto fuori luogo e che contenga più di un grano di verità, sebbene non possa essere considerata nella sua pienezza. Se la considerassimo nella sua pienezza, non riusciremmo a rendere il senso di un concetto (la “persona ragionevole”) che appartiene tradizionalmente al diritto dei *torts* (e al diritto privato italiano con il concetto simile della *diligentia boni patris familias*, art. 1176 c.c.). Credo che l’appello allo standard soggettivo possa essere spiegato come una semplificazione necessaria che rende anche omaggio ad una antica tradizione. Primo, è una semplificazione rispetto all’ampia varietà di atti che appartengono all’esperienza umana della responsabilità civile. L’appello allo standard della persona ragionevole risparmia ai giudici l’onere di definire un numero potenzialmente illimitato di atti corretti nell’area dei *torts*. Secondo, la conservazione e implementazione dello standard mostra in qualche misura come il diritto contemporaneo – sia l’operato dei giudici che quello del legislatore – poggi ancora su modelli di condotta corretta che appartengono alla tradizione giuridica fin dall’antichità classica. Il mio tentativo, come sosterrò, sarà quello di riconnettere lo standard della persona ragionevole all’etica delle virtù (EV) allo scopo di recuperare radici concettuali ormai dimenticate con quel che ne consegue in termini di ragionamento. Tuttavia, questa indagine mira ad andare oltre un mero interesse culturale – una miglior comprensione storica di certi concetti giuridici. Piuttosto, quel che sostengo che dovrebbe essere enfatizzato è la possibilità di raggiungere una miglior comprensione della pratica giuridica come un’area nella quale le transazioni non sono soltanto atti considerati oggettivamente ma anche relazioni tra persone. In ciascun caso di *torts* ci sono un attore e un convenuto e un atto che ha causato un danno: facciamo appello alla persona ragionevole per ricostruire una relazione di giustizia nella situazione concreta. Concludendo in breve, se l’appello alla persona ragionevole funziona per applicare la giustizia correttiva ad un caso di *torts*, potrebbe funzionare anche nella nostra pratica giuridica per altre aree del diritto nelle quali virtù differenti dalla giustizia possono essere considerate come modelli di comportamento: per esempio, possiamo pensare alla *philia* (aristotelica) rispetto ai casi di contenzioso matrimoniale.

---

<sup>3</sup> Vorrei notare fin d’ora che mi riferirò al *torts law* o alternativamente al diritto della responsabilità civile, considerandoli equivalenti come ambiti del diritto e senza tracciare distinzioni più precise.

## 2. *Introduzione.*

La ragionevolezza rappresenta un concetto cruciale sia nel common law sia nel civil law. Credo che il suo significato vero e proprio non possa essere interamente apprezzato senza una approfondita indagine della sua dimensione oggettiva e di quella soggettiva. La prima è un ambito che spazia tra il diritto e la politica e abbraccia concetti come ‘pluralità dei valori, apertura dialettica verso gli altri, accettabilità sociale, efficienza’. Questo insieme di idee di per sé sarebbe già sufficiente a giustificare una attenzione speciale ma la ragionevolezza, per come è intesa comunemente, ha anche una dimensione soggettiva. Come è ben noto, lo standard della "persona ragionevole" ha un uso molto ampio nel common law, spaziando attraverso differenti aree giuridiche come il diritto pubblico e quello privato, il diritto della responsabilità civile (*torts*) e il diritto penale, inoltre anche nel civil law italiano la "*diligentia boni patris familias*" sembra avere un ruolo simile. Intendo soffermarmi sulle applicazioni del test della persona ragionevole soprattutto nell'area della responsabilità civile nella quale gli aspetti morali e giuridici inevitabilmente si fondono. La natura ubiqua della dimensione soggettiva della ragionevolezza giustificerebbe di per sé un'attenta indagine di questo concetto. Tuttavia, per amor di completezza dovrei ricordare che esiste un altro insieme di considerazioni rilevanti che riguarda il tema della ragionevolezza soggettiva, sebbene non lo perseguirò entro questo scritto.

Infatti, va detto che la persona ragionevole non è soltanto un test per valutare la condotta dannosa di agenti individuali – sia nell’ambito dei *torts* sia in quello del diritto penale – ma è anche un ideale del buon agente del ragionamento giuridico. Autori come Anthony Kronman e Mary Ann Glendon hanno sostenuto alcuni decenni fa tale ideale – sebbene con differenti declinazioni – con lo scopo di distaccare la professione giuridica dal tecnicismo “cinico”. In questo modo essi ed altri avocavano al proprio ragionamento concetti filosofici della tradizione classica greca e latina come la *phronesis* e la *prudentia*. Questi concetti sono solitamente tradotti come prudenza, saggezza pratica o ragionevolezza. Sebbene una comprensione analitica possa identificare le peculiarità proprie di questi concetti, li considero come appartenenti allo stesso campo semantico. Rappresentano l'ambito della ragione entro l'etica delle virtù, un approccio all'etica che rappresenta ormai una valida alternativa all'utilitarismo e al kantismo.<sup>4</sup> Tutte queste nozioni richiedono qualche

---

<sup>4</sup> R. Crisp (ed.), *How Should One Live*, Clarendon Press, Oxford 1996; N. Sherman, *The Fabric of Character*, Clarendon Press, Oxford 1989; N. Sherman, *Making a Necessity of Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge 1997; N. Sherman, “The Place of Emotions in Kantian Morality” in A. Rorty e O. Flanagan (eds.), *Identity, Character and Morality*, Mit Press, Cambridge (Mass.) 1990, pp. 149-170; R. Kruschwitz e R. Roberts, *The Virtues. Contemporary Essays on Moral Character*, Wadsworth, Belmont (Ca.), 1987; O. O’Neill, “Duties and Virtues”, *Philosophy*, 35, (Supp.), 1993; “Kant After Virtue”, *Inquiry*, 26, 1983; “Kant’s Virtues”, in R. Crisp (ed.), *How Should One Live?*, cit.

grado di chiarificazione nel discutere lo standard della persona ragionevole (ciò è vero anche nel caso del "giudice prudente" ma con una portata differente).

Quel che dovrei enfatizzare d'ora in avanti è che la focalizzazione sullo standard della persona ragionevole attraverso l'etica delle virtù implica un approccio che concepisce in modo nuovo le qualità della persona ragionevole, tornando alla nozione unitaria di *phronesis*, come descritta nell'etica delle virtù aristotelica. Anziché poggiare sulla tesi molto diffusa ma frammentata che separa ragionevolezza, diligenza (*due care*) e prudenza, l'approccio dell'etica delle virtù che io sostengo propone di indagare nello standard della persona ragionevole sulla base di una tesi unitaria delle sue qualità che mantiene insieme aspetti etici e morali, ciò che è buono per l'agente e ciò che è buono per gli altri. Il lato soggettivo di una *filosofia della ragionevolezza* che cercherò di sviluppare qui ruoterà intorno a una tesi unitaria di quel che significa essere un agente ragionevole. Sostengo che dietro nozioni di facciata come la ragionevolezza (nel senso stretto comunemente inteso), la diligenza e la prudenza, ad un livello più profondo si trovi un qualche genere di ideale complessivo della persona ragionevole nel quale quel che è centrale è la *phronesis*, per come è meglio comprensibile dall'interno di un approccio di etica delle virtù.<sup>5</sup>

Nel proporre tale progetto di indagine voglio considerare la ragionevolezza (o saggezza pratica o prudenza) come il perno centrale dal quale comprendere e valutare molta parte della condotta umana di rilevanza giuridica. Come già menzionato, da un lato, il giudice che colloca benefici e oneri di una condotta dannosa opera attraverso le lenti della ragionevolezza per raggiungere un risultato socialmente accettabile. Dall'altro lato, il giudice (o qualsiasi giurista che opera attraverso il ragionamento giuridico) può anche applicare la ragionevolezza ad un livello più elevato, prendendo decisioni la cui giustizia (o ingiustizia) può influenzare la società nel suo insieme (pensiamo alle decisioni dei tribunali di più alto grado, come la Corte Suprema negli Stati Uniti e la ECJ nell'Unione Europea). Tuttavia, dovremmo fare attenzione a non considerare la ragionevolezza soltanto come un concetto sostitutivo della giustizia. Sebbene il giudice che colloca i benefici e gli oneri nel *torts law* ragioni in termini di giustizia correttiva, ritengo che ci sia molto di più che giace sotto la superficie della ragionevolezza. Seguo MacCormick nel classificare la ragionevolezza come un termine valutativo "spesso" che ci offre ragioni valutative rilevanti in una certa situazione per agire in un certo modo (o nel caso del giudice per decidere un certo caso

---

<sup>5</sup> È opportuno enfatizzare che l'enfasi sulla ragionevole come nozione cruciale entro l'etica delle virtù è un percorso di indagine che trova un parallelo nella tesi di Ronald Dworkin della "unità del valore", come presentata in *Justice for Hedgehogs*. Sebbene il suo progetto poggi principalmente su nozioni etiche kantiane, come la dignità e la responsabilità, egli trae la sua spinta verso una comprensione combinata di etica e moralità dalla filosofia classica di Platone e Aristotele: questa era soprattutto un'etica delle virtù. Cfr. R.Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, pp 184-8.

facendo una valutazione dei fattori in gioco appropriata alle circostanze).<sup>6</sup> L'analisi di MacCormick della ragionevolezza offre molti spunti utili ai quali tornerò a tempo debito.

Considerare la ragionevolezza come un concetto valutativo spesso che, seguendo l'interpretazione aristotelica, trova la sua miglior comprensione dall'interno dell'etica delle virtù, è di aiuto per tracciare le linee definitorie di una filosofia della ragionevolezza che, voglio sostenere, è coerente con molte pratiche giuridiche e politiche della società contemporanea. Da un lato, nella dimensione oggettiva, la varietà dei valori inclusi dalla ragionevolezza – pluralità dei valori, apertura dialettica verso gli altri, accettabilità sociale, efficienza, per ricordarne solo alcuni – copre la maggior parte di ciò che conta politicamente per la vita buona. Dall'altro lato, nella dimensione soggettiva, la persona ragionevole, come il *phronimos* di Aristotele, può esercitare ciascuna delle virtù, distinguendo ogni volta secondo la situazione concreta (v. par.2). Secondo questa tesi, la ragionevolezza è la virtù etica fondamentale, esercitata per il perseguimento dei beni ordinari di una vita e per il corretto comportamento verso gli altri. Considero queste due direzioni della condotta come tutto quel che conta per la *vita buona* degli agenti. Questa interpretazione estensiva considera l'etica come quel che conta rispetto al benessere dell'agente in opposizione alla moralità che riguarda ciò che è bene per gli altri. E' un senso che esprime l'ineludibile carico *normativo* della ragionevolezza che pervade, spesso in modo inconsapevole, un'ampia parte del ragionamento e dell'interpretazione giuridica sia nel common law sia nel civil law. Il mio obiettivo in questo scritto è quello chiarificare, da un lato, i fili comuni che corrono attraverso l'uso del test della ragionevolezza nel *tort law*. Quel che emergerà, ritengo, è l'appello costante ad un'idea generale, basata sulle virtù, di vita buona della quale la giustizia è soltanto una parte sebbene rilevante. Inoltre, sostengo che il ragionamento giuridico e la deliberazione politica siano basate in modo cruciale su un ideale della persona ragionevole, come conferma la tradizione aristotelica. Se la pratica interpretativa e applicativa dovesse andare alla deriva rispetto alla ragionevolezza, come può accadere seguendo dottrine restrittive del diritto come il giusnaturalismo, il formalismo giuridico o lo scetticismo giuridico, il modello classico della ragionevolezza rimane la miglior prospettiva alla quale guardare per ottenere un consiglio.

Alla luce di questi cenni schematici l'agenda della discussione che segue è piuttosto chiara.

Primo abbiamo bisogno di una chiarificazione semantica del concetto ragionevolezza soggettiva,

---

<sup>6</sup> MacCormick cita la distinzione di Jonathan Dancy tra concetti "sottili" (*thin*) che esprimono conclusioni su quel che dobbiamo fare (p.e. "giusto" e "buono") e concetti "spessi" (*thick*) che affermano ragioni rilevanti rispetto a quel che è giusto fare (p.e. termini di virtù come coraggio e veridicità). Cfr. N.MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p 162 n. 2; J.Dancy, *Ethics Without Principles*, Clarendon Press, Oxford, 2004, pp 84-5. Bernard Williams è ben noto per aver caratterizzato concetti spessi come quelli che hanno un grado significativo di contenuto descrittivo e che sono carichi in senso valutativo, come nel caso di virtù e vizi, come coraggio, vigliaccheria o crudeltà. Di contro, concetti sottili possono esprimere soltanto tesi circa valori morali generici come "ciò che è buono o ciò che è sbagliato". Williams sostiene che una reale conoscenza morale può esistere soltanto a livello dei concetti spessi. Cfr. B.Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.

dato il suo ampio dominio di uso e la varietà di nozioni ad essa assimilate, come la prudenza e la saggezza pratica. Al fine di poter percorrere questo sentiero abbiamo bisogno di indagare fin dall'inizio in quei concetti classici dei quali deriva la tradizione occidentale: *phronesis* e *prudentia*. Nel concludere la prima fase dell'indagine cercherò di enfatizzare come gli usi contemporanei della ragionevolezza siano andati alla deriva di vari gradi rispetto all'ideale classico. Possiamo considerare almeno un'idea auto interessata di prudenza, una nozione moralizzata di ragionevolezza e la ragionevolezza come accettabilità sociale. Secondo, una volta che i confini dell'agente ragionevole ideale sono tracciati a grandi linee, voglio procedere dal modello classico pienamente sviluppato a un 'modello bene informato' che include sia tratti valutativi che psicologici derivanti dalla *negligence theory*. La centralità del rischio nel modellare la ragionevolezza prende una direzione che riguarda l'agente e una direzione che riguarda gli altri ed è riflessa da concetti come la prudenza e la diligenza (*due care*), usati comunemente nella pratica giuridica.<sup>7</sup> La ragionevolezza può essere chiamata a rappresentare un terreno medio di equilibrio (par.3). Terzo, le interpretazioni valutative e psicologiche della ragionevolezza che convergono a definire in grandi linee un modello bene informato dell'agente ragionevole nel *torts law* richiedono di essere esaminate in un faccia a faccia con influenti concezioni politiche che offrono ricostruzioni sistematiche della ragionevolezza secondo, rispettivamente, principi economici e kantiani: l'analisi economica del diritto e la teoria del contratto sociale di Rawls (par. 4). Quarto, gli approcci di politica sociale allo standard della persona ragionevole devono essere verificati criticamente sull'assunto che essi offrono soltanto una veduta limitata della "scena dell'incidente". La giustizia redistributiva dovrebbe essere rafforzata dalla giustizia correttiva, usando l'approccio dell'etica delle virtù per una migliore comprensione della persona ragionevole da un punto di vista ideale (par. 5).

## 2. *Il modello classico della ragionevolezza soggettiva.*

Considero lo standard della persona ragionevole nel common law, così come lo standard simile della "*diligentia boni patri familias*" nel diritto privato italiano (e standard simili altrove), come modelli di condotta che non sono ispirati da principi astratti (kantiani, utilitaristi o altro) ma da un agente esemplare, ovvero una persona con un certo insieme di virtù. Dovremmo dire allora che un agente ragionevole è un agente virtuoso, intendendo un agente che esercita le virtù morali classiche? Questa è un'opzione nella discussione presente che potrei denominare "l'agente ragionevole classico". Esso discende direttamente dall'etica delle virtù classica e può fungere da punto di

---

<sup>7</sup> Cf. H.Li Feldman, "Symposium on Law, Psychology and the Emotions: Prudence, Benevolence and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law", *Chi.-Kent L. Rev.*, 74, 2000.

riferimento ma non è la sola interpretazione possibile dell'agente ragionevole secondo l'etica delle virtù. Credo che possiamo derivare dal modello classico anche una seconda e più ristretta tesi dell'agente ragionevole che, da un lato, non implica necessariamente il funzionamento di tutte le virtù morali. Dall'altro, tale tesi più restrittiva deve essere confrontata con modelli alternativi come "l'osservatore ideale" di Smith e "l'uomo della strada" di Devlin. Ne può emergere una *tesi bene informata* nella quale le operazioni dell'agente ragionevole non consistono soltanto nell'esercizio di capacità razionali secondo un modello di razionalità logica ma, più estensivamente, in un ragionamento probabilistico, aperto alla pluralità dei valori della società contemporanea – ma anche al confronto dialettico con gli altri, l'accettabilità sociale e l'efficienza. In una seconda fase la tesi bene informata dovrebbe essere messa alla prova dei più influenti resoconti alternativi che sono impiegati nel campo: la concezione economica dell'agente *razionale* e una concezione moralizzata (kantiana) dell'agente ragionevole.

La mia indagine di chiarificazione rispetto ai modelli desiderabili dell'agente ragionevole è mirata a definire un modello normativo nell'area giuridica che si concentra soprattutto sulla responsabilità civile (*torts*) – ma non solo – nella quale le questioni di giustizia sono spesso sollevate. Nel cercare di definire l'agente ragionevole non possiamo fare a meno di iniziare dal *phronimos* di Aristotele che nella sua etica delle virtù rappresenta l'agente ideale cui guardare per definire la condotta buona e quella cattiva.<sup>8</sup> La *phronesis* è lungi dall'essere un concetto semplice e univoco e la sua analisi completa potrebbe prendere molto più spazio di quello disponibile in questo scritto. Tuttavia, credo che un sommario attento possa includere tutto ciò che è rilevante rispetto ai nostri scopi.

Primo, si dovrebbe enfatizzare che la *phronesis* non è una virtù del carattere ma è una virtù del ragionamento pratico. Mentre le prime sono disposizioni per desiderare e perseguire i tipi appropriati di oggetti e per reagire emozionalmente nei momenti appropriati,<sup>9</sup> la seconda è una virtù dell'intelletto pratico attraverso la quale desideriamo correttamente rispetto a quel che dobbiamo fare. Più precisamente Aristotele definisce la *phronesis* come "una disposizione vera, accompagnata da ragionamento, che dirige l'agire, concernente le cose che per l'uomo sono buone e cattive."<sup>10</sup> La definizione di Aristotele separa chiaramente la *phronesis* dall'*arte*, sebbene non mi soffermerò su questa distinzione rispetto alla quale esiste un ricco e vivace dibattito che riguarda le relazioni tra

---

<sup>8</sup> John Finnis critica il *phronimos* di Aristotele per il fatto di essere un concetto vago, troppo indeterminato per darci una guida utile per la scelta. Finnis propone i requisiti della ragionevolezza pratica che identifica "quel che una persona *deve* fare, o pensare o può essere se deve partecipare al valore fondamentale della ragionevolezza pratica". J.Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, p 102.

<sup>9</sup> Aristotle, *Etica nicomachea*, trad. M.Zanatta, Rizzoli, Milano, 1986, 1105 a 26-33.

<sup>10</sup> Cfr. *Etica nicomachea*, 1140 b 5-6.

queste due parti dell'intelletto pratico.<sup>11</sup> Potrei limitare la mia discussione alla considerazione che l'analogia di Aristotele tra *phronesis* e arte può essere interpretata come qualcosa che riguarda soltanto la struttura del ragionamento pratico.<sup>12</sup> Primo, questa analogia ha il merito di rendere la *phronesis* una facoltà meno misteriosa perché appare simile alle abilità intellettuali che già troviamo familiari.<sup>13</sup> Secondo, la *phronesis* implica una scelta in accordo con la "retta ragione". Come dovrebbe essere interpretata la retta ragione? Alcuni hanno proposto l'idea che la retta ragione sia un corpo di regole e principi che la *phronesis* sa come applicare. Ma nella misura in cui Aristotele nega che l'etica si occupi di verità universali, il modello di deliberazione basato sulle regole deve essere messo da parte in favore di una interpretazione della *phronesis* come capacità percettiva<sup>14</sup> o anche come capacità di ragionamento attraverso la quale, sostiene Aristotele, possiamo trovare la risposta appropriata in una larga varietà di situazioni.

Terzo, ciò che più importa è che la *phronesis* non è una virtù monolitica dell'intelletto pratico ma include un certo numero di qualità particolari. La prima qualità è la "comprensione" (*sunesis*) ed è caratterizzata dal giudizio che discrimina tra le cose che la *phronesis* prescrive. Essa comporta apprendimento così come è applicato nella conoscenza scientifica.<sup>15</sup> Una seconda virtù dell'intelletto pratico è chiamata "sensibilità" (*gnomè*). Può essere considerata come la capacità di essere "sensibile" e "percettivo" rispetto alla situazione di altre persone.<sup>16</sup> Una terza parte della *phronesis* può essere chiamata intelligenza nel senso aristotelico di *nous*. Aristotele usa lo stesso termine che usa per l'intelligenza teoretica. Allo stesso modo, nell'intelletto pratico l'intelligenza afferra "ciò che è ultimo", quei particolari che stanno al fondo dell'azione. È focalizzata sul momento di specificazione dei propri fini e richiede esperienza. Dall'esperienza un agente *phronetico* deriva una capacità di risolvere problemi simile a quella sviluppata da un medico esperto.<sup>17</sup> La virtù finale dell'intelletto pratico è ciò che Aristotele chiama *denotès*, "astuzia", che denota una acutezza nel trovare i mezzi migliori per realizzare i fini che ciascuno persegue. L'astuzia può essere applicata anche da uomini malvagi, così ciò che fa la differenza è l'eccellenza deliberativa che è il nocciolo della *phronesis*.

Questa sintesi ridotta ai minimi termini che ho appena presentato ci dà un senso del modello classico dell'agente 'ragionevole classico' che integra il ragionamento pratico – e le differenti

---

<sup>11</sup> E' fatto notorio che fu Platone a suggerire in un certo numero di dialoghi che la virtù sia una specie di arte. Cfr. *Euthydemus*, 288 d – 293 a. Una discussione ampia ed acuta della relazione tra saggezza pratica e arte è in S.Broadie, *Ethics with Aristotle*, Oxford University Press, Oxford, 1990, p 190 ff.

<sup>12</sup> Cfr. J.Annas, *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p 71.

<sup>13</sup> Cfr. D.Russell, *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p 18.

<sup>14</sup> Cfr. J.McDowell, "Some Issues in Aristotle's Moral Psychology" in S.Emerson ed., *Companions to Ancient Thought 4: Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp 110-12.

<sup>15</sup> NE 1143 a 11-6.

<sup>16</sup> NE 1143 a 19-20.

<sup>17</sup> NE 1143 a 32- b 17.

qualità che concorrono ad esso – e le virtù morali. Il modello classico ha avuto successo attraverso i secoli e nel 13° secolo il più grande interprete della tradizione del diritto naturale, Tommaso d'Aquino, poteva sostenere che nella sua etica fosse centrale la distinta inclinazione del diritto naturale di agire secondo ragionevolezza.<sup>18</sup> È il *bonum rationis*, il bene della ragionevolezza pratica (o saggezza pratica) che opera come "il bene dell'ordinamento delle proprie emozioni, scelte e azioni tramite intelligenza e ragione."<sup>19</sup> Questa qualità o disposizione che Tommaso d'Aquino e la tradizione medievale (ma anche la cultura latina) chiama *prudentia* sembra seguire strettamente le tracce della *phronesis*. Tuttavia, uno soprattutto dei tratti della *phronesis* è enfatizzato nella nozione tomistica della *prudentia*. È il momento di culmine del processo di ragionamento nell'atto di applicazione. Questo è l'atto col quale si applicano i principi generali dell'azione umana ad un particolare atto umano. Un punto che Tommaso d'Aquino voleva sottolineare, seguendo il suo maestro Alberto il Grande.<sup>20</sup> Seguendo il commento di Payer, potremmo dire che c'è contenuto cognitivo di prudenza che giace entro i primi principi del diritto naturale e una capacità operativa che consiste nel misurare l'azione progettata rispetto a questi principi. È importante enfatizzare che, secondo Alberto, la prudenza è fortemente focalizzata sulle circostanze concrete di tempo e luogo. La persona prudente ha un *lumen* speciale attraverso il quale egli può comprendere le circostanze presenti ma egli trattiene anche memoria del passato perché è dall'esperienza passata che si può trarre capacità di prevedere l'azione corretta nel futuro (*providentia est pars prudentiae*).<sup>21</sup>

Tommaso d'Aquino, a sua volta, sviluppa coerentemente gli insegnamenti di Aristotele: spetta alla prudenza determinare il giusto mezzo delle virtù morali.<sup>22</sup> Questo non accade per ciascuna virtù in isolamento dalle altre virtù perché spesso la ragione pratica richiede di equilibrare diverse considerazioni in una scelta complessa. Secondo Tommaso d'Aquino, l'esercizio della prudenza richiede il giudizio che è differente dal seguire le regole nella misura in cui la persona prudente non applica una procedura ma ha comprensione intelligente delle regole morali rilevanti rispetto alla situazione.<sup>23</sup>

Fin qui la descrizione della *phronesis* e della *prudentia* che ho presentato modella chiaramente l'agente ragionevole classico che pone in equilibrio qualità morali e intellettuali. Tuttavia, l'evoluzione semantica sembra aver condotto termini come la prudenza e la ragionevolezza in direzioni differenti. Nel XVIII secolo Hume elencava la prudenza come una di quelle qualità che consentono ai grandi uomini di svolgere il loro ruolo nella società, mettendoli in

---

<sup>18</sup> Aquinas, *Summa Theologica*, I-II q. 94 a. 3c.

<sup>19</sup> J.Finnis, *Aquinas*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p 83.

<sup>20</sup> Cfr. P.Payer, "Prudence and the Principles of Natural Law: A Medieval Development", *Speculum*, col. 54, n. 1, 1979, p 67 ff.

<sup>21</sup> Cf. Payer, cit., p 63, n. 30.

<sup>22</sup> S.T. II-II, q. 47.7.

<sup>23</sup> Cf. J.Porter, *Nature as Reason*, Eerdmans, Grand Rapid (Mich.), 2005, pp 318-9.

grado di promuovere i propri interessi.<sup>24</sup> Gli usi contemporanei della prudenza sembrano aver seguito l'esempio di Hume (e degli utilitaristi). Il dizionario Treccani definisce la prudenza come: "L'atteggiamento cauto ed equilibrato di chi, intuendo la presenza di un pericolo o prevedendo le conseguenze dei suoi atti, si comporta in modo da non correre inutili rischi e da evitare a sé e ad altri qualsiasi possibile danno." Invece, il dizionario on-line Merriam-Webster distingue alcuni comportamenti, definendo la *prudence* come: "l'abilità di governare e disciplinare se stessi attraverso l'uso della ragione; la sagacia o avvedutezza nella gestione dei propri affari; il talento e buon giudizio nell'uso delle risorse; cautela o circospezione rispetto al pericolo o al rischio." Sembra chiaro che ciò che rimane nell'uso contemporaneo della prudenza è quel che conduce alla implementazione dell'interesse personale. Troviamo qui una parte di quel che è già emerso nell'analisi della *phronesis* ma nettamente distaccata da tutte quelle qualità morali che hanno dato contenuto alla *phronesis* – e alla *prudentia* di Tommaso d'Aquino.

Se questo è il significato corrente di prudenza, cosa possiamo dire della ragionevolezza come qualità personale, e cosa circa l'agente ragionevole? Sembra plausibile dire che la comprensione di questo concetto è andata nella direzione opposta rispetto a quella della prudenza per numerose teorie. Mentre possiamo intendere la prudenza nel senso ordinario e auto-interessato, troviamo autori contemporanei come MacCormick che sostengono che "le persone ragionevoli assomigliano allo spettatore imparziale di Adam Smith".<sup>25</sup> Secondo MacCormick, la persona ragionevole cerca di astrarre dalla propria posizione per vedere e sentire la situazione per come appare e per come la sentono gli altri. Essendo consapevoli della pluralità dei valori e dei differenti modi nei quali cose, attività e relazioni hanno valore per le persone, le persone ragionevoli sono capaci di fare un momentaneo passo indietro e vedere la situazione dal punto di vista degli altri. L'agente ragionevole è obiettivo o imparziale nel riconoscere che, in caso di conflitto, i valori di altre persone possono avere priorità rispetto ai propri interessi. La persona ragionevole, sostiene MacCormick, è un deliberatore ideale nel senso di una nozione moralizzata che, invece, sembra essere accantonata nettamente quando è in gioco il perseguimento del bene proprio dell'agente. Troviamo altre versioni della nozione moralizzata dell'agente ragionevole nelle tesi kantiane e utilitaristiche che riscuotono tanto successo nella teoria giuridica contemporanea. Abbiamo bisogno di affrontare queste nozioni al fine di controllare il grado nel quale le nozioni contemporanei usate nel dibattito giuridico si sono allontanate rispetto alla nozione classica. Ma prima è necessario considerare un altro concorrente nell'arena moderna che, sebbene meno influente al livello teoretico,

---

<sup>24</sup> Cf. D.Hume, *Treatise on Human Nature* (1739) in *Hume Moral and Political Philosophy*, MacMillan, New York, 1948, p 141.

<sup>25</sup> N.MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p 166; citing A.Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, D.D.Raphael and A.L.MacFie (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1976, pp 129-37.

può rispondere alle percezioni di molte persone ordinarie: è l'idea di Patrick Devlin dell'uomo ragionevole.

Patrick Devlin non stava indagando circa la nozione giuridica di ragionevolezza in generale ma stava ponendo la questione più ristretta "come devono essere accertati i giudizi morali della società?". La sua risposta ruota intorno ad uno standard usato normalmente nel diritto inglese. E' lo standard dell'uomo ragionevole che non deve essere confuso, sostiene Devlin, con l'uomo razionale. "Non ci si aspetta che egli ragioni circa una qualunque cosa e il suo giudizio può essere in larga misura una questione di sentimenti. È il punto di vista dell'uomo della strada [...] l'uomo sul *Clapham omnibus*."<sup>26</sup> Devlin non accorda all'uomo ragionevole alcuna specifica capacità di ragionamento. Egli giudica e decide sulla base di sentimenti, eppure Devlin lo chiama "l'uomo di corrette vedute" (*the right-minded man*) oppure "l'uomo del banco della giuria" che esprime i giudizi morali della società. Ciò che sembra particolarmente degno di nota nella caratterizzazione di Devlin dell'uomo ragionevole è che questi identifica quel che è *socialmente accettato* e l'accettazione sociale non implica alcuna valutazione ragionata. La nozione di Devlin probabilmente è la più distante dal modello razionalistico classico ma è degna di nota perché associa l'uomo ragionevole con ciò che è socialmente accettato – con tutti i rischi che ciò può implicare nelle società anti-egalitariste o illiberali.<sup>27</sup> L'accettazione sociale è una delle facce della ragionevolezza nella dimensione oggettiva, come ho già notato.

### 3. *L'approccio della persona ragionevole dalla prospettiva giuridica e psicologica sulla negligenza.*

Dalla presentazione precedente possiamo riassumere alcuni punti fondamentali: 1) l'agente ragionevole classico è un modello che copre tutto il campo delle qualità etiche, incluse sia le qualità che portano al bene proprio dell'agente sia quelle che sono di beneficio per gli altri; 2) i modelli e le interpretazioni moderne e contemporanee sono riduttiviste rispetto al modello classico: da un lato la prudenza appare sempre centrata sull'interesse personale e dall'altro la ragionevolezza sembra riguardare soltanto il bene degli altri; 3) la concezione di Devlin è la più eccentrica tra quelle che abbiamo visto nella misura in cui disconnette interamente l'uomo ragionevole dall'uso della ragione, confidando invece soltanto nei suoi sentimenti. La concezione di Devlin è lontana dal modello classico ma ha senso al punto di vista dell'accettazione sociale: l'uomo ragionevole dimostra quel

---

<sup>26</sup> P.Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965, pp 14-5.

<sup>27</sup> Ad esempio, dovremmo considerare quel che socialmente accettato nella Germania nazista o nel Sudafrica dell'*aphartheid* o nelle antiche società schiaviste per comprendere come una certa interpretazione della ragionevolezza possa discostarsi di molto dalla giustizia.

che può essere moralmente accettato dall'uomo medio (nell'Inghilterra di Devlin). Tuttavia, la sua prospettiva è criticabile perché non si adegua al contenuto di *ragionevolezza* dell'agente ragionevole. Nella maggior parte dei casi le interpretazioni dell'agente ragionevole fanno proprio in un modo o nell'altro il contenuto di ragionevole, sebbene alcune di esse non trascurino del tutto neanche i suoi aspetti emotivi. La questione da porre a questo punto è se possiamo trarre dalla pratica contemporanea una comprensione equilibrata della ragionevolezza nella quale tutti i fattori del modello classico sono ancora operativi o, viceversa, la separazione che ho precedentemente notato tra ciò che è bene per l'agente e ciò che è bene per gli altri rimane centrale nella comprensione contemporanea della ragionevolezza. Nella misura in cui la ragionevolezza è un termine di uso interdisciplinare abbiamo bisogno di indagare nella pratica giuridica ed economica, facendo anche una rapida incursione nella psicologia. Dato il grado di influenza delle decisioni giuridiche nelle nostre vite, mi soffermerò in particolare su interpretazioni differenti della ragionevolezza nella pratica giuridica: è un'arena nella quale anche altre discipline come la teoria politica e la scienza economica convergono per dare il loro contributo.

Iniziando a recuperare quel che è rimasto del modello classico dell'agente ragionevole nella pratica giuridica penso che dovremmo innanzitutto guardare all'equilibrata interpretazione offerta da MacCormick nella sua indagine sulla ragionevolezza. Da un lato, abbiamo già visto come MacCormick caratterizza, almeno in parte, l'agente ragionevole, seguendo il modello di Adam Smith dello 'spettatore imparziale' e la sua capacità di trovare un equilibrio tra una pluralità di valori frequentemente in conflitto. Dall'altro lato, MacCormick elabora sulla ragionevolezza a partire da casi di negligenza nel diritto della responsabilità civile. Il diritto, sostiene, deve esprimere un equilibrio tra il valore della libertà di un individuo di perseguire le proprie attività e il valore della sicurezza delle altre persone di essere libere dal danno. Questo equilibrio deriva in una scala di gradi di diligenza (*due care*) come nel caso *Read v. J.Lyons & Co.Ltd.* che MacCormick discute. In quel caso il tribunale (House of Lords) ha affermato che l'agente ragionevole ha un obbligo di diligenza o diligenza ragionevole (*reasonable care*) nelle sue attività: il grado di diligenza varia secondo i rischi in gioco.<sup>28</sup> Per questo, un agente è irragionevole quando c'è negligenza nel grado di precauzioni impiegate rispetto alla pericolosità dell'attività. Di contro, l'attore non-negligente che usa un grado di precauzioni adeguato alla pericolosità della sua attività è ragionevole. Tale dipendenza della ragionevolezza dalla (non-) negligenza richiede una comprensione più dettagliata di quel che costituisce una condotta negligente. Dal mio punto di vista questo caso è un esempio utile a mostrare come lo standard della persona ragionevole – che qui funziona come requisito di "diligenza ragionevole – è spiegato nel modo migliore da (1) un approccio di giustizia correttiva, (2)

---

<sup>28</sup> Cfr. N.MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp 171-2; *Read v. J.Lyons & Co.Ltd.*, AC 156, 1947.

mirato a compensare una particolare situazione con tutte le sue specificità e con i rischi implicati e (3) basata sull'equilibrio di una pluralità di valori confliggenti. Alcuni dei criteri sul contenuto della ragionevolezza che ho introdotto all'inizio (si veda par. 1) trovano applicazione soggettiva attraverso lo standard della persona ragionevole che deve essere attentamente commisurato ad una comprensione della situazione di rischio.

Dal 1915 il contributo offerto dallo studioso americano Henry T. Terry ha tracciato i confini fondamentali della negligenza e, quindi, di quel che costituisce condotta irragionevole sulla base di criteri quali: l'ampiezza del rischio, il valore di quel che è esposto al rischio, l'utilità del rischio nel perseguire l'oggetto collaterale, la necessità del rischio.<sup>29</sup> Da questo elenco Terry deriva uno standard di apprezzamento della condotta ragionevole che pone in equilibrio fini che sono di valore da una prospettiva sociale e fini che sono tali da una prospettiva personale.

La prospettiva valutativa sulla ragionevolezza disegnata da alcuni teorici della negligenza sembra sovrapporsi al lavoro di psicologi che hanno investigato come le persone comuni prendano decisioni circa perdite e guadagni in condizioni di incertezza.<sup>30</sup> Due risultati della ricerca psicologica meritano di essere menzionati: "primo, nel percepire un dato risultato come perdita o guadagno gli agenti si appoggiano su una certa cornice di riferimento. Se la cornice si modifica, si modificherà anche la percezione del risultato. Secondo, gli psicologi hanno notato che le persone non vogliono una perdita più di quanto essi vogliano un guadagno. Questa tendenza, conosciuta come "avversione alla perdita", conduce le persone a scegliere anche opzioni relativamente rischiose al fine di evitare perdite. L'avversione alla perdita porta con sé anche un atteggiamento di "pregiudizio a favore dello status quo": le persone tendono a preferire lo status quo a qualsiasi mutamento, sia questo una perdita o un guadagno".<sup>31</sup> È importante ricordare un ultimo punto derivante dalle ricerche psicologiche che riguarda le relazioni dell'agente con altre persone. L'avversione alla perdita non funziona soltanto con rischi che riguardano il benessere dell'agente ma anche con rischi che implicano il benessere degli altri. "La cornice dell'agente ragionevole include sempre un'attenzione misurata ma seria per la sicurezza degli altri."<sup>32</sup>

L'elemento principale che emerge dalle descrizioni appena offerte è la centralità del rischio nel modellare la ragionevolezza. Tutti gli autori considerati pensano alla condotta dell'agente ragionevole in condizioni di incertezza e l'obiettivo delle sue scelte descrive il meglio che si possa ottenere, date le circostanze e senza mettere in pericolo la situazione dello status quo. La

---

<sup>29</sup> Cfr. H.T. Terry, *Negligence in Selected Essays in the Law of Torts*, 1924, pp 263-4.

<sup>30</sup> Cf. A. Tversky e D. Kahneman, "The Framing of Decision and the Psychology of Choice", *Science*, 211, 1981, p 456 ss.

<sup>31</sup> Cfr. i commenti di Li Feldman sulla ricerca degli psicologi: H. Li Feldman, "Science, Reason and Tort Law. Looking for the Reasonable Person", in *Current Legal Issues*, 1, 1998, pp 43-9.

<sup>32</sup> Li Feldman, cit., p 47.

valutazione è simile sia nel caso dei rischi che riguardano il benessere dell'agente sia nel caso di rischi che riguardano il benessere degli altri. Queste considerazioni descrivono un modello ben informato di agente ragionevole che connette di nuovo insieme prudenza e ragionevolezza (interpretate qui rispettivamente come un atteggiamento auto interessato e un atteggiamento interessato agli altri) in un insieme combinato di attitudini. Nel riferire i risultati degli psicologi Li Feldman descrive la persona ragionevole come qualcuno di prudenza ordinaria che agisce con la attenzione dovuta per la sicurezza degli altri.<sup>33</sup> Vorrei soltanto commentare rispetto alla sua descrizione che usare concetti come "ragionevolezza, prudenza e diligenza", con qualche grado di sovrapposizione tra l'uno all'altro, presenta rischi di inflazione concettuale. Partendo dall'uso di questi concetti nel diritto americano (v. nota 46), la filosofia analitica può suggerire una riorganizzazione che dia senso del significato etimologicamente corretto di ciascuno di essi. Una possibile via di uscita potrebbe essere quella di intendere la prudenza soprattutto come un concetto che riguarda l'agente stesso, la diligenza soprattutto come un concetto che riguarda gli altri, mentre la ragionevolezza rappresenterebbe un terreno intermedio. Questa interpretazione, da un lato, è plausibile nell'offrire una tesi ben informata dell'agente ragionevole che pone insieme descrizioni psicologiche e riflessioni valutative sulla pratica giuridica. Dall'altro lato, apre la strada a un confronto fertile con l'ideale – l'agente ragionevole classico – dalla cui frammentazione è nato.

#### 4. *L'agente ragionevole tra analisi economica del diritto e teoria del contratto sociale.*

Il confronto di posizioni che ho appena menzionato rappresenterebbe soltanto una interpretazione parziale delle posizioni nel dibattito, se perdessimo di vista le istanze di almeno due influenti concorrenti che discutono nel diritto della responsabilità civile per la migliore definizione dell'agente ragionevole e, quindi, della *negligence*. Questi concorrenti godono di grande sostegno nel *common law* della responsabilità civile – e di qualche riconoscimento anche nelle dottrine di *civil law*. Mi riferisco alla concezione economica dell'agente ragionevole, come sviluppata dagli autori dell'analisi economica del diritto e alla concezione Kantiana che ha trovato formulazione originale e influente nella teoria del contratto sociale di Rawls. In entrambi i casi credo che abbiamo un modello dell'agente ragionevole che enfatizza in qualche modo unilateralmente alcuni tratti del modello bene informato che ho presentato prima.

La concezione economica ruota intorno alla cosiddetta "Formula di Hand" che viene interpretata secondo criteri strettamente economici. Il giudice Learned Hand ha incasellato nella sua formula (1947) un metodo che era già applicato nell'area della *negligence*. La Formula di Hand è

---

<sup>33</sup> Li Feldman, cit., p 43.

diretta a precisare la comprensione della *negligence* come una questione di rischi, precauzioni e costi. È funzione di tre variabili: 1) la probabilità che il danno si materializzi; 2) la gravità dell'ingiuria che deriva se il danno si materializza; 3) l'onere delle precauzioni adeguate. Molto semplicemente Hand scrisse che il danneggiatore potenziale è negligente se ma soltanto se  $B > PL$ , laddove P sta per probabilità, L per perdita (*loss*) e B sta per il costo delle precauzioni. In altre parole la *negligence* entra in gioco quando il costo delle precauzioni è inferiore alla probabilità della perdita: il danneggiatore avrebbe potuto evitare l'incidente ad un costo in termini di precauzioni inferiore al costo dell'incidente. Ciò è di solito mostrato da una presentazione grafica che enfatizza come i costi attesi dell'incidente siano una funzione della diligenza (*care*).<sup>34</sup> L'uomo ragionevole in termini di analisi economica del diritto è un uomo razionale che non investe nel costo delle precauzioni al di là del punto nel quale queste divengono superiori al costo dell'incidente.

Tuttavia, dobbiamo fare attenzione a notare che la lettura economica della Formula di Hand, sebbene in linea con la direzione della formula, non è l'unica lettura possibile. Correttamente dice Gregory Keating che "la formula permette ma non richiede la valutazione economica delle variabili che identifica".<sup>35</sup> Rispetto a questo è importante considerare che, mentre la lettura economica presuppone che tutti gli interessi in gioco nell'applicazione della Formula di Hand siano commensurabili (p.e. fungibili in termini economici), il giudice Hand sembra aver pensato in termini di valori incommensurabili: la scelta delineata dalla sua formula implica una scelta tra incommensurabili.<sup>36</sup>

L'idea della diligenza (*due care*) che è alle spalle della Formula di Hand non ci presenta una tesi limitata dell'agente razionale il cui solo interesse è quello di incrementare la propria ricchezza. La diligenza implica in ciascuna situazione di conflitto giudiziale una decisione nella direzione dell'efficienza, di ciò che è meglio dal punto di vista dell'utilità sociale. In questa prospettiva la dottrina della "persona ragionevole media" aggiunge qualcosa alla Formula di Hand, enfatizzando che una tale persona agisca come agirebbe un agente economicamente razionale, se sostenesse sia i costi sia i benefici delle precauzioni.<sup>37</sup> Egli è motivato dall'obiettivo di massimizzare l'unità sociale complessiva e al fine di raggiungere questo obiettivo deve valutare l'imposizione dei rischi dal punto di vista del danneggiatore e dal punto di vista della vittima potenziale. Con tutta probabilità questa valutazione può implicare concezioni del bene diverse e incommensurabili che l'agente economicamente ragionevole può non essere ben equipaggiato a valutare in tutti i dettagli.

---

<sup>34</sup> Cfr. G.Keating, "Reasonableness and Rationality in Negligence Theory", *Stanford Law Review*, 48, 1996, p 329.

<sup>35</sup> Cfr. Keating, cit., p 332.

<sup>36</sup> Cf. Keating, cit., n.72.

<sup>37</sup> Cfr. R.Cooter and T.Ulen, *Law and Economics*, Pearson, Prentice Hall, 1988, p 360.

Nonostante i suoi limiti evidenti, la concezione economica dell'agente ragionevole è influente nel diritto dei *torts* perché la comprensione della negligenza e dei rischi in termini economici è la più plausibile. Non si può fare a meno di calcolare in termini economici il valore delle attività rischiose e la probabilità dei danni. La concezione economica dell'agente ragionevole sembra attribuire coerenza e senso a molti spunti in cui ci siamo già imbattuti nel descrivere la tesi classica. Per contro, la tesi classica sembra includere più elementi di quelli che appaiono nella concezione economica. Alcuni tratti della tesi classica, per come è intesa nella dottrina giuridica e nella giurisprudenza, possono essere afferrati propriamente soltanto dopo una riflessione sul concorrente principale della concezione economica: la teoria del contratto sociale.

Dopo l'influente presentazione da parte di John Rawls la teoria del contratto sociale non ha bisogno di molto altro in termini di introduzione. La sua idea di "*public reason*" è uno dei principali punti di riferimento nel dibattito contemporaneo di teoria politica. Il contributo di Rawls dopo *Liberalismo politico* può essere concepito come una teoria della giustizia che ruota sull'idea di "ragione pubblica", in altre parole un "liberalismo ragionevole". La ragionevolezza è pervasiva sia a livello di funzionamento delle istituzioni pubbliche sia a livello soggettivo degli agenti ragionevoli. Tuttavia il nocciolo della teoria di Rawls appartiene al dominio politico e la sua importanza richiede un trattamento separato. Qui voglio focalizzare soltanto i riflessi che la teoria del contratto sociale ha sugli agenti che si muovono nell'area della *negligence*.

In termini generali direi che Rawls interpreta la ragionevolezza in termini di *reciprocità* e cooperazione sociale. Come è ben noto, Rawls concepisce i cittadini come persone libere ed eguali, interessate alla cooperazione sociale per il vantaggio reciproco. Essi sono ragionevoli nella misura in cui "sono pronti a proporre principi standard come termini equi di cooperazione e ad osservarli volontariamente, avendo la certezza che gli altri si comporteranno nello stesso modo."<sup>38</sup> L'idea della reciprocità è centrale nel modello di società di Rawls nel quale persone ragionevoli vogliono cooperare l'una con l'altra in termini che tutti possono accettare. Il modello di Rawls è quello di una società giusta nella quale i principi di giustizia distribuiscono gli oneri e i benefici della cooperazione sociale. Quei principi sono ragionevoli nella misura in cui la distribuzione dei benefici e oneri di una certo assetto è migliore per gli svantaggiati rispetto ad un assetto alternativo.<sup>39</sup>

L'agente ragionevole, secondo la teoria del contratto sociale, è quello che applica la dottrina della diligenza (*due care*) imponendo precauzioni sui danneggiatori che equilibrano i rischi che questi impongono sulle vittime. Il compito del decisore ragionevole – sia come giudice *ex post* sia come legislatore *ex ante* – è quello di identificare un punto di equilibrio nel quale i costi delle

---

<sup>38</sup> J.Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p 49.

<sup>39</sup> Cfr. T.Scanlon, "Contractualism and Utilitarianism" in A.Sen and B.Williams (eds.) *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p 113.

precauzioni graverebbero sui danneggiatori meno di quanto trascurare le precauzioni peserebbe sulle vittime dell'attività rischiose. L'assunto generale che soggiace alla teoria del contratto sociale nel campo della *negligence* è che le persone affermano e perseguono concezioni del bene diverse e incommensurabili e vogliono sia la libertà di perseguire attività rischiose sia la libertà di essere sicuri dai rischi. Gregory Keating giustamente nota che la libertà di compiere attività rischiose può essere consentita dal diritto soltanto se il loro valore è tale da controbilanciare la perdita di sicurezza.<sup>40</sup> Non esiste alcun obiettivo comune di massimizzazione della soddisfazione totale delle preferenze come nella concezione economica in cui l'agente ragionevole usa una singola metrica del valore in tutti i casi. Piuttosto, attività e valori diversi devono essere presi al loro valore apparente ed equilibrati rispetto ad un background di cooperazione mutuamente benefica. Secondo l'approccio di teoria del contratto sociale, gli interessi umani sono spesso non commensurabili e l'apprezzamento della persona ragionevole deve operare intorno ad istituzioni sociali organizzate in modo che gli interessi fondamentali delle persone siano protetti, inclusi i danneggiatori e le vittime di rischi accidentali.

Quel che è ragionevole per l'agente della concezione economica e per l'agente della teoria del contratto sociale può essere rispettivamente caratterizzato attraverso i criteri opposti di efficienza e massimizzazione della ricchezza nel primo caso e libertà e responsabilità nel caso del contratto sociale. Tuttavia, in entrambi i casi la prospettiva dell'agente contempla criteri generali, perdendo probabilmente di vista non pochi aspetti dei casi particolari.

##### 5. *L'interpretazione della 'negligence' e della ragionevolezza in termini di etica delle virtù.*

È ora il momento di trarre i frutti della precedente discussione e di identificare le coordinate dell'agente ragionevole nel dominio della *negligence* secondo l'approccio della EV. Le teorie dominanti come l'utilitarismo – e la sua controparte economica, l'analisi economica del diritto – e la teoria del contratto sociale sono stati descritti come approcci di politica sociale orientati ad obiettivi di giustizia distributiva: efficienza nel caso dell'utilitarismo e dell'analisi economica del diritto ed equità nel caso della teoria del contratto sociale. Come ho già accennato, il primo approccio cerca di minimizzare i costi dell'incidente, quali che siano i reali diritti dei danneggiatori e delle vittime. Il giudice mira al perseguimento dell'efficienza sociale ed è ragionevole nella misura in cui realizza questo obiettivo. Invece, il giudice che vuole seguire l'esempio di Rawls nel diritto della responsabilità civile e vuole comprendere la *negligence* secondo i principi di equità può seguire

---

<sup>40</sup> Cfr. Keating, cit., p 324 ff.

l'interpretazione di Fletcher.<sup>41</sup> Egli applica il primo principio di giustizia alla responsabilità civile: abbiamo tutti il diritto alla massima sicurezza compatibile con una simile sicurezza per qualunque altro. Questo può essere tradotto in diritti dell'individuo per i danni sofferti a causa di attività rischiose. Il principio di libertà e gli interessi della società nel produrre attività rischiose sono un vincolo contro la loro proibizione, sebbene il principio di reciprocità di Rawls richieda di garantire compensazione quando qualcuno è stato soggetto a una parte sproporzionata di rischi ad opera di persone che hanno agito con *negligence*.

Quello che è particolarmente notevole in queste descrizioni della teoria della *negligence* è il punto di vista unilaterale della giustizia distributiva: è il punto di vista sociale quello che conta nell'apprezzamento di rischi e danni. Di contro, teorici come Jules Coleman credono che la struttura del diritto della responsabilità civile incorpori la giustizia correttiva nella misura in cui la condotta negligente e le perdite sono moralmente scorrette (*wrongful*).<sup>42</sup> In questi casi di scorrettezza morale, Coleman sostiene, dobbiamo guardare alla giustizia correttiva come giustizia tra parti private basata sulle norme locali. Le norme locali possono essere interpretate come convenzioni che sorgono entro comunità di individui: esse sono proibizioni contro rischi irragionevoli. Il fallimento nell'osservare queste convenzioni è a fondamento della giustizia correttiva.

Secondo la mia tesi gli approcci di politica sociale esprimono una comprensione plausibile del ruolo dell'agente ragionevole ma mostrano anche due limiti. Primo, questi approcci hanno senso specialmente dal punto di vista del legislatore che ha bisogno di pianificare politiche generali che avvantaggino la società nel suo insieme, o in termini di giustizia distributiva o in termini di massimizzazione della ricchezza. Essi però hanno meno senso dal punto di vista dell'attore e del convenuto. Secondo, vorrei aggiungere che gli approcci di politica sociale hanno senso da un punto di vista *ex ante*, prima che l'incidente effettivo, con tutte le sue particolari circostanze ed i suoi protagonisti, appaia sulla scena. Il legislatore può offrire linee guida generali in termini di politica sociale ma una volta che l'incidente è accaduto – *ex post* – sta al giudice mettere a fuoco tutti i particolari del caso e trovare una soluzione che ristori l'eguaglianza di posizioni tra il danneggiatore e la vittima – nel senso aristotelico: una soluzione di giustizia correttiva, come Coleman ha sostenuto.

È istruttivo notare come un'attenta lettura di casi famosi nel common law come *Donoghue v. Stevenson*<sup>43</sup> si avvicini maggiormente ad una comprensione in termini di giustizia correttiva ed etica delle virtù rispetto ad una comprensione nei termini degli approcci di politica sociale. *Donoghue* riguarda il diritto privato della compensazione delle offese e afferma chiaramente che "lo standard

---

<sup>41</sup> George P. Fletcher, "The Right and the Reasonable", *Harv. L. Rev.* 98, (1985).

<sup>42</sup> Jules L. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

<sup>43</sup> 1932 SC (HL) 31, [1932] AC 562.

di diligenza che ogni persona deve a ciascun'altra è la diligenza che un "uomo ragionevole" avrebbe per il bene dei suoi vicini nelle circostanze date."<sup>44</sup> I fatti del caso possono essere rapidamente riassunti così: Mrs. Donoghue bevve una birra allo zenzero da una bottiglia che conteneva i resti di una lumaca in decomposizione. Ella si sentì male e citò in giudizio il produttore, Mr. Stevenson. La House of Lords definì una regola che riguardava tutti i produttori di cibi e bevande nei casi in cui può derivare danno ai consumatori da difetti che non possono essere scoperti con una ispezione ordinaria. In questo caso credo che sia operativo un chiaro modello di giustizia correttiva nel quale la compensazione di un particolare torto richiede un grado speciale di diligenza: una persona ragionevole è tale quando il grado di diligenza esercitato può proteggere dai rischi tutte le persone potenzialmente influenzabili – è il caso che riguarda tutti i consumatori di birra allo zenzero. Lord Atkin sostenne un'estensione del dovere di diligenza verso tutti i produttori di articoli di comune uso casalingo, elencando come esempi medicine, saponi e prodotti per la pulizia. Egli guardava ad un principio di diligenza ragionevole che abbia una portata oggettiva ma che sia poi applicabile soggettivamente in ciascun caso. Vorrei enfatizzare anche come le applicazioni analogiche in casi ulteriori mostrano come la ragionevolezza soggettiva ponga in essere una particolare comprensione dei criteri della ragionevolezza che ho già introdotto: l'accettabilità sociale, il pluralismo dei valori, l'apertura dialettica verso gli altri. È mia opinione che la particolare comprensione dei fatti che si verifica nel ragionamento analogico sia un elemento contrario agli approcci di politica sociale quali interpretazioni corrette della ragionevolezza soggettiva. Ciò non significa che criteri come l'efficienza della massimizzazione della ricchezza non giochino mai un ruolo rispetto alla ragionevolezza: al contrario quei criteri nel ragionamento che riguarda il diritto della responsabilità civile sono spesso operativi, così come anche l'idea kantiana (e rawlsiana) di reciprocità. Invece, credo che ciascuno di questi criteri possa da caso a caso essere richiamato in azione, secondo le circostanze, per dare il suo contributo alla comprensione complessa di ciascuna particolare situazione. Lo standard della persona ragionevole può essere considerato come una espressione di ragionevolezza soggettiva nella misura in cui qualsiasi criterio oggettivo deve essere modellato sulla concreta situazione delle parti.

Tornando ora agli aspetti generali della contrapposizione teorica che stiamo descrivendo, è stato Aristotele il primo a distinguere tra la giustizia distributiva e la giustizia correttiva: quest'ultima concerne le transazioni volontarie e quelle involontarie. Quando un danno è stato inflitto "il giudice cerca di riportare questa situazione ingiusta verso l'eguaglianza, poiché è diseguale".<sup>45</sup> La giustizia correttiva è chiamata a compensare tutti quei tipi di sottrazione ingiusta che accadono sia nei casi di ferimento o morte accidentale sia nei casi di *negligence* nei quali la

---

<sup>44</sup> Cf. MacCormick, *Rhetoric*, cit., p 165.

<sup>45</sup> Aristotle, *Nicomachean Ethics*, transl. By T.Irwin, Hackett, Indianapolis, 1985, 1132 a 7-8.

perdita e il guadagno sono soltanto entità economiche. Quel che manca in questo quadro, come correttamente sottolinea Li Feldman, è una connessione tra giustizia correttiva e teoria delle virtù di Aristotele. Facendo seguito al suo precedente lavoro sulla psicologia della persona ragionevole, Li Feldman critica quel che ho chiamato gli approcci di politica sociale, sostenendo l'interpretazione delle prestazioni della persona ragionevole secondo l'etica delle virtù. Muovendo oltre una sua precedente descrizione della persona ragionevole,<sup>46</sup> ella vuole offrire una concezione normativa che sia coerente con la definizione giuridica: "il diritto della responsabilità civile valuta la *negligence* secondo la condotta della persona ragionevole di ordinaria prudenza che agisce con diligenza per la sicurezza degli altri."<sup>47</sup> Ella si pone l'obiettivo di mettere a fuoco i tre tratti che danno la misura della *negligence*: ragionevolezza, prudenza e diligenza (*due care*) per la sicurezza degli altri. Gli approcci di politica sociale, sostiene Li Feldman, non danno una descrizione soddisfacente dello standard di *negligence* che si è appena presentato perché perdono completamente la dimensione caratteriale che può essere catturata soltanto poggiando sull'approccio dell'etica delle virtù.

Condivido l'approccio simpatetico di Li Feldman per la tradizione dell'etica delle virtù e la sua attenzione per la qualità della vita umana che va molto più in profondità rispetto alle descrizioni alternative offerte dalle teorie morali moderne come la teoria kantiana, l'utilitarismo e gli approcci di politica sociale. Questo tipo di attenzione è espressa nel modo in cui la persona virtuosa sceglie e decide, esercitando sia le virtù morali sia quelle intellettuali, per esempio la *phronesis* di Aristotele. Nel revival dell'approccio dell'etica delle virtù rispetto al tema della *negligence* e della ragionevolezza e alle buone ragioni che la sostengono troviamo ancora una volta il modello classico dell'agente ragionevole. Questo sembra poggiare su ragioni pervasive che riguardano la vita buona dell'agente come un tutto e la realtà con molteplici sfaccettature nella quale deve trovare la propria strada.

Soltanto una cautela si dovrebbe aggiungere per un migliore apprezzamento del modello classico e per una reale comprensione dell'approccio dell'etica delle virtù: credo che la separazione operata da Li Feldman tra ragionevolezza, diligenza e prudenza, seguendo il diritto positivo americano, non renda un buon all'approccio dell'etica delle virtù che ella sostiene (v.par. 3). Se abbiamo ragioni per accettare l'approccio dell'etica delle virtù alla *negligence*, abbiamo anche ragioni per accettare la *phronesis* come concetto guida *de iure condendo* – come è stato mostrato rispetto al modello classico. In contrasto con l'interpretazione di Li Feldman delle tre virtù separate come ragionevolezza, diligenza e prudenza voglio sostenere l'ideale classico della *phronesis* che include tutte quelle qualità. L'argomento che si può avanzare è che se abbiamo ragioni per accettare l'approccio dell'etica delle virtù alla *negligence* non possiamo fare a meno di considerare la

---

<sup>46</sup> Cf. H.Li Feldman, "Science, Reason and Tort Law. Looking for the Reasonable Person", cit.

<sup>47</sup> 57A Am. Jur. 2d Negligence 7 (1989).

*phronesis* come una qualità di carattere che modella sia la vita buona dell'agente sia la sua vita morale: essa ha riguardo sia per quel che è bene per l'agente sia per quel che bene per gli altri.

## 6. *Conclusion*

In conclusione vorrei cercare di riassumere le linee principali di quel che ho presentato come un programma di ricerca ancora incompleto, mirato alla descrizione dei concetti e degli approcci che convergono nel definire il complesso standard della persona ragionevole. Sottolineo come le pretese della mia presentazione siano soprattutto descrittive di quel che accade nella pratica giurisprudenziale e normative solo nella misura in cui si rende necessario correggere la comprensione operata dal ragionamento giuridico attraverso approcci di politica sociale che trascurano le peculiarità di ciascun caso quale caso concreto nel quale è chiamata ad operare soprattutto la giustizia correttiva.

Innanzitutto, ho cercato di analizzare la portata riduttivista della nozione contemporanea di ragionevolezza soggettiva, partendo dal modello classico dell'agente pienamente ragionevole ovvero del *phronimos*. Da un lato, questo modello è ancora rilevante nella pratica giuridica nei termini dello standard della persona ragionevole, sebbene spesso appaia in una forma frammentata. Dall'altro lato, il modello classico dell'agente ragionevole conserva un importante ruolo del ragionamento pratico a sostegno delle nozioni valutative contemporanee. Rispetto allo standard della persona ragionevole, la discussione ha mostrato (1) una interpretazione dominante, sostenuta anche da prove psicologiche, secondo la quale la persona ragionevole è qualcuno che cerca di minimizzare i rischi in condizioni di incertezza. Può essere definita come una interpretazione orientata alla sicurezza personale. In questo senso la persona ragionevole coincide in larga misura con la nozione contemporanea di prudenza. Tuttavia, l'uso contemporaneo include anche (2) una interpretazione "morale" della persona ragionevole che sembra trarre spunto in larga misura dall'idea di diligenza (*due care*). In questo senso la persona ragionevole incorpora una "attenzione moralizzata" che apparteneva originariamente al modello classico. In qualche modo l'opposizione tra l'aspetto auto-interessato e l'aspetto moralizzato della persona ragionevole (3) trova le sue controparti nell'approcci di politica sociale come l'analisi economica del diritto e la teoria del contratto sociale. Secondo la prima teoria, la persona ragionevole è fondamentalmente un massimizzatore di ricchezza, interessato alla efficienza delle sue scelte, mentre la seconda teoria riconosce e sostiene la pluralità dei valori delle società contemporanee. Secondo la teoria del contratto sociale, il valore delle attività rischiose deve essere equilibrato con i diritti alla sicurezza delle vittime potenziali. Infine, (4) possiamo tornare ad apprezzare i meriti del modello classico

dell'agente ragionevole quando consideriamo l'ambito giuridico nel quale ci muoviamo come un ambito di giustizia correttiva anziché di giustizia distributiva, come sostengono gli approcci di politica sociale. Un approccio di etica delle virtù sembra in grado di offrire un utile contributo alla nostra comprensione di quel che dovremmo ragionevolmente aspettarci dagli altri e di quel che gli altri dovrebbero ragionevolmente aspettarsi da noi. Una volta ancora dobbiamo guardare alla *phronesis*, se vogliamo cogliere le diverse sfaccettature della persona ragionevole, sia pure adeguando il concetto al contesto delle attività rischiose nelle quali qualcuno ha agito fallendo nell'esercitare quel grado di attenzione e diligenza, necessario per proteggere altri da un rischio di danno prevedibile e irragionevole in una particolare situazione. È a questo punto che può entrare in gioco un modello bene informato di agente ragionevole, in grado di orientare la pratica. Qui il modello di carattere sembra dover precedere la definizione degli atti di condotta corretta e non viceversa e, vorrei aggiungere, non è un modello di carattere che debba limitarsi alla virtù della giustizia ma può contare su altre virtù a seconda degli ambiti giuridici. Data l'ampiezza degli orizzonti che si aprono, è evidente che questa ipotesi debba richiedere una trattazione separata.