

Lezione 10. Tutela inibitoria vs. tutela risarcitoria

“Economic policy involves a choice among alternative social institutions, and these are created by the law or are dependent on it”

- Ronald H. Coase

Una volta assegnato un diritto occorre chiedersi come tutelarne la titolarità (*entitlement*). Prendiamo due circostanze provenienti dai diritti di proprietà intellettuale: tutela dell'*entitlement* sul brevetto e tutela dell'*entitlement* sul diritto d'autore su opera musicale. Nel caso dei brevetti il titolare può vietare a terzi l'utilizzazione dell'invenzione, ma contestualmente (al netto di particolari fattispecie) il titolare del brevetto può concedere a terzi l'autorizzazione a utilizzare l'invenzione mediante una concessione di licenza normalmente previo un pagamento (*royalty*). Quindi al titolare del brevetto è permesso escludere/inibire le attività che interferiscano con il godimento pieno dell'*entitlement* ma anche di poter permettere mediante una negoziazione all'"interferente" di utilizzare l'invenzione a titolo oneroso, ovvero pagando una licenza. Discorso leggermente diverso si ha invece nel caso di opere musicali: ogni composizione e ogni testo di una canzone appartiene al relativo autore—per cui chi vuole utilizzare tali opere, come gli organizzatori di concerti, i produttori di supporti sonori, le emittenti radio e televisive, deve pagare i diritti d'autore; possiamo dire che poiché sarebbe molto costoso (in termini di costi di transazione) per tutti gli "utenti" negoziare con *ogni* autore singolarmente, esistono enti pubblici di gestione dei diritti delle opere musicali che stabiliscono un'indennità per gli autori e concedono le licenze per l'utilizzazione musicale. A differenza del caso dei brevetti non c'è una negoziazione tra il titolare dell'*entitlement* (l'autore) e "l'interferente" per stabilire il prezzo della licenza per l'utilizzo dell'opera; né c'è un consenso esplicito a quell'utilizzo da parte dell'autore. Ma questo avviene mediante una parte terza che stabilisce il prezzo di utilizzazione da parte di soggetti sprovvisti dell'*entitlement* sull'opera musicale.

Si possono distinguere quindi due tutele diverse su un *entitlement*: la prima, simile a quella concernente l'*entitlement* sui brevetti, è detta *protezione assoluta* o inibitoria (in inglese, *property rule*³⁴), mentre la seconda è detta *protezione relativa* o risarcitoria (*liability rule*). La protezione assoluta o inibitoria permette di

³⁴ Negli USA una tutela assoluta comporta l'istituto dell'*injunction*. Nei sistemi di *civil law* non esiste un unico istituto ma una pluralità.

inibire le attività potenzialmente lesive dell'entitlement ma anche di poter trovare una soluzione negoziata tra il titolare del diritto e "l'interferente". La protezione relativa o risarcitoria invece prevede un *risarcimento*, indennizzo o corrispettivo prestabilito da una terza parte delle attività potenzialmente lesive dell'entitlement. Le due tutele hanno "costi di funzionamento" diversi: la tutela assoluta predispone una negoziazione "coasiana" tra le parti sul prezzo dell'entitlement e quindi incorre in costi di transazione *stricto sensu*, mentre la tutela relativa prevede una valutazione del danno da parte di un "terzo" e perciò necessita di costi amministrativi o burocratici per tale valutazione (cioè costi di transazione *lato sensu*).

Quando è più efficiente una regola inibitoria piuttosto che risarcitoria? Per questo scopo dovremo quindi valutare i "costi di funzionamento" delle due tutele. Si considerino due circostanze di danno: (i) un conducente che con la propria auto danneggia un pedone e (ii) un proprietario il cui albero con i propri rami invada e danneggia il fondo del vicino. Quali costi di funzionamento hanno le due tipologie di tutela dell'entitlement in questi due casi? Il caso di incidente stradale che danneggia il pedone, sebbene nel caso specifico coinvolga solo due parti, è una tipologia di incidente che interessa una moltitudine di soggetti. Una tutela assoluta in capo ai pedoni significherebbe che *ogni* pedone potrebbe richiedere il blocco (inibizione) della circolazione automobilistica; almeno fintantoché *ogni* singolo automobilista non trovi un accordo con *ogni* singolo pedone. Come appare del tutto evidente una tutela inibitoria nel caso di incidenti stradali comporterebbe dei costi elevatissimi. E difatti, come approfondiremo nelle prossime lezioni, il diritto dei pedoni è tutelato tramite una tutela relativa (detta responsabilità civile): agli automobilisti è permesso circolare (anche se qualche pedone non sarebbe consenziente!) ma a condizione di fornire un risarcimento stabilito da una Corte in caso di danni ai pedoni. Nel caso in cui i rami entrino nel fondo di un vicino, i soggetti coinvolti e interessati sono due: il proprietario dell'albero e il proprietario del fondo. Una tutela assoluta permette al vicino di risolvere *unilateralmente* l'interferenza, reintegrando³⁵ il pieno godimento del proprio entitlement; salvo che il proprietario dell'albero potrebbe tentare di convincere il vicino a mantenere tale interferenza (dato che, per esempio, tagliare i rami potrebbe far morire la pianta). Dalla negoziazione può emergere un prezzo per il consenso del vicino. Di fatto tale negoziazione tra le parti è abbastanza "semplice" quindi appare più efficiente una tutela assoluta invece che relativa (che pertanto comporterebbe il coinvolgimento di una Corte tra l'altro sprovvista di informazioni importanti come la valutazione "soggettiva" dell'albero per il suo proprietario e del fondo per il suo vicino).

Un altro caso interessante è fornito dall'istituto dell'accessione: qualunque opera realizzata su un fondo appartiene al proprietario del fondo. Su tale proprietà si prevede una tutela assoluta, salvo alcuni casi. Uno di questi è il caso in cui un soggetto nella realizzazione di una costruzione sul proprio fondo occupi anche

³⁵ Le azioni di ripristino sono altri esempi di modalità di tutela riconducibili a questa categoria.

parte del fondo attiguo. Sotto alcune circostanze (es. temporali, buona fede, etc.), la Corte può assegnare, previo risarcimento, la costruzione sporgente sul fondo del vicino e il fondo occupato al costruttore dell'opera (accessione invertita). Questo vuol dire che sotto certe circostanze la proprietà del fondo ha una tutela assoluta, mentre sotto altre circostanze si stabilisce una tutela risarcitoria.

Notare che l'interferenza sull'entitlement sia nel caso di tutela inibitoria sia nel caso di tutela risarcitoria avviene solo a titolo oneroso. Nel caso di tutela assoluta tale onerosità è stabilita dal titolare dell'entitlement, nel caso invece di tutela relativa dal produttore della regola. Esiste, d'altro canto, una terza forma di tutela che traduciamo come inalienabilità (*inalienability*). Una *inalienability* vieta il trasferimento dell'entitlement per via onerosa (sia che il "prezzo" venga stabilito dal titolare come nella tutela assoluta sia che venga stabilito da una terza parte come nella tutela relativa). Un esempio è il divieto di commercio di sangue, ma il ragionamento può essere esteso anche al divieto di commercio degli organi affrontato nella lezione 7. Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto una regola di inalienabilità (spuria, si veda Box 10B) sul sangue può essere efficiente perché permette di "selezionare" i donatori "sani" (per esempio non portatori di epatite) ed evitare risultati distorti simili al mercato dei bidoni. Infatti la qualità del sangue è osservabile solo in maniera costosa perciò è opportuno accettare il sangue solo da persone motivate da sentimenti altruistici ed escludere quelle motivate dalla possibilità di ottenere un compenso monetario (e magari pronte a tacere su eventuali malattie a loro note).

	Tutela assoluta	Tutela relativa	<i>Inalienability</i>
Sanzione per "invasione"	p oppure $p + f$	$p - \varepsilon$	F con $F \rightarrow \infty$

Figura 10A: La sanzione nelle tutele

Riassumiamo quindi la distinzione tra tutele. La tutela assoluta stabilisce che solo il proprietario può disporre del diritto al prezzo p che egli decide. Ma in caso la regola venga violata, l'entitlement è tutelato in maniera assoluta e subentra una sanzione amministrativa o penale f ³⁶ per colui che ha violato lo stesso, oltre all'obbligo di "ripristino" p . Nel caso della tutela relativa al soggetto interferente è concesso di appropriarsi del diritto a condizione che risarcisca il proprietario per un equivalente che decide l'autorità e che dovrebbe approssimare (solitamente per difetto) il valore del diritto per il proprietario pari a p . Infine nel caso della *inalienability rule*, l'autorità sostanzialmente impone un prezzo pari ad infinito ovvero un divieto assoluto di compravendita. La regola semplicemente stabilisce che quel bene non è vendibile.

Seguendo però l'impostazione standard noi ci concentreremo solamente su forme di tutele onerose, come quella relativa e assoluta, e tralascieremo la regola di

³⁶ Detto *undefinable kicker*.

inalienabilità. Per cui ove i costi di transazione siano inferiori ai costi amministrativi della Corte, è efficiente stabilire un *entitlement* con una tutela assoluta o inibitoria. Invece se i costi di transazione sono rilevanti o più rilevanti dei costi amministrativi è efficiente stabilire una tutela relativa o risarcitoria.

Illustriamo il seguente esempio per mostrare la pluralità delle tutele risarcitorie e inibitorie. La famiglia *Robinson* che indichiamo con *R* chiama in giudizio la fabbrica dei fratelli *Venerdì* che indichiamo con *V* perché a detta di *R* la fabbrica produce un livello di inquinamento tale da danneggiare la vita e le attività della famiglia *Robinson*. La Corte ha le seguenti alternative riassunte nella figura 19:

- *Regola 1.* La famiglia *Robinson* ha un diritto ad avere un ambiente non inquinato e tale *entitlement* ha una tutela assoluta. Questo comporta che la fabbrica dei fratelli *Venerdì* dovrà chiudere salvo ottenere un consenso (oneroso) dalla famiglia *Robinson* per poter continuare la sua attività; si pensi per esempio al caso in cui i fratelli *Venerdì* propongono alla famiglia *Robinson* di trasferirsi in altro luogo e compensino questo trasferimento.
- *Regola 2.* *R* ha l'*entitlement* ma tale *entitlement* ha tutela relativa, quindi la fabbrica *V* può continuare la propria attività (e il proprio inquinamento) se è disposta a pagare a *R* un risarcimento di entità stabilita da una terza parte; si pensi per esempio agli sconti sul prezzo dell'energia previsti da un regolatore o dalle Corti per i residenti limitrofi a centrali elettriche o nucleari.
- *Regola 3.* *V* ha l'*entitlement* a svolgere la propria attività senza restrizioni. Questo comunque non preclude che *R* possa cercare il consenso di *V* nel "regolare" i livelli di inquinamento tramite una negoziazione privata.

Il caso nordamericano *Boomer v. Atlantic Cement Co.* (1970) ci permette di illustrare queste tre regole. Una fabbrica che produceva cemento fu chiamata in giudizio da alcuni residenti di abitati vicini. La richiesta dei residenti era che la fabbrica cessasse l'attività per l'inquinamento che ne derivava. Quello che i residenti richiedevano era quindi una soluzione analoga alla regola 1. La fabbrica cercava, di contro, di ottenere una decisione della Corte analoga alla regola 3. E invece la Corte, dato che con l'interruzione delle attività della fabbrica si sarebbero persi molti posti di lavoro, stabilì che la continuazione di tale attività richiedeva una compensazione di 185'000 \$ per ogni residente. Quindi la decisione della Corte fu analoga alla regola 2: la fabbrica poteva continuare la sua attività previo risarcimento per ogni residente.

A queste tre regole possiamo aggiungere per analogia una quarta.

- *Regola 4.* *V* ha l'*entitlement* a svolgere la propria attività ma *R* può bloccare l'attività di *V* se paga un risarcimento prestabilito da una Corte.

La regola 4 significa che la fabbrica ha l'*entitlement* a inquinare ma i residenti possono richiedere la cessazione di tale attività se sono disposti a pagarne i "danni" stabiliti da una Corte. Seppur bizzarra questa regola relativa fu applicata nel caso *Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development* (1972). La Corte Suprema dell'Arizona stabilì che i residenti avrebbero potuto evitare

l'inquinamento prodotto dall'attività della fabbrica se disposti a fornire un indennizzo, quantificato dalla Corte nei costi di trasferimento della fabbrica in altro luogo o di cessazione delle sue attività; nelle parole della Corte, "[to] indemnify [la fabbrica] for a reasonable amount of the cost of moving or shutting down".

Quindi una prima scelta che deve fare il produttore della regola è definire chi ha l'entitlement (ricordarsi l'ipotesi 1 nel Teorema di Coase). Poi deve stabilire se fornire una tutela assoluta oppure relativa—quest'ultima scelta dovrebbe basarsi, secondo la prospettiva dell'analisi economica del diritto, sulla valutazione dei costi di transazione; infine il produttore della regola nel caso di tutela relativa, e solo nel caso di tutela relativa, ha anche il compito di fornire una valutazione dell'interferenza dell'entitlement (ovvero, il risarcimento o l'indennizzo).

		Quale tutela?	
		Tutela assoluta o inibitoria	Tutela relativa o risarcitoria
Chi ha l'entitlement?	R	<i>Regola 1:</i> La fabbrica V deve negoziare un accordo con la famiglia R, se vuole continuare le proprie attività.	<i>Regola 2:</i> La fabbrica V deve pagare alla famiglia R un risarcimento (stabilito dalla Corte).
	V	<i>Regola 3:</i> La famiglia R può negoziare un accordo con la fabbrica V per "regolare" le emissioni di inquinamento.	<i>Regola 4:</i> La famiglia R può richiedere la cessazione delle attività della fabbrica V se è disposta a pagarne un indennizzo/risarcimento (stabilito dalla Corte).

Figura 10B: Le prime quattro forme di tutela dell'entitlement

Box 10A – Esproprio o espropriazione. L’esproprio o espropriazione rappresenta un esempio di tutela relativa. Il proprietario di una risorsa (materiale o immateriale) è tutelato da interferenze altrui, salvo che quella risorsa non sia utile per una pubblica utilità. In tal caso viene corrisposto un indennizzo dall’espropriante. Si pensi al caso di un’autostrada che deve passare su un terreno. Il carattere pubblico dell’opera (autostrada) comporterebbe alti costi di transazione se, nel caso di una tutela inibitoria, ogni possibile fruitore dell’opera dovesse contrattare e accordarsi con il proprietario del terreno su cui tale opera deve essere realizzata. E invece la previsione di un’indennità pecuniaria a carico dell’espropriante e a favore dell’espropriato permette di risparmiare tali costi di transazione. Quindi la comunità “può interferire” con il pieno godimento dell’entitlement da parte del proprietario del fondo, anche contro la volontà di quest’ultimo, ma pagando un indennizzo.

Box 10B – Inalienability. Secondo la definizione di Susan Rose-Ackerman (1985), l’inalienabilità è un qualsiasi tipo di restrizione sulla trasferibilità dell’entitlement. Rose-Ackerman distingue tra inalienability *pura* e *spuria*: mentre la prima vieta sia la vendita sia la donazione dell’entitlement, la seconda ammette un trasferimento ma solo come donazione.

	Donazioni permesse	Donazioni proibite
Vendita permessa	Automobile	Soggetti o imprese insolventi che non possono cedere gratuitamente attivi valutabili
Vendita proibita	Donazione organi	Demanio pubblico

Figura 10C: Permettere la vendita e/o la donazione?

BOX 10C – Il rischio. L’atteggiamento del soggetto davanti al rischio rappresenta un ulteriore criterio, strettamente legato al concetto di efficienza, che ci permette di analizzare le varie tipologie di tutela. Un soggetto *avverso* al rischio preferisce “situazione medie” alle “situazioni estreme”. In altre parole, il soggetto avverso al rischio sarebbe disposto a pagare (i.e. assicurarsi) per evitare eventi rischiosi. Questo significa che un danno, che per definizione è un evento probabilistico, a parità delle altre condizioni, dovrebbe essere a carico del soggetto meno avverso al rischio, per il quale quindi il rischio (la probabilità del danno) non rappresenta una notevole disutilità in se. Queste intuizioni su rischio e responsabilità risalgono ai primi lavori che rientrano nell’approccio di Analisi Economica del Diritto e che

sono ad opera di Pietro Trimarchi; tra gli altri, si veda: P. Trimarchi (1961), *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano: Giuffrè.

Lezione 11. *Optional law*

Allora il re ordinò: «Prendetemi una spada!».
Portarono una spada alla presenza del re.
Quindi il re aggiunse:
«Tagliate in due il figlio vivo
e datene una metà all'una e una metà all'altra».

- La Sacra Bibbia

OMESSO

Lezione 12. Responsabilità civile: efficienza ed equilibrio

“Life is painting a picture,
not doing a sum”

- Oliver W. Holmes, jr.

Da un punto di vista economico la responsabilità civile, extra-contrattuale o *aquiliana* (negli ambienti anglosassoni, *tort law*) concerne l'internalizzazione dei costi sociali associati con eventi dannosi non già previsti in un contratto. Le norme sulla responsabilità civile mettono in capo al danneggiante l'obbligo di *risarcire* la parte lesa qualora il danno sia conseguenza della sua condotta (nesso causale) e qualora l'interesse lesa sia protetto dall'ordinamento (quindi il danno sia frutto di atto illecito).

Questa lezione sviluppa il modello base che gli economisti utilizzano per esaminare le strutture di responsabilità civile. Come detto, la responsabilità civile rappresenta una forma di tutela relativa, diversa pertanto alla assoluta (che sviluppa una contrattazione coasiana) e all'inalienabilità. L'analisi economica si concentra principalmente sugli incentivi che i vari assegnamenti di responsabilità determinano sulla condotta dei potenziali danneggianti e potenziali danneggiati nel prevenire l'evento dannoso premunendosi con le opportune precauzioni.

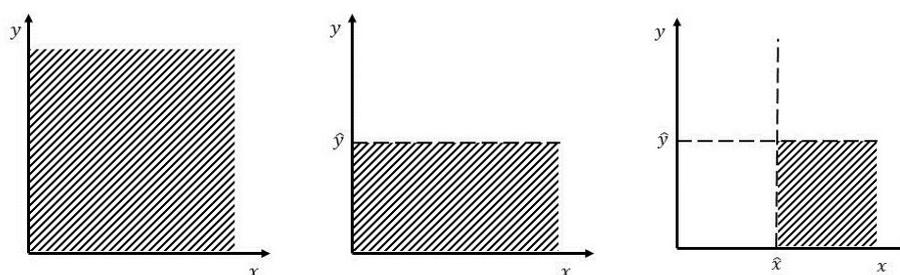


Figura 12A: Raffigurazione delle regole A1, B1 e B2

Per classificare i possibili regimi di responsabilità possiamo fare una prima distinzione:

- A. Si definisce *responsabilità oggettiva* un regime per cui l'attribuzione della responsabilità a un soggetto *non* dipende dal livello di diligenza suo o degli altri; quindi il soggetto è oggettivamente responsabile del danno *senza* possibilità di *liberarsi* da questa attribuzione.

Si definisce *responsabilità per colpa* un regime per cui l'attribuzione della responsabilità a un soggetto dipende dal livello di diligenza suo (e degli altri). Se il soggetto è stato diligente la sua azione non può essere biasimevole, e quindi egli non può essere ritenuto responsabile del danno. Cioè un soggetto può *liberarsi* della colpa se ha adottato la "diligenza dovuta"—un esempio di diligenza dovuta è definito dal limite di velocità per gli automobilisti.

Da cui distinguiamo i seguenti casi specifici:

A1. Nel campo della responsabilità oggettiva si indica con *strict liability* la situazione di responsabilità oggettiva per cui una parte è responsabile del danno cagionato in ogni circostanza (indipendente dalla diligenza sua o dell'altra parte). In un semplice grafico con il livello di prevenzione della "vittima" (x) sull'asse delle ascisse e quello del "danneggiante" (y) sull'asse delle ordinate e in cui l'area ombreggiata indica la situazione di responsabilità da parte del danneggiante, la regola di *strict liability* è rappresentata dal primo grafico sulla sinistra della figura 12A.

Per distinguere invece i regimi di responsabilità per colpa si indichi il livello di diligenza dovuta per la vittima con \hat{x} mentre per il danneggiante con \hat{y} . Quindi definiamo i seguenti regimi di responsabilità per colpa.

B1. Criterio semplice di colpa (*negligence rule*) è la situazione in cui la vittima è responsabile del danno a meno che il danneggiante sia stato negligente (ovvero, $y < \hat{y}$). Il criterio semplice di colpa è raffigurato nel grafico centrale in figura 12A.

B2. *Negligence rule with contributory negligence*: tradurremo questa regola come compensazione di colpa per il danneggiante; essa stabilisce che il danneggiante è responsabile se (i) è negligente rispetto a uno standard di diligenza (come nel caso di *negligence rule* in B1) e *contestualmente* (ii) la vittima non è negligente (a differenza del caso di *negligence rule* in B1); la vittima è invece responsabile del danno in tutti gli altri casi (grafico a destra nella figura 12A). Notare che per attribuire una responsabilità al danneggiante le due condizioni devono verificarsi contemporaneamente. In altre parole, se il danneggiante è stato negligente, allora questo si libererà ancora della responsabilità se la vittima è negligente dal punto di vista contributivo.

B3. C'è infine un ultimo caso che traduciamo (dall'inglese *comparative negligence rule*) come "concorso di colpa" che è raffigurato nella figura 12B. Questa regola stabilisce che chi è negligente è anche responsabile, e nel caso in cui ambedue le parti siano negligenti, allora entrambe sono responsabili parimenti o in una certa percentuale. In concorso di colpa nel caso in cui ambedue le parti falliscano nel prendere le prevenzioni dovute ogni parte sopporta una frazione del danno: indichiamo nella figura 12B con $(1 - q)$ la frazione per il danneggiante e (q) la frazione per la vittima.

Si noti che il criterio semplice di colpa e la regola di compensazione di colpa possono essere derivate dalla regola di concorso di colpa con le opportune

condizioni: con $q = 0$ si ottiene il criterio semplice di colpa, mentre con $q = 1$ si ottiene la regola di compensazione di colpa.

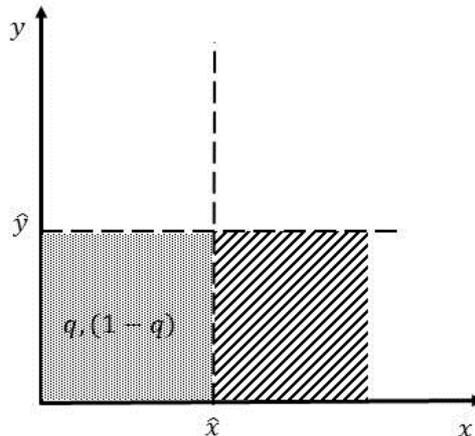


Figura 12B: Raffigurazione della regola B3

L'analisi economica del diritto investiga l'efficienza degli equilibri derivanti dalle varie tipologie di responsabilità. In generale, il modello considera i costi delle prevenzioni $C(x, y)$, la probabilità dell'evento dannoso $p(x, y)$ e l'entità del danno $L(x, y)$. È ragionevole assumere che un più alto livello delle prevenzioni aumenterà il costo e contestualmente diminuirà la probabilità del danno e la sua entità. L'obiettivo per l'analisi economica del diritto è quello di minimizzare il costo sociale, ovvero

$$\min_{x,y} p(x, y)L(x, y) + C(x, y)$$

Definendo il danno atteso come $D(x, y) = p(x, y)L(x, y)$, allora possiamo riscrivere tale condizione come segue

$$\min_{x,y} D(x, y) + C(x, y)$$

La figura 12C raffigura il problema basilare di responsabilità civile secondo l'analisi economica del diritto³⁷. Sull'asse delle ascisse individuamo la coppia dei livelli di prevenzione (x, y) , mentre l'ammontare in fiorini dei costi della prevenzione e il

³⁷ Le condizioni del primo ordine che risolvono la minimizzazione sono:

$$\frac{\partial D(x, y)}{\partial x} = - \frac{\partial C(x, y)}{\partial x}$$

$$\frac{\partial D(x, y)}{\partial y} = - \frac{\partial C(x, y)}{\partial y}$$

L'ottimo sociale si ottiene quando ambedue le condizioni valgono contemporaneamente.

valore del danno sono indicati sull'asse delle ordinate. Quindi la retta $C(x, y)$ illustra l'andamento del costo privato della prevenzione all'aumentare della medesima e assumiamo che tale funzione di costo sia lineare. Inoltre abbiamo considerato che le prevenzioni (x, y) riducano sia la probabilità p di accadimento di un certo danno sia la sua entità L ³⁸. Dalla somma tra la funzione di costo della prevenzione e la funzione di danno atteso otteniamo la funzione dei costi sociali attesi dell'incidente (al netto di alcuni costi che affronteremo successivamente e che chiameremo *transattivi-amministrativi*). Il risultato è una curva sociale a U, definita da $D(x, y) + C(x, y)$.

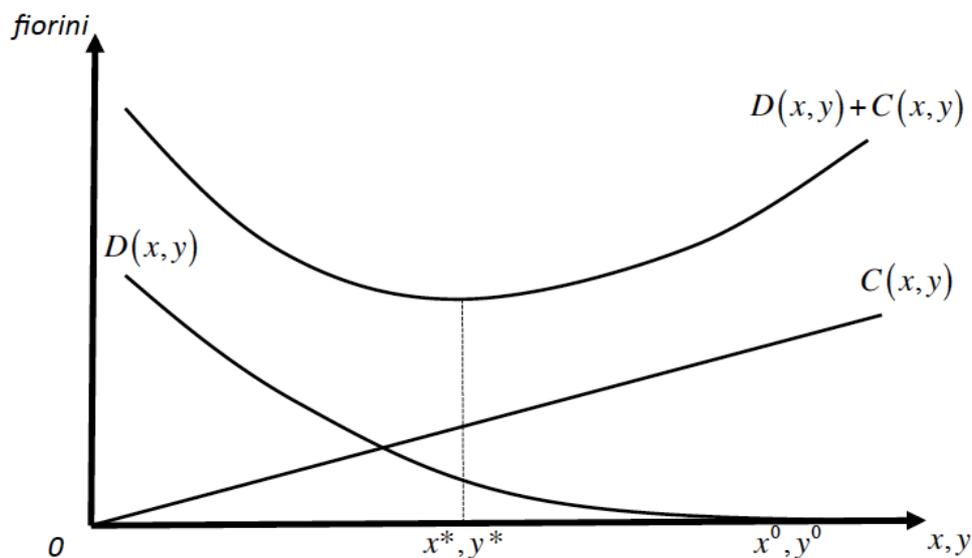


Figura 12C: La curva a U dei costi sociali

L'obiettivo dell'analisi economica del diritto è quello di stabilire un regime di responsabilità tale da minimizzare il costo sociale, ovvero tale da ottenere un livello di prevenzione (x^*, y^*) che conduca al livello più basso della curva ad U dei costi sociali. Si noti che l'ottimo sociale non coincide necessariamente con un livello nullo di danno atteso—nel caso in figura 12C tale livello è indicato da (x^0, y^0) —dato che devono essere valutati (al margine) i benefici derivanti dall'introduzione o dall'incremento di misure di prevenzione e i costi delle medesime. In altre parole i danni compresi tra $D(x^0, y^0)$ e $D(x^*, y^*)$ sono danni "necessari" nel senso che il costo per evitarli è superiore al beneficio derivante.

Per valutare quale equilibrio di prevenzioni emerga a seconda del regime di responsabilità (e se poi tale equilibrio sia efficiente) consideriamo un'interazione

³⁸ In particolare la curva del danno atteso D è convessa giacché si ritiene che la medesima variazione del livello di prevenzione riduca "di molto" il danno atteso quando il livello di prevenzione di partenza è basso mentre "di poco" quando il livello di prevenzione è già alto.

tra un Venerdì-ciclista e Robinson-pedone in termini di teoria dei giochi. Difatti il modo in cui una parte si comporta dipenderà spesso da come l'altra parte si comporta. Per esempio, quanto i pedoni saranno attenti nei confronti dei ciclisti dipende (anche) da quanto cauti i ciclisti tendono a essere (i pedoni potrebbero essere molto attenti poiché i ciclisti non sono cauti); e quanto sono cauti i ciclisti, in genere, potrebbe dipendere dalla usuale attenzione dei pedoni. La possibile interdipendenza delle azioni delle parti significa che se si vuole mostrare che alcuni tipi di comportamento rimarranno veri, si deve dimostrare che ci sarà un tipo di *equilibrio* (equilibrio di Nash), nel senso che nessuna parte vorrebbe cambiare unilateralmente il proprio comportamento.

Assumiamo che ogni soggetto possa scegliere tra due strategie: livello nullo di prevenzione (per esempio il soggetto è disattento) che indicheremo con x_0 e y_0 , o livello positivo che indicheremo con x_1 e y_1 . Assumiamo per semplicità che in caso di incidente solo il pedone subisca il danno, supponendo quindi che il ciclista nel nostro esempio stilizzato abbia danni nulli o comunque trascurabili—di solito chi è a piedi se viene investito da un bicicletta ha danni maggiori di quanti ne procura. Definito questo contesto strategico, studiamo il gioco in assenza di un regime di responsabilità, cioè una situazione in cui il danneggiante (Venerdì-ciclista) non sia mai responsabile del danno cagionato. Di seguito la bimatrice di questo contesto.

Assenza di responsabilità

		Ciclista	
		y_0	y_1
Pedone	x_0	$-C(x_0) - D(x_0, y_0),$ $-C(y_0)$	$-C(x_0) - D(x_0, y_1),$ $-C(y_1)$
	x_1	$-C(x_1) - D(x_1, y_0),$ $-C(y_0)$	$-C(x_1) - D(x_1, y_1),$ $-C(y_1)$

Figura 12D: Assenza di responsabilità

Dalla figura 12D sappiamo che per il ciclista la strategia y_0 domina la strategia y_1 . Quindi nel caso in cui fosse efficiente che il ciclista prendesse un livello positivo di prevenzione, questo equilibrio non sarebbe ottenuto da un regime di "assenza di responsabilità".

Sotto un regime di responsabilità oggettiva per il ciclista, quest'ultimo è responsabile dei danni indipendentemente dal livello di prevenzione preso da lui o dal pedone. Sotto questo regime è il pedone (vittima) ad avere una strategia dominante: x_0 . In particolare la responsabilità oggettiva per il ciclista scoraggia un livello positivo di prevenzione per il pedone. Perciò nel caso in cui fosse efficiente che il pedone o vittima scegliesse un livello positivo di prevenzioni, tale equilibrio

non sarebbe ottenuto con un regime di responsabilità oggettiva (si veda figura 12E).

Responsabilità oggettiva

		Ciclista	
		y_0	y_1
Pedone	x_0	$-C(x_0),$ $-C(y_0) - D(x_0, y_0)$	$-C(x_0),$ $-C(y_1) - D(x_0, y_1)$
	x_1	$-C(x_1),$ $-C(y_0) - D(x_1, y_0)$	$-C(x_1),$ $-C(y_1) - D(x_1, y_1)$

Figura 12E: Responsabilità oggettiva (A1)

In sintesi, la responsabilità oggettiva disincentiva una delle parti (colui che non sarà *mai* responsabile) a investire in prevenzione. E questo potrebbe scoraggiare a sua volta anche l'altra parte dal prevenire ottimamente l'evento dannoso.

Occupiamoci adesso della prima delle tre forme di responsabilità per colpa: criterio semplice di colpa (regola B1). Sotto tale regime il ciclista risarcisce i danni in tutti quei casi in cui non ha avuto la diligenza dovuta (indicheremo la diligenza dovuta con \hat{y}), mentre negli altri casi i danni ricadono sul pedone. Nei casi in cui il produttore della regola abbia stabilito che $\hat{y} = y_0$, allora la bimatrice è identica alla figura 12D (assenza di responsabilità); di fatto il ciclista non è mai responsabile dato che gli basta un livello nullo di diligenza per liberarsi della responsabilità. Un livello positivo di prevenzioni invece sarà scelto se $\hat{y} = y_1$, come illustrato in figura 12F, dato che la strategia y_1 domina³⁹ la strategia y_0 . Quindi nel caso in cui fosse efficiente che il ciclista prendesse un livello positivo di prevenzioni, tale equilibrio può essere raggiunto se il produttore della regola stabilisce proprio come diligenza dovuta il livello efficiente di prevenzioni (ovvero quello positivo).

A differenza della responsabilità oggettiva, una corretta definizione della diligenza dovuta può stimolare un livello efficiente di prevenzione da parte del ciclista/danneggiante. Consideriamo la situazione in cui la minimizzazione del costo sociale richieda un livello positivo di prevenzioni e che il produttore della regola abbia opportunamente stabilito che $\hat{y} = y_1$, allora il ciclista sceglierà y_1 e di conseguenza il pedone opterà per un livello di prevenzione x_1 quando $-C(x_0) - D(x_0, y_1) < -C(x_1) - D(x_1, y_1)$ mentre opterà per x_0 in caso contrario. La scelta conseguente del pedone sarà efficiente dato che sceglierà x_0 quando è efficiente *à la* Kaldor-Hicks che emerge l'equilibrio (x_0, y_1) mentre

³⁹ Dobbiamo ragionevolmente assumere che $C(y_1) < C(y_0) + D(x_0, y_0)$ e $C(y_1) < C(y_0) + D(x_1, y_0)$.

sceglierà x_1 quando è efficiente *à la* Kaldor-Hicks che emerge l'equilibrio (x_1, y_1) . In sintesi, quando la diligenza dovuta è stabilita al livello efficiente, il regime di responsabilità con criterio semplice di colpa determina un equilibrio efficiente.

Criterio semplice di colpa

		Ciclista	
		y_0	$\hat{y} = y_1$
Pedone	x_0	$-C(x_0),$ $-C(y_0) - D(x_0, y_0)$	$-C(x_0) - D(x_0, y_1),$ $-C(y_1)$
	x_1	$-C(x_1),$ $-C(y_0) - D(x_1, y_0)$	$-C(x_1) - D(x_1, y_1),$ $-C(y_1)$

Figura 12F: Criterio semplice di colpa (B1)

Studiamo ora un regime di compensazione di colpa (regola B2). Anche in questo caso con un'appropriata definizione dei livelli di diligenza \hat{x} e \hat{y} si può stimolare un livello positivo di prevenzioni per entrambi i soggetti e poter ottenere l'equilibrio in cui i costi sociali siano minimizzati. Per esempio assumiamo che la situazione efficiente sia quella in cui ambedue le parti scelgano un livello positivo di prevenzioni: (x_1, y_1) . Tale situazione diviene un equilibrio se il produttore della regola ha stabilito come diligenza dovuta i livelli $\hat{x} = x_1$ e $\hat{y} = y_1$ come in figura 12G⁴⁰.

Compensazione di colpa

		Ciclista	
		y_0	$\hat{y} = y_1$
Pedone	x_0	$-C(x_0) - D(x_0, y_0),$ $-C(y_0)$	$-C(x_0) - D(x_0, y_1),$ $-C(y_1)$
	$\hat{x} = x_1$	$-C(x_1),$ $-C(y_0) - D(x_1, y_0)$	$-C(x_1) - D(x_1, y_1),$ $-C(y_1)$

Figura 12G: Compensazione di colpa (B2)

Infine consideriamo il caso di concorso di colpa con livelli di diligenza dovuta tali che $\hat{x} = x_1$ e $\hat{y} = y_1$. Come negli altri casi di responsabilità per colpa, il concorso

⁴⁰ Si noti che se i livelli di prevenzione (x_1, y_1) sono efficienti, allora x_1 è strategia dominante per il pedone.

di colpa determina l'equilibrio efficiente se i livelli di diligenza stabiliti dal produttore della regola sono efficienti (si veda figura 12H).

Concorso di colpa

		Ciclista	
		y_0	$\hat{y} = y_1$
Pedone	x_0	$-C(x_0) - q[D(x_0, y_0)],$ $-C(y_0) - (1 - q)[D(x_0, y_0)]$	$-C(x_0) - D(x_0, y_1),$ $-C(y_1)$
	$\hat{x} = x_1$	$-C(x_1),$ $-C(y_0) - D(x_1, y_0)$	$-C(x_1) - D(x_1, y_1),$ $-C(y_1)$

Figura 12H: Concorso di colpa (B3)

Ne emerge che in tutte le forme di responsabilità per colpa, l'equilibrio di Nash coincide con il risultato efficiente, *almeno quando il livello di diligenza è definito appropriatamente con il livello efficiente*. (Come vedremo nella lezione 14, la fissazione di un livello di diligenza ottimale può non essere sempre una condizione valida.) Nel caso di responsabilità oggettiva la vittima invece sceglierà sempre un livello nullo di prevenzione compromettendo il raggiungimento dell'equilibrio efficiente.

La prossima lezione (la lezione 13) considera due circostanze particolari nell'ambito della responsabilità civile: la cd. regola di Hand, ovvero una regola efficiente di responsabilità per colpa e (l'efficienza di) la responsabilità oggettiva nel caso di danni unilaterali. La lezione 14, invece, analizza le debolezze caratteristiche delle regole di responsabilità oggettiva e per colpa, introducendo il concetto di costi amministrativi-transattivi.

Lezione 13. La responsabilità nel caso di danni unilaterali e la Regola di Hand

If the probability be called $[p]$; the injury L ; and the burden $[C]$;
liability depends upon whether C is less than L multiplied by p ;
i.e., whether C is smaller than pL .
(United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

- Judge Learned Hand

Questa lezione si divide in due parti. Nella prima si dimostra che sotto certe condizioni la responsabilità oggettiva è superiore in termini di efficienza alla responsabilità per colpa. Nella seconda si introduce ed analizza la cd. regola di Hand.

Un danno può avere natura unilaterale e bilaterale.

- Se il danno atteso $D(x, y)$ diminuisce all'incrementare del livello di prevenzione di *solo* una parte, si parla di danno con natura unilaterale (o con prevenzione unilaterale); per esempio, con $D(x_0, y_0) > D(x_1, y_1) = D(x_0, y_1)$ il danno non dipende dal livello di prevenzione x della vittima-pedone, ma solo da quello del danneggiante-ciclista.
- Se il danno atteso diminuisce all'incrementare del livello di prevenzione di entrambe le parti, si parla di danno con natura bilaterale (o con prevenzioni bilaterali); ovvero, $D(x_1, y_1) < D(x_1, y_0) < D(x_0, y_0)$ e $D(x_1, y_1) < D(x_0, y_1) < D(x_0, y_0)$.

Quindi il danno atteso con natura bilaterale si riduce se ambedue le parti hanno preso livelli positivi di prevenzione. Come abbiamo visto nella figura 12E, questo non accade *mai* nel caso di responsabilità oggettiva e invece può verificarsi nel caso di responsabilità per colpa (figure 12F, 12G, 12H) se il produttore della regola ha stabilito come livello di diligenza dovuta quello efficiente. Quindi in caso di prevenzioni bilaterali, la responsabilità oggettiva è sempre inefficiente, mentre la responsabilità per colpa può essere efficiente.

E cosa accade in caso di danno unilaterale? Possiamo identificare due sotto-casi:

1. solo una parte può prendere le prevenzioni che riducono il danno atteso, per esempio solo il ciclista-danneggiante, ovvero $D(x_1, y_1) = D(x_0, y_1) < D(x_0, y_0) = D(x_1, y_0)$;
2. ambedue le parti possono prendere le prevenzioni che riducono il danno ma non è necessario che le prendano insieme, ovvero $D(x_1, y_1) =$

$D(x_0, y_1) = D(x_1, y_0) < D(x_0, y_0)$. Siamo in una circostanza pertanto in cui le prevenzioni sono alternative.

Il primo sotto-caso può essere illustrato da un incidente ferroviario/aereo: il danno può essere ridotto solo se il proprietario del vettore ha predisposto le prevenzioni adeguate (esempio manutenzione), ma non dipende dalle prevenzioni dei passeggeri (che questi scelgano di viaggiare con un casco in testa non riduce il danno atteso derivante da un incidente). In questo caso un regime di responsabilità per colpa (se la diligenza dovuta per il danneggiante è stabilita al livello ottimo) determina un equilibrio efficiente. Ma anche una responsabilità oggettiva in questa circostanza è efficiente: come in figura 12E, la vittima non prenderà prevenzioni (ma queste sarebbero marginalmente irrilevanti) mentre il proprietario del vettore sceglierà un livello di prevenzioni che minimizza il costo sociale, dato che coinciderà con il suo costo privato.

Il secondo sotto-caso invece può essere illustrato dalla circostanza in cui un modello di autoveicolo mostri un difetto di fabbrica. Sia l'automobilista sia la casa automobilistica possono prevenire il danno (es. incidente o rottura del motore), il primo sottoponendo a un controllo accurato di un meccanico il proprio autoveicolo, mentre la casa automobilistica potrebbe ritirare e sistemare le auto difettose. È invece inefficiente che ambedue prevenivano il danno (duplicando i costi di prevenzione) dato che il malfunzionamento può essere riparato con l'azione di una qualunque delle due parti (i.e. prevenzioni alternative). In particolare c'è un aspetto di efficienza legato al costo informativo che ci porta a preferire una responsabilità oggettiva in capo al produttore dell'auto invece che all'automobilista. L'automobilista potrebbe prevenire il danno (es. incidente o rottura del motore) se ottiene le informazioni su questo malfunzionamento e lo ripara, ma tali costi informativi sono molto alti dato che ogni automobilista dovrebbe individualmente e volontariamente attivarsi per far verificare (e riparare) dal proprio meccanico ogni possibile malfunzionamento del veicolo. Di contro, tali costi informativi sono inferiori per la casa automobilistica se, per esempio, riscontra che uno o più malfunzionamenti di quel modello da lei prodotto e commercializzato sono "atipici" e ricorrenti. Con una responsabilità oggettiva la casa automobilistica ha l'incentivo ad attivarsi per prevenire danni e a un costo informativo relativamente più basso rispetto ai singoli automobilisti.

Detto altrimenti, nel caso di prevenzioni unilaterali la responsabilità oggettiva è efficiente; lo è pure la responsabilità per colpa, ma il livello di diligenza deve essere stabilito al livello ottimale (e come vedremo nella prossima lezione questo non è sempre valido). A causa di questo vantaggio della responsabilità oggettiva nel campo delle prevenzioni unilaterali, i regimi di responsabilità oggettiva hanno avuto una forte espansione nella casistica del danno da prodotti. L'idea è nel caso in cui una delle parti coinvolte in un danno (di natura unilaterale e con prevenzioni alternative) sia più informata dell'altra, o possa ottenere le informazioni a un costo minore, è efficiente assegnare la responsabilità oggettiva al soggetto più informato. È questa la ratio sulla quale si basa la normativa sulla responsabilità per prodotti difettosi, che assegna una responsabilità oggettiva al

produttore—sul fronte europeo merita di essere citata la direttiva 85/374 CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

La seconda parte di questa lezione invece introduce la Regola di Hand, che fu definita nel 1947 dal Giudice Hand in un caso con danno unilaterale e prevenzioni alternative: *United States v. Carroll Towing Co.* (1947). Nel porto di New York i marinai di un rimorchiatore, incaricati di trasferire del materiale su una delle chiatte ancorate al molo, non trovando nessun operatore a bordo della medesima, avevano personalmente sciolto e riformato l'ormeggio; tale operazione aveva determinato tuttavia la collisione con una nave e l'inabissamento della chiatta e del suo carico. Il proprietario della chiatta ha quindi chiamato in giudizio il proprietario del rimorchiatore per l'operazione svolta dai marinai, mentre il convenuto ha eccepito che l'incidente si era verificato a causa dell'assenza dell'insergente sulla chiatta. Il Giudice Learned Hand fu chiamato a stabilire se la responsabilità fosse del proprietario del rimorchiatore o di quello delle chiatte; da una parte, il primo non aveva eseguito in modo diligente l'operazione di separazione delle chiatte, dall'altra il secondo non aveva predisposto alcun dipendente per compiere tale operazione. Sarebbe bastato che uno delle due parti avesse tenuto una condotta diligente per evitare il danno (prevenzioni alternative).

Occorreva pertanto stabilire a chi assegnare la responsabilità del danno. Per tale fine il Giudice Hand formulò una "regola", divenuta nota come regola di Hand, che faceva dipendere l'attribuzione della responsabilità da tre elementi:

1. la probabilità che avvenisse l'incidente p ,
2. la gravità dei danni derivanti dall'incidente L e
3. infine il costo C delle precauzioni che avrebbero ridotto/evitato l'incidente stesso.

Il soggetto che avrebbe potuto ridurre il danno al costo minore (*least-cost avoider*), era responsabile del danno, secondo Hand. Nel caso specifico, Hand considerò come responsabile del danno il proprietario delle chiatte dato che non aveva previsto la presenza di un operatore sulla chiatta e tale presenza, che comportava un costo irrisorio (o comunque inferiore rispetto alle prevenzioni che avrebbe potuto prendere il proprietario del rimorchiatore), avrebbe ridotto la probabilità e l'entità del danno.

La Regola di Hand prevede pertanto che sia ritenuto negligente e perciò responsabile il soggetto che non abbia preso le prevenzioni *sebbene sarebbe stato efficiente che queste fossero prese*. Il livello di diligenza, secondo la regola di Hand, è calcolato mediante una valutazione costi/benefici, che sancisce che una parte debba considerarsi in colpa se il costo marginale della prevenzione è minore del beneficio marginale risultante dalla medesima.

Una forma “estesa” della Regola di Hand è stata implicitamente applicata in due interessanti casi⁴¹ concernenti due gravi patologie e i rispettivi trattamenti medici: il caso glaucoma (*Helling v. Carey*, 1974) e il caso svizzero Myozyme (DTF 136 V 395, 2010). Il glaucoma è una patologia che può portare alla cecità se non diagnosticata allo stato precoce. L’incidenza del glaucoma per un soggetto di età inferiore ai 40 anni è di 1 caso ogni 25.000, mentre nel caso il soggetto sia over 40 l’incidenza è di 1 caso ogni 100 soggetti. Il test del glaucoma consisteva in un semplice screening non invasivo e poco costoso che impiegava l’oculista per circa 10 minuti. Nel caso specifico, il convenuto Helling consultò per la prima volta l’oculista Carey (l’imputato) nel 1959 per una miopia. L’oculista prescrisse al convenuto delle lenti a contatto. Nei 10 anni successivi il convenuto si rivolse più volte all’oculista a causa di una forte e persistente irritazione e l’oculista indicò nelle lenti a contatto la causa di tale problematica. Ma solo nel 1968 il convenuto scoprì (grazie al test del glaucoma) che tali irritazioni erano dovute al fatto che era affetto da un glaucoma e che ciò avrebbe comportato negli anni seguenti la cecità. Il convenuto allora sostenne che l’oculista avrebbe dovuto fare il test del glaucoma molti anni prima (appena le irritazioni si manifestarono), prevenendo quindi l’evento dannoso (glaucoma e conseguente cecità), mentre l’oculista si difese affermando che tale test (in conformità alle linee guida mediche) non era necessario per soggetti come il convenuto di età inferiore ai 40 anni. La Corte stabilì che l’oculista era negligente dato che, sebbene la probabilità di glaucoma

⁴¹ Ulteriori casi possono chiarire il significato di questa regola. Alcuni giorni di gran freddo provocarono la rottura dei tubi dell’acqua di una casa causando danni all’abitazione. La Corte nel caso *Blyth v. Birmingham Water Works* (1856) ritenne non responsabile la compagnia che gestiva la rete idrica perché l’abbassamento di temperatura che aveva causato il danno non aveva precedenti e quindi la probabilità di danno era molto bassa; inoltre i danni non erano così rilevanti. Questo comportò che il danno atteso dall’evento dannoso fu ritenuto minore dei costi di prevenzione derivanti dal posizionamento delle tubature a un livello più basso. Un altro caso interessante è *Adams v. Bullock* (1919): un ragazzo di dodici anni attraversando un fiume su un tram elettrico fece oscillare un cavo sul ponte; il filo toccò i cavi del tram che correvano sui binari determinando uno shock elettrico che infortunò il ragazzo, il quale intentò causa. La Corte diede ragione all’imputato (la compagnia di tram) perché la probabilità di tale evento era molto bassa, mentre i costi di prevenzione sarebbero stati ingenti – isolare i fili di tutta la rete o modificarne il loro tracciato. È interessante osservare che questi due casi precedono temporalmente la decisione del giudice Learned Hand nella causa *United States v. Carroll Towing Co.* (1947), come se Hand, autore di una sentenza divenuta storica per gli studi di analisi economica del diritto, non avesse fatto altro che esplicitare un metodo già conosciuto e applicato.

Un altro caso rilevante è *Hendricks v. Peabody Coal Co.* (1969). Un ragazzo di sedici anni fu ferito mentre stava nuotando in una miniera abbandonata, che con le piogge si riempiva di acqua. La compagnia mineraria fu reputata responsabile del danno perché, come scrisse la Corte, “l’intera area poteva essere chiusa con una ringhiera del costo di 12-14.000 dollari” (traduzione dell’autore). Il costo era quindi irrisorio comparato al rischio a cui il ragazzo era andato in contro. Un ultimo caso importante è *Perkins v. Texas and New Orleans Ry. Co.* (1962). Una compagnia ferroviaria non fu ritenuta responsabile dei danni causati da uno dei suoi treni che viaggiava oltre i limiti di velocità dato che l’evento dannoso non sarebbe stato evitato se il treno avesse mantenuto una velocità entro i limiti. Questo significa che una riduzione della velocità (indicante il costo della prevenzione) non avrebbe ridotto la probabilità dell’evento dannoso per cui la compagnia ferroviaria, coerentemente con la Regola di Hand, non era da considerarsi negligente.

per un under 40 sia molto bassa, il costo del test era relativamente inferiore. La decisione della Corte può essere riformulata come segue:

- Con y_1 indichiamo il livello positivo di prevenzione: viene effettuato il test del glaucoma prima dei 40 anni.
- Il costo del test è valutabile in circa 30\$ (10 minuti del tempo dell'oculista). Quindi $C(y_1) = 30\$$.
- La probabilità dell'evento è data dall'incidenza del glaucoma nei soggetti under 40, ovvero: $p = \frac{1}{25.000}$.

Secondo la Regola di Hand l'oculista dovrebbe essere considerato negligente se non ha svolto il test al costo $C(y_1)$ quando il beneficio derivante, calcolato come $p(y_1)L(y_1)$, era maggiore. Ovvero l'oculista è negligente se $\frac{1}{25000}L > 30 \rightarrow L > 750.000$. Quindi se il danno derivante dalla cecità è valutabile in un ammontare superiore a 750.000\$ per la Regola di Hand l'oculista è da ritenersi responsabile. Questo fu anche il parere della Corte⁴².

Un'altra implicita utilizzazione della Regola di Hand è nel caso Myozyme che concerne la problematica dei cosiddetti farmaci orfani (*orphan drugs*)⁴³. Nel 2007 alla Signora F., una paziente di 67 anni, fu diagnosticata una forma di glicogenosi di tipo 2, o malattia di Pompe, una rara malattia genetica progressiva. L'unico medicamento disponibile per il trattamento di questa malattia era il Myozyme; medicamento con effetti moderati che può alleviare i sintomi della malattia ma non può post-porre o impedire l'esito fatale della malattia. Tale medicamento dopo circa un anno e mezzo di trattamento produce un incremento delle capacità deambulatorie valutato in circa un +8% delle distanze percorribili dal paziente. Nell'Ottobre del 2007 l'ospedale X chiese all'assicurazione malattia della paziente l'autorizzazione a curarla con il Myozyme. L'assicurazione malattia, ritenendo il trattamento troppo costoso (500.000-600.000 CHF l'anno), rifiutò di rimborsare il medicamento e bloccò tale trattamento. Dopo la sospensione del trattamento le condizioni della paziente si deteriorarono considerevolmente. La Signora F. chiamò quindi in causa la cassa malati. In ultima istanza, l'assicurazione malattia non fu considerata responsabile dalla Corte Federale svizzera poiché si ritenne che il medicamento non apportasse un beneficio terapeutico sostanziale e che il suo costo fosse relativamente sproporzionato. Si sottolineò inoltre che essendo i mezzi finanziari a disposizione limitati, consacrare risorse ad una malattia, per

⁴² Il danno L può essere valutato in 678.000\$ che è il danno medio previsto dalle Corti in cause simili che hanno portato alla cecità dei pazienti. D'altro canto questo danno è una media di cause che coinvolgevano sia pazienti under sia over 40. È verosimile pensare che il danno per un soggetto più giovane sia sostanzialmente superiore a quello per un soggetto molto anziano.

⁴³ Un farmaco orfano è un medicinale efficace nel trattamento di patologie rare, la cui domanda sul mercato è insufficiente a coprire i costi di produzione. In alcuni ordinamenti per spingere le case farmaceutiche a produrre questi farmaci si dispongono particolari tutele monopolistiche e per questo hanno prezzi elevatissimi. D'altro canto, la maggior parte di questi farmaci alleviano il dolore ma non curano la malattia.

quanto rara, significa privare un altro settore sanitario di tali risorse. Facendo riferimento alle pratiche adottate nei paesi vicini si ritenne che una soglia di 100.000 CHF per anno di vita guadagnato, corretto per la qualità della vita, fosse generalmente giudicato un ammontare ammissibile.

Lezione 14. Alcune estensioni dell'analisi economica della responsabilità civile

“Dove men si sa,
più si sospetta”

- Niccolò Machiavelli

La minimizzazione dei costi sociali sin qui affrontata tiene conto della perdita L dovuta all'evento dannoso, della probabilità p di questo e dei costi di prevenzione C , ma non considera i costi transattivi-amministrativi per rendere effettivo un regime di responsabilità. Per costi transattivi-amministrativi intendiamo principalmente due tipologie di costi sociali:

- (i) le difficoltà e inefficienze dovute a un errore nella definizione del danno e
- (ii) le difficoltà e inefficienze dovute a un errore nella definizione della diligenza dovuta nel caso di responsabilità per colpa.

Per errore si intende una definizione del danno o della diligenza dovuta diversa da quella che sarebbe corretta secondo il criterio dell'efficienza—certamente l'errore “economico” potrebbe derivare dal fatto che ci sono altri criteri su cui sono stabiliti danno e diligenza dovuta.

Un tribunale può commettere un errore sulla misura del danno e, nel caso di responsabilità per colpa, sulla definizione del livello di diligenza dovuta. Quindi mentre l'errore sul danno concerne sia la responsabilità oggettiva sia la responsabilità per colpa, l'errore sulla diligenza dovuta coinvolge solo le forme di responsabilità per colpa. Tali errori possono portare a equilibri inefficienti e quindi determinare costi (opportunità) sociali.

Valutiamo prima l'impatto dell'errore sulla valutazione del danno nel caso di responsabilità oggettiva e nel caso di responsabilità per colpa. Tale errore è più probabile quando il danno non è strettamente una perdita pecuniaria, come per esempio nel caso di oggetti affettivi, lesioni che coinvolgono la salute degli individui, l'integrità fisica o il benessere emotivo. Nel caso di responsabilità oggettiva se c'è una sovra-stima da parte della Corte del danno, allora si avrà un sovra-livello di prevenzione, mentre se è sottostimato si determinerà un sottolivello di precauzioni. Quindi ogni errore sulla valutazione del danno nel caso di responsabilità oggettiva comporta un livello inefficiente di prevenzione e quindi determina un costo sociale.

Focalizziamoci adesso sul caso di errore nella valutazione del danno sotto un regime di responsabilità per colpa. Nella figura 14A la valutazione corretta del

danno è indicata dalla curva 2, mentre la curva 1 illustra un errore in eccesso, e le curve 3 e 4 un errore in difetto. Nel caso di criterio semplice di responsabilità per colpa, le valutazioni del danno descritte dalle curve 1, 2 e 3 conducono al medesimo livello di prevenzioni efficienti y^* (assumendo, per il momento, che il livello di diligenza sia quello ottimale), sebbene le curve 1 e 3 denotino un errore di valutazione del danno. Il risultato cambia nel caso della curva 4: in questo caso la minimizzazione del danneggiante conduce a un livello più basso di prevenzioni, \bar{y} . Ciò mostra che *ogni* errore in eccesso sulla valutazione del danno (come la curva 1) e *piccoli* errori in difetto (come la curva 3) non hanno effetti sui livelli efficienti di prevenzione. Invece se il danno è sostanzialmente sottostimato come nel caso illustrato nella curva 4, il livello di prevenzione sarà inferiore al livello efficiente. Perciò se il danno è complesso da definire, la responsabilità per colpa funziona meglio della responsabilità oggettiva dato che emergono equilibri inefficienti (e costi sociali) solo nel caso limitato in cui ci sia una sottostima sostanziale del danno.

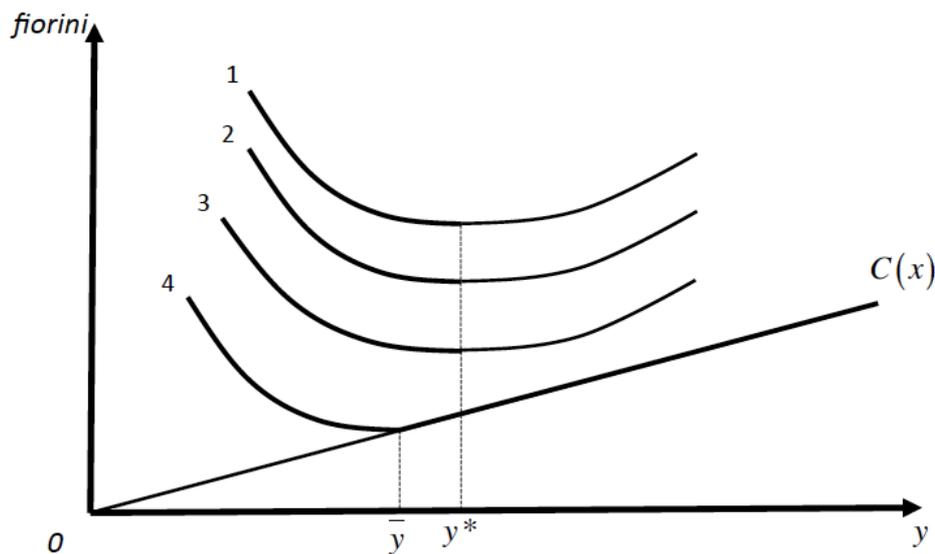
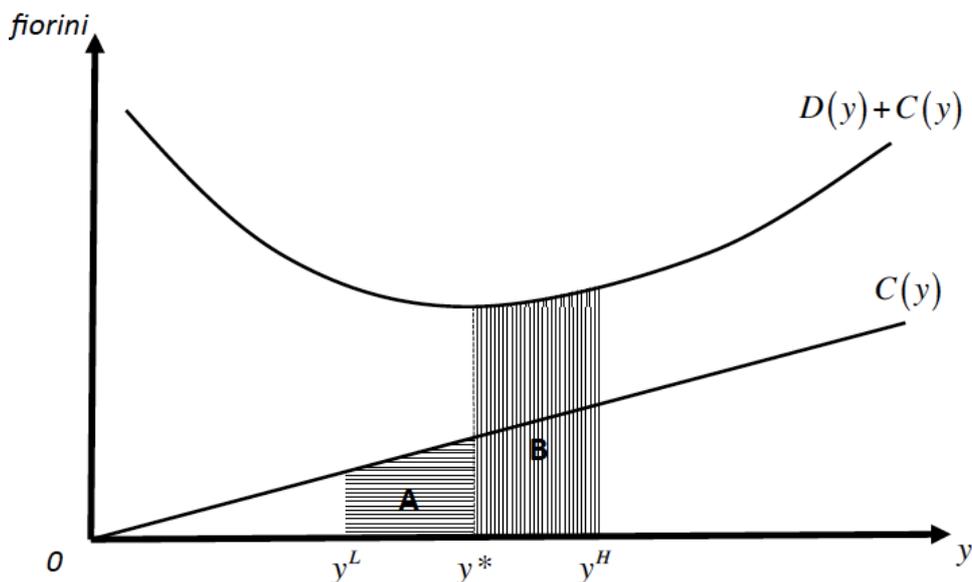


Figura 14A: Errore in eccesso o per difetto nella definizione del danno (riadattata da Cooter et al. 2006).

Si consideri ora la seconda tipologia di costo transattivo-amministrativo, che concerne l'errore sulla valutazione della diligenza dovuta; in particolare, analizziamo il caso in cui ci sia *incertezza* sulla stima che il giudice farà della diligenza dovuta. Infatti nella nostra tradizione è consuetudine fare riferimento come standard di diligenza, laddove non esistano specifiche norme o regolamenti, alla *diligenza del buon padre di famiglia*, ossia alla diligenza che normalmente ci si attende da una persona media. Questa formulazione riduce una parte dei costi transattivi-amministrativi necessari alla definizione della diligenza dovuta in ogni singola fattispecie ma può creare incertezza negli agenti che non sono in grado di anticipare correttamente il livello di diligenza dovuta che stabilirà la Corte se

chiamata in causa. Proprio per questo motivo sono spesso le stesse associazioni di categoria a dotarsi di un “codice deontologico” che definisca i requisiti standard delle proprie attività⁴⁴ ai fini della responsabilità civile (questo dovere generale di diligenza può manifestarsi come diligenza del buon mandatario, del buon professionista, del buon amministratore, etc. a seconda dei contesti specifici). In figura 14B mostriamo l’effetto di una sottostima e poi di una equivalente sovrastima da parte della Corte della diligenza dovuta. L’area A descrive la circostanza in cui il livello di diligenza dovuta è inferiore a quello ottimale, $y^L < y^*$. Invece se il giudice sovrastima la diligenza dovuta, il danneggiante è considerato responsabile del danno fino al livello di diligenza y^H e questo gli comporta un costo atteso definito dall’area B. È evidente che una possibile sovrastima distorca maggiormente il sistema di una possibile sottostima: l’area B infatti è più grande dell’area A. Questo implica che nel caso di errore nella definizione della diligenza dovuta si tenderà *in media* a prendere più precauzioni di quanto sarebbe ottimale; per esempio i medici sono portati a fare test ridondanti ma facilmente riscontrabili, come un elettrocardiogramma invece che l’ascolto del battito cardiaco del paziente dopo una serie di esercizi, proprio per evitare di essere considerati in colpa anche nei casi di una definizione errata della diligenza dovuta da parte del giudice⁴⁵. Siamo in una circostanza in cui gli agenti preferiscono investire in prevenzioni “osservabili” ed evidenti (anche se non necessarie od opportune) per evitare di essere considerati negligenti.



⁴⁴ Il caso glaucoma (*Helling v. Carey*, 1974) illustrato nella lezione 13 è rilevante anche perché la Corte non ha seguito un livello di diligenza analogo a quello stabilito dalle linee guida mediche, avanzando infatti un livello di diligenza superiore. Di solito, e ancora oggi è così, invece la Corte si attiene agli standard stabiliti dalle associazioni “competenti”.

⁴⁵ Una crescente letteratura si occupa dei costi e inefficienze di queste pratiche, cd. *malpratiche* mediche.

Figura 14B: Incertezza sulla definizione della diligenza dovuta (riadattata da Cooter et al. 2006).

E quindi, nel caso di responsabilità per colpa un errore di questo tipo “produce più costi sociali” di un errore sulla valutazione del danno. È perciò su questo tipo di errore (definizione della diligenza dovuta) che il giudice dovrebbe prestare maggiore attenzione piuttosto che su errori relativi alla valutazione del danno. Ne emerge, in conclusione, che nella minimizzazione dei costi sociali devono essere considerati anche i costi sociali derivanti da errori della Corte nelle varie circostanze. In questo senso, come ha per primo notato Guido Calabresi,

“Le regole di responsabilità dovrebbero mirare a minimizzare i costi sociali degli incidenti, cioè la somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi [es. errori]” (Calabresi 1970, traduzione dell’autore).

Un’ulteriore estensione dell’analisi sulla responsabilità civile vi comprende i casi di insolvenza. Per insolvenza del danneggiante si intende la circostanza in cui il danneggiante non può far fronte al risarcimento. Questo può distorcere (o meglio ridurre) gli incentivi del danneggiante dato che questi comunque compenserà solo in parte (coerentemente con la propria dotazione economica) il danno cagionato. Per ovviare al problema dell’insolvenza del danneggiante possiamo considerare le seguenti soluzioni (non necessariamente alternative):

- affiancare alla responsabilità civile la responsabilità penale o amministrativa. L’incentivo alla precauzione non è quindi dato solo dalla sanzione pecuniaria che è limitata dal grado di insolvenza del soggetto, ma anche dalla sanzione penale o amministrativa. Per esempio, negli incidenti stradali l’incentivo per gli automobilisti a guidare in modo prudente è dato sia dalla sanzione pecuniaria (spesso mediata dall’assicurazione) sia dalle potenziali sanzioni penali. Ciò può compensare le inefficienze dovute alla possibilità di insolvenza e incentivare i soggetti a prendere le prevenzioni ottimali.
- Una seconda soluzione sta nell’obbligo di risorse minime (si pensi, per esempio, alle condizioni finanziarie minime richieste per svolgere attività pericolose, come il trasporto del gas). Le parti con risorse inferiori a un ammontare specifico possono essere bloccate dallo svolgere una qualche attività che può comportare danni superiori alle loro disponibilità.
- Una terza soluzione è la regolamentazione diretta del comportamento del soggetto in grado di determinare un danno ma non in grado di compensarlo – esempio, un’autorità che preveda che i camion che trasportano gas o esplosivi seguano certi percorsi o viaggino in certi orari).
- Un’ulteriore soluzione può essere quella di far gravare su un terzo, che si assume la responsabilità residuale (paga se i fondi del responsabile primario sono insufficienti), come nel caso delle assicurazioni negli incidenti stradali

per la parte eccedente la franchigia, o diviene responsabile in solido (la parte lesa può rivalersi indifferentemente sull'uno o sull'altro), come nel caso di fidejussioni negli appalti pubblici e privati.

- Un'ultima tipologia di responsabilità che limiti la circostanza di insolvenza è la responsabilità vicaria: vi sono casi in cui un soggetto deve rispondere del fatto illecito commesso da altri. Detto altrimenti, si impone la responsabilità (detta vicaria) su una parte – il principale – per alcune o tutte le perdite causate da una seconda parte – l'agente, secondo il principio *respondeat superior*. La ragione economica della responsabilità vicaria sta nel fatto che l'agente potrebbe essere insolvente per i danni cagionati, e quindi prendere un livello inefficiente di prevenzioni. Il vicario, quindi, sostituisce l'agente nella compensazione del danno, evitando che l'insolvenza comporti un sottolivello di prevenzioni. In questo caso è bene sottolineare che si assume che il principale abbia una relazione con l'agente tale da permettergli di osservare e condizionare il livello di prevenzione di quest'ultimo. Se il principale può osservare e controllare il livello di prevenzione dell'agente, allora l'imposizione della responsabilità vicaria indurrà il principale a obbligare l'agente a esercitare la prevenzione ottimale, perché questo ridurrà i pagamenti attesi delle responsabilità del principale. Su questa ragione economica risiedono gli esempi di responsabilità vicaria rappresentati dai datori di lavoro per fatto dei dipendenti, e dell'appaltatore per fatti dei suoi subappaltatori. Inoltre, molto spesso, il vicario è il soggetto più adatto in termini informativi/razionali per prendere talune decisioni che coinvolgono altri soggetti, come nel caso dei genitori o precettori per fatto dei minori loro affidati.

Occupiamoci infine della circostanza in cui ci sia una pluralità di vittime⁴⁶: studiamo quindi l'istituto dell'azione collettiva. Dal punto di vista economico possiamo indicare tre ragioni principali che sottendono questo istituto:

1. l'entità del danno per ogni singolo danneggiato può essere relativamente molto bassa rispetto ai costi dell'azione giudiziaria in cui incorrerebbe; e quindi anche se il danno è complessivamente rilevante, ogni singolo

⁴⁶ Come una pluralità di vittime, esistono casi di una pluralità di danneggianti; si parla in questo caso di responsabilità congiunta. Per esempio, si consideri il caso *Sindell v. Abbott Laboratories et al.* (1980): Il dietilstilbestrolo (DES) è un estrogeno di sintesi utilizzato in passato per prevenire gli aborti. Nel caso specifico la figlia ormai adulta di una donna alla quale era stato prescritto il DES durante la gravidanza della stessa ha citato in giudizio i maggiori produttori del farmaco. Secondo la ricorrente l'assunzione del farmaco da parte della madre durante la gravidanza le ha fatto sviluppare in età adulta un cancro. La Corte Suprema della California stabilì che la ricorrente potesse ottenere il risarcimento dei danni senza dover provare quale azienda avesse prodotto e commercializzato il farmaco assunto dalla madre (responsabilità oggettiva). L'ammontare del risarcimento è stato stabilito secondo un criterio di proporzionalità alla quota di mercato che le singole aziende produttrici del DES detenevano. Per cui le imprese hanno contribuito al risarcimento in accordo alla propria quota di mercato (principio della responsabilità proporzionale).

danneggiato può essere *apatico* nell'agire contro un danneggiante. L'azione collettiva permette invece di risparmiare, accorpandoli, alcuni costi dell'azione.

2. Un'altra ragione economica per l'azione collettiva è informativa. I danneggiati singoli possono non essere consapevoli e informati del danno cagionato da una terza parte, come in molti casi di prodotti difettosi o potenzialmente nocivi. Un'associazione che difenda gli interessi del gruppo può raccogliere e fornire queste informazioni ai singoli danneggiati e coordinarli per un'azione collettiva.
3. Un'ultima ragione per l'azione collettiva è quella di evitare comportamenti di *free-riding*. Dato che è costoso proporre e seguire un'azione singolarmente, ognuno tenderà di aspettare che a proporla e effettuarla sia *l'altro*, approfittando poi dei benefici "pubblici" della decisione del giudice. Ma così facendo, in equilibrio, nessuno proporrà e realizzerà un'azione contro un danneggiante. L'azione collettiva permette di ridurre i casi di *free-riding* dato che i soggetti coinvolti in un danno sono tutti (o quasi) raccolti in un'unica azione e associazione.

Negli ordinamenti nazionali degli stati europei l'istituto dell'azione collettiva concerne, in particolare, questioni in materia ambientale/urbanistica e di tutela del consumatore. Tale istituto negli stati europei stabilisce che siano associazioni ed altre organizzazioni autorizzate dagli statuti a difendere gli interessi di determinati gruppi di persone a proporre azioni collettive. A differenza dei modelli di *class action* statunitensi, i danneggiati non possono entrare o uscire (*opt-in o opt-out*) dall'azione del gruppo. Se lo statuto di un'associazione prevede la possibilità di un'azione collettiva anche i danneggiati che non vogliono agire dovranno seguire comunque quanto stabilito dall'associazione (nei metodi previsti dalla medesima). Un'altra caratteristica distintiva dell'azione collettiva europea rispetto a quella statunitense sta nella tutela prevista. Se nel modello statunitense è prevista una tutela risarcitoria (talvolta con maxi-risarcimenti che prevedano danni punitivi) a seguito dell'azione collettiva – risarcimenti che poi sono suddivisi tra danneggiati e avvocato/i – invece nel caso europeo si definisce esplicitamente una tutela inibitoria per l'azione di gruppo. Una tutela inibitoria piuttosto che risarcitoria potrebbe quindi disincentivare l'azione collettiva dato che non c'è un ritorno strettamente monetario derivante da quella azione. Ma se da una parte possono essere scoraggiate azioni che sarebbe efficiente proporre, dall'altro sono disincentivate anche azioni "frivole", nel senso che sono intraprese *solo* per il ritorno monetario per l'associazione (o una parte di questa) piuttosto che per difendere gli interessi dei singoli danneggiati.