



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesca Scotti

**L'utilizzo del diritto romano come fonte
persuasiva nella giurisprudenza inglese: una
decisione della House of Lords in materia di
responsabilità civile e nesso di causalità**

Numero XI Anno 2018

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

L'UTILIZZO DEL DIRITTO ROMANO COME FONTE PERSUASIVA NELLA GIURISPRUDENZA INGLESE: UNA DECISIONE DELLA HOUSE OF LORDS IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE E NESSO DI CAUSALITÀ

SOMMARIO : 1. Il diritto romano come fonte persuasiva nella giurisprudenza inglese e la figura di Alan Rodger – 2. Il caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22 – 3: a. I fatti; b. Il problema giuridico alla base dei tre ricorsi; c. I principi di diritto coinvolti; d. *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1WLR 1: il precedente principale su cui si è fondata la decisione dei Law Lords; e. Il caso dei cacciatori imprudenti: analogie con *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22; f. La decisione dei Law Lords e le sue ragioni di policy – 4. Alcuni testi del titolo D. 9.2 *Ad legem Aquiliam* come fonte persuasiva nelle motivazioni di Lord Rodger of Earlsferry – 5. *Addendum*.

1. *Il diritto romano come fonte persuasiva nella giurisprudenza inglese e la figura di Alan Rodger*

Esiste in Inghilterra e in Scozia un filone di pensiero che considera il diritto romano lo strumento alla luce del quale costruire una teoria generale del diritto inglese o comunque dare al diritto inglese un assetto sistematico, pur essendo questo ordinamento nato su basi puramente empiriche. Al contempo, molti accademici appartenenti a questa corrente sono riusciti a far sì che le stesse decisioni giurisprudenziali inglesi tenessero conto del diritto romano, sia pure nella forma di «autorevole “fonte

storica”¹: in certi casi ciò è avvenuto direttamente in quanto tali studiosi, nel ricoprire anche il ruolo di giudici, hanno nelle proprie sentenze citato il diritto romano, in altri sono stati giudici diversi a richiamare le opinioni dei romanisti inglesi relative alla disciplina classica romana formatasi su casi analoghi a quelli sottoposti al loro esame.

Ad esempio, Geoffrey Samuel, Professor of Law nella Kent Law School, va ricordato soprattutto per aver sottolineato come sia il diritto romano, sia il common law siano nati e si siano sviluppati sulla base di impulsi sociali piuttosto che su uno schema sistematico e armonico². Ciononostante, a detta di Samuel, il diritto romano si può concepire in termini di “sistema” in quanto fondato sui pilastri del *ius civile*, *ius gentium* e *ius naturale* e sistematizzato da Gaio e Giustiniano mediante lo schema *personae-res-actiones*. Di conseguenza, secondo l’Autore, un ordinamento complesso come quello del diritto romano potrebbe fornire le giuste informazioni ai fini della comprensione e riconduzione a sistema del moderno diritto inglese³.

¹ La citazione è tratta da G. CRISCUOLI-M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, 49, che limita l’«ausilio che il diritto romano ha fornito e continua a fornire alle corti come autorevole “fonte storica” nelle emissioni di sentenze in materia» al caso in cui manchino «“precedenti” diretti o norme legislative vincolanti».

² Cfr. F. GIGLIO, *Roman Law in the Modern English Legal Literature*, in *Il Diritto romano nella civilistica europea. Convegno internazionale. Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 16 e 17 gennaio 2014*, a cura di L. Maganzani - *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*. A cura della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Cattolica di Milano, 62, Gennaio-Aprile 2015, 56 ss.

³ Tra i giuristi inglesi «with a solid Roman law background» che hanno esaminato gli sviluppi del diritto moderno inglese alla luce del diritto romano, è poi da menzionare David Ibbetson, Regius Professor of Civil Law nell’Università di Cambridge (cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 58 s.). Questo giurista è preso in considerazione specialmente per gli studi condotti sulle obbligazioni in generale e sul “tort of negligence” in particolare. Egli ha avuto il merito di sottolineare la crisi attuale degli studi di diritto romano in Inghilterra dopo la grande stagione (degli anni ’60 del Novecento) degli studiosi del calibro di David Daube, Alan Watson, Barry Nicholas a Tony Thomas:

pochi, infatti, hanno preso il posto di queste «enthusiastic minds», considerato anche il ruolo assai limitato che il diritto romano ha giocato negli ultimi anni nei piani di studio delle Facoltà di Giurisprudenza inglesi (cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 59 – anche le parole fra virgolette sono sue –). Ad avviso di Ibbetson, spiega GIGLIO, *Roman Law*, cit., 59, la struttura essenziale del tort of negligence e l'imposizione della responsabilità nel caso di violazione di un obbligo di diligenza («breach of a duty to take reasonable care») sono direttamente o indirettamente derivate dal diritto romano. L'analisi accurata di questo giurista nella ricerca storica fornisce, secondo GIGLIO, *Roman Law*, cit., 59, un contributo essenziale «to keep up the small light of Roman law in the English-speaking academic circles and even in the judiciary», come confermerebbe anche «one reference to Professor Ibbetson's work in the English judiciary» (per il relativo riferimento processuale cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 59, nt. 11). Da ricordare anche è David Johnston, Queen's Counsel (membro, cioè, del collegio degli avvocati – barristers – della Regina Elisabetta) e predecessore di Ibbetson nella Regius Chair dell'Università di Cambridge (alla quale Johnston rinunciò nel 1999 per tornare a svolgere l'attività forense in Scozia), secondo cui la conoscenza romanistica può facilitare la comprensione del diritto inglese, ad es. a coglierne con maggior chiarezza le lacune, come in *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 205 (HL), un caso in tema di diritto ereditario non tutelato dal diritto inglese (sul punto cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 60). Si deve poi ricordare Robin Hickey, Head of the School of Law della Queen's University Belfast, per uno studio in cui egli confronta il regime del diritto romano classico relativo a *commixtio* e *confusio* con le posizioni della giurisprudenza inglese «concerning mixtures» emerse nel caso *Spence v. Union Marine Insurance* (1868) LR 3 CP 427 per giungere alla conclusione che ivi i giudici inglesi fraintesero, senza nemmeno rendersene conto, la distinzione romana fra *commixtio* e *confusio* (secondo Hickey, infatti, la Court of Common Pleas identificò erroneamente la fattispecie in esame con un caso di *commixtio*: sul punto cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 61). Ad avviso di GIGLIO, *Roman Law*, cit., 62, il merito principale di questa ricerca è di aver indicato una svolta decisiva sul piano storico: l'allontanamento non intenzionale della giurisprudenza inglese dal diritto romano. Degna di nota è inoltre Helen Scott, professore di Private Law nella Facoltà di Giurisprudenza di Oxford, la quale, secondo GIGLIO, *Roman Law*, cit., 63, ha fornito il più recente contributo sui legami fra diritto romano e diritto inglese. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 64 s., attribuisce a questa accademica la critica alla scelta di Lord Rodger di citare il *principium* e il § 1 di Giuliano 86 *dig.* D. 9.2.51 nel caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22 (che sarà oggetto di analisi nel presente contributo), a sostegno delle considerazioni di policy alla base del provvedimento dei giudici della House of Lords: ad avviso della studiosa, infatti, lo scenario prospettato dal giurista romano sarebbe ben diverso dai fatti di *Fairchild*. Va quindi ricordato Andrew Lewis, professore emerito di Comparative Legal History nell'University College London, per un articolo pubblicato nel 1977 in cui l'Autore sosteneva che il

Ma degna di un'attenzione particolare è la figura di Alan Rodger (morto nel 2011), che, come fra poco si vedrà, fu uno dei pochi romanisti inglesi che ebbero la possibilità di esercitare un impatto effettivo sul diritto vigente.

In questo contributo intendo riferirmi specificamente al caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002]⁴, che riunisce tre distinti

diritto romano fosse divenuto «a wholly historical study» (GIGLIO, *Roman Law*, cit., 65). Per rimediare a questo stato di cose, era necessaria, a parere di Lewis, una cooperazione più vicina ed efficace fra giuristi e storici sia dell'età antica che moderna. Non va dimenticato nemmeno Joshua Getzler, che, oltre a essere professore di Law and Legal History nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Oxford, è stato anche «legal counsel in judicial cases», dal che si può arguire che la sua metodologia e la sua formazione nelle materie che insegna abbiano risentito anche di questa esperienza nella prassi giudiziaria (cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 66 – le citazioni sono sue –). Ultimo, ma non per importanza, da ricordare è Peter Birks, Regius Professor di Civil Law nell'Università di Oxford, morto nel 2004 (cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 66 ss.). Birks è stato, a parere di GIGLIO, *Roman Law*, cit., 67, l'unico romanista della sua generazione ad aver influenzato in modo diretto lo sviluppo del common law «by proposing legal constructions which were rooted in the Roman law». Il nucleo della sua opera è consistito nella c.d. «legal taxonomy» che a suo avviso era un'eredità romana (cfr. GIGLIO, *Roman Law*, cit., 67, ma cfr. anche J. LEE, «*Confusio*»: *Reference to Roman Law in the House of Lords and the Development of English Private Law*, in *Roman Legal Tradition*, 5, 2009, 31 s.). Un articolo relativo alla nozione romana di proprietà e una monografia (uscita in due edizioni successive) concernente l'ingiustificato arricchimento sono, ad avviso di GIGLIO, *Roman Law*, cit., 67 ss., la dimostrazione più importante dell'idea di Birks secondo cui al diritto inglese è possibile applicare le categorie del diritto romano ai fini di una sua riconduzione a sistema. La stessa giurisprudenza inglese in due diverse occasioni ha accolto le classificazioni elaborate dal romanista in materia di ingiustificato arricchimento (per i riferimenti processuali, cfr. di GIGLIO, *Roman Law*, cit., 68, nt. 48, 69, nt. 56). Tra gli allievi di Peter Birks che hanno portato avanti l'«eredità birksiana» ci sono Francesco Giglio, Professore di Civil e Private Law nell'Università del Surrey, Jeroen Kortmann, professore di Private Law nell'Università di Amsterdam, ed Eric Descheemaeker, che insegna nell'Università di Edimburgo, ognuno dei quali ha cercato di impostare lo studio del common law alla luce delle sistematizzazioni gaiane (cfr., al riguardo, GIGLIO, *Roman Law*, cit., 69 ss.).

⁴ House of Lords [2002] UKHL 22.

ricorsi su fattispecie analoghe⁵ e considera il rapporto di causalità (“causation”) nell’ambito della disciplina del danneggiamento civile (“law of torts”)⁶. Questo caso è stato presentato da James Lee in un saggio del 2009⁷, ove l’Autore analizza tre sentenze nelle cui motivazioni i giudici della House of Lords hanno richiamato istituti del diritto romano come autorevole fonte storica⁸. Ad avviso di Lee⁹, il diritto romano citato nelle tre sentenze fungerebbe da cornice di un sapere giuridico entro la quale gli « universal legal problems» ivi coinvolti possono essere discussi¹⁰ «in the face of modern challenges»; inoltre il fatto stesso che, nelle discussioni dei

⁵ *Fairchild (suing on her own behalf and on behalf of the estate and dependants of Arthur Eric Fairchild (deceased)) (appellant) v. Glenhaven Funeral Services Limited and others (respondents); Fox (suing as widow and administratrix of Thomas Fox (deceased)) (fc) (appellant) v. Spousal (Midlands) Limited (respondents); Matthews (fc) (appellant) v. Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Limited and others (respondents)*. Cfr. J. SANDERS, *Risky Business: Causation in Asbestos Cancer Cases (and Beyond?)*, in *Perspectives on Causation* (edited by R. Goldberg), Oxford and Portland, Oregon, 2011, 26.

⁶ Cfr. sul punto LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 26. Per un testo base sul «tort law» cfr. T. WEIR, *An Introduction to Tort Law*², Oxford, 2014.

⁷ LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 24 ss.

⁸ Gli altri due casi sono, rispettivamente, *Foskett v. McKeown* [2000] UKHL 29 e *OBG v. Allan* [2007] UKHL 21, di cui il primo, oltre a sollevare un problema inerente al nesso di causalità, pone in rilievo la questione del rapporto fra proprietà (“property”) e regime di ingiustificato arricchimento (“law of unjust enrichment”), il secondo ruota intorno al dubbio se sia possibile estendere il “tort of conversion” (una sorta di appropriazione indebita intesa come illecito civile) a qualsiasi forma di proprietà incorporale (“intangible property”). Cfr., in merito, LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 26.

⁹ LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 27.

¹⁰ La stessa funzione, attribuita al diritto romano, di “cornice” («framework») entro cui il problemi giuridici sorti in seno al common law potrebbero chiarirsi e risolversi era già stata riconosciuta ad esempio in tema di responsabilità per colpa in ambito contrattuale dal giudice Holt CJ del King’s Bench agli inizi del ‘700 (in *Coggs v. Bernard*, su cui cfr. D. IBBETSON, *How the Romans Did for Us: Ancient Roots of the Tort of Negligence*, in *University of New South Wales Law Review*, 2003, 507 s. e nt. 198, il quale osserva che in questo caso il giudice utilizzò il diritto romano «to provide a framework within which he could try to make sense of the thicket of prior common law authority»).

giudici della House of Lords, vengano citati testi dei giuristi classici, offrirebbe la giustificazione per lo studio del diritto romano anche nel Regno Unito e negli altri Paesi di common law. In effetti, nei tre casi analizzati, i magistrati considerano il diritto romano come un'autorevole fonte di idee («as a source of ideas») e prospettive argomentative, al pari di altro diritto straniero contemporaneo («foreign law») che può essere accolto dai tribunali inglesi, se pur con la massima cautela¹¹, come vera e propria fonte del diritto («a valuable source of law in this jurisdiction»)¹²; e ad avviso di Lee¹³ non vi sarebbero ragioni per cui la regola di una prudente recezione delle norme di uno Stato estero non si debba estendere anche al diritto romano.

I rinvii al diritto romano contenuti in questa e altre sentenze citate da Lee¹⁴ mettono in luce il particolare interesse verso questa materia nutrito da parecchi giudici della House of Lords («Law Lords») che hanno contribuito in modo rilevante alla configurazione del diritto privato inglese nella prima decade degli anni Duemila: tra questi, in particolare, proprio Lord Rodger of Earlsferry, definito dall'Autore «one of the world's leading

¹¹ Nel 2009 LEE, *'Confusio': Reference to Roman Law*, cit., 33 e nt. 49, richiamava al riguardo il "Practice Direction (Citation of Authorities)" [2001] 1 W.L.R. 1001 (Sup. Ct.). L'ultimo Practice Direction (Citation of Authorities) è stato emesso nel 2012.

¹² Tutte le citazioni sono tratte da LEE, *'Confusio': Reference to Roman Law*, cit., 33.

¹³ LEE, *'Confusio': Reference to Roman Law*, cit., 33.

¹⁴ LEE, *'Confusio': Reference to Roman Law*, cit., 25.

authorities on the subject»¹⁵. Secondo Lee¹⁶, tale propensione è del resto giustificata dalla provenienza di molti di questi giudici da sistemi giurisdizionali misti, influenzati, cioè, sia dal “common law” che dal “civil law”, come quello scozzese e del Sud Africa¹⁷. Lo stesso Alan Rodger era infatti di origine scozzese e nell'autunno del 1961 si era iscritto alla Faculty of Arts dell'Università di Glasgow, ma già dalla richiesta di iscrizione era emerso il suo desiderio di divenire “advocate”, cioè membro del Scottish Bar¹⁸, ragione per cui nel 1964 si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza di Glasgow per prendere un LLB¹⁹, dove si laureò con un “first” (“Honours degree”)²⁰ in Private and Civil Law nel giugno del 1967²¹.

¹⁵ Alan Rodger of Earlsferry, vivo al tempo della pubblicazione del lavoro di Lee, ma deceduto due anni dopo, per un tumore al cervello, il 26 giugno 2011. Qualche anno dopo, del resto, la pubblicazione del contributo di Lee, lo stesso GIGLIO, *Roman Law*, cit., 64, ha scritto, a proposito della scelta di Alan Rodger nel caso *Fairchild* di citare passi del Digesto a sostegno della decisione assunta dall'Appellate Committee della House of Lords, che tale scelta, pur non essendo un fatto isolato «in the judiciary», essa è tuttavia «a relatively rare occurrence – which happens mostly when Scott's judges sit on a judicial panel» (le spaziature sono mie).

¹⁶ LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 25.

¹⁷ Nello specifico, LEE, ‘*Confusio*’: *Reference to Roman Law*, cit., 25, cita lo scozzese Lord Hope of Craighead, «first Deputy President of the Supreme Court», mentre per la sezione giurisdizionale della House of Lords egli fa i nomi dei sudafricani Lord Hoffmann, Lord Scott of Foscote e Lord Steyn.

¹⁸ Cfr., sul punto, H. L. MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger 1944-2011*, in *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, 2013, 364, che precisa che Rodger si laureò con un MA “ordinario” (diploma di laurea magistrale in “Arts”) in latino e francese.

¹⁹ Acronimo per *Legum Baccalaureus*, l'equivalente della nostra laurea in Giurisprudenza.

²⁰ Diploma di laurea (di primo grado) che si consegue scegliendo un piano di studi con un maggior numero di discipline rispetto a quello delle lauree dette “ordinary degrees” (“Honours LLB”) e con il massimo dei voti (“first class”).

²¹ Cfr. MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 364 s. Tra l'altro Rodger fu uno dei soli tre studenti di quell'anno a laurearsi con un “Honours LLB” (vale a dire con il maggior numero di esami) e l'unico con una laurea di prima classe (“first”, cioè con il massimo dei voti): cfr. in merito MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 364 s., il quale informa anche che Alan Rodger studiò nella Facoltà di Giurisprudenza di Glasgow sotto la

L'aver sostenuto l'esame di Roman (o Civil) Law era allora (come oggi) un requisito per accedere alla Faculty of Advocates in Scozia²² e Rodger aveva approfittato della presenza del corso sia nella Faculty of Arts che in quella of Law. Nel 1962, infatti, egli aveva seguito le lezioni tenute nella Faculty of Arts dal professore di Civil Law J. A. C. Thomas (titolare della Douglas Chair), che avevano suscitato in lui un interesse nel diritto romano che Thomas stesso «always encouraged and which has given me much pleasure», come scriverà quasi vent'anni dopo Rodger stesso²³. Nella Faculty of Law, invece, Alan Rodger seguì il corso di Diritto romano tenuto da Alan Watson (che aveva sostituito dal 1965 Thomas²⁴ nella Douglas Chair), per merito del quale, dopo la laurea, il giovane studioso intraprese il dottorato in Diritto romano sotto la guida di David Daube²⁵.

vigenza di una riforma che allungava gli studi di diritto di un anno e che non richiedeva più, ai fini dell'ingresso nella Faculty of Advocates, l'aver preso un precedente MA.

²² Cfr. al riguardo MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 365.

²³ A. RODGER, 'Concealing a servitude', in P. G. STEIN and A. D. E. LEWIS (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, 134.

²⁴ Che si era trasferito all'University College of London (UCL).

²⁵ Cfr. D. JOHNSTON, *Alan Rodger (18 September 1944 – 26 June 2011)*, in *ZSS*, 129, 2012, 994; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 367. Daube era stato a suo tempo "supervisor" nel dottorato di Watson. È significativo notare anche che Alan Rodger seguì il corso di Private law (il cui principale docente era il Regius Professor of Law David Walker, una figura chiave nella rinascita degli studi accademici del diritto scozzese dopo la seconda guerra mondiale e nella creazione di una biblioteca del moderno diritto privato scozzese), avente una struttura ispirata alla suddivisione gaiana (limitatamente al diritto sostanziale) in *personae* e *res*: come sottolinea infatti MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 366 s., la trattazione degli argomenti seguiva la struttura «Persons and Domestic Relations, Obligations, Property». Ma vi era anche nella parte del corso di laurea dedicata al Civil law un «Comparative Topic in Roman Law and Scots Law» (MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 367). Nonostante Walker non avesse particolarmente sottolineato il legame fra diritto romano e diritto scozzese, Alan Rodger cominciò sin da allora a nutrire un interesse per la storia del diritto scozzese (seguendo anche un corso facoltativo in "Scottish legal history") che sarebbe emerso dai contributi scientifici pubblicati in seguito.

Come sottolinea Hector L. MacQueen²⁶, l'arrivo di Alan Rodger al New College di Oxford nell'autunno del 1967 per iniziare il dottorato in Diritto romano «was the key moment of his scholarly career». Qui, sotto l'influenza di David Daube (che era stato allievo di Otto Lenel a Friburgo prima di fuggire dalla Germania nel 1933), sviluppò e perfezionò i metodi palinogenetici appresi da Alan Watson a Glasgow, che furono alla base non soltanto della sua tesi di dottorato²⁷ ma anche dei lavori di diritto romano che vennero pubblicati in seguito²⁸. Il metodo palinogenetico e linguistico, del resto, come hanno posto in rilievo David Johnston²⁹ e MacQueen³⁰, era particolarmente consono alle abilità e interessi di questo Autore.

Nel 1970 Daube lasciò Oxford per l'Università di Berkley: egli fu sostituito nella Civil Law chair da Tony Honoré, che assecondò l'interesse di Rodger per l'analisi palinogenetica del Digesto³¹.

²⁶ MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 367.

²⁷ L'argomento della tesi di Rodger riguardava i rapporti di vicinato nel diritto classico e in particolare conteneva la critica all'idea diffusa in dottrina secondo cui qualsiasi proprietario avrebbe potuto senza limiti costruire edifici di qualsiasi altezza nel proprio fondo anche a costo di togliere luce al proprio vicino (cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 370 s.). Al contrario, Rodger cercò di dimostrare che, in mancanza di una servitù, un *dominus* avrebbe potuto edificare sul proprio terreno nei limiti in cui ciò non bloccasse la luce nel fondo del vicino in modo irragionevole, salvo che, naturalmente, non avesse ottenuto la costituzione a vantaggio del proprio fondo di una *servitus altius tollendi*. Se al contrario il vicino fosse stato disposto a tollerare la nuova costruzione, ma più bassa, a carico del fondo del proprietario che desiderasse costruire avrebbe dovuto instaurarsi una *servitus altius non tollendi* (cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994 s.; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 370 s.).

²⁸ Cfr. MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 368 s.

²⁹ JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994 s., 999.

³⁰ MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 369.

³¹ Volta a dimostrare come esattamente i compilatori avessero portato a termine il loro lavoro: da qui la successiva pubblicazione da parte di Rodger di tre articoli collegati fra loro (cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 995 s.; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit.,

Nell'estate del 1968 e del 1969 Rodger si recò a Münster per continuare la sua ricerca per la tesi di dottorato sotto la guida di Dieter Nörr³², mentre nel settembre del 1969 conobbe ad Amsterdam Peter Birks con cui diede inizio a un'amicizia destinata a durare tutta la vita³³.

Durante gli anni del dottorato, comunque, Rodger procedette anche alla pubblicazione di vari studi sull'*actio aquae pluviae arcendae*, sull'*actio confessoria* e quella *negatoria*, oltre che sulla *lex Aquilia*³⁴. La tesi fu discussa nel giugno del 1970³⁵ e pubblicata nel 1972 sotto forma di libro dal titolo *Owners and Neighbours in Roman Law*³⁶.

Nonostante il riconoscimento da parte del mondo accademico del suo valore di ricercatore a soli ventotto anni, nel 1972 Alan Rodger abbandonò la ricerca scientifica per tornare in Scozia e intraprendere l'*iter* necessario per diventare avvocato. Nel 1974 prese il titolo dando inizio così a una lunga carriera professionale, che lo vide impegnato, prima, dal 1974 al 1985, nell'attività forense di avvocato prevalentemente civilista ricoprendo ruoli importanti nella Faculty of Advocates³⁷, poi, dal

373, il quale informa anche che Tony Honoré trasmise molte delle sue conoscenze relative agli influssi del diritto romano sul diritto del Sudafrica a Rodger che rendevano in questo senso affine il diritto del Sudafrica a quello scozzese – nei rapporti con il diritto romano – per lo studio della cui storia Rodger continuava a nutrire un grande interesse).

³² Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 372.

³³ Cfr. MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 372.

³⁴ Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 376.

³⁵ Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 370 e nt. 35, il quale precisa anche che il titolo della tesi era: "Servitudes of Light and Stillicide in Roman Law".

³⁶ Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 994; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 370 e nt. 35.

³⁷ Dal 1976 al 1979, fu "Clerk" della Faculty of Advocates, mentre nel 1985 fu nominato "Queen's Counsel" (cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 996; più diffusamente MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 378 s.).

1985 al 1995, in quella di pubblico ministero ricoprendo i vari uffici fino al più alto grado di “Lord Advocate”³⁸. Nel 1995 fu nominato “judge”, che è il titolo ufficiale in Scozia per “Senator of the College of Justice”; nel 1996 assunse la carica di “senior Judge” scozzese, cioè di “Lord Justice General” (nella Criminal Appeal Court) e di “Lord President of the Court of Session” (che opera invece in ambito civilistico); nel 2001 fu nominato “Lord of Appeal in Ordinary” e, quando nel 2009 all’Appellate Committee della Camera dei Lords fu sostituita la Supreme Court come tribunale di ultima istanza indipendente dal Governo, egli divenne “Justice of the Supreme Court”³⁹.

Malgrado ciò, Alan Rodger non perse mai la passione per il diritto romano che, anzi, informò il suo modo di procedere e ragionare⁴⁰: così anche nel corso della pratica legale, «both at the

³⁸ Nel 1985 fu nominato “Advocate Depute” (pubblico ministero dinanzi alla High Court of Justiciary); dal 1986 al 1988 fu “Home Advocate Depute”, cioè senior Advocate Depute; nel 1989 divenne “Solicitor-General for Scotland”, cioè il junior law officer al di sotto del “Lord Advocate” (in nome del quale tutte le criminal prosecutions sono portate innanzi la “High Court of Justiciary”: è forse paragonabile al nostro procuratore Generale della Repubblica); nel 1992 egli fu nominato “Lord Advocate” dal Primo Ministro John Major (appena succeduto a Margaret Thatcher) e conservò la carica fino al 1995. Si aggiunga che tra i vari incarichi che ricoprì fra il 1985 e il 1995 vi fu anche quello, nel 1992, di “Scottish Law Officer” rappresentante il Regno Unito presso la Corte Internazionale di Giustizia. Sempre nel 1992, egli fu insignito del titolo di “Lord Rodger of Earlsferry” per rispondere in Parlamento degli atti del Governo. Cfr. in merito JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 996; diffusamente MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 380 ss.

³⁹ Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 997.

⁴⁰ Ad esempio nello svolgere funzioni ministeriali di controllo, in veste di Lord Advocate, dell’attività di riforma della legge da parte della “Scottish Law Commission”. Ciò risulta anche dalle argomentazioni che lo stesso Rodger formulò, nel corso di una lezione tenuta nel marzo del 1998 presso il Holdsworth Club di Birmingham, fondate sul riconoscimento del valore delle tecniche palinogenetiche nella comprensione della legislazione moderna, le quali portano necessariamente a studiare non soltanto ciò che il testo esprime, ma anche il modo con cui ciò viene manifestato: come osserva MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 382, «it was a technique that he would deploy

Bar and on the Bench»⁴¹, Rodger trovò sempre il tempo per studiare e scrivere lavori scientifici⁴², parecchi dei quali riguardanti il diritto romano, ad esempio sulla *lex Irnitana*⁴³ e sulla *lex Aquilia*⁴⁴. Tra l'altro, molte delle sue riflessioni sulla legge Aquilia furono ispirate dai corsi per “undergraduate students”⁴⁵ che egli tenne sull'argomento a Oxford nel 2005 e nel 2006⁴⁶.

Tra le pubblicazioni sulla storia del diritto scozzese pare interessante l'atteggiamento dell'Autore nei confronti del rapporto fra diritto romano e diritto scozzese. Come rileva MacQueen⁴⁷,

as a judge in the interpretation of difficult statutes». Inoltre, in seguito alla pubblicazione (nel 1986) della *lex Irnitana*, egli uscì con due articoli su alcuni aspetti procedurali cruciali toccati dalla legge, da cui emergono spunti e intuizioni sulla pratica processuale romana che risentono fortemente della sua lunga esperienza «as a court practitioner» (JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 996 s. – cui appartiene anche la citazione –; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 383). Si noti inoltre che, quando nel 2008 vennero pubblicati i *corrigenda* da apporre alla precedente edizione della *lex Irnitana*, l'editore osservò che la maggior parte delle correzioni era dovuta all'occhio sottile di Alan Rodger (cfr., al riguardo, MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 384).

⁴¹ JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 997.

⁴² Cfr. al riguardo JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 996 ss.; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 383 ss.

⁴³ Cfr. nt. 40. Sia JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 996, che MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 383, riferiscono che, quando era un «law officer» (dunque nel periodo in cui svolse le funzioni di pubblico ministero a vari livelli), dovendo viaggiare molto fra Edimburgo e Londra e non potendo esaminare in treno o in aereo i documenti confidenziali a causa del segreto d'ufficio, egli leggeva e glossava la sua copia consunta della *lex Irnitana*.

⁴⁴ I lavori in tema di *lex Aquilia* seguivano essenzialmente due filoni: uno relativo all'illustrazione del significato di *damnum iniuria datum* e *culpa*, l'altro consistente nello studio palinogenetico dei libri *ad edictum* di Ulpiano sull'editto del pretore in materia di *lex Aquilia* ai fini del raggiungimento di una migliore comprensione del plebiscito stesso e delle relative formule contenute nell'editto (cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 998).

⁴⁵ Com'è noto, sono “undergraduate” gli studenti che non hanno ancora conseguito la laurea di primo grado.

⁴⁶ «... a truly remarkable extra-curricular activity for a Judge in the House of Lords, and a task that he undertook following the untimely death of his great friend Peter Birks» (JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999).

⁴⁷ MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 388.

Rodger, pur riconoscendo nel diritto romano la fonte storica di una buona parte del diritto privato scozzese, tuttavia constatava che le occasioni per usarlo come fonte del diritto erano poche, essendo più probabile trovare le risposte ai problemi giuridici «in legislation, judicial precedent and authoritative writing» nei quali la disciplina del diritto romano era già entrata da tempo⁴⁸. Il paradosso, secondo Rodger, era che, benché fosse talvolta necessario tornare alle origini romane per ottenere una piena comprensione del diritto moderno, tuttavia accadeva che ai tribunali scozzesi venisse chiesto di guardare ai testi di diritto romano nei casi in cui il diritto romano stesso non avrebbe fornito risposte: infatti, se le risposte ci fossero state, non vi sarebbero nemmeno state le cause pendenti proprio perché i problemi avrebbero trovato una soluzione già da molto tempo⁴⁹. In ogni caso, ad avviso di Rodger, la classe dei «legal practitioners and judges» non sarebbe mai stata in grado di fare un buon uso del diritto romano nei tribunali a causa della mancanza delle necessarie abilità linguistiche e analitiche e della poca propensione ad avvalersi delle risultanze della dottrina come ausilio per inquadrare le singole fattispecie e le rispettive problematiche⁵⁰. Dunque, come afferma Johnston⁵¹, mentre il suo interesse per il diritto romano non venne mai meno, Rodger fu tuttavia sempre consapevole del ruolo limitato che questo diritto avrebbe giocato nelle sue sentenze. Eppure, continua Johnston⁵², lo stile delle decisioni giudiziali di questo giurista tradisce nel suo approccio,

⁴⁸ Cfr. già al riguardo E. METZGER, *Alan Rodger's Writings on Roman Law*, in *The Roman Law Library of Alan Ferguson Rodger, with a Bibliography of His Works* (2012). Available at <http://works.bepress.com/ernestmetzger/4/>, 196.

⁴⁹ Cfr., sul punto, METZGER, *Alan Rodger's Writings*, cit., 196; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 388 s.

⁵⁰ Cfr., in merito, METZGER, *Alan Rodger's Writings*, cit., 196; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 388 s.

⁵¹ JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999.

⁵² JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999.

anche quando non sia spesa una sola parola sul diritto romano, l'influsso di quel «system»: tale influenza emerge, in particolare, dal suo modo di condurre l'analisi dei fatti e l'interpretazione del diritto e dalla sua profonda attenzione alla lingua, reminescenza, quest'ultima, della «careful dissection» appresa da David Daube e che si riscontra negli studi romanistici di Rodger stesso.

Non mancano esempi di decisioni pronunciate da questo giudice su casi scozzesi in cui il diritto romano ebbe un posto rilevante⁵³. Ad esempio, nel caso di diritto penale *Gibbs v. Ruxton*⁵⁴, in cui il problema era l'accertamento della validità della nomina di uno “sheriff” temporaneo, il testo di Ulpiano 38 *ad Sab.* D. 1.14.3 su *Barbarius Philippus* citato da Rodger funse – sono parole dell'Autore – da «welcome balm»⁵⁵. Oppure in *Caledonia North Sea Limited v. London Bridge Engineering Limited*⁵⁶ egli richiamò il *beneficium cedendarum actionum* (previsto in Paul. 14 *ad Plaut.* D. 46.1.36) per dimostrare la fondatezza delle pretese degli attori, compagnie assicurative che avevano pagato i danni subiti dai loro clienti danneggiati in seguito al disastro del Piper Alpha oil rig, nei confronti di compagnie assicurative di terze parti, per concludere che gli attori, nel pagare i propri assicurati non avevano estinto il debito, ma piuttosto lo avevano acquistato. Ma il caso forse più eclatante nella carriera giudiziaria di Alan Rodger, in cui egli richiamò il diritto romano per dimostrare come il punto di vista dei giuristi romani fosse guidato più da considerazioni di «policy and expediency» che di «principle»⁵⁷, è quello che sarà esaminato nelle prossime pagine, *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002]. Come

⁵³ Cfr. al riguardo JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 99 s.; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 389.

⁵⁴ 2000 JC 258, 262.

⁵⁵ Cfr., in merito, JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999 s.; MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 389.

⁵⁶ 2000 SLT 1123, 1143. Su questo caso cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 1000.

⁵⁷ Questa citazione e la precedente sono tratte da MACQUEEN, *Alan Ferguson Rodger*, cit., 389.

si vedrà, sotto questa denominazione erano stati riuniti tre casi distinti ma aventi tutti in comune la medesima fattispecie: lo svolgimento di attività lavorative in tempi diversi presso datori di lavoro differenti a continuo contatto con polvere di amianto da parte di operai che poi si ammalarono di mesotelioma, una forma di tumore letale ai polmoni. Poiché allo stato delle conoscenze mediche non era possibile stabilire sotto quale datore di lavoro ciascun dipendente avesse contratto la malattia, fu deciso che tutti i convenuti dovessero rispondere in egual misura. Nel giungere a questa conclusione, Lord Rodger richiamò Iul. 86 *dig. D. 9.2.51 pr. e 1* e Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.11.2* sottolineando che i giuristi romani dell'età classica avevano già stabilito che, ove non fosse possibile dimostrare quale, fra un certo numero di assalitori, avesse ucciso uno schiavo, «considerations of policy required a departure from what the law normally required by way of proof of causation»⁵⁸.

Ma vi furono anche casi in cui Rodger stesso rifiutò di motivare la sentenza sulla base del diritto romano. Ad esempio, in *McDyer v. The Celtic Football and Athletic Club*⁵⁹, un uomo, nell'assistere allo stadio a una partita di calcio era stato ferito da un pezzo di legno cadutogli addosso da una impalcatura⁶⁰: nel processo, l'avvocato dell'attore aveva affermato che il convento era responsabile «without fault under (rather loosely) the two Roman edicts giving respectively the actions *de effusis et deiectis* and *de posito et suspensio*»⁶¹. Alan Rodger rigettò tali riferimenti adducendo che servivano soltanto a chiarire alcuni aspetti della disciplina del diritto scozzese, ma non a risolvere il caso⁶². In *Shilliday v. Smith*⁶³

⁵⁸ JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 1000.

⁵⁹ 2000 S.C. 379, 388.

⁶⁰ Su questo caso e sulla decisione di Alan Rodger cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 1000; METZGER, *Alan Rodger's Writings*, cit., 197.

⁶¹ METZGER, *Alan Rodger's Writings*, cit., 197.

⁶² Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 1000.

⁶³ 1998 SC 725.

Rodger, analizzando le «untidy structures» del regime scozzese dell'ingiustificato arricchimento, giunse alla conclusione che una chiara visione dei problemi connessi a questo istituto era impedita «by the continuing use as labels» dei vari tipi di *condictiones* trattati nel dodicesimo libro del Digesto⁶⁴.

In conclusione, benché Alan Rodger fosse un fine conoscitore del diritto romano, soprattutto nel periodo in cui fu giudice in Scozia egli non indulse mai nella tentazione, pur avendone la possibilità – essendo il diritto scozzese un misto di common law e civil law –, di “abbellire” («embellish») le sue sentenze con la «Roman authority»⁶⁵. Al contrario, egli fu sempre consapevole della limitatezza del ruolo che il diritto romano avrebbe potuto giocare nelle sue sentenze⁶⁶.

2. Il caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22

Il fascicolo *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22 comprende tre distinti ricorsi vertenti su fattispecie molto simili tra loro⁶⁷, riuniti in un unico “appeal” dinanzi alla sezione giurisdizionale della House of Lords: *Fairchild (suing on her own behalf and on behalf of the estate and dependants of Arthur Eric Fairchild (deceased)) (appellamt) v. Glenhaven Funeral Services Limited and others (respondents); Fox (suing as widow and administratrix of Thomas Fox (deceased)) (fc) (appellant) v. Spousal (Midlands) Limited (respondents); Matthews (fc)*

⁶⁴ Cfr. sul punto JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 1000 (le citazioni sono sue).

⁶⁵ METZGER, *Alan Rodger's Writings*, cit., 196.

⁶⁶ Cfr. JOHNSTON, *Alan Rodger*, cit., 999.

⁶⁷ Cf., in proposito, A. LAYARD, *Toxic Torts – a Landmark Decision*. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd. and others, Fox v Spousal (Midlands) Ltd. and Matthews v Associated Portland Cement Manufacturers Ltd. and others*, [2002] UKHL 22, in *Environmental Law Review*, 2002, 241.

(appellant) v. Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Limited and others (respondents).

Risale al 16 maggio 2002 l'udienza dinanzi ai Law Lords Lord Bingham of Cornhill, Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hoffmann, Lord Hutton e Lord Rodger of Earlsferry, nella quale sono stati accolti tutti e tre i ricorsi. È del 20 giugno 2002, poi, la pubblicazione delle motivazioni della decisione unanime, espresse da ciascun membro del collegio giudicante.

La descrizione più completa e dettagliata dei fatti alla base di ciascun ricorso è offerta da Lord Bingham⁶⁸, alla quale rimandano anche le motivazioni degli altri colleghi⁶⁹.

a. I fatti

Nei tre casi in esame, i mariti deceduti di due delle ricorrenti (Mrs Fairchild e Mrs Fox) avevano contratto sul posto di lavoro una forma di cancro chiamato “mesotelioma”⁷⁰, che li avrebbe portati alla morte⁷¹. Il terzo ricorrente, Mr Matthews, si era anch'egli ammalato di mesotelioma sul luogo di lavoro e al tempo dell'udienza dinanzi ai giudici della House of Lords era ancora vivo ma gravemente malato⁷².

Mr Fairchild⁷³ aveva lavorato per un datore di lavoro che aveva stipulato un subcontratto con il Comune di Leeds («Leeds City Council») nei primi anni '60 del Novecento: in tale occasione Mr Fairchild aveva confezionato pacchi da imballaggio foderati di amianto per il trasporto di forni industriali. In seguito, lo stesso Mr

⁶⁸ Nei §§ 1-5 delle sue «reasons» od «opinions».

⁶⁹ Cfr. soprattutto Lord Hutton (§ 76) e Lord Rodger (§ 120).

⁷⁰ Di cui si tratterà nelle prossime pagine.

⁷¹ Cfr. Lord Hutton, § 75.

⁷² Cfr. Lord Hutton, § 76.

⁷³ La cui storia lavorativa è descritta da Lord Bingham nel § 3.

Fairchild, durante l'impiego presso un costruttore, su committenza della società per azioni Waddingtons aveva tagliato fogli di copertura di amianto al fine di riparare tetti e restaurare una fabbrica. Nel corso del suo lavoro, dunque, Mr Fairchild aveva respirato notevoli quantità di polvere di amianto, le cui fibre lo avrebbero portato a soffrire di mesotelioma della pleura, malattia di cui sarebbe morto il 18 settembre del 1996 all'età di sessant'anni.

Dopo tale drammatico evento, la moglie agì in giudizio contro tre convenuti, Glenhaven Funeral Services, la società per azioni Waddingtons e il City Council di Leeds, ma dovette interrompere l'azione contro il primo convenuto perché ci si accorse subito che produceva bare in materiale diverso dall'amianto⁷⁴.

Nel processo di primo grado, la società per azioni Waddingtons ammise di avere esposto Mr Fairchild all'inalazione di fibre di amianto «by a breach of duty owed to him under section 63 of the Factories Act 1961»⁷⁵. Fu pertanto constatato che Mr Fairchild era stato esposto a una quantità consistente di polvere di amianto o comunque a una quantità tale da essere per lui dannosa. Ciononostante, il 1 febbraio 2001, il giudice Curtis della High Court⁷⁶ respinse il ricorso contro entrambi i convenuti⁷⁷. La vedova di Mr Fairchild, allora, impugnò la sentenza ma perse anche in secondo grado⁷⁸. La donna, quindi, si rivolse alla sezione

⁷⁴ Cfr., in proposito, WEIR, *An Introduction*, cit., 73.

⁷⁵ Cfr. Lord Bingham, § 3.

⁷⁶ Propriamente le High Courts sono i tribunali civili inglesi di secondo grado (mentre quelli di primo grado sono le County Courts); tuttavia le cause più complesse e di più ampia portata vengono direttamente e immediatamente esaminate dai giudici delle High Courts. Cfr., sul punto, CRISCUOLI-SERIO, *Nuova introduzione*, cit., 242, 252 s., 254 s.

⁷⁷ La società per azioni Waddingtons e il City Council di Leeds. Sulle ragioni di questo rigetto cfr. C. MILLER, *Judicial approaches to contested causation: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services in context*, in *Law, probability and Risk*, 2002, 129.

⁷⁸ Cfr. anche, in merito, MILLER, *Judicial approaches*, cit., 119.

giurisdizionale della House of Lords contro il provvedimento della corte di Appello.

Il protagonista del secondo caso, Mr Fox⁷⁹, aveva lavorato come coibentatore presso la società a responsabilità limitata Spousal (Midlands) – all'epoca nota con un nome diverso – all'incirca tra il 1953 e il 1955, operando in vari edifici. In quel tempo il mestiere tipico dei coibentatori consisteva nella rimozione di vecchi rivestimenti isolanti, nel mescolamento della pasta coibente, nel taglio di nuovi profilati di rivestimento isolante e nella eliminazione con la scopa della polvere e dei detriti. Le attività dei coibentatori generavano livelli elevati di pulviscolo contenente amianto. Ciò accadde appunto anche a Mr Fox, che fu esposto quotidianamente a grandi quantità di polvere senza alcuna protezione.

Lo stesso Mr Fox cambiò poi impiego e, fra il 1955 e il 1989, lavorò come scaricatore di porto a Liverpool dove, fino alla fine degli anni '60 - inizi anni '70, la fibra di amianto veniva importata in sacchi. Il compito di maneggiare carichi di amianto evidentemente lo esponeva a notevoli quantità di polvere, presumibilmente senza l'adozione da parte dei datori di lavoro di misure idonee di protezione. Tuttavia, non si era in grado di ricostruire per quanto tempo, con quale frequenza e sotto quali datori di lavoro egli avesse svolto questa attività nei «Docks»⁸⁰ di Liverpool.

Fu soltanto la Spousal ad amettere il «breach of duty» per averlo esposto a notevoli quantità di amianto quando egli lavorava alle sue dipendenze.

Comunque, nel 1995, Mr Fox sviluppò i sintomi del mesotelioma, morendo il 24 aprile 1996 all'età di sessantré anni.

⁷⁹ La storia lavorativa di questa persona è illustrata da Lord Bingham nel § 4.

⁸⁰ Cfr. Lord Bingham, § 4.

Dopo il decesso, la vedova agì contro la società Spousal dinanzi alla Queen's Bench Division⁸¹ di Liverpool, ma la sua pretesa fu rigettata il 27 marzo 2001. Si appellò, ma perse una seconda volta. Da qui l'impugnazione dinanzi alla Appellate Committee della House of Lords.

La terza vittima, di nome Matthews⁸², fra il 1965 il 1967 aveva lavorato presso la Maidstone Sack and Metal, dove era stata esposta a significative quantità di polvere di amianto: ad esempio aveva lavorato continuativamente per dodici mesi a una pressa per rottami metallici, alcuni dei quali rivestiti di amianto, e aveva smantellato una caldaia rimuovendone il rivestimento isolante coperto di amianto. Nel stesso torno d'anni, per circa due settimane, Mr Matthews aveva anche prestato servizio presso Chatman Dockyard smantellando una caldaia e le relative tubazioni: in tale occasione aveva trascorso un giorno intero a rimuovere il rivestimento isolante della caldaia e delle tubazioni, creando così molta polvere. In seguito, dal 1973 al 1981, lo stesso operaio aveva lavorato presso la Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Limited nello stabilimento di Strood, nel Kent, dove, negli ultimi quattro anni, era stato particolarmente esposto alla polvere d'amianto come addetto alle caldaie. Ogni giorno, infatti, egli camminava attraverso le condutture smuovendone il rivestimento d'amianto e scopava il pavimento del locale delle caldaie sollevando polvere di amianto e detriti senza che fossero mai state prese misure efficaci per proteggerlo dall'esposizione. Si aggiunga che, nel 1973, Mr Matthews aveva lavorato per la società per azioni British Uralite, nella fabbrica di

⁸¹ Si tratta di una sezione della High Court, competente per danni da lesioni personali (c.d. "personal injury") come in questo caso, "tort of negligence", inadempimenti contrattuali, diffamazione, obbligazioni, proprietà e possesso (cfr., al riguardo, CRISCUOLI-SERIO, *Nuova introduzione*, cit., 253).

⁸² La cui vicenda lavorativa è esposta da Lord Bingham nel § 5.

Higham, nel Kent, nell'ambito della produzione di tubi di amianto senza alcuna protezione da parte dell'azienda.

Da qui, nel 1999, i primi disturbi e nel 2000 la diagnosi di mesotelioma. Sia le Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Limited che la British Uralite ammisero che la malattia del lavoratore era stata causata dall'inalazione di polvere di amianto senza idonea protezione e che ognuna di loro aveva esposto l'uomo al pulviscolo «in breach of duty»⁸³.

Mr Matthews, quindi, agì contro entrambe le società nell'aprile del 2001 e l'11 luglio dello stesso anno la sentenza di primo grado accolse la richiesta dell'attore, condannando le convenute al risarcimento del danno⁸⁴. La sentenza fu impugnata dinanzi alla Court of Appeal, che accolse il ricorso delle società condannate in prima istanza, sospendendo l'efficacia della decisione di primo grado. Mr Matthews, allora, impugnò la sentenza di secondo grado davanti alla Appellate Committee della House of Lords, quando ormai la sua aspettativa di vita era ridotta a mesi⁸⁵. Comunque, prima dell'udienza dell'«appeal in the

⁸³ Cfr. Lord Bingham, § 5.

⁸⁴ Sulle ragioni di questo accoglimento cfr. Lord Hutton, § 101, il quale ricorda che anche in questo grado di giudizio (come successivamente presso l'Appellate Committee della House of Lords) il giudice Mitting J, dando importanza al fatto che vi era stato un breach of duty da parte dei convenuti che aveva aumentato il rischio di contrarre il mesotelioma, intese ciò una prova sufficiente dell'esistenza di un nesso di causalità fra condotta dei convenuti e lesioni subite dal lavoratore. In altri termini, egli ritenne che incrementare il rischio di contrarre il mesotelioma fosse l'equivalente di contribuire all'insorgere della malattia stessa («... I can see no substantial difference between saying that what the defendant[s] did materially increased the risk of injury to the claimant and saying that what the defendants did made a material contribution to his injury. ... In other words, the evidence which I have heard proves, on the balance of probabilities, that their breach of duty caused his injury»). Cfr. anche, in merito, MILLER, *Judicial approaches*, cit., 129.

⁸⁵ Tra l'altro, al tempo del ricorso alla House of Lords, la società Maidstone Sack and Metal non poteva più essere citata: cfr. Lord Bingham, § 5.

House»⁸⁶, i legali rappresentanti delle convenute accettarono di versare al ricorrente la somma cui quelle erano state condannate in primo grado, con gli interessi maturati nel frattempo e la rifusione delle spese processuali, fatta salva ogni riserva di far valere altri diritti legati alle questioni del ricorso alla House of Lords.

b. *Il problema giuridico alla base dei tre ricorsi*

La questione essenziale sottostante ai tre ricorsi viene così individuata da Lord Bingham nelle sue motivazioni (§ 2)⁸⁷:

- 1) se C ha lavorato in momenti diversi e per periodi differenti presso sia A che B;
- 2) se sia A che B avevano l'obbligo di assumere tutte le precauzioni necessarie e ragionevoli per evitare che C inalasse polvere d'amianto, dato il rischio notorio di contrarre la malattia letale del mesotelioma respirando polvere di amianto;
- 3) se sia A che B hanno violato questo dovere nei confronti di C durante il periodo lavorativo di quest'ultimo presso ciascuno di loro, con il risultato che C ha sempre inspirato eccessive quantità di polvere di amianto;
- 4) se si scopre che C soffre di mesotelioma;
- 5) se si può escludere qualsiasi altra causa della patologia di C diversa dall'inalazione di polvere di amianto sul posto di lavoro⁸⁸;

⁸⁶ Cfr. Lord Bingham, § 5.

⁸⁷ Su questa schematizzazione dei fatti cfr. SANDERS, *Risky Business*, cit., 26 s.

⁸⁸ Cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 130, che, al riguardo, osserva: «... fewer than 5% of mesothelioma cases arise in people with no known exposure to asbestos, thus any

6) ma, se C, a causa dei limiti attuali delle conoscenze scientifiche e mediche in particolare, non è in grado di dimostrare, sulla base del bilanciamento delle probabilità (“on the balance of probabilities”)⁸⁹, che questa malattia è il risultato dell’inalazione di polvere di amianto durante il suo impiego presso A o presso B o presso A e B considerati insieme⁹⁰;

allora C ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal solo A, dal solo B oppure da entrambi i datori di lavoro?

Come rileva questo giudice (§ 3), le condizioni di cui ai numeri da 1) a 5) sono effettivamente riscontrabili in ognuno dei tre casi oggetto di ricorso.

A proposito del dubbio se C abbia il diritto di ottenere un risarcimento del danno soltanto da A o soltanto da B oppure da A e B insieme – numero 6) –, Lord Bingham (§ 2) ricorda che la Corte di Appello aveva negato al danneggiato qualsiasi diritto al

search for an alternative cause of mesothelioma in a person occupationally exposed to asbestos is almost sure to prove fruitless».

⁸⁹ Nelle cause civili i giudici inglesi valutano le prove e le argomentazioni giuridiche fornite dalle parti decidendo sulla base dell’indice di ragionevole probabilità (a differenza di quanto accade nel processo penale in cui il magistrato è chiamato a decidere sulla colpevolezza o innocenza dell’imputato “beyond reasonable doubt”). In altri termini, nelle cause civili (sulla base del tort), l’attore deve soltanto dimostrare che qualcosa è stato, “on the balance of probabilities”, una condizione necessaria al verificarsi dell’evento pregiudizievole. A tal fine, chi agisce in giudizio deve limitarsi a dimostrare che c’è stato più del cinquanta per cento di possibilità che il “breach of duty” del convenuto abbia provocato il danno. Sulla percentuale superiore al 50% di probabilità richiesta ai fini della prova del nesso causale nei giudizi civili cfr. approfonditamente WEIR, *An Introduction*, cit., 79 ss. Cfr. anche, riguardo all’impossibilità in *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1WLR 1 (che sarà esaminato nel § d del presente contributo) e *Fairchild* di superare il 50% di probabilità da parte dell’attore, MILLER, *Judicial approaches*, cit., 124, 130.

⁹⁰ Cfr., in merito, J. MORGAN, *Causation, Politics and Law: The English – and Scottish – Asbestos saga*, in *Perspectives on Causation* (edited by R. Goldberg), Oxford and Portland, Oregon, 2011, 57 (con bibliografia e precedenti *ibidem* indicati nelle note), 59.

risarcimento in quanto né nei confronti di A, né nei confronti di B, né nei confronti di A e B insieme, il lavoratore C aveva potuto dimostrare che il suo mesotelioma non si sarebbe probabilmente verificato se non a causa della violazione del dovere da parte di A o di B oppure di A e B insieme: «... it could not be held that C had proved against A that his mesothelioma would probably not have occurred but for the breach of duty by A, nor against B that his mesothelioma probably not have occurred but for the breach of duty by B, nor against A and B that his mesothelioma probably not have occurred but for the breach of duty by both A and B together» (§ 2)⁹¹. Così C aveva perso la causa nei confronti sia di A che di B: «So C failed against both A and B» (§ 2)⁹². Nel diritto inglese, infatti, l'accertamento del nesso di causalità nel caso di «breach of duty», cioè di violazione di un obbligo di diligenza, si basa abitualmente sul criterio c.d. del 'but for' secondo cui «causal connection is deemed to exist between condition and consequence whenever, but for the condition, the consequence would not have occurred»⁹³. In altri termini, ai fini dell'accertamento della responsabilità per a breach of duty, bisogna prima di tutto determinare se il pregiudizio subito dall'attore sia stato causato da una condotta del convenuto tenuta al di sotto dello standard appropriato di diligenza. Si parla in questi casi di "cause in fact", cioè di "rapporto di causalità di fatto", che, per essere accertato, presuppone la domanda se l'azione od omissione negligente del

⁹¹ Nella citazione la spaziatura è mia.

⁹² Cfr. RT HON LORD HOFFMANN, *Causation*, in *The Law Quarterly Review*, 2005, 599; *Causation*, in *Perspectives on Causation* (edited by R. Goldberg), Oxford and Portland, Oregon, 2011, 8.

⁹³ T. HONORÉ, *Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law*, in D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1994, 363. L'espressione «*sine qua non*» allusiva del metodo di accertamento del 'but for' è presente in H.L.A. HART AND T. HONORÉ, *Causation in the Law*², Oxford, 1985, 90. Per i casi giudiziari inglesi esemplari dell'applicazione di questo criterio cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 243.

convenuto sia stata una condizione necessaria dell'avverarsi del danno⁹⁴. Di conseguenza, se si risponde che il danno si sarebbe verificato ugualmente, anche senza la negligenza del convenuto, non c'è alcuna causalità di fatto. Ciò è spesso espresso dal 'but for' test, in base al quale si chiede se il danno non si sarebbe verificato in mancanza della condotta negligente del convenuto. Se la risposta è affermativa, la causalità di fatto è accertata: l'attore non avrebbe subito alcun pregiudizio senza l'elemento in più della negligenza del convenuto⁹⁵.

Tuttavia Lord Bingham (§ 2) sottolinea che la questione cruciale di pertinenza dell'Appellate Committee della House of Lords nel caso di specie è valutare se, nelle particolari circostanze del caso, i principi di diritto («principles»), i precedenti giudiziali («authorities») o ragioni di carattere equitativo («policy») non richiedano e giustifichino un approccio diverso per la prova del nesso di causalità.

A tal fine il giudice (§§ 6 e 7) traccia una sorta di *excursus* storico (che va dagli inizi degli anni '30 del secolo scorso ai primi anni Duemila) delle conoscenze mediche in Inghilterra sugli effetti dannosi dell'esposizione alla polvere d'amianto⁹⁶, rilevando come

⁹⁴ Il problema dell'accertamento della "cause in fact" o "factual causation" non si limita soltanto al contesto inglese ma anche a quello di altri Paesi di common law, come, ad es., Stati Uniti e Canada: cfr., al riguardo, fra gli altri, nel contesto statunitense, J. J. PHILLIPS, *Reflections on Factual Causation*, in *Washington University Law Review*, January 1978, IV, 661 ss.; J. E. VIATOR, *When Cause-in-Fact is More Than a Fact: The Malone-Green Debate on the Role of Policy in Determining Factual Causation in Tort Law*, in *Louisiana Law Review*, 1984, V, 1519 ss.; in quello canadese, R. BROWN, *The Possibility of "Inference Causation": Inferring Cause-in-Fact and the Nature of Legal Fact-Finding*, in *McGill Law Journal*, 2010, I, 1 ss. (ove si considera proprio il caso di «absence of expert scientific evidence»).

⁹⁵ Sul 'but for' test cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 71 s.; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 122; G. VILLA, *Dizionario esplicativo di inglese giuridico. Prefazione di Pietro Rescigno. Inglese-Italiano. Italiano-Inglese*, Milano, 2015, 312 ss.

⁹⁶ Per una spiegazione aggiornata della composizione organolettica dell'amianto (un insieme di minerali), per le ragioni del suo ampio utilizzo a livello mondiale dai primi

già nei primi anni Trenta fosse genericamente nota la pericolosità dell'inalazione di polvere di amianto, ma che fu soltanto a partire dagli anni '60 che si conobbe con certezza il legame fra inalazione di amianto e mesotelioma, tumore maligno della pleura e talvolta del peritoneo⁹⁷. Il mesotelioma è quindi a tutti gli effetti una malattia professionale⁹⁸, che di solito rimane latente per trenta - quarant'anni⁹⁹ o più¹⁰⁰. Il suo sviluppo può richiedere una decina d'anni, che è il periodo che si ritiene in genere trascorra fra la mutazione della prima cellula e il manifestarsi dei sintomi. Questa forma di tumore è inesorabilmente fatale e la morte di regola interviene dopo circa due anni dalla diagnosi¹⁰¹. Il meccanismo in

anni del Novecento e per le conoscenze mediche sugli effetti derivanti dall'inalazione della polvere di amianto, cfr. SANDERS, *Risky Business*, cit., 12 s.

⁹⁷ Cfr. anche MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

⁹⁸ Sono infatti rarissimi i casi di contrazione del mesotelioma in mancanza di un'esposizione alla polvere di amianto per ragioni lavorative (se ne calcolano non più di uno su un milione ogni anno). Nel 2002, quando la sentenza dei giudici della House of Lords venne pubblicata, l'incidenza del tumore fra coloro che erano esposti alla polvere di amianto per motivi di lavoro era mille volte superiore a quella riguardante la popolazione generale e se ne riscontravano circa millecinquecento casi ogni anno (cfr. Lord Bingham, § 7). Per i dati aggiornati agli inizi del secondo decennio degli anni Duemila sull'aumento ogni anno di «claims» da parte di persone lese da «both malignant and non-malignant injuries» a causa dell'inalazione di amianto, cfr. SANDERS, *Risky Business*, cit., 13.

⁹⁹ Cfr. così anche Lord Rodger, § 123, il quale aggiunge che la conseguenza, spesso, è che, quando il mesotelioma si manifesta, i malati incontrano inevitabili difficoltà nell'identificare almeno alcuni dei datori di lavoro dai quali erano stati assunti: dopo tanti anni i documenti lavorativi tendono ad es. a essere relativamente pochi e difficilmente reperibili. Nei tre casi in esame, infatti, i ricorrenti hanno citato soltanto i datori di lavoro che erano stati in grado di identificare e che (o i cui eredi) erano ancora in vita.

¹⁰⁰ Cfr., al riguardo, SANDERS, *Risky Business*, cit., 14. Rispetto alla durata della latenza della malattia, cfr. altresì MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

¹⁰¹ Cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 242, la quale osserva che «the nature of the disease is such that by the time it has been diagnosed it has generally spread beyond the point where it could be removed by an operation. Radiotherapy and chemotherapy may both be used to treat the lining in these circumstances, but they cannot cure the disease. At

base al quale una normale cellula mesoteliale¹⁰² si trasforma in cellula di mesotelioma è ignoto. In base all'orientamento medico prevalente, tale meccanismo coinvolge un processo multifase nel quale sei o sette mutamenti genetici trasformano una cellula normale in cellula maligna¹⁰³. L'amianto opera in almeno una di queste fasi, anche se in realtà potrebbe operare in più di una (ma ciò non è sicuro)¹⁰⁴. Non si sa quale sia il limite massimo di tollerabilità dell'esposizione alla polvere e alle fibre di amianto senza un rischio significativo di sviluppare il tumore, ma è noto che chi vive in ambienti urbani respira grandi quantità di fibre di amianto (anche se non per ragioni di lavoro)¹⁰⁵ non sufficienti, tuttavia, a sviluppare la patologia¹⁰⁶. È comunque indiscusso che il pericolo di contrarre il mesotelioma aumenta in relazione alla quantità di fibre e polvere di amianto inalata: più elevata, quindi, è la quantità inspirata, più alto è il rischio¹⁰⁷. La malattia può essere

best, these interventions can only shrink the cancer and improve a patient's symptoms. The cancer is effectively terminal».

¹⁰² Cioè della pleura.

¹⁰³ Sul punto cfr. anche Lord Hutton, § 78; Lord Rodger, § 120; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

¹⁰⁴ Cfr. anche, in questo senso, Lord Hutton, § 78. Lord Rodger, nel § 120, precisa che, «once the malignant transformation has been triggered, the malignancy develops in a process that may involve some six or seven genetic changes. Asbestos may have a role to play at one or more of these stages, but again there is no evidence that the action of asbestos is more or less likely at one stage than at another». Cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128 s.

¹⁰⁵ Si è appena detto, infatti, nel testo, che il mesotelioma è una tipica malattia professionale.

¹⁰⁶ O per lo meno è molto bassa la percentuale di persone che, pur non respirando ogni giorno polvere d'amianto per ragioni di lavoro, contrae ciononostante la malattia: cfr., in proposito, MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

¹⁰⁷ Cfr. anche, in questo senso, Lord Hutton, § 78, e Lord Rodger, § 122, il quale osserva che, poiché maggiore è il numero delle fibre di amianto che entrano nel corpo, maggiori sono le possibilità che una di quelle fibre dia inizio alla trasformazione delle cellule in maligne, qualunque possa essere stata la causa dell'incremento del rischio di contrarre la malattia letale, dal momento che tutti i convenuti avevano costretto gli

generata da una sola fibra, da alcune fibre o da molte fibre¹⁰⁸: la medicina sostiene che nessuna di queste ipotesi è più probabile delle altre¹⁰⁹ e che la malattia, una volta insorta, non è aggravata da un'ulteriore esposizione. Inoltre, «in the event of a sequence of separate periods of exposure, current science cannot identify the one in which the condition was initiated»¹¹⁰.

Tornando quindi allo schema iniziale tracciato da Lord Bingham (§ 1), se il lavoratore C, assunto in momenti successivi da A e B, è stato esposto alla polvere e alle fibre di amianto presso entrambe le aziende, è altamente probabile che la malattia sia stata causata dall'inalazione di tale materiale, ma la medicina non è in grado di sapere in che periodo e presso quale azienda il lavoratore abbia inspirato la fibra che gli si sarebbe rivelata fatale (§ 7 *in fine*). C, infatti, potrebbe avere inspirato le fibre generatrici della malattia sia durante l'impiego presso A, nel qual caso la sua esposizione alle dipendenze di B non avrebbe avuto alcun effetto sulla sua malattia; sia presso B, nel qual caso la sua esposizione durante il periodo alle dipendenze di A non avrebbe avuto alcuna incidenza; oppure C potrebbe avere respirato le fibre letali sia presso A che presso B (§ 7). Non c'è, quindi, modo di identificare, nemmeno sulla base del bilanciamento delle probabilità, la fonte innescante il processo degenerativo delle cellule culminato nel tumore maligno (§ 7 *in fine*)¹¹¹.

operai a lavorare in un'atmosfera contenente una grande quantità di polvere di amianto, tutti hanno aumentato il rischio che i lavoratori sviluppassero il mesotelioma. Cfr. anche, sul punto, LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 244; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128 s.

¹⁰⁸ Cfr. anche, al riguardo, Lord Hutton, §§ 78, 111; LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 243; SANDERS, *Risky Business*, cit., 14; H. SCOTT, *Killing and Causing Death in Roman Law*, in *The Law Quarterly Review*, 2013, 101; RT HON LORD HOFFMANN, *Fairchild and after*, in *Judge and jurist: essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford, 2013, 64.

¹⁰⁹ Cfr. in merito anche Lord Rodger, § 120; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

¹¹⁰ MILLER, *Judicial approaches*, cit., 128.

¹¹¹ Su questa incertezza cfr. gli stralci del processo (di primo grado?) riportati da Lord Hutton nel § 113 delle sue motivazioni; Lord Rodger, § 153. Per riassumere la

Ed era stato proprio a causa di tali incertezza che, sia in primo grado che in appello, i ricorsi delle vittime erano stati quasi tutti rigettati¹¹² (§ 7)¹¹³.

c. I principi di diritto coinvolti

Dopo aver esposto i fatti e illustrato lo stato della scienza medica sulle modalità di sviluppo del mesotelioma, Lord Bingham (§§ 8 e 9) esamina i principi di diritto coinvolti nei tre casi suesposti, concentrandosi soprattutto sul contenuto dell'onere della prova a carico dei ricorrenti circa l'esistenza del nesso di causalità fra le condotte dei convenuti e i danni subiti dai lavoratori.

Di regola – osserva il giudice (§ 8) – in un'azione per lesioni personali («personal injury») basata su «negligence» o «breach of statutory duty»¹¹⁴, l'attore cerca di dimostrare che la violazione di un dovere del convenuto nei suoi confronti è alla base del

situazione coinvolta in ognuno dei tre ricorsi, si può fare riferimento ad alcune osservazioni di Lord Hoffmann (espresse nel § 61, su cui cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 136), il quale afferma che nei casi di specie esisteva a carico di ciascun datore di lavoro un dovere specificamente inteso a proteggere i dipendenti dall'esposizione non necessaria al rischio di contrarre una particolare malattia – «a duty specifically intended to protect employees against being unnecessarily exposed to the risk of (among other things) a particolare disease» –, cui corrispondeva un diritto al risarcimento del danno da lesioni personali – «a civil right to compensation for injury» – in stretta correlazione con tale violazione. Sull'esposizione negligente, da parte dei datori di lavoro, dei lavoratori alla polvere di amianto cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 73.

¹¹² Si pensi alla sentenza di primo grado a favore delle ragioni del solo Mr Matthews.

¹¹³ In proposito cfr. altresì Lord Rodger, § 119; LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 243, 246 (sulle argomentazioni della Corte d'Appello a favore del rigetto del ricorso).

¹¹⁴ Come nei tre casi sottoposti all'attenzione dei Law Lords.

verificarsi del danno¹¹⁵. Il “tort of negligence”¹¹⁶ nel diritto civile inglese è, infatti, un’illecito civile («civil ‘wrong’») consistente in un danneggiamento («injury or loss»)¹¹⁷ dovuto al mancato rispetto di un “legal duty to take reasonable care”¹¹⁸, a sua volta corrispondente al «dovere ... di usare diligenza, prudenza e, ove richiesta, perizia, ... all’ovvio fine di non recare danno ad altri»¹¹⁹. L’espressione “reasonable care” fissa una sorta di standard di comportamento cui è tenuto il singolo, il quale, quando adotti una condotta al di sotto di questo standard, commette un “breach of duty”¹²⁰. Tale standard di comportamento, come osserva Giovanni Villa, è modellato sulla figura del c.d. «“reasonable man”»¹²¹, di modo che, per accertare se il “duty of care” sia stato rispettato, bisognerà domandarsi quale sarebbe stato il comportamento dell’uomo di media ragionevolezza nelle circostanze in cui ha agito il soggetto coinvolto e, qualora non sia possibile attribuire «alcuna colpa al *reasonable man*»¹²² che si fosse trovato nei panni dell’effettivo

¹¹⁵ Cfr. così anche Lord Hoffmann, § 48: «It is axiomatic that the law will not impose liability to pay compensation for damage unless there is a relevant causal connection between the damage and the defendant’s tort, breach of contract or statutory duty».

¹¹⁶ Sulla “relativa modernità” del tort of negligence, la cui introduzione come vera e propria figura di tort secondo il common law (dunque in base alla disciplina dei precedenti) risale agli anni Trenta del Novecento, cfr. VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 300 ss. Sul tort of negligence cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 29 ss.

¹¹⁷ Cfr. CRISCUOLI-SERIO, *Nuova introduzione*, cit., 28.

¹¹⁸ Sulla “ragionevolezza” di questo dovere di comportamento cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 41 ss., 59 ss. Per una visione critica del tort of negligence con un occhio costante alla prassi, spesso in netta contrapposizione ai principi di diritto, cfr. S. HEDLEY, *Making sense of negligence*, in *Legal Studies*, 2016, III, 491 ss. Sull’evoluzione sul piano storico del concetto di negligence legato a quello di violazione di un duty of care cfr. IBBETSON, *How the Romans*, cit., 475 ss., 509 ss.

¹¹⁹ VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 302, che (nelle pagine successive) tratta anche dei «parametri per l’identificazione del *duty of care*» (il corsivo è dell’Autore).

¹²⁰ Sulla nozione di “breach of duty” cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 57 ss.

¹²¹ «Reasonable person» secondo IBBETSON, *How the Romans*, cit., 479, 504, 512.

¹²² Cfr. nt. 121.

responsabile, nemmeno quest'ultimo potrà essere sottoposto a sanzione»¹²³.

La responsabilità per negligence può sussistere in relazione a diversi tipi di “harm or injury”, come, ad esempio, “personal injury (physical and psychiatric)”¹²⁴, “property damage”¹²⁵, “financial loss”¹²⁶ e lo scopo della disciplina del “tort of negligence” è di costringere l'autore del danneggiamento a risarcire il danno quando la sua condotta si ponga al di sotto di uno standard accettabile di diligenza.

Dunque, mentre nella nozione di “tort” rientrano varie fattispecie tipiche di illeciti extracontrattuali ¹²⁷ (ad esempio «private nuisance»¹²⁸, “trespass to land”¹²⁹, “trespass to chattels/to goods”¹³⁰, “conversion”¹³¹)¹³², il tort of negligence non tutela un

¹²³ Cfr. VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 299, da cui sono tratte le citazioni del testo (le parti in corsivo sono dell'Autore).

¹²⁴ Lesioni personali, che possono essere fisiche o psichiatriche. Al riguardo cfr. VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 314 ss.

¹²⁵ Danneggiamento della proprietà.

¹²⁶ Perdita finanziaria, detta anche “economic loss”, cioè perdita economica. Sul punto cfr. VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 316 ss.

¹²⁷ Cfr. VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 297 s., che ricorda che nel common law esistono circa settanta torts.

¹²⁸ Immissioni e danneggiamenti di beni immobili, secondo l'interpretazione di VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 298. Sul tort of nuisance cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 149 ss.; VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 321 s.

¹²⁹ Violazione di proprietà, su cui cfr. brevemente VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 298; approfonditamente WEIR, *An Introduction*, cit., 133 ss.

¹³⁰ Illecito turbativo del possesso di cose mobili altrui.

¹³¹ Appropriazione indebita, su cui cfr. approfonditamente WEIR, *An Introduction*, cit., 165 ss.

¹³² Ma la disciplina sui “torts” (“tort law”) ha anche a che vedere con la protezione della reputazione (“reputation”) – ad es. dal “tort of defamation” (su cui cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 175 ss.; brevemente VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 298) – o della riservatezza (“privacy”), il controllo degli scioperi (“control of strikes”), la prevenzione del commercio sleale (“unfair trade”) o il controllo dell'inquinamento (“control of pollution”). «Per la specificità della loro funzione», i torts appena citati nel testo e in questa nota «vengono definiti “named torts” o “nominated torts” ossia “illeciti

interesse specifico, «ma costituisce, piuttosto», come sottolinea Villa¹³³, l'espressione di un principio generale di responsabilità per colpa»¹³⁴, per cui la responsabilità extra contrattuale legata a questo illecito «può essere ascritta a tutti coloro che, avendo il dovere di agire con diligenza verso qualcuno, gli abbiano cagionato un danno. Questo “dovere di agire con diligenza” ha preso, storicamente, il nome di *duty of care* e l'allargamento dei casi in cui i giudici inglesi ne hanno riscontrato la sussistenza ha costituito il fattore che ha determinato l'evoluzione del tort of negligence»¹³⁵.

Come rileva Lord Bingham (§ 8), gli elementi costitutivi della pretesa del danneggiato che lamenti negligence o breach of statutory duty da parte del convenuto in quanto causa del danno subito, sono il dovere di diligenza («the duty»), la violazione di questo dovere («the breach»), il danno («the damage») e il nesso di causalità fra la violazione del dovere di diligenza e il danno («the causal connection between the breach and the damage») ¹³⁶.

nominati”», quasi a sottolineare il concetto che «il diritto inglese, nella sua impostazione iniziale, aveva previsto figure d'illecito rigorosamente definite» (le citazioni sono tratte da VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 298).

¹³³ VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 298.

¹³⁴ Bisogna tuttavia osservare che non sempre e necessariamente negligence è considerato un tort che contenga un principio generale di responsabilità per colpa: vi sono infatti altri torts che sono basati sulla colpa, come, ad es., il breach of statutory duty (cfr. in part. *Wilkinson v. Downton* [1897] 2 QB 57, da cui si ricava che un atto consapevole, da parte del convenuto, può essere considerato alla stregua di una condotta negligente per la quale di regola si esperisce l'azione legata tort of negligence: cfr., sul punto, WEIR, *An Introduction*, cit., 53; Y. K. LIEW, *The Rule in Wilkinson v Downton: Conduct, Intention, and Justifiability*, in *UCL Discovery*, 2015, II, 349 ss.).

¹³⁵ Sul processo storico che ha condotto alla formazione dell'«all-embracing but largely formless tort of negligence characteristic of common law systems at the start of the 21st century», cfr. IBBETSON, *How the Romans*, cit., 475 ss. Attualmente nel sistema di common law il tort of negligence è quello di più ampia portata applicativa: sul punto cfr. WEIR, *An Introduction*, cit., 29.

¹³⁶ In merito agli elementi costitutivi del tort of negligence cfr. anche WEIR, *An Introduction*, cit., 57 ss.; VILLA, *Dizionario esplicativo*, cit., 310 ss.

L'attore, pertanto, è tenuto a dimostrare che il «breach of duty» è la causa del danno («damage»), cioè che s e n z a quella violazione il danno n o n si sarebbe verificato («by showing that b u t f o r the breach he would n o t have suffered the damage») (§ 8)¹³⁷.

Fatte queste premesse, Lord Bingham (§ 9) si domanda se tale prova sia stata raggiunta nei tre casi di specie e conclude che, in base alla ricostruzione dei fatti, essa, stando ai principi di diritto, non è stata fornita. Infatti, se è vero che A e B erano tenuti a proteggere C da un rischio letale e se è vero che essi non hanno adempiuto a tale dovere, è anche vero che il danneggiato è impossibilitato a dimostrare chi sia l'effettivo responsabile, A, B o entrambi. Da qui le sentenze di rigetto dell'istanza delle vittime in I e II grado¹³⁸.

¹³⁷ La spaziatura nel testo fra virgolette è mia. Cfr. anche, sul punto, le considerazioni analoghe svolte da Lord Nicholls of Birkenhead nel § 37 e da Lord Hutton nel § 77.

¹³⁸ Cfr. nt. 112. Lord Hutton, infatti, nel § 77 afferma che il problema nei tre casi in esame è dato dal fatto che Mr Fox, Mr Fairchild e Mr Matthews erano stati tutti impiegati presso un certo numero di datori di lavoro diversi durante le rispettive vite lavorative e in base allo stato delle conoscenze mediche e alle prove mediche presentate dinanzi alla High Court era possibile che la malattia sofferta da ciascun dipendente fosse stata determinata unicamente dalla violazione del dovere di un solo datore di lavoro. Di conseguenza ciascuno dei convenuti aveva opposto che nessuno dei ricorrenti poteva stabilire che fosse stato il suo «breach of duty» la causa della malattia e che era probabile, come non lo era, che la malattia fosse stata causata «by the breach or breaches of duty of one or more other employers». Analogamente Lord Rodger, nel § 124, afferma che, considerato lo stato delle conoscenze mediche sull'eziologia del mesotelioma, era impossibile per i ricorrenti dimostrare, sulla base del bilanciamento delle probabilità, che la malattia degli operai fosse stata innescata da una fibra o da fibre inalate durante il periodo alle dipendenze di uno qualsiasi dei datori di lavoro e, più in particolare, di quegli specifici datori di lavoro che erano stati convenuti in giudizio: «the claimants thus failed because of the particular stage which medical science had reached. Research has gone far enough for scientists to be able to see, at a microscopic level, what the possible mechanisms may be, but not far enough for them to determine which is the one that actually operates. In future more may be known. ... But the House must deal with these appeals on the basis of the evidence as to medical knowledge today and leave the problems of the future to be resolved in the future». Sull'impossibilità di

Tuttavia – continua Lord Bingham (§ 9) – il risultato cui porta questo ragionamento, pur giuridicamente ineccepibile, è profondamente iniquo e quindi deve essere messo in discussione per ragioni di giustizia¹³⁹. Il problema dei tre ricorsi, infatti, non riguarda la validità e l'applicabilità in generale del criterio del 'but for'¹⁴⁰, ma se, in particolari circostanze come quelle dei tre casi in esame, possa esservi spazio per una rivisitazione («variation or relaxation») di tale parametro nel senso dell'equità (§ 9).

Lo stesso giudice (§ 23), del resto, riconosce che il problema dell'attribuzione di responsabilità, «where a victim has suffered a legal wrong but cannot show which of several possible candidates (all in breach of duty) is the culprit who has caused him harm», ha carattere universale, come dimostra il fatto che ha vessato generazioni intere di giuristi, compresi i giureconsulti romani (come specificamente illustrato da Lord Rodger nei §§ 157-160: cfr. oltre). Ammette anche, tuttavia, che le soluzioni proposte, negli svariati tempi e luoghi, sono state tutt'altro che unanimi (§ 32). Vi sono infatti alcune giurisdizioni – come quella italiana, sudafricana e svizzera – che hanno sempre deciso a favore dei convenuti applicando rigorosamente la regola della *condicio sine qua non*. Tuttavia nella maggior parte delle altre – norvegesi, olandesi, francesi, inglesi, americane, canadesi e australiane¹⁴¹ – il problema dell'accertamento del nesso di causalità non è stato di ostacolo

provare la responsabilità dei datori di lavoro nei tre ricorsi in esame secondo la regola del 'but for' cfr. anche SCOTT, *Killing*, cit., 101.

¹³⁹ In altri termini, la domanda è se «the defendants' breaches of duty (which were agreed) in exposing the men to asbestos were to be held as the cause of their subsequent mesotheliomas» (LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 242).

¹⁴⁰ Su cui cfr. § b del presente saggio.

¹⁴¹ Ivi comprese anche alcune norme dei codici civili tedesco, austriaco, olandese e greco.

all'accoglimento delle pretese risarcitorie degli attori in casi analoghi a quello in esame¹⁴².

Quanto, poi, al sistema inglese (ma altresì americano, canadese e australiano)¹⁴³, il giudice (§§ 10-13) sottolinea come sia ormai prevalsa, anche presso la migliore dottrina, l'idea che, in circostanze particolari, come quelle qui esaminate, in cui la difficoltà di provare il nesso di causalità fra la condotta dell'agente e il danno prodotto dipende dai limiti della conoscenze umane in un dato campo (ad esempio quello medico), è sufficiente per l'attore provare che la condotta dell'agente ha incrementato il rischio del verificarsi del danno¹⁴⁴.

Di conseguenza Lord Bingham suggerisce di far ottenere «“some compensation”»¹⁴⁵ alle vittime, nonostante l'impossibilità oggettiva di provare il nesso di causalità.

Del resto, come ricorda il medesimo magistrato (§§ 14-22)¹⁴⁶, la decisione trova alcuni precedenti conformi in altre sentenze della House of Lords favorevoli ai ricorrenti¹⁴⁷.

Emblematico in tal senso, e per questo posto espressamente a fondamento della decisione dei giudici nel caso qui esaminato¹⁴⁸,

¹⁴² «Whether by treating an increase in risk as equivalent to a material contribution, or by putting a burden on the defendant, or by enlarging the ordinary approach to acting in concert, or on more general grounds influenced by policy considerations, most jurisdictions would, it seems, afford a remedy to the plaintiff» (Lord Bingham, § 32).

¹⁴³ Cfr., sul punto, Lord Rodger, §§ 162-164.

¹⁴⁴ Quindi, se si prova che la condotta ha materialmente incrementato il rischio di sviluppare la malattia, è come se si fosse dimostrato che la condotta ha materialmente contribuito alla nascita della malattia stessa.

¹⁴⁵ Lord Bingham, nel citare, nel § 11, le parole di una giurista e magistrato canadese, CJ. McLachlin.

¹⁴⁶ Sul § 22 cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 248.

¹⁴⁷ Non si tratta comunque di casi di insorgenza del mesotelioma in seguito a esposizione a polvere di amianto.

¹⁴⁸ Cfr. anche, sul punto, Lord Hoffmann §§ 64-66, Lord Rodger § 170. Per gli elementi in comune e le differenze tra *McGhee v. National Coal Board* e i tre ricorsi riuniti in esame dinanzi alla House of Lords, cfr. Lord Rodger, §§ 152 e 153. Sulla portata

era stato il processo *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1WLR 1 instauratosi in Scozia e deciso in via definitiva dalla Appellate Committee della House of Lords inglese. Bisogna a questo scopo precisare che il sistema legale scozzese e quello inglese, benché tendano oggi a convergere l'uno verso l'altro, tuttavia differiscono fra loro per molti aspetti¹⁴⁹.

d. *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1WLR 1: *il precedente principale su cui si è fondata la decisione dei Law Lords*

Ecco, in breve, i fatti¹⁵⁰. Mr McGhee era stato impiegato presso il National Coal Board per circa quindici anni, quasi sempre lavorando in fornaci per la produzione di tubi, quando venne trasferito presso una fornace di mattoni. Dopo circa quattro giorni e mezzo fu costretto a lasciare il lavoro a causa della comparsa di una dermatite. L'ambiente della fornace, caldo e polveroso, provocava negli operai forti sudorazioni. Gli uomini inoltre si ricoprivano di polvere e arenaria per la presenza di ventilatori in continuo movimento. A quel tempo non esistevano docce sul luogo di lavoro; così, alla fine del turno, Mr McGhee tornava a casa in bicicletta senza prima aver lavato via dal corpo il sudore, la polvere e la sabbia¹⁵¹.

Nel processo di primo grado egli sostenne che la sua dermatite era imputabile alla mansione svolta, anche se per breve

esemplificativa di *McGhee*, ai fini della formazione della sentenza definitiva sui ricorsi riuniti sotto la intitolatura *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22, cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 136.

¹⁴⁹ Cfr., sul punto, CRISCUOLI-SERIO, *Nuova introduzione*, cit., 1 ss.

¹⁵⁰ In base alla narrazione di Lord Bingham, § 17. Ma cfr. anche sul punto Lord Rodger, § 135; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 124 s., *passim*, 137; LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 245; SANDERS, *Risky Business*, cit., 23 s.; WEIR, *An Introduction*, cit., 73.

¹⁵¹ Cfr. Lord Rodger, § 135.

tempo, nella fornace di mattoni. Il National Coal Board negò che tale attività avesse provocato la malattia e che perciò questa fosse di natura professionale. L'avvocato dell'attore, pur ammettendo l'impossibilità di riconoscere l'esistenza sia di un «breach of statutory duty» che di un «breach of common law duty» per la mancata predisposizione di un sistema di aerazione della fornace¹⁵², imputò tuttavia all'azienda due violazioni: quella dell'obbligo di raffreddare sufficientemente la fornace prima dell'arrivo degli operai all'inizio del turno di lavoro e quella dell'obbligo ragionevole di predisporre docce per consentire ai dipendenti di ripulirsi dalla polvere¹⁵³. Secondo la difesa, invece, il fatto che il ricorrente, durante il periodo del suo lavoro presso la fornace, avesse potuto farsi la doccia soltanto dopo un breve tragitto a casa in bicicletta e non sul luogo di lavoro, al termine del turno, non poteva considerarsi la causa della sopravvenuta dermatite¹⁵⁴.

¹⁵² Cfr. altresì, in proposito, Lord Rodger, § 135.

¹⁵³ Cfr. le parole di parte attrice riportate da Lord Rodger nel § 136: «“It was their duty to take reasonable care to provide adequate washing facilities including showers, soap and towels to enable men to remove dust from their bodies. In each and all of said duties the defenders failed and so caused said disease. Had the defenders fulfilled said duties incumbent on them the puser would not have contracted said disease”». Cfr. anche SANDERS, *Risky Business*, cit., 23.

¹⁵⁴ Cfr. SANDERS, *Risky Business*, cit., 23.

Il giudice di prima istanza, Lord Ordinary¹⁵⁵ (Lord Kissen), non ritenne sussistente la prima delle due violazioni¹⁵⁶; quanto alla seconda¹⁵⁷, pur riconoscendo il «breach of duty» dell'azienda per la mancanza di docce¹⁵⁸, decise a sfavore del ricorrente sulla base delle prove fornite dai due periti dermatologi, l'uno nominato dall'attore, l'altro dal convenuto¹⁵⁹: nessuno dei due, infatti, era

¹⁵⁵ Uno dei giudici (in genere dodici) della Outer House della Scottish Court of Session. La Outer House è la più giovane delle due parti (l'altra è la Inner House, la più antica) che compongono la Scottish Court of Session, che è la Supreme Civil Court scozzese (mentre in ambito penalistico la Supreme Criminal Court of Scotland è la High Court of Justiciary). La Outer House funziona come tribunale sia di primo grado, sia di appello per le impugnazioni contro le sentenze pronunciate dalla Sheriff Court, il tribunale di primo grado per la cause civili di minore importanza nel sistema processuale scozzese (si tratta di appelli rimessi alla Outer House dalla Inner House). La Inner House funziona come Corte d'Appello o tribunale di primo grado. La Scottish Court of Session fa parte del College of Justice (cioè l'insieme delle supreme courts: la Court of Session, la High Court of Justiciary, l'Office of the Accountant of Court, l'Auditor of the Court of Session) e ha sede nella Parliament House di Edimburgo. La Court of Session funge sia da tribunale di primo grado che da Corte di Appello. Attualmente le decisioni di questa Corte possono essere impugunate dinanzi alla Supreme Court del Regno Unito previa autorizzazione della Inner House o della stessa Supreme Court.

¹⁵⁶ Cioè la violazione dell'obbligo di raffreddare sufficientemente la fornace prima dell'arrivo degli operai all'inizio del turno di lavoro. In proposito cfr. anche Lord Hutton, § 80; Lord Rodger, § 135.

¹⁵⁷ Ossia la violazione dell'obbligo ragionevole di predisporre docce per consentire ai dipendenti di ripulirsi dalla polvere.

¹⁵⁸ Cfr. anche Lord Hoffmann, § 64; Lord Hutton, § 80. Dunque la polvere prodottasi sul posto di lavoro era innocua, mentre essa diventava rilevante ai fini del risarcimento del danno quando l'attore rientrava a casa in bicicletta; essa, infatti, ogni volta rimaneva sul corpo dell'operaio più a lungo di quanto essa avrebbe dovuto, dal momento che il datore di lavoro non aveva predisposto docce a uso dei dipendenti al termine dei turni. La domanda, dunque, era se il periodo in più in cui la polvere era stata sul corpo dell'operaio fosse la causa dell'insorgere della malattia. Ad avviso di MILLER, *Judicial approaches*, cit., 137, la scienza, al tempo di *McGhee*, non era in grado di distinguere la causa della dermatite fra i due tipi di abrasione alla pelle (l'una causata dalla polvere durante il turno di lavoro e l'altra dipendente dalla polvere che, in assenza di una doccia, continuava a irritare la pelle).

¹⁵⁹ Cfr. pure, in merito, Lord Rodger, § 136.

stato in grado di dimostrare che la predisposizione di docce avrebbe evitato l'insorgere della malattia¹⁶⁰. In particolare, mentre il perito di parte attrice, Dr Hannay, ammise che l'installazione di docce avrebbe potuto diminuire il rischio di contrarre la dermatite ma non si spinse oltre tale supposizione¹⁶¹, quello di parte convenuta, Dr Ferguson, si limitò a osservare che «washing reduces the risk»¹⁶². L'avvocato dell'attore cercò comunque di sostenere che l'aumento del rischio di contrazione del morbo era di fatto equiparabile a una materiale contribuzione al suo sviluppo¹⁶³.

Tuttavia, secondo Lord Ordinary, l'aumento del rischio avrebbe significato semplicemente incremento della possibilità, non della probabilità, che la malattia insorgesse (e la probabilità è quella che di regola si dimostra applicando il criterio del 'but for'): «“... the only inference from the evidence is that lack of shower baths is a possibility as a cause of his [i.e. of the pursuer] having contracted the disease and the provision of shower baths would have increased the possibility but not made it a probability. That is the only inference that I can draw from Dr Hannay's evidence and that was the best evidence for the pursuer. Casual connection between fault and the contraction of the disease has not been established”»¹⁶⁴. Dunque, in ultima analisi, ad avviso del giudice di primo grado, aumentare materialmente il rischio di contrarre la

¹⁶⁰ «He [Lord Ordinary] held that the defenders were at fault in not providing showers but that the pursuer had failed to prove on the balance of probabilities that this fault on the part of the defenders had caused or materially contributed to his injury ...» (Lord Rodger, § 136).

¹⁶¹ Cfr. analogamente al riguardo Lord Hutton, § 80; Lord Rodger, § 136; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 124; SANDERS, *Risky Business*, cit., 23; WEIR, *An Introduction*, cit., 73.

¹⁶² Cfr. Lord Bingham, § 17. Cfr. anche Lord Rodger, § 136.

¹⁶³ Cfr. Lord Bingham, § 17.

¹⁶⁴ Cfr. Lord Bingham, § 17. Cfr. anche Lord Rodger, § 136.

malattia non equivaleva a contribuire materialmente alla sua insorgenza¹⁶⁵.

Considerazioni analoghe vennero espresse dai giudici di appello¹⁶⁶, i quali affermarono che l'attore, per risultare vittorioso nel giudizio, avrebbe dovuto dimostrare – in base al criterio del 'but for' – che non avrebbe probabilmente contratto la malattia se non fosse intervenuta la violazione dei doveri di precauzione da parte del convenuto¹⁶⁷: «“... What the pursuer has to show is that, as he avers, he would not have contracted the disease but for the breach of duty'. He has to show this on a balance of probabilities”»¹⁶⁸. Essi inoltre accolsero la tesi secondo cui la mancanza di docce non aveva giocato alcun ruolo nello sviluppo della malattia¹⁶⁹ perché, visto che l'intero danno si era creato nella fornace, una doccia non avrebbe potuto prevenirlo o attenuarlo¹⁷⁰. Lo stesso Lord President della First Division della Court of Session¹⁷¹ disse che dimostrare la sussistenza di un rischio di contrarre la malattia a causa dell'impossibilità di lavarsi sul posto di lavoro non significava provare l'esistenza di un nesso di causalità fra tale violazione aziendale e l'insorgere della patologia, essendo il

¹⁶⁵ Cfr. anche, sulla sentenza di Lord Ordinary, Lord Hutton, § 80.

¹⁶⁶ Cfr. altresì, sul punto, Lord Hutton, § 80.

¹⁶⁷ Cfr. anche Lord Rodger, § 137.

¹⁶⁸ Si tratta delle parole di Lord Migdale della First Division della Court of Session (su cui cfr. nt. 171), riportate da Lord Bingham, § 18.

¹⁶⁹ Cfr. Lord Rodger, § 137.

¹⁷⁰ Cfr. Lord Rodger, § 137.

¹⁷¹ Gli appelli dinanzi alla Court of Session si svolgono generalmente dinanzi a tre giudici dell'Inner House, anche se nei casi importanti in cui vi sia un conflitto di autorità può essere convocato un collegio formato da cinque magistrati o, eccezionalmente, sette. La Inner House è suddivisa in due Divisions aventi ciascuna pari autorità e giurisdizione, cioè la First Division, a capo della quale sta Lord President, e la Second Division, a capo della quale sta Lord Justice Clerk. Le courts destinate a esaminare i casi sono, di solito, tratte da queste Divisions. Quando nessuna di queste ultime è disponibile a presiedere un'udienza, viene convocata una Extra Division, composta da tre senatori e presieduta dal giudice più anziano presente.

rischio di incorrere nella dermatite e la causa della dermatite due concetti oltremodo diversi fra loro¹⁷². Sulla base di tutto ciò anche il ricorso in appello fu rigettato.

Ma il verdetto fu capovolto dai giudici della Appellate Committee della House of Lords, che accolsero l'istanza dell'attore¹⁷³ sostenendo l'equiparabilità ai fini del giudizio fra una condotta che avesse aumentato il rischio di contrarre la malattia e una condotta che l'avesse effettivamente provocata¹⁷⁴. Essi ritennero infatti che, ai fini della prova del nesso di causalità, fosse sufficiente l'aver dimostrato che la mancanza di docce aveva incrementato il rischio di contrarre la malattia dermatologica¹⁷⁵. Infatti, se la dermatite fosse stata causata da quantità di polvere di mattoni abrasiva che aveva aderito alla pelle ammorbidita dal sudore, il lavaggio sarebbe stato l'unico modo per rimuovere il rischio di contrarre il morbo¹⁷⁶. Diversamente, in mancanza di docce, il lavoratore, tornando a casa in bicicletta, ricoperto di sudore e polvere, sarebbe stato esposto a un'ulteriore lesione fino a che non si fosse interamente lavato¹⁷⁷. Come, infatti, ricorda Lord Hoffmann (§ 64), i giudici della House of Lords si basarono sulla constatazione che, più a lungo il lavoratore si fosse sottoposto allo

¹⁷² Cfr. Lord Rodger, § 137; SANDERS, *Risky Business*, cit., 23.

¹⁷³ Cfr. anche, sul punto, Lord Rodger, § 138; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 124 s.

¹⁷⁴ Cfr. Lord Hoffmann, § 65: «... in these circumstances ... the House decided that materially increasing the risk that the disease would occur was sufficient to satisfy the causal requirements for liability» (su queste parole cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 136). Cfr. anche Lord Hoffmann, §§ 67, 74 *in fine*. Cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 245 s.; MILLER, *Judicial approaches*, cit., 124. Lo studio legale che patrocinò la causa di ricorso presso la House of Lords dalla parte di Mr McGhee era quello in cui da non molto tempo aveva iniziato il «bar apprenticeship» Alan Rodger, futuro Law Lord della Appellate committee della House of Lords chiamata a decidere sui tre casi riuniti nel fascicolo Fairchild

¹⁷⁵ Cfr. anche, in merito, WEIR, *An Introduction*, cit., 73.

¹⁷⁶ Cfr. Lord Hutton, § 79; ma cfr. anche Lord Rodger, § 139.

¹⁷⁷ Sul punto cfr. altresì Lord Rodger, § 139.

sforzo mentre le particelle di polvere si depositavano sulla sua pelle, più grande sarebbe stato il rischio di contrarre la malattia. Secondo Lord Rodger (§ 138), «in this sense, and in this sense only, the abrasion's to the pursuer skin was cumulative: "the longer a subject is exposed to injury the greater the chance of his developing dermatitis" ([1973] 1 WLR 1, 3H - 4A Lord Reid¹⁷⁸). The fact that the risk did increase in this way if no washing facilities were provided was important because it showed that, contrary to the view taken by the First Division, the pursuer had not left behind the causes which made him liable to develop dermatitis when he left the brick kiln ([1973] 1 WLR 1, 4H – 5A Lord Reid)». Delle conseguenze dovute al solo sforzo nella fornace – precisa Lord Rodger (§ 139) – il convenuto non era responsabile in quanto non gli si poteva rimproverare nulla in proposito, mentre delle conseguenze dello sforzo dovuto al tragitto verso casa in bicicletta, il convenuto era responsabile dal momento che l'attore non sarebbe stato esposto alla lesione dovuta alla polvere raggrumata sulla sua pelle se il datore di lavoro avesse ottemperato all'obbligo di predisporre docce nella fornace¹⁷⁹.

I giudici pertanto ritennero, pur in assenza di prove scientifiche ma sulla base di dati di mera esperienza¹⁸⁰, che il fatto

¹⁷⁸ Lord Reid fu il primo della Appellate Committee a dare le motivazioni della sentenza di accoglimento del ricorso.

¹⁷⁹ Sulla base di ciò – osserva Lord Rodger (§ 140) – l'attore avrebbe potuto vincere la causa se soltanto avesse collegato la sua dermatite con il tragitto di ritorno verso casa in bicicletta senza essersi prima lavato, non con il lavoro nella fornace. Sarebbe stata sufficiente la dimostrazione che la mancanza di docce aveva materialmente contribuito allo sviluppo della dermatite dell'attore «whether or not the dermatitis would have developed but for that failure». Lord Reid (cfr. nt. 178), ciononostante, esaminò il caso chiedendosi semplicemente se la mancanza di docce «had materially contributed to the development of the pursuer's dermatitis», ma è a questo punto che emersero i problemi di soluzione del caso.

¹⁸⁰ Cfr. Lord Rodger, § 142. I giudici della Appellate Committee tennero conto del fatto che, poiché era ignoto il meccanismo con cui la polvere aveva provocato la dermatite

che il ricorrente dovesse tornare a casa in bicicletta ricoperto di sabbia e sudore aveva aumentato il rischio di insorgenza della malattia¹⁸¹.

Così i Law Lords rigettarono la tesi della Inner House secondo cui «“once the man left the brick kiln he left behind the causes which made him liable to develop dermatitis”»¹⁸², come pure non accettarono la distinzione tracciata da Lord Ordinary «“between materially increasing the risk that the disease will occur and making a material contribution to its occurrence”»¹⁸³. Optarono invece per una «broader view of causation»¹⁸⁴ sostenendo che, nel caso esaminato, aumentare materialmente il rischio del verificarsi del danno equivaleva a contribuire materialmente alla sua produzione¹⁸⁵. Il ricorso del danneggiato fu quindi accolto¹⁸⁶.

(se cioè la malattia era nata da una singola abrasione o dall'accumulo di più abrasioni), la scienza medica non era in grado di stabilire se le particolari abrasioni scavate dalla polvere raggrumata sulla pelle dal sudore e che avevano determinato la dermatite non si sarebbero probabilmente verificate prima o dopo la rimozione della polvere stessa tramite docce (cfr. Lord Hoffmann, § 64). Riguardo al meccanismo in base al quale si sarebbe innescata la dermatite cfr. § 20 (Lord Bingham) e § 139 (Lord Rodger), ove si riportano alcune osservazioni di Lord Reid: «“It suggests to me that there are two possible ways. It may be that an accumulation of minor abrasions of the horny layer of the skin is a necessary precondition for the onset of the disease. Or it may be that the disease starts at one particular abrasion and then spreads, so that multiplication of abrasions merely increases the risk of its occurrence. I am inclined to think that the evidence points to the former view. But in a field where so little appears to be known with certainty I could not say that it is proved. ...”». Sul punto cfr. Lord Rodger, § 141. Cfr. nt. 158.

¹⁸¹ Cfr. Lord Rodger, § 142.

¹⁸² Lord Reid, riportato da Lord Rodger nel § 142.

¹⁸³ Lord Reid, riportato da Lord Rodger nel § 142.

¹⁸⁴ Lord Rodger, § 142.

¹⁸⁵ Cfr. Lord Rodger, § 142.

¹⁸⁶ Cfr. Lord Rodger, § 142. Si noti che le considerazioni sin qui riferite di Lord Reid furono condivise dagli altri giudici della Appellate Committee: sul punto cfr. Lord Rodger, § 143. Cfr. SANDERS, *Risky Business*, cit., 24: «The importance of *McGhee* is its

La dottrina inglese ha attribuito notevole rilievo a questa decisione perché si è detto che essa ha collocato «the concept of risk¹⁸⁷ at the centre of the jurisprudence of causation in personal injury»¹⁸⁸. In effetti la sentenza della Appellate Committee era basata su considerazioni di «policy or justice» che, in circostanze in cui la limitatezza delle conoscenze mediche rendeva impossibile la prova del nesso di causalità fra la condotta del datore di lavoro e l'insorgere della malattia professionale, imponevano comunque di porre le conseguenze del rischio a carico del datore di lavoro¹⁸⁹.

e. *Il caso dei cacciatori imprudenti: analogie con Fairchild v. Glenhaven Funeral Services [2002] UKHL 22*

Vi è tuttavia da sottolineare che il problema giuridico posto dal caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] era ancora più complesso rispetto a quello alla base del processo *McGhee v. National Coal Board*. In quest'ultimo, infatti, il convenuto accusato di violazione di duty of care e di avere indirettamente provocato la

indication that the Lords were prepared to substitute proof of risk for proof of causation when it was uncertain whether the pursuer's dermatitis was caused by the workplace exposure itself or by the exposure due to the delayed opportunity to bathe».

¹⁸⁷ Il corsivo è dell'Autore.

¹⁸⁸ MILLER, *Judicial approaches*, cit., 125. Per l'opinione di Lord Hutton, espressa nel § 109, secondo cui *McGhee* non introdurrebbe alcun nuovo principio (in base al quale l'incremento materiale del rischio, «in cases where medical evidence as to the precise nature of causation cannot be adduced», equivale alla contribuzione materiale dell'insorgere della malattia senza che si debba ricorrere, per giungere a questa conclusione, ad alcuna «factual or legal inference»), ma, piuttosto, si baserebbe sul ricorso a una «factual or legal inference leading to the conclusion that the breach of duty was a cause of the disease», cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 248, che ricorda anche che Lord Bingham, Hoffmann and Rodger hanno al contrario affermato che in *McGhee* si riscontra «a 'new principle' which that 1973 Court could have 'more clearly and more openly' proclaimed» (cfr. Lord Rodger, § 144).

¹⁸⁹ Cfr. Lord Hoffmann, § 66.

malattia professionale era una singola azienda. Invece, nel caso delle vittime del mesotelioma, le aziende implicate e chiamate in giudizio erano più di una. La questione, quindi, si complicava perché non era possibile, in base alle conoscenze mediche, sapere a quale delle aziende coinvolte fosse da riferire il comportamento alla base del danno. Ci si trovava cioè in una situazione in cui «“the plaintiff is the likely victim of the combined tortious conduct of a number of defendants, but cannot prove causation against a specific defendant or defendants on the basis of particularized evidence in accordance to traditional principles”»¹⁹⁰.

Comunque i magistrati della House of Lords ritennero giusto riconoscere ai danneggiati un risarcimento finanziario nonostante questo grave problema probatorio, disapplicando il criterio del ‘but for’ e ricorrendo a «value judgments» e «policy considerations»¹⁹¹.

A sostegno di tale decisione Lord Bingham (§ 9) cita alcune opinioni giurisprudenziali australiane e canadesi su casi simili, dalle quali emerge la consapevolezza dei giudici circa l’inadeguatezza della rigida applicazione del ‘but for’ test in circostanze in cui abbiano avuto luogo due o più atti o eventi idonei, anche da soli, a provocare il danno, con la conseguenza, per il danneggiato, di non poter provare quale di essi lo abbia effettivamente causato. Anche secondo questi magistrati l’unico modo per ovviare agli inconvenienti del ‘but for’ test era ricorrere a valutazioni equitative¹⁹².

¹⁹⁰ Lord Bingham, § 11, nel citare uno stralcio della sentenza *Snell v. Farrell* [1990] 2 SCR 311 at 320 della Supreme Court of Canada.

¹⁹¹ Le parole tra virgolette sono quelle usate da Lord Bingham nel § 9 per alludere ai criteri sulla base dei quali le giurisdizioni supreme australiane e canadesi hanno accolto ricorsi su casi analoghi a *Fairchild* (a proposito di tali metodi cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 135 s.).

¹⁹² Sempre Lord Bingham nel § 9. Sulle considerazioni di Lord Bingham relative ai metodi con cui le altre giurisdizioni hanno accolto i ricorsi su casi analoghi a quello in esame cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 135 s.

In particolare Lord Bingham (§§ 25, 27), Lord Nicholls (§§ 38 e 39) e Lord Rodger (§§ 166 e 167) rimandano al caso di due cacciatori, agenti ognuno indipendentemente dall'altro, i quali, in un bosco, avevano sparato nello stesso momento senza prestare attenzione, con il risultato che la pallottola dell'arma di uno di essi aveva ferito un passante. Anche qui non si sapeva, e nemmeno il danneggiato era in grado di provarlo, da quale arma fosse partito il colpo¹⁹³. Tuttavia Lord Nicholls (§ 38) si chiede se «the law of negligence» debba lasciare in questo caso privo di un ristoro economico l'attore, consentendo a entrambi i cacciatori di farla franca, nonostante uno di essi lo abbia effettivamente ferito, e si dichiara quindi d'accordo (§ 39) con la decisione adottata dalle corti, per cui debbano essere i due cacciatori, non la vittima, a farsi carico delle conseguenze dovute all'impossibilità di identificare l'arma da cui è partito il colpo che ha ferito il terzo¹⁹⁴. Il fatto, poi, che uno dei cacciatori sia considerato responsabile per una lesione che non ha provocato è un inconveniente meno grave del mancato risarcimento del danno subito dalla vittima (§ 39). È in ragione di queste considerazioni che si è ammesso un “rilassamento” («relaxation») del criterio del ‘but for’ e dunque dello «standard of causation required» (§ 39). È importante sottolineare che questo bilanciamento fra prospettive di soluzione contrapposte (da un lato, imporre la responsabilità a un cacciatore che non ha effettivamente ferito, dall'altro, lasciare l'attore privo di qualsiasi ristoro sul piano economico) comporta un giudizio di valore («a

¹⁹³ Su questo caso cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 244; MORGAN, *Causation*, cit., 59; HOFMANN, *Fairchild*, cit., 64.

¹⁹⁴ Un caso analogo può essere quello esaminato da SANDERS, *Risky Business*, cit., 15 e nt. 30, della persona che, mentre viaggia in automobile, viene tamponata nello stesso momento da due automobilisti, riportando una commozione cerebrale. Se è possibile stabilire quale dei due guidatori ha provocato le lesioni, costui è responsabile del danno; viceversa, se tale accertamento è impossibile, entrambi gli automobilisti rispondono del pregiudizio.

value judgment») che, a seconda dei casi, può innalzare o abbassare la soglia limite («threshold») di applicazione del criterio del 'but for' (§ 40)¹⁹⁵.

Certo i giudici della House of Lords erano consapevoli di un'importante differenza fra il caso dei cacciatori appena citato e quello *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] da cui erano partiti: infatti, nel primo caso, l'esposizione del passante al rischio di essere colpito risaliva a condotte concorrenti (entrambi i cacciatori sparano nello stesso istante), nel secondo l'esposizione al rischio di contrarre il mesotelioma dipendeva da condotte successive (differenti datori di lavoro alle cui dipendenze gli operai hanno lavorato in periodi consecutivi)¹⁹⁶. Non a caso Lord Hoffman¹⁹⁷, in un contributo posteriore all'emissione della sentenza *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002]¹⁹⁸, nel rilevare che il caso dei cacciatori imprudenti differisce dai fatti di *Fairchild*, affermò che nelle motivazioni della sentenza *Fairchild* i precedenti stranieri sono citati «in the way courts always use comparative law; as a rethorical flourish, to lend support to a conclusion reached on independent grounds».

f. La decisione dei Law Lords e le sue ragioni di policy

Sulla base soprattutto di *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1WLR 1 e del caso dei cacciatori imprudenti, tutti e tre i ricorsi riuniti sotto *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] furono

¹⁹⁵ Sul § 40 cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246.

¹⁹⁶ Cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 244.

¹⁹⁷ HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 64.

¹⁹⁸ Si tratta di un saggio del 2011: per la citazione completa, cfr. nt. 89.

accolti all'unanimità¹⁹⁹. Si concluse, infatti, che tutti i datori di lavoro avevano mancato al dovere di proteggere i propri dipendenti dal rischio di contrarre il mesotelioma tramite l'inalazione di polvere di amianto. La condotta dei convenuti, pertanto, aveva materialmente incrementato il rischio di insorgenza della malattia e ciò fu ritenuto sufficiente, anche se, in base alle conoscenze mediche, non era stato possibile accertare sotto quale dei datori di lavoro ciascun operaio avesse contratto la malattia²⁰⁰. I Law Lords, infatti, ritennero di poter equiparare, ai fini della prova del nesso causale, l'incremento materiale del rischio di contrarre il mesotelioma e la contribuzione materiale allo sviluppo della malattia²⁰¹ e che per dimostrare il primo fosse sufficiente la prova che ciascun datore di lavoro avesse esposto negligenzemente il proprio dipendente alla polvere di amianto²⁰².

¹⁹⁹ Cfr. Lord Bingham, § 34 (su cui cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246; HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 65); Lord Nicholls, § 39; Lord Hoffman, § 74; Lord Hutton § 116; Lord Rodger, § 170; WEIR, *An Introduction*, cit., 73. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246, in particolare, osserva che «in *Fairchild* all five of their Lordships followed *McGhee*», e successivamente, a pagina 248, ribadisce che «in reaching their decision in *Fairchild*, their Lordships claimed that they were doing no more than following authority in *McGhee*».

²⁰⁰ Cfr. sul punto HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 64. Sull'impossibilità di provare il nesso di causalità fra negligence e mesotelioma in *Fairchild* cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 130; MORGAN, *Causation*, cit., 60.

²⁰¹ Stabilendo che i «claimants did not have to satisfy the but-for test» (SCOTT, *Killing*, cit., 101). Cfr. anche MILLER, *Judicial approaches*, cit., 136; MORGAN, *Causation*, cit., 59 s. In altri termini, i datori di lavoro sono stati dichiarati responsabili sulla base del fatto che «in this case negligent exposure to risk of harm should be treated as equivalent to negligent contribution to its actual occurrence» (WEIR, *An Introduction*, cit., 74). Cfr. Lord Bingham, § 34; Lord Nicholls, §§ 41 e 42 (sul § 41 cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246); Lord Hutton § 116; Lord Rodger, § 168; LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246; HOFFMANN, *Causation*, cit., in *The Law Quarterly Review*, 2005, 599; *Causation*, cit., in *Perspectives on Causation* (edited by R. Goldberg), Oxford and Portland, Oregon, 2011, 8.

²⁰² Cfr. SCOTT, *Killing*, cit., 101, che aggiunge che in questo modo «the claimants in the *Fairchild* case were permitted to “leap the evidentiary gap”».

Lord Bingham (§ 33)²⁰³ ammette che sostenere le ragioni dei ricorrenti potrebbe di fatto comportare il rischio che un datore di lavoro che non ha provocato il danno ne sia comunque considerato responsabile. E il rischio sarebbe ancora maggiore nel caso in cui non tutti i datori di lavoro potenzialmente responsabili fossero presenti in giudizio, per la ragione, ad esempio, che, durante la lunga latenza della malattia, alcuni di essi abbiano dismesso le loro attività o siano morti senza eredi (§ 33)²⁰⁴. D'altra parte – prosegue il giudice (§ 33) – esiste un vigoroso argomento, fondato su ragioni di opportunità («a strong policy argument»), a favore della concessione del risarcimento del danno quando è la stessa scienza medica a impedire alla vittima di identificare con esattezza quale, tra i diversi «employers», lo abbia effettivamente provocato: l'ingiustizia che potrebbe derivare dall'attribuzione della responsabilità al datore di lavoro che avesse violato un duty of care in queste circostanze sarebbe molto meno grave dell'ingiustizia che nascerebbe dal diniego di un risarcimento alla vittima²⁰⁵. Lord Bingham (§ 33 *in fine*) è dunque dell'opinione, esprimendosi con le parole di Lord Wilby in *McGhee v. National Coal Board* [1973], che «“the employers should be liable for an injury, squarely within the risk which they created and that they, not the pursuer, should suffer the consequence of the impossibility, foreseeably inherent in the nature of his injury, of segregating the precise consequence of their default”».

Quindi, in base allo schema iniziale del lavoratore C impiegato in momenti diversi da A e da B, è ragionevole

²⁰³ Su questo paragrafo cfr. MILLER, *Judicial approaches*, cit., 135.

²⁰⁴ Cfr. sul punto SANDERS, *Risky Business*, cit., 14.

²⁰⁵ Cfr. così anche Lord Hutton, §§ 114-115, che cita altra giurisprudenza in tal senso. Sulle considerazioni di «policy» svolte da Lord Bingham nel § 33, cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 247. Più in generale, sul risultato di ingiustizia che deriverebbe dal rigetto dei «claims», cfr. MORGAN, *Causation*, cit., 59.

considerare la condotta di A e B come «a material contribution to the contracting by C of a condition against which it was the duty of A and B to protect him» (§ 34). Questa conclusione – sostiene Lord Bingham (§ 34) – è supportata sia dalla giurisprudenza citata²⁰⁶ che da ragioni di «policy» e può valere anche nel caso in cui A o B «is not before the court».

Del resto, lo stesso Lord Hoffman (§ 63) sostiene che, in presenza di un datore di lavoro «in breach of duty» e di un lavoratore che ha perso la vita, negare il risarcimento sarebbe incoerente con la «policy of law» e al contempo moralmente sbagliato²⁰⁷.

Dal canto suo, Lord Nicholls (§ 41)²⁰⁸ afferma, fra le altre cose, che la soluzione adottata dalla corte deve essere considerata eccezionale. Non si può, infatti, eccedere nel mitigare la regola del 'but for' consentendone il superamento ogni qual volta l'attore incontri difficoltà (come spesso accade) nel provare il titolo della propria pretesa; ci deve essere cioè una buona ragione per discostarsi dalla normale soglia limite della regola del 'but for' e il motivo deve essere tale da giustificare la privazione della protezione che questo criterio normalmente fornisce al convenuto (§ 43)²⁰⁹. Se, quindi, in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002], la soglia del 'but for' test è stata drasticamente abbassata, è comunque necessario, per il futuro, che si mantenga la consapevolezza dell'eccezionalità di questa scelta (§ 43).

²⁰⁶ Ma cfr. anche le sentenze americane, canadesi e australiane richiamate da Lord Hutton nei §§ 100-107.

²⁰⁷ L'importanza di queste osservazioni è sottolineata anche da LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 247.

²⁰⁸ Su questo paragrafo cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 246.

²⁰⁹ Sulla necessità di usare un «considerable restraint» nell'abbassare il livello della soglia del criterio del 'but for' ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, cfr. LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 249.

Dunque, per superare il disagio che sarebbe derivato dall'assoluzione delle aziende convenute a fronte del grave danno subito dai lavoratori, i Law Lords, considerata la natura "eccezionale" della fattispecie in esame, hanno ritenuto sufficiente applicare, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, il criterio del "material increase of risk" sulla base della decisione *McGhee*²¹⁰. Del resto, già Helen Scott²¹¹ rilevava che nelle motivazioni stesse dei giudici di ultimo grado fu reso esplicito che l'eccezione alla regola del "but for" era dovuta a «considerations of policy and fairness»²¹².

4. *Alcuni testi del titolo D. 9.2 Ad legem Aquiliam come fonte persuasiva nelle motivazioni di Lord Rodger of Earlsferry*

Giungiamo infine al diritto romano e al rilievo attribuito ad alcune fonti giurisprudenziali antiche nella decisione del caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*. Fra i giudici della Appellate Committee c'era, infatti, anche Lord Alan Rodger²¹³. Ebbene egli

²¹⁰ In *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] i giudici della House of Lords hanno sottolineato che la fattispecie in esame era un'eccezione alla disciplina del nesso di causalità (cfr., ad es., le parole di Lord Nicholls contenute nel § 41). Che si sia trattato di un caso eccezionale è detto anche dallo stesso HOFFMANN, *Causation*, cit., in *The Law Quarterly Review*, 2005, 599 ss.; *Causation*, cit., in *Perspectives on Causation* (edited by R. Goldberg), Oxford and Portland, Oregon, 2011, 9; *Fairchild*, cit., 65, 67; e da WEIR, *An Introduction*, cit., 74. Cfr. anche MORGAN, *Causation*, cit., 59 s., il quale, se afferma che «the House of Lords consciously took an exceptional approach», «their Lordships», tuttavia, «have not been able to provide sufficiently convincing reasons for the 'specialness' of Fairchild».

²¹¹ SCOTT, *Killing*, cit., 102.

²¹² Critico nei confronti delle considerazioni di policy accolte da their Lordships è MORGAN, *Causation*, cit., 61.

²¹³ Cfr. § 1 del presente lavoro.

(§§ 157-160), nelle sue motivazioni, richiama anche due testi del Digesto di Giustiniano che dimostrano come dubbi analoghi a quelli suscitati nei giudici dal caso qui esaminato si fossero già posti ai giuristi romani, almeno a partire dal primo secolo a.C.²¹⁴. Così, prima egli (§ 158) riassume il contenuto del *principium* di D. 9.2.51, testo di Salvio Giuliano tratto dall'ottantaseiesimo libro dei suoi *digesta*²¹⁵, che qui si riporta:

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praeiuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praeiuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

Poi (§ 158) cita per esteso il successivo § 1:

Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.

Nel *principium* Giuliano esamina il caso di uno schiavo che è stato ferito in modo da essere certamente destinato a morire per il colpo, il quale nel frattempo viene istituito erede da un terzo e

²¹⁴ In effetti cfr. ad es. Alf. 2 dig. D. 9.2.52 pr.

²¹⁵ Sull'intero fr. 51 cfr. F. SCOTTI (a cura di), *Antologia del Digesto di Giustiniano. Testi tradotti e annotati ad uso degli studenti*, Milano, 2005, 55 ss.; SCOTT, *Killing*, cit., 104 ss.

successivamente muore colpito da un soggetto diverso da quello che l'aveva prima ferito²¹⁶. La domanda posta dal giurista («... *quaero*, ...») è se, in base alla legge Aquilia, si possa agire contro ambedue i feritori *de occiso*, cioè per avere ucciso lo schiavo, e non semplicemente per averlo ferito (*de vulnerato*). La risposta («... *Respondit: ...*») ²¹⁷ contiene una breve premessa su ciò che nel linguaggio comune significa “*occidisse*”: in genere si dice che “ha ucciso” chi ha cagionato in qualsiasi modo la morte, ma il diritto, sul punto, è più preciso. Secondo la legge Aquilia, infatti, si ritiene ‘uccisore’ soltanto chi abbia cagionato la morte usando la forza e ‘quasi con la propria mano’²¹⁸, traendosi cioè il significato della parola “*occidere*” da “*caedere*” e da “*caedes*”. Giuliano quindi osserva che, in base alla legge Aquilia, si considerano tenuti *de occiso* non soltanto coloro che hanno ferito qualcuno privandolo subito della vita²¹⁹, ma anche coloro per le ferite dei quali è certo che la vittima è destinata a morire²²⁰. Se dunque taluno ha inferito a un *servus* una

²¹⁶ Cfr. Gai 3.212. Il fatto che lo schiavo venga istituito erede da un terzo fra un ferimento e l'altro è destinato a incidere sull'ammontare della *litis aestimatio* nei confronti di ambedue i feritori: sul punto cfr. § 2 del medesimo frammento («*Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. ...*»).

²¹⁷ Anche se «*respondit*» è alla terza persona singolare, è comunque verosimile che l'autore del responso sia Giuliano stesso cui potrebbe essersi rivolto il soggetto del «*quaero*» che precede.

²¹⁸ Requisito del *corpore corpori*. Cfr. Gai 3.219 (= *Inst.* 4.3.16).

²¹⁹ Come il secondo feritore (ma, per una interpretazione alternativa, che ipotizza che la morte sia avvenuta qualche tempo dopo il secondo ferimento, cfr. J. S. KORTMANN, ‘*Ab alio ictu(s)*’: *Misconceptions about Julian’s View on Causation*, in *Journal of Legal History*, 1999, II, 100).

²²⁰ Come il primo feritore. Secondo Giuliano, il requisito del *corpore corpori* sussiste anche quando la morte non è istantanea: pertanto si risponde *de occiso*. Cfr. Alf. 2 *dig.* D. 9.2.52 *pr.* Le parole «... *Aquilia lege teneri existimati sunt ... etiam hi, quorum ex vulnere*

ferita mortale – ma tale da non privare immediatamente l'uomo della vita – e, dopo un certo tempo – quando lo schiavo era ancora vivo – un altro ha colpito il medesimo schiavo uccidendolo prima di quando sarebbe morto per la ferita precedente, si deve concludere, secondo il giurista, che sia l'uno, sia l'altro feritore siano tenuti *de occiso* in base alla legge Aquilia perché entrambi hanno effettivamente ucciso²²¹.

Nel § 1, riportato per intero da Lord Rodger, Giuliano dichiara che le conclusioni del *principium* trovano conferma nell'*auctoritas* dei *veteres*, cioè i giuristi di età repubblicana, i quali, nel caso in cui lo stesso *servus* fosse stato ferito da più persone in modo che non apparisse di quale colpo fosse morto²²², giudicarono che tutte fossero tenute *de occiso* in base alla legge Aquilia²²³.

Lord Rodger (§ 158) rileva che da questo paragrafo non emerge chiaramente se il caso affrontato dai giureconsulti repubblicani riguardasse un assalto concordato da più persone a danno dello schiavo o semplicemente una serie successiva di colpi inflitti da persone diverse²²⁴ (vd. sul punto l'*addendum*). Il contesto

certum esset aliquem vita excessurum. ...» significano che la condotta del primo feritore rientra anch'essa nella fattispecie dell'*occidere* (come la condotta del secondo).

²²¹ Cfr. § 2: «... *Eiusdem ergo servi occisi nomine ... cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. ...*». Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.3 e Alf. 2 *dig.* D. 9.2.52 *pr.* Sulla soluzione di Giuliano contenuta nel *principium* cfr. SCOTT, *Killing*, cit., 105 ss.

²²² Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.2

²²³ SCOTT, *Killing*, cit., 105, osserva che Giuliano non cita espressamente a che titolo siano tenuti tutti: sono gli interpreti moderni che traggono dal contesto del *pr.* e del § 1 la conclusione che si richiami qui il primo capo *de occiso* della legge Aquilia.

²²⁴ Più sicuri, invece, nell'individuazione del tipo di contesto del § 1 appaiono Lord Hoffmann e Helen Scott. Il primo, in un contributo pubblicato in una raccolta di scritti in memoria di Lord Rodger (HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 63; per la citazione completa del saggio, cfr. nt. 108), ipotizza la fattispecie del linciaggio e paragona questo caso a quelli, affrontati in tempi moderni da varie giurisdizioni straniere e citati nelle sue *opinions* da Lord Rodger, «about shooting parties who had accidentally shot a beater or an innocent passer-by without it being possible to tell which member's shot had

lascerebbe comunque pensare che, anche nell'ipotesi di attacco attuato di concerto da parte di più persone contemporaneamente, Giuliano ragionasse in termini di responsabilità dei partecipanti come singoli, ognuno autore di un colpo distinguibile da quello degli altri (§ 158).

In ogni caso, prosegue Lord Rodger (§ 158), l'idea sottostante è che, «in the kind of attack in question, in principle only the actual person who kills the slave is liable for killing. Where that not so, the old jurists would not have needed to make this special ruling that all the participants are liable under the *lex Aquilia* for killing the slave when it is unclear whose blow actually killed him». La *ratio decidendi* del giurista Giuliano si fonda dunque sulla necessità di non lasciare privo di un ristoro economico il padrone dello schiavo ucciso (§ 158 *in fine*)²²⁵.

Lord Rodger (§ 159) ricorda anche che l'opinione di Giuliano è ripresa da Ulpiano 18 *ad ed.* in D. 9.2.11.²²⁶:

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

caused the injury». La seconda (SCOTT, *Killing*, cit., 102) pensa a una serie di colpi inflitti nel corso di una mischia («... in the context of a *melée*. ...»).

²²⁵ In effetti un certo disagio, adombrato dalle parole di Lord Rodger appena riferite, si può forse avvertire nel leggere in successione il *principium* e il § 1: a una prima lettura, infatti, sembrerebbe che nel *principium* si considerino due distinte ferite mortali inflitte in tempi diversi, mentre nel § 1 parrebbe più probabile il richiamo a una serie di colpi inflitti nello stesso contesto da individui diversi in modo tale che sia impossibile identificare quale dei colpi abbia effettivamente provocato la morte dello schiavo. In entrambi i casi, comunque, la soluzione è la stessa: tutti gli assalitori rispondono *de occiso* in base al primo capo della *lex Aquilia*. Sul punto si tornerà nell'*Addendum* del § 10.

²²⁶ Su cui cfr., tra gli altri, SCOTTI (a cura di), *Antologia*, cit., 49.

Nel testo, Ulpiano affronta la questione se, qualora più persone abbiano colpito uno schiavo e questo sia morto, tutte siano tenute *ex lege Aquilia* per averlo ucciso. La risposta dipende dalle circostanze del caso – spiega il giurista –: se è chiaro chi abbia inferto il colpo mortale, soltanto costui sarà tenuto per aver ucciso lo schiavo, ma, se non si riesce a distinguere chi lo abbia inferto, si applica la regola adottata da Giuliano secondo cui tutti sono tenuti per la sua uccisione²²⁷. In questa seconda ipotesi – aggiunge Ulpiano –, se si agisce contro uno, gli altri non sono liberati: infatti, ciò che uno ha pagato in base alla legge Aquilia non solleva gli altri, dal momento che il pagamento è avvenuto a titolo di pena²²⁸.

Ad avviso di Lord Rodger (§ 159), in questo passo, come in quello di Giuliano D. 9.2.51.1, è verosimile che Ulpiano stesse esaminando il caso di un attacco allo schiavo posto in essere da più individui contemporaneamente. Giacché la responsabilità *ex lege Aquilia* per l'uccisione dello schiavo grava soltanto su chi ha inferto il colpo mortale, «Ulpian must, however, be thinking primarily in terms of the individual liability of the person who does the killing»: è nel solo caso, invece, in cui sia impossibile stabilire quale sia stato il colpo letale che Giuliano – citato da Ulpiano – sostiene che tutti saranno considerati responsabili per l'uccisione del *servus* («... it is only if you cannot tell whose blow proved fatal that Julian holds that all are liable for killing the slave ...») (§ 159).

Lord Rodger (§ 160) trae poi, dalla lettura di questi testi, alcune conclusioni per noi molto significative circa il problema dell'incidenza delle fonti giuridiche romane nelle decisioni dei tribunali inglesi.

Innanzitutto egli (§ 157) sottolinea come anche la giurisprudenza romana abbia affrontato il problema dell'impossibilità di accertare l'identità del reale 'uccisore' tra più

²²⁷ Cfr. Iul. 86 *dig.* D. 9.2.51.1

²²⁸ Solidarietà cumulativa. Cfr. § 4 dello stesso fr. 11 D. 9.2. Cfr., sulla responsabilità cumulativa richiamata in questo § 2, HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 63 s.

soggetti coinvolti nella condotta lesiva, il che dimostra, come già detto sopra, che quello di cui nel processo *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* è un problema universale. Naturalmente il giudice (§ 160) è consapevole che l'esatta portata delle decisioni giurisprudenziali antiche contenute in frammenti nel Digesto giustiniano è sconosciuta ai moderni ed è probabile che esistessero opinioni discordanti sul punto: forse gli stessi compilatori giustinianeî alterarono in qualche misura l'ampiezza dei testi originali, magari eliminando i termini precisi del dibattito. E comunque anche allora – come nella presente decisione della House of Lords – alcuni giuristi furono disposti, eccezionalmente, a considerare tutti i soggetti agenti come responsabili al fine di assicurare un risarcimento al proprietario dello schiavo ucciso. È vero, infatti, – continua Lord Rodger (§ 160 *in fine*) – che i passi del Digesto citati possono avere per la corte una mera funzione di fonte persuasiva e non costituiscono precedente (secondo il sistema del “binding precedent”²²⁹); tuttavia, «the point remains ... that all these centuries ago considerations of policy plainly led to a departure from what the law would usually require by way of proof of causation».

Se quindi le soluzioni giurisprudenziali romane non possono valere come fonti di una regola da applicare ai tre casi in esame e a quelli analoghi che in futuro si presenteranno, tuttavia la conoscenza di tali decisioni può far prendere coscienza del fatto che già due millenni fa «considerations of policy» indussero i giuristi ad allontanarsi da un'applicazione rigorosa del diritto in tema di accertamento del nesso di causalità (§ 160 *in fine*).

²²⁹ Sistema che, com'è noto, si basa sull'efficacia vincolante dei precedenti giudiziari quando tali precedenti consistano in sentenze pronunciate da corti di grado superiore su fattispecie analoghe a quelle in esame nelle corti inferiori. Talvolta è addirittura la singola corte tenuta a seguire i propri precedenti su casi simili. Sul punto cfr. diffusamente CRISCUOLI-SERIO, *Nuova introduzione*, cit., 267 ss.

Il richiamo, da parte di questo magistrato, ai testi appena esaminati del Digesto è quindi servito a supportare le ragioni di policy che hanno indotto i Law Lords ad accogliere le istanze dei ricorrenti. Come i membri dell'Appellate Committee, per non commettere un'ingiustizia respingendo l'appel, hanno deliberato di accordare ai ricorrenti il risarcimento del danno, così duemila anni prima, i giuristi romani, dinanzi a casi analoghi a quelli sottoposti all'esame dei giudici inglesi di ultima istanza, avevano deciso in base a considerations of policy a favore del proprietario dello schiavo ucciso. D'altronde, anni dopo *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002], sarà lo stesso Lord Hoffman²³⁰ ad affermare, nel contributo poco sopra ricordato²³¹, che «the reasoning in *Fairchild* was simply that we thought it very unfair that an employer should be able to escape any liability for mesothelioma suffered by a worker whom he had negligently exposed to asbestos simply because the worker had also been (negligently or otherwise) exposed to asbestos by someone else. So the Roman texts and foreign cases were used to support this conclusion»²³².

²³⁰ HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 64.

²³¹ Saggio del 2013: cfr. nt. 108.

²³² Si rileva anche come, ad avviso di LEE, '*Confusio*': *Reference to Roman Law*, cit., 38, il richiamo di Lord Rodger ai passi della giurisprudenza romana classica sia servito, come del resto «the two hunters scenario», a sottolineare che il problema dell'impossibilità di dimostrare il nesso causale («the evidentiary gap issue») non è limitato alle azioni legate ai danni da mesotelioma dovuti all'esposizione alla polvere di amianto. L'Autore, 38, sottolinea che il Parlamento inglese, all'indomani della pronuncia della sentenza *Fairchild*, ha perso l'occasione per legiferare in termini di ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di diritto ricavabile dal dispositivo della sentenza stessa: è stato infatti apportato nel 2006 un emendamento al Compensation Bill, Section 3(1)(a) e (b), in base al quale l'eccezione alla regola del 'but for' test si limita strettamente ai casi di mesotelioma dovuto a inalazione di polvere di amianto. Ciononostante, a causa della natura di common law e della portata generale del problema di «evidentiary gap», la sentenza *Barker v. Corus UK Ltd* [2006] UKHL 20, pronunciata dall'Appellate Committee della House of Lords successivamente a tale emendamento e con cui si è accolto il ricorso presentato da un lavoratore ammalatosi di mesotelioma in seguito

5. *Addendum*

Per finire, ricordiamo che Lord Rodger, nella sua motivazione, a supporto della citazione dei frammenti giurisprudenziali di cui sopra, in particolare del testo di Giuliano, richiama i contenuti del saggio di un altro giurista olandese, menzionato da Francesco Giglio²³³ fra gli ultimi allievi di Peter Birks, Jeroen S. Kortmann²³⁴. Può essere quindi utile esaminare brevemente tali contenuti per rendere il ragionamento del giudice inglese ancora più perspicuo.

Nella presentazione di D. 9.2.51 *pr.* e 1 di Salvio Giuliano effettuata succintamente nel paragrafo precedente sulla base delle considerazioni di Lord Rodger, ci si è forse accorti che, mentre nel *principium* il giurista descrive due condotte illecite ben distinte l'una dall'altra che si susseguono nel tempo (un tale ferisce mortalmente

all'esposizione alla polvere di amianto durante tre diversi e successivi impieghi lavorativi, «will continue to apply to all situations outside the narrow statutory enclave». Dubbi, invece, all'indomani della pubblicazione della decisione *Fairchild*, sulla possibilità di estendere quest'ultima ad altri contesti, e in particolare a quello dell'inquinamento ambientale, eccependo al principio del 'but for', erano già stati sollevati da LAYARD, *Toxic Torts*, cit., 249 s., sulla base di una serie di precedenti giudiziari di rigetto di ricorsi vertenti su tali questioni, ma presentati ognuno contro un solo «tortfeasor» e in presenza di una «multiplicity of other potential sources of harm» concorrenti con la condotta del convenuto stesso. HOFFMANN, *Causation*, cit., 9, dal canto suo, afferma che «in other cases, including other cases of medical negligence, it is still necessary to prove that the injury would not otherwise have happened». Ancora HOFFMANN, *Fairchild*, cit., 65, ricorda, a distanza di anni dalla pronuncia della sentenza *Fairchild*, che i membri dell'Appellate Committee si erano sin d'allora posti il problema di eventuali future applicazioni analogiche della sentenza. Per un esempio di mancata estensione del criterio seguito dai Law Lords in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* perché non pertinente al caso in esame, cfr. HOFFMANN, *Causation*, in *The Law Quarterly Review*, 2005, 600 s.

²³³ GIGLIO, *Roman Law*, cit., 70.

²³⁴ Per la citazione completa di questo lavoro cfr. nt. 219.

uno schiavo altrui, che successivamente muore colpito da un altro), nel § 1 la fattispecie, meno chiara, sembra alludere, dal tenore del testo («*cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset*»), alla morte di uno schiavo colpito contemporaneamente da più persone senza che si possa identificare chi, fra queste, sia l'effettivo uccisore. In entrambi i casi, comunque, la soluzione giuridica proposta dal giurista è che tutti gli assalitori rispondono *de occiso* in base al primo capo della legge Aquilia.

Nasce quindi un certo disagio in chi legge – così come certamente nacque in Lord Rodger –dalla scelta di Giuliano di risolvere allo stesso modo situazioni fra loro molto diverse: da una parte, due condotte poste in essere l'una dopo l'altra da soggetti diversi, quindi fra loro ben distinguibili, dall'altra, più condotte illecite poste in essere contemporaneamente da più persone e senza che fosse possibile individuare quella che ne avesse determinato la morte.

Ecco, quindi, perché Lord Rodger richiama lo studio di Kortmann, alle cui conclusioni, evidentemente, aderisce. Kortmann aveva, infatti, proposto una lettura del caso descritto nel *principium* del passo di Giuliano, volta ad armonizzarlo con il contenuto del § 1. Ad avviso dell'Autore²³⁵, infatti, il secondo ferimento potrebbe costituire non tanto una causa interruttiva del nesso di causalità (a «*case ... of supervening causes ...*») fra il primo ferimento e la morte dello schiavo, quanto una causa alternativa al primo ferimento (a «*case ... of alternative causes ...*»); si potrebbe cioè pensare che, anche nella fattispecie contemplata nel *principium*, vi fosse incertezza su chi avesse effettivamente ucciso lo schiavo²³⁶.

²³⁵ KORTMANN, '*Ab alio ictu(s)*', cit., 102.

²³⁶ Per rafforzare la tesi secondo cui anche in D. 9.2.51 *pr.* vi sarebbe incertezza sull'identità del reale uccisore dello schiavo, KORTMANN, '*Ab alio ictu(s)*', cit., 100, 102, ricorda che la frase «... *et postea ab alio ictu s* decessit ...» (presente all'inizio del *principium*

Questa visione presuppone, a detta di Kortmann²³⁷, che la morte dello schiavo abbia immediatamente seguito il secondo ferimento, come nel caso di un *servus* che, mentre giace sul letto di morte con una ferita causata da *Aulus*, venga colpito alla testa da *Blasius*, spirando subito dopo.

In effetti, per chiarire tale impostazione, l'Autore richiama un altro caso descritto da Ulpiano, che, benché non perfettamente sovrapponibile a quello appena citato, può tuttavia aiutare a comprendere per quale ragione, in base all'interpretazione proposta da Kortmann, vi potrebbe, anche nel caso descritto dal *principium* del passo giuliano, essere incertezza sull'individuazione del responsabile del decesso del *servus*. La fattispecie è quella esaminata nel fr. 7.5 D. 9.2, tratto dal diciottesimo libro del commentario di Ulpiano *ad edictum*.

Sed si quis servum aegrotum leviter percusserit et is obierit, recte Labeo dicit lege Aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet.

Il giurista riporta qui, approvandola, la decisione di Labeone relativa a uno schiavo malato che sia morto subito dopo essere stato leggermente percosso da un terzo: Ulpiano spiega che chi ha percosso è tenuto *de occiso* in base alla legge Aquilia perché ciò che non è letale per una persona può esserlo invece per un'altra. La *ratio dubitandi* sta nel fatto che si trattava di percosse lievi che, in quanto tali, non avrebbero potuto portare alla morte una persona in condizioni di salute normali. D'altra parte, nella fattispecie in esame, le percosse, per quanto leggere, sono state inflitte a uno

– la spaziatura è mia –), in luogo di «... *et postea ab alio i c t u decessit* ...» (la spaziatura è mia), starebbe a significare che lo schiavo è morto colpito da un altro, non che la causa del decesso debba attribuirsi a un diverso colpo successivo. Sulla tesi di Kortmann cfr. anche SCOTT, *Killing*, cit., 103.

²³⁷ Cfr. KORTMANN, '*Ab alio ictu(s)*', cit., 101.

schiaivo malato, le cui condizioni precarie di salute sono precipitate proprio in seguito a esse.

Kortmann²³⁸ afferma che, se si applicasse «the thin skull rule» di cui in D. 9.2.7.5 alla fattispecie esaminata nel *principium* del fr. 51 di Giuliano sopra esaminato così come da lui ricostruita, si sarebbe di primo acchito indotti a concludere che «Blasius *occidit*»²³⁹: il secondo ferimento a danno di una persona già ferita²⁴⁰, infatti, potrebbe considerarsi la causa della morte sopravvenuta di quella. L'Autore²⁴¹, comunque, riconosce che non si è certi che questa regola si adattasse a casi del genere: D. 9.2.7.5 parla infatti di uno schiaivo malato, non di uno ferito. Pertanto egli²⁴² ritiene possibile che Giuliano non fosse d'accordo con il contenuto della «thin skull rule»²⁴³ e che perciò dubitasse sull'identificazione della condotta, fra le due, che avesse determinato la morte dello schiaivo. E, del resto, qualsiasi medico, oggi, osserva Kortmann²⁴⁴, consultato sul caso di cui in D. 9.2.51 *pr.*, pur ammettendo la difficoltà di stabilire la causa della morte, giudicherebbe probabile che entrambe le ferite abbiano contribuito al decesso dello schiaivo. Analogamente, prosegue l'Autore²⁴⁵, Giuliano potrebbe aver riconosciuto la difficoltà di identificare, dei due assalitori, quello che «*occidit*» e di conseguenza aver applicato il principio dei *veteres*, che sanciva, nel caso di «contributing causes» (cioè di cause che si pongono tutte sullo stesso piano e fra le quali bisogna scegliere quella rilevante sul piano giuridico), la responsabilità di tutti gli assalitori per ragioni di

²³⁸ KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²³⁹ KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²⁴⁰ La cui aspettativa di vita è ormai compromessa.

²⁴¹ KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²⁴² KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²⁴³ «It is nevertheless conceivable that Julian did not agree with the rule in the first place» (KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101).

²⁴⁴ KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²⁴⁵ KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

equità. Come rileva Scott²⁴⁶, infatti, «because of the absence of forensic pathology in ancient Rome», in un caso del genere sarebbe stato difficile stabilire se il secondo ferimento avesse interrotto il nesso di causalità fra la morte e il primo ferimento o se il ferimento da parte di B non fosse affatto mortale, ma tale da avere semplicemente accelerato gli effetti del primo.

Del resto lo stesso Giuliano poco dopo, nel § 2 dello stesso frammento (D.9.2.51.2), spiega le ragioni di *utilitas* poste alla base delle sue decisioni²⁴⁷:

... Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest. Unum interim posuisse contentus ero: cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

Osserva, infatti, essere innegabile che, in numerosissime situazioni, il diritto civile abbia recepito, in funzione dell'*utilitas communis*, regole in contrasto con il ragionamento logico e lo stretto diritto e fa l'esempio emblematico di più persone che prendono, per rubarla, una trave altrui che nessuno avrebbe potuto portar via da solo: si è qui reputato che tutti siano tenuti con l'azione di furto, sebbene, ragionando con sottigliezza, si potrebbe dire che nessuno di loro è responsabile perché è pur vero che nessuno di loro ha sollevato la trave da solo.

Un'ultima riflessione riguarda il saggio di Helen Scott, menzionato da Giglio in un contributo sull'importanza del diritto romano nella letteratura giuridica inglese moderna²⁴⁸ e inteso da

²⁴⁶ SCOTT, *Killing*, cit., 109.

²⁴⁷ Cfr. KORTMANN, 'Ab alio ictu(s)', cit., 101.

²⁴⁸ GIGLIO, *Roman Law*, cit., 63 ss.

questo studioso come critica alla scelta di Lord Rodger di invocare Iul. 86 *dig.* D. 9.2.51 *pr.* e 1 a sostegno della sentenza di accoglimento delle istanze dei ricorrenti in *Fairchild*. Secondo Giglio²⁴⁹, in *Fairchild* non è del tutto chiaro se il rapporto di causalità si riferisca a una causalità alternativa, in cui non si sa chi abbia causato la morte (avendo agito più persone contemporaneamente a danno di un'altra), o a una “pre-emptive causation” in cui un’azione interviene successivamente a interrompere gli effetti di una precedente.

Lord Rodger, a dire il vero, non si sofferma particolarmente sul *principium* del fr. 51 D. eod., ove Giuliano stabilisce la responsabilità *de occiso* a carico di entrambi i soggetti agenti in tempi diversi, ma piuttosto sul § 1 dello stesso fr. 51 D. eod. e su D. 9.2.11.2 Ulp. 18 ad ed., ove il caso discusso più si avvicina – anche ad avviso di Scott – ai fatti di *Fairchild* a causa dell’«evidentiary gap»²⁵⁰ (cioè della difficoltà di identificare il vero responsabile dell’uccisione dello schiavo) che lo caratterizza e per la cui soluzione si preferisce estendere la responsabilità aquiliana *ex primo capite* a tutti i soggetti agenti.

Nel suo articolo, tuttavia, a me pare che Scott si concentri più sull’esame del *principium* del fr. 51 D. eod. e sui rapporti fra questo e altri testi in cui casi analoghi sono trattati in modo diverso sia da Giuliano stesso che da altri giuristi come Celso, Ulpiano e Marcello (D.9.2.15.1 Ulp. 18 ad ed., ove si riporta la decisione di Giuliano di far rispondere *quasi de vulnerato* e non *de occiso* chi abbia ferito mortalmente uno schiavo che sia poi morto prematuramente a causa di un crollo, di un naufragio o di qualche altro colpo e invece di far rispondere *quasi de occiso* chi abbia ferito uno schiavo che sia deceduto successivamente, dopo essere stato manomesso o alienato; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.3, ove si riporta il parere di Celso,

²⁴⁹ GIGLIO, *Roman Law*, cit., 64.

²⁵⁰ SCOTT, *Killing*, cit., 103.

condiviso sia da Marcello che da Ulpiano, che, nel caso di inflizione da parte di un soggetto di una ferita mortale a uno schiavo e di successiva inflizione di un'altra da parte di un diverso individuo con conseguente morte del *servus*, decide che il primo feritore risponda *de vulnerato*, il secondo *de occiso*).

A me sembra, cioè, che, se di critica si vuole parlare alle argomentazioni di Lord Rodger, questa si limiti alla mera osservazione che i fatti di *Fairchild* non corrispondono al caso trattato in D. 9.2.51 *pr.*, di cui – si ribadisce – Lord Rodger nemmeno tenne particolarmente conto. L'Autrice infatti afferma che la fattispecie esaminata da Giuliano in D. 9.2.51 *pr.* si distingue dalle vicende di *Fairchild* per il fatto che si tratta di un caso di «over-determined causation, specifically pre-emptive causation, not a case involving an evidentiary gap», cioè di un caso di interruzione del nesso di causalità fra una condotta illecita e il *damnum* da parte di una successiva condotta posta in essere da un terzo, senza che vi siano difficoltà sul piano dell'accertamento del responsabile del *damnum*.

Del resto le argomentazioni dell'Autrice sono tutte volte a dimostrare che al tempo di Giuliano e Celso si era diffusa una nozione piuttosto ampia di *occidere* inclusiva anche di quelle fattispecie che tradizionalmente rientravano nella nozione del *causam praestare* rientranti nella tutela pretoria delle *actiones in factum* e *utiles*. Questa visione avrebbe posto in primo piano come elemento necessario ai fini dell'esperibilità dell'azione di legge Aquilia il nesso di causalità. Se ho ben inteso le parole di Scott²⁵¹, Giuliano si sarebbe posto contro questa corrente affermando che, ai fini dell'esperimento dell'azione, fosse sufficiente l'*occidere* di per se stesso, cioè «a particular species of conduct – a typical killing act – and a particular injury to the victim – a mortal wound»²⁵².

²⁵¹ SCOTT, *Killing*, cit., 114 s., 118 s., 121 s.

²⁵² SCOTT, *Killing*, cit., 121 s.

Secondo la studiosa il modo di ragionare giuliano non collima con la teoria della responsabilità nell'ambito dei torts inglesi fondata sul criterio del 'but for test': Giuliano, infatti, nell'analizzare in D. 9.2.51 *pr.* il primo capo della *lex Aquilia*, rigetta esplicitamente l'idea che «the delict was constituted by the defendant's causing (i n t h e b u t - f o r ²⁵³ sense) the slave's death» richiedendo invece che «the defendant had "killed" the claimant's slave»²⁵⁴ («... *Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. ...*»).

ABSTRACT

This essay aims at examining the opinions published in 2002 by the judges of the Appellate Committee of the House of Lords related to the decision granting three appeals reunited into a single file *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22 on the subject of civil liability due to a "breach of duty" performed by some companies which three different workers were employed by at different times for different periods. These workers died of mesothelioma after carrying out tasks in contact with asbestos dust without any measures of protection provided by their employers. The analysis of these reasons will help to identify the main legal problems underlying the three appeals gathered together. Among these opinions the one formulated by Lord Rodger, who mentions and analyzes some passages taken from Justinian's Digest concerning loss wrongfully caused, stands out in particular. In this

²⁵³ La spaziatura è mia.

²⁵⁴ SCOTT, *Killing*, cit., 121.

case the aim will be to understand how and within which limits the reference to these texts may have influenced the process of formation of the final sentence.

Keywords: mesothelioma, asbestos, amianto, breach of duty, tort of negligence, damage, causation, 'but for' test, tort law, *lex Aquilia*.

FRANCESCA SCOTTI

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

francescasilvia.scotti@unicatt.it

