

Antonio ROMANO TASSONE

Il diritto all'incolumità: contenuto e tecniche di tutela

1. *Modernità; rischio; incolumità.*

Secondo una nota e diffusa dottrina sociologica, una delle caratteristiche peculiari delle c.d. “società post-moderne” sarebbe rappresentata dall'emergere di situazioni di rischio generalizzato in larga misura non riducibili e non dominabili.

Questo fenomeno pesa tanto nella psiche collettiva, e contrassegnerebbe a tal punto gli aggregati sociali contemporanei, che questi ultimi sono stati definiti, con un fortunato *slogan*, come “le società del rischio” (data la scala mondiale del fenomeno, e la diffusione parimenti planetaria dei rischi indotti dalla modernità, sarebbe anzi più proprio parlare, al singolare, de “la società del rischio”, *tout court*).

Come sempre accade, lo *slogan* finisce per unificare e confondere fenomeni non solo abbastanza diversi, ma talvolta intimamente contraddittori.

Nelle intenzioni di chi la ha coniata e proposta, l'immagine della società del rischio evoca immediatamente il fallimento della modernità, perché i rischi di cui si tratta sono essenzialmente antropici, ossia prodotti e determinati dall'azione umana (rischi ambientali; rischi tecnologici; rischi da prodotto; etc.), ma da questa fundamentalmente non- e comunque mal-controllabili (la metafora che si affaccia subito alla mente è ovviamente quella dell'*apprenti sorcier*).

E' abbastanza evidente, tuttavia, che la crescente attenzione collettiva verso le situazioni di rischio discende piuttosto dal fondamentale successo della modernità, che, sia pure in una frazione soltanto dell'orbe terracqueo, ha reso la vita individuale e collettiva molto più sicura di quanto non sia mai stata prima (e di quanto tuttora non sia in larga parte del pianeta).

L'attenzione collettiva si rivolge così non soltanto verso i rischi generati dall'attività umana, ma anche verso i rischi naturali, una volta ritenuti puramente e semplicemente accadimenti inevitabili della vita, se non addirittura manifestazioni dell'ira divina, nei cui confronti era possibile soltanto l'accettazione e – se del caso- l'espiazione collettiva.

Anche questi fenomeni – o meglio, i rischi connessi al loro verificarsi – vengono oggi avvertiti come fundamentalmente dominabili, sì che gli eventi dannosi che essi determinano vengono anch'essi, in qualche misura, ascritti al comportamento umano, per lo più sotto forma di omissione delle cautele necessarie a depotenziarne la carica distruttiva (si pensi alle accuse rivolte ai governi dei Paesi colpiti dallo *tsunami* del 26 dicembre 2004 per la mancata predisposizione o il malfunzionamento di congegni d'allarme alla popolazione).

Quel che sembra unificare la percezione delle situazioni di rischio nelle società post-moderne, in buona sostanza, ben lungi dall'essere la loro non-dominabilità da parte dell'uomo, è piuttosto l'esatto contrario: ossia la loro potenziale controllabilità da parte di qualcuno (vedremo poi di chi si tratta), che si rende pertanto responsabile dei danni derivanti dall'avverarsi di un evento disastroso (sia esso di origine umana o naturale) per aver omesso di porre in atto le cautele che avrebbero potuto scongiurare l'evento stesso, o comunque ridurne la portata offensiva.

2. *Il diritto all'incolumità (Right to Safety)*

Dalla diffusa percezione della relativa dominabilità degli eventi calamitosi, il cui accadimento non è quindi avvertito come inevitabile, o di cui si ritiene si possano in ogni caso limitare gli effetti lesivi, deriva quindi naturalmente una pretesa a che coloro che possono intervenire pongano effettivamente in essere i comportamenti idonei ad evitare il disastro o comunque ad arginarne la portata.

Nasce e si diffonde così una aspettativa collettiva alla circoscrizione, e, nei limiti del possibile, alla eliminazione dei rischi; una aspettativa collettiva alla sicurezza, che si afferma sempre più nettamente come un vero e proprio diritto, cui corrisponde un obbligo giuridico a carico di soggetti determinati.

L'idea di un "diritto alla sicurezza" (o all'incolumità) ha trovato una prima, significativa (per quanto necessariamente generica) espressione nella Dichiarazione di Montréal del 15 maggio 2002, stilata al termine del VI *World Conference on Injury Prevention and Control*.

Partendo dalla esigenza di prevenire i danni generati dall'azione umana, la Dichiarazione arriva infine a considerare, nella sua integralità, il panorama dei rischi che incombono sulle comunità umane, ed a prospettare appunto un diritto all'incolumità, sia individuale che collettiva, che viene definito come "*a fundamental right, essential for the attainment of health, peace, justice and well-being*" (Art. 1).

Si definisce quindi tale diritto, nei seguenti termini generali:

"Safety is a state in which hazards and conditions leading to physical, psychological or material harm are controlled in order to preserve the health and well being of individuals and the community.

"Safety is the result of a complex process where humans interact with their environment, including the physical, social, cultural, technological, political, economic and organisational environments.

"Safety is, however, not defined as a total absence of hazards. The object of this Declaration is not to eliminate all risks but rather to control them in order to protect the health and well being of individuals and the community" (art. 2).

Dopo aver enumerato una serie di condizioni che, in linea di massima, si ritengono necessarie per dare concretezza e diffusione adeguate al diritto

in questione, la Dichiarazione configura infine (art. 11) una responsabilità degli Stati, relativa allo sviluppo di meccanismi idonei a garantire la sicurezza collettiva sia nei confronti dei rischi di origine antropica, sia nei confronti di ogni genere di disastri.

Poiché ogni ordinamento giuridico, da sempre, assume come proprio compito fondamentale la protezione della comunità (è molto recente, invece, l'idea che tale protezione non può prescindere dalla tutela dei diritti individuali), e possiede pertanto meccanismi giuridici di garanzia della vita e della sicurezza degli individui e delle collettività, ci si può chiedere se l'espressione "*Right to Safety*" designi qualcosa di effettivamente nuovo nel panorama giuridico della civiltà occidentale, ovvero se essa non costituisca una formula vuota di significato normativo, una sintesi verbale dietro la quale debbono scorgersi in realtà i vari diritti già riconosciuti, dalle Carte costituzionali dei Paesi occidentali all'individuo e quindi alla collettività (soprattutto, ovviamente, il diritto alla vita ed il diritto alla salute, ma anche il diritto di proprietà, quanto meno nella misura in cui è indispensabile a garantire vita e benessere fisico e psichico alle persone).

Premesso che il *Right to Safety* non tutela valori fondamentalmente diversi da quelli già contemplati dalle varie Carte dei diritti umani, non v'è dubbio, tuttavia, che esso li garantisca in modo nuovo, ossia attraverso quella che può definirsi una tutela anticipata.

In linea generale, la tutela giuridica di tali valori è tradizionalmente costruita sotto forma di reazione ad un attentato ai relativi diritti, che divengono azionabili solo una volta che siano stati intaccati e compromessi.

Si tratta dunque di una tutela che assume carattere essenzialmente reintegrativo o riparatorio di coloro che abbiano già subito una lesione.

Il riconoscimento di uno specifico *Right to Safety* ha invece proprio lo scopo di impedire che tali diritti vengano intaccati o compromessi, consentendo che l'ordinamento giuridico intervenga sulle situazioni che prospettano il semplice rischio di una simile lesione.

Lo specifico bene che viene in tal modo tutelato è appunto il senso di insicurezza collettiva generato dalla percezione della situazione di "rischio", definita come quella cui è connaturata una strutturale ed ineliminabile incertezza circa la effettiva determinazione, in un futuro più o meno prossimo, di lesioni alla vita ed al benessere collettivo.

In questo senso, il *Right to Safety* si rivela un tipico prodotto della modernità e della "società del rischio", che viene avvertito come un fattore di contraddizione rispetto all'esigenza di sempre più ampia sicurezza, individuale e collettiva.

I titolari del *Right to Safety* – secondo la Dichiarazione di Montréal – sono sia i singoli individui che le comunità o i gruppi cui essi appartengono, ma è abbastanza chiaro che l'individuo viene preso in considerazione non in sé e per sé, ma in quanto componente dell'aggregato

comunitario: la sicurezza individuale, pertanto, non è oggetto del *Right to Safety*, se non nella misura in cui essa non è scindibile dalla sicurezza del gruppo o della comunità.

La dimensione collettiva del rischio è dunque un elemento fondamentale perché possa parlarsi di *Right to Safety*.

Molto più complesso è il discorso relativo all'individuazione sia degli obblighi che gravano sui soggetti giuridicamente tenuti a soddisfare questa pretesa di sicurezza, sia degli stessi soggetti su cui l'obbligo grava.

Questo – in primo luogo- per la stessa eterogeneità dei rischi di cui si tratta, ma anche in ragione della dimensione collettiva dei rischi stessi, la cui eliminazione o limitazione finisce in qualche modo per configurarsi come un compito essenziale delle istituzioni statali ed internazionali.

3. *Right to Safety e Liability in Tort*

In linea generale, la risposta del diritto di fronte a situazioni di compromissione di interessi di immediato rilievo collettivo – come è il caso del *Right to Safety* - può articolarsi sia attraverso una reazione affidata a singoli individui (o gruppi più o meno organizzati di singoli individui), sia (cumulativamente ovvero alternativamente) attraverso una reazione affidata ad organismi istituzionali.

La classica soluzione del primo tipo è quella basata sulla responsabilità civile dell'offensore, mentre le soluzioni del secondo tipo prevedono una responsabilità di carattere pubblico (penale e/o amministrativo: la distinzione – come si vedrà- non è sempre possibile, e comunque non è mai netta).

La prima risposta dell'ordinamento è in genere di carattere privato.

Ciò, in ogni caso, rappresenta quanto è storicamente accaduto, anche a prescindere da qualsiasi considerazione circa il carattere residuale e sussidiario che molti (tra cui io) attribuiscono al regime sanzionatorio pubblico.

L'attitudine del regime della responsabilità civile a fronteggiare situazioni di rischio (nel senso sopra descritto) è stata notoriamente saggia nell'ordinamento nord-americano attraverso la *liability in tort* delle imprese che immettono sul mercato prodotti nocivi.

Si tratta di un'esperienza tuttora non conclusa e di un istituto tuttora in evoluzione, su cui non è possibile esprimere giudizi definitivi.

Dal nostro punto di vista, il regime della responsabilità civile sembra comunque andare incontro ad una serie di inconvenienti, che ne prospettano quanto meno l'insufficienza a fronteggiare adeguatamente la totalità delle situazioni di rischio, ed a garantire pertanto il diritto alla incolumità dei cittadini.

Alcuni di tali difetti sono forse almeno in parte correggibili, ma altri appaiono strutturali, e difficilmente eliminabili, anche considerando la

naturale flessibilità dei regimi di responsabilità civile, come pochi altri capaci di evolvere rapidamente in direzioni nuove.

Un primo difetto (chiaramente evidenziato proprio dall'esperienza della responsabilità civile per danno da prodotto) è rappresentato dalla non calcolabilità della sanzione, che può facilmente assumere dimensioni non proporzionate all'entità della violazione.

L'istituto che, sotto questo aspetto, ha dimostrato maggiore attitudine a determinare risarcimenti spropositati è notoriamente quello dei c.d. "danni punitivi", non casualmente oggetto di sempre maggiori contestazioni nell'ambito dello stesso ordinamento nord-americano.

Ma sarebbe riduttivo addebitare integralmente ai danni punitivi (o comunque ad una eventuale scelta dell'ordinamento per sistemi di "pene private") conseguenze di tal genere.

Anche a voler prescindere dalla previsione di "danni punitivi" (istituto che è peraltro strettamente legato alla presenza della giuria, e che non sembra quindi esportabile in ordinamenti che affidano la determinazione del risarcimento al giudice professionale), la responsabilità civile per lesione del diritto all'incolumità appare comunque tendenzialmente indirizzata a determinare risarcimenti non calcolabili e sovente sproporzionati (dunque, una sanzione eccessiva per il responsabile).

Questo accade soprattutto in ragione di due elementi, solo in parte controllabili dall'ordinamento giuridico.

Il primo e principale è rappresentato dall'ampia indeterminatezza del numero delle persone offese, che, data la scala su cui si verificano i fenomeni considerati e l'incertezza circa la loro incidenza, può essere previsto solo con estrema approssimazione, ed è comunque suscettibile di ampliamento incontrollabile in ragione dei criteri di individuazione della lesione arrecata (concetto, questo ultimo, strutturalmente elastico, e di ben difficile precisazione normativa).

Nel caso di rischio a carico di una collettività territoriale, non è difficile ipotizzare che ogni singolo individuo stanziato sul territorio in questione sia un potenziale attore (senza peraltro che ciò valga ad escludere in assoluto la possibilità che eventuali attori vadano individuati anche al di fuori di tale categoria).

Il secondo, ma non meno importante, è costituito dall'attenuazione, anch'essa rivelatasi ben più che occasionale, del nesso di causalità tra la condotta illecita e l'evento dannoso suscettibile di risarcimento, nesso che le corti tendono naturalmente a tradurre in una relazione di più o meno ampia probabilità statistica, in luogo del più stringente rapporto di efficienza e sufficienza causale.

Si tratta di un atteggiamento che sembra possedere carattere strutturale.

Dato il contesto di ineliminabile incertezza in cui ci si muove, la eventuale adozione di criteri più stringenti in merito alla dimostrazione del

nesso di causalità, si tradurrebbe infatti, quasi sempre, in un eccessivo aggravio dell'onere della prova a carico dell'attore, determinando una sostanziale esenzione di responsabilità per il convenuto (si ricorda che molti dei teorici della "società del rischio" scorgono in essa un sistema che tende alla c.d. "irresponsabilità organizzata").

In altri termini, un regime di reazione a situazioni di rischio per l'incolumità generale affidato alla iniziativa dei singoli individui lesi sembra inevitabilmente oscillare tra la prospettiva di una iper-punizione di chi ha posto in essere il comportamento lesivo, e quella di una ipo-protezione di chi ha effettivamente subito un danno, talora assai grave.

Nel primo caso, il pericolo è quello di indurre reazioni che si concretano non tanto e non solo nell'auspicata deterrenza dai comportamenti a rischio, quanto soprattutto nella disincentivazione allo svolgimento di un'attività che è, nel suo complesso, utile alla collettività.

Nel secondo caso, quello che viene clamorosamente mancato è, invece, proprio l'effetto di deterrenza dai comportamenti illeciti (e questo a prescindere dal "fallimento" sul piano del ristoro del danneggiato).

In questa prospettiva, il principale aspetto critico di un regime di responsabilità civile può forse essere indicato nella tendenziale indeterminatezza e nella sostanziale "apertura" delle stesse fattispecie di illecito, difficilmente tipizzabili e fundamentalmente definite in ragione della loro (strutturalmente incerta, come si è visto) relazione causale con il danno arrecato.

Una efficace e corretta (cioè: non distruttiva) deterrenza è invece generalmente collegata alla preindividuazione del comportamento illecito, che deve profilarsi con relativa sicurezza come tale già nel momento in cui l'agente si determina a compiere l'attività fonte di potenziale responsabilità, e deve pertanto poter essere isolato dal contesto della generale attività in cui esso si situa (si ripete: presumibilmente proficua per la collettività).

Si tratta di una esigenza che ben difficilmente viene soddisfatta dal regime della responsabilità civile di chi agisce in condizioni di rischio, perchè la fisiologica incertezza circa il collegamento causale tra comportamento ed evento temuto tende a far sì che la stessa qualificazione di illiceità del primo dipenda infine dal verificarsi del secondo.

Infine, ma non certo per ultimo, ciò che spinge a rifiutare l'idea che la reazione del diritto di fronte al rischio per la incolumità collettiva possa essere affidata in via esclusiva all'iniziativa dei singoli, attraverso l'azione di risarcimento del danno, è la concreta improbabilità che azioni di questo tipo siano proposte prima del verificarsi dell'evento dannoso.

La lesione del diritto alla sicurezza esige infatti, come si è visto, una riparazione che preceda l'evento calamitoso: se l'individuazione di uno specifico "diritto all'incolumità", distinto dai consueti diritti dell'individuo come persona o come proprietario ha un senso, questo risiede proprio nella

anticipazione della tutela, ossia nella sua attitudine a scongiurare l'evento disastroso, consentendo di attivare la reazione dell'ordinamento prima che esso si verifichi, e non nella sua attitudine a riparare coloro che abbiano subito lesioni in conseguenza del verificarsi dell'evento stesso.

Ma l'azione di responsabilità civile, in linea di massima, tende ad esser proposta soltanto una volta che il danno si è ormai prodotto: questo sia per l'evidente difficoltà di fornire la prova della lesione della propria sicurezza da parte dei singoli, sia per il fatto che questi ultimi sovente non posseggono neppure l'informazione necessaria per potersi rendere conto di essere esposti ad un rischio significativo, ovvero di versare in condizione di insicurezza.

4. *Right to Safety e sanzione di diritto pubblico*

Non v'è dubbio che una reazione affidata a organismi istituzionali, e dunque la previsione di una sanzione penale (o amministrativa) per coloro che mettono a repentaglio la sicurezza collettiva consenta di eliminare gran parte degli inconvenienti della reazione affidata all'iniziativa dei singoli.

Sia ben chiaro: non si tratta qui di escludere il ricorso alla reazione individuale (e cioè all'azione di risarcimento), per sostituirla con un regime sanzionatorio di puro stampo pubblicistico, ma si tratta di prender realisticamente consapevolezza che il ricorso a strumenti di diritto pubblico può rivelarsi più efficace per evitare (ossia per prevenire, oltre che per reprimere) comportamenti rischiosi per la incolumità collettiva.

Un regime sanzionatorio pubblicistico consente infatti, in linea generale:

- a) di rendere calcolabile (e perciò, presumibilmente, "adeguata") l'entità della responsabilità, perché la misura della sanzione viene fissata preventivamente tra un minimo ed un massimo, evitando così fenomeni di iperpunizione del responsabile;
- b) di ancorare la responsabilità ad elementi comportamentali relativamente determinati, evitando l'incertezza dell'agente nel distinguere tra comportamento lecito e comportamento non consentito, e soprattutto evitando che tale distinzione sia tendenzialmente risolta, a valle del comportamento considerato, *secundum eventum*, ossia a seconda del verificarsi o meno del danno temuto;
- c) di sottrarre l'esercizio dell'iniziativa repressiva a calcoli di convenienza economica, che l'attore individuale è inevitabilmente incline a compiere;
- d) di ridurre fortemente, se non di eliminare completamente, il pericolo di un deficit informativo del titolare dell'azione circa la condizione di insicurezza collettiva.

In sintesi, la repressione di condotte generatrici di rischio affidata ad un organismo istituzionale presenta requisiti di certezza ed adeguatezza che

la fanno preferire, per efficacia complessiva, alla reazione di matrice esclusivamente privata.

Questa conclusione non significa ovviamente che soluzioni di carattere pubblicistico siano prive di problemi.

La stessa configurazione di una ipotesi generale di “illecito da rischio” è infatti tuttora da dimostrare: nei diritti positivi degli ordinamenti occidentali - com'è noto- esistono da tempo “illeciti di rischio”, ma si tratta di previsioni incriminatrici con carattere di puntualità e di specificità, non estensibili ad altre ipotesi.

Situazioni di “rischio” in senso post-moderno (che – si badi- non esauriscono affatto le ipotesi che ricadono nell'ambito del *Right to Safety*, ma ne rappresentano una componente assai numerosa ed importante) sono inoltre generalmente collegate, o sotto un profilo commissivo o sotto un profilo omissivo, a responsabilità di organizzazioni, pubbliche e private (Stati nazionali; pubbliche amministrazioni; aziende), più che a singoli individui.

Ciò può creare qualche difficoltà ad avvalersi del diritto penale, almeno in quegli ordinamenti nazionali dove è ancora viva (e risulta talvolta sancita nelle Carte costituzionali) la tradizionale concezione “personale” dell'illecito penale, che viene quindi generalmente riferito ad individui, e non a strutture super-individuali (*societas delinquere non potest*).

Sempre in tale ambito, del resto, qualche remora ad avvalersi del diritto penale potrebbe discendere dalla considerazione che, in reati riportabili all'azione di strutture superpersonali, l'elemento soggettivo del reato (la colpevolezza) appare sovente di incerta decifrazione, e tende a rivelarsi di carattere puramente oggettivo.

Si tratta di difficoltà di per sé certamente superabili, ma che potrebbero ostacolare fortemente il diffondersi di una normazione sul *Right of Safety* nell'ambito ed ad opera degli Stati nazionali, anche considerando il solo contesto territoriale dell'Unione Europea, notoriamente abbastanza omogeneo quanto a tradizione culturale e giuridica.

Se poi si volesse allargare il discorso a realtà nazionali extra-europee, si andrebbe presumibilmente incontro ad altre e più gravi incognite.

Tutto questo lascia supporre che la tutela del *Right to safety* debba essere prioritariamente affidata ad organismi sovranazionali, come suggerisce del resto la considerazione della dimensione sovente planetaria, e comunque transnazionale, dei rischi di cui si tratta.

