

**“RESPONSABILITÀ PENALE NELLO SCI E NELL’ESCURSIONISMO: EQUILIBRI IN TEMA DI OBBLIGHI
PRECAUZIONALI E GESTIONE DEL RISCHIO”¹**

SOMMARIO: 1. Profili generali di responsabilità penale; 2. La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla posizione di garanzia del gestore di aree sciabili; 3. Affidamento e auto-responsabilità nell’escursionismo; 4. Sintesi conclusiva.

1. Profili generali di responsabilità penale

La responsabilità penale nello sci, così come nell’escursionismo, si lega prevalentemente (ma non solo) alla commissione di fattispecie omissive improprie e all’accertamento di una posizione di garanzia del soggetto agente; colui che, dotato di un potere organizzativo e dispositivo, è in grado di attivare, in modo efficace e tempestivo, le necessarie misure preventive nei confronti di situazioni potenzialmente pericolose in danno di un soggetto “garantito”.

L’ancoraggio normativo che consente di identificare correttamente una fattispecie omissiva impropria è offerto dall’art. 40, c. 2, c.p., norma che riconosce un preciso vincolo giuridico; che formalizza il rapporto di dipendenza sussistente tra un’azione doverosa e la tutela di un bene giuridico.

All’interno di questo complesso quadro l’indagine sulla responsabilità penale nello sci e nell’escursionismo coinvolge tre precisi concetti: l’aspettativa di sicurezza, la gestione del rischio, il rispetto di obblighi precauzionali.

Nell’analizzare la copiosa casistica giurisprudenziale riguardante i rapporti tra soggetti garanti e soggetti garantiti, e nel ricostruire le fonti delle posizioni di garanzia, ho rilevato tre diversi equilibri tra le parti: vi può essere un equilibrio certo, “cristallizzato” entro i confini di un rapporto (contrattuale) che lega un professionista (maestro di sci, guida alpina, istruttore) all’allievo; vi è, poi, un equilibrio altrettanto certo, ma “imposto” dalla normativa e plasmato dagli orientamenti giurisprudenziali, che sancisce obblighi precauzionali, spesso gravosi, in capo a chi appresta una tutela al bene garantito (pensiamo al gestore di aree sciabili)²; vi è, infine, un equilibrio più “flessibile” tra le parti, in cui non sussiste propriamente una fonte normativa o contrattuale, né orientamenti giurisprudenziali univoci che possono offrire una valida interpretazione circa

¹ Il presente contributo è costituito dal testo della relazione tenuta a Cortina il 5 febbraio 2016 sul tema “*La responsabilità civile e penale in montagna*”.

² Invero, e questo è un dato particolarmente significativo di cui bisogna tener conto, un orientamento della Corte di Cassazione civile, sposato di recente anche dai giudici penali, riconosce una fonte contrattuale di tali obblighi, richiamando il c.d. contratto di *ski pass* (Cass. Civ., 6 febbraio 2007, n. 2563, in *Foro it. Rep.* 2007, voce *Contratto in genere*, n. 358, *in extenso* in *Dir. tur.*, 2008, p. 47, con nota di Stucchi; Cass. Civ., 19 luglio 2004, n. 13334, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto cit.*, n. 336; Cass. Pen., 11 luglio 2007, n. 39619, in *Guida dir.*, 2007, 10, p. 79).

l'esistenza o meno di una posizione di garanzia. Qui le categorie di "garante" e "garantito" sfumano e possono essere richiamate solo impropriamente; in questi casi si impone un principio di affidamento che concede –come vedremo – ampi spazi alla c.d. "auto-responsabilità" del singolo.

È opportuno precisare che l'equilibrio "istituzionalizzato" nelle forme di un rapporto contrattuale è quello che crea meno problemi nell'accertamento di una responsabilità penale, ai sensi dell'art. 40, c. 2, c.p. (secondo lo schema tipico dell'omissione impropria). Il carico di responsabilità che, in simili casi, grava essenzialmente sul garante non stupisce.

Analogamente, laddove sussiste una normativa rigorosa (cfr. Legge n. 363/2003)³, che impone precisi obblighi precauzionali e dove la giurisprudenza, addirittura, li estende anche a situazioni in cui l'aspettativa di sicurezza totale sembra, francamente, inesigibile, sarà facile riconoscere un soggetto gravato da ogni responsabilità ed un altro, "passivo", tutelato da qualsiasi fonte di pericolo. Qui il carico di responsabilità per il garante è talmente "atteso" (anche se frutto di una eccessiva e ingiustificata pretesa) da poter rappresentare una presunzione di responsabilità difficile da superare e sul punto vale la pena spendere qualche riflessione critica.

2. La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla posizione di garanzia del gestore di aree sciabili

Con due diverse pronunce, emesse a distanza di un paio mesi, la Corte di Cassazione penale ha ribadito un controverso orientamento giurisprudenziale, dominato da una logica di puro affidamento dello sciatore nei confronti del garante-gestore, che viene gravato da obblighi precauzionali sempre più estesi. Richiamo le pronunce Cass. pen., 15 settembre 2015, n. 37267 e Cass. pen., 9 novembre 2015, n. 44796⁴, sottolineando il fatto che entrambe si pongono perfettamente in scia alla famosa sentenza "Marchelli" del 20 aprile 2004, n. 27861, che ha stabilito, per la prima volta, i principi di diritto inerenti la fonte dell'obbligo giuridico posto in capo al gestore, la sua estensione, e i profili di colpa riconducibili ad una condotta omissiva, a sua volta assorbente rispetto al comportamento della vittima⁵.

In particolare, l'orientamento descritto evidenzia come incombe sul gestore di impianti sciistici l'obbligo di porre in essere ogni cautela per prevenire pericoli atipici, *anche esterni alla pista*, ai

³ Legge 24 dicembre 2003, n. 363, recante "Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo".

⁴ Per un'analisi dettagliata dei contenuti delle due pronunce si rinvia al commento pubblicato in questa *Rivista*, n. II/2015, in corso di pubblicazione.

⁵ Cass. Pen., 20 aprile 2004, n. 27861, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 58, in *estenso* in *Cass. pen.*, 2006, p. 520. Conformi: Cass. Pen., 25 febbraio 2010, n. 10822, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Omicidio* cit., n. 97, in *estenso* in *Cass. pen.*, 2011, 3, p. 1056; Cass. Pen., 11 luglio 2007, n. 39619, cit.

quali lo sciatore può andare incontro in caso di uscita dalla pista medesima, là dove la situazione dei luoghi renda probabile, per conformazione naturale del percorso, siffatta evenienza accidentale⁶.

Simili derive inquietano; non sono prive di conseguenze pratiche che trascendono la soluzione del caso singolo, perché riguardano direttamente l'economia turistica di un territorio, dato che l'investimento economico nell'ottica della prevenzione viene condizionato nell'eccessiva pretesa (degli utenti) di avere a disposizione "piste-materasso".

Ma sappiamo bene come la ricerca della sicurezza totale in montagna sia un'illusione.

Peraltro, l'incidenza della giurisprudenza è ulteriore: accanto alle tradizionali fonti dell'obbligo di impedire eventi lesivi, ex art. 40, c. 2, c.p. (legge – penale o extra penale –, contratto, precedente azione pericolosa) ne sono state aggiunte di nuove attraverso la "teoria del contatto sociale" di matrice civilistica, recentemente sposata anche dalla Suprema Corte penale.

È, infatti, possibile individuare ulteriori, diverse, posizioni di garanzia in applicazione di principi costituzionali (come l'art. 2 Cost. – che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, ma impone, al contempo, il rispetto di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale).

Sul punto è chiarissima la sentenza, già citata, Cass. pen., n. 37267/2015, laddove afferma che:

«in tema di responsabilità da illecito omissivo del gestore di impianto sciistico, l'omittente risponde del danno derivato a terzi non solo quando debba attivarsi per impedire l'evento in base ad una norma specifica o ad un rapporto contrattuale, ma anche quando, secondo le circostanze del caso concreto, insorgano a suo carico, per i principi di solidarietà sociale di cui all' art. 2 Cost., doveri e regole di azione la cui inosservanza integra un'omissione imputabile. Ne consegue che il medesimo non è tenuto, di norma, a vigilare sulla condotta dei singoli utenti, attesa la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività sportiva esercitata sulle piste da sci, le dimensioni solitamente ragguardevoli di queste ultime, nonché la normale imprevedibilità, anche per la contestuale incidenza di "fattori" naturali non governabili dal gestore, delle condotte degli utenti, salvo che venga allegata e provata l'intervenuta segnalazione dell'anomalo comportamento dello sciatore, ovvero la diretta percezione di tale comportamento da parte degli addetti all'impianto (che avrebbero dovuto allertare un accorto titolare della struttura), la cui mancata considerazione costituisce omissione inescusabile».

3. Affidamento e auto-responsabilità nell'escursionismo

⁶ La distinzione pericoli "tipici" / "atipici", coniata da dottrina e giurisprudenza, è stata poi recepita anche da diversi testi normativi (v., in primis, art. 7, c. 2, Legge 363/2003): gli ostacoli "tipici" sono quelli perfettamente visibili, prevedibili ed evitabili da uno sciatore di media diligenza; non così gli "atipici", che, in relazione al punto in cui sono posizionati, possono costituire una vera e propria insidia.

Dopo aver brevemente trattato le criticità connesse al secondo dei tre diversi “equilibri” menzionati all’inizio di questa relazione, vale la pena soffermarsi anche sull’ultimo, che si sostanzia in un equilibrio “flessibile” tra due soggetti, derivante dalla relazione tra i principi di affidamento e auto-responsabilità del singolo (concetto, quest’ultimo, più volte evocato dai relatori che mi hanno preceduto).

Qui, come detto, le tradizionali categorie dogmatiche sfumano.

Questo particolare equilibrio si ha ogni qualvolta un soggetto (che si pone nella condizione di “potenziale garantito”) accetta di farsi carico di una quota parte del rischio e orienta la propria condotta in modo diligente e collaborativo nel contesto di un “sinallagma” funzionale alla tutela del bene vita/incolumità fisica.

Dove si verifica ciò? Si assiste ad una interazione fra reciproche sfere precauzionali, che crea, appunto, un nuovo e diverso equilibrio, nel caso dell’accompagnamento in montagna da parte di un soggetto non professionista.

In sostanza, chi condivide con altri, gratuitamente o a titolo di amicizia, una pratica sportiva (e possiamo qui riferirci anche alle attività subacquee oggetto di interessanti pronunce giurisprudenziali)⁷, non assume su di sé la qualifica di garante per il solo fatto di essere il più esperto, il più “titolato”, il più bravo.

Sappiamo che l’accompagnamento in montagna può essere professionale (guida alpina; maestro di alpinismo; accompagnatore di media montagna – si tratta di soggetti iscritti ad appositi albi che operano professionalmente dietro corrispettivo –); oppure non professionale o volontario [questi ultimi, a loro volta, possono essere soggetti qualificati – istruttori o accompagnatori CAI – o non

⁷ v. Cass. pen., 11 ottobre 2011, n. 43640, *inedita*, con nota di S. SANTINI, *Immersione tra amici, nessun obbligo di garanzia*, in <http://www.fondali.it/>. Secondo tale pronuncia “L’istruttore o la guida che organizzano un’immersione non rispondono della morte di uno dei subacquei che vi hanno partecipato se non viene dimostrata l’assunzione di una posizione di garanzia nei confronti dello stesso (nella specie, il giudice di merito aveva escluso la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al soggetto che aveva organizzato l’immersione in quanto la partecipazione della vittima, inizialmente non prevista, aveva avuto luogo nella forma di aggregazione al gruppo su sua richiesta, in un’immersione definita “fra amici”; la stessa vittima, inoltre, non era rimasta accanto all’imputato ma lo aveva preceduto, scegliendo spontaneamente di aggregarsi ad una coppia di subacquei, senza attendere l’organizzatore dell’immersione, che si immerse successivamente).

In senso analogo si è espresso anche Trib. Milano, 14 novembre 1990, *inedita*, in relazione alla morte di un subacqueo verificatasi durante un’immersione finalizzata ad un concorso fotosub: “non è responsabile il soggetto sul quale gravava l’obbligo di seguire il gruppo per ragioni di sicurezza, in quanto non può ricoprire nella circostanza la qualità di istruttore subacqueo, se nessuna attività di insegnamento o tirocinio doveva essere svolta”. Il Tribunale non ha ritenuto responsabile la guida dell’omesso controllo sulla preparazione tecnica dei partecipanti, atteso che presupposto per la partecipazione al concorso era la qualità di sub esperto, né l’omesso controllo dell’equipaggiamento dei partecipanti, in quanto la guida era tenuta esclusivamente a fornire le bombole e la zavorra, restando a carico dei partecipanti provvedere alle restanti attrezzature personali.

qualificati: chi accompagna per ragioni associazionistiche di amicizia o cortesia (pensiamo, ad esempio, al capo scout)⁸].

Attenzione, si parla pur sempre di “accompagnamento”. Diverso, infatti, il caso del compagno di escursione o di cordata: qui i partecipanti dispongono di una preparazione tecnica uniforme e sanno di dover contare sulle loro forze; non vi è, quindi, alcun dovere di protezione in gioco, ma solo un vincolo di solidarietà reciproca.

L'eventuale assunzione volontaria di una posizione di garanzia (da parte, ad esempio, di chi – nel gruppo – ha maggiore esperienza) diviene fonte di doveri preclusivi solo ed esclusivamente nel momento in cui l'intervento del garante determini un aumento del rischio per il bene da proteggere: in sostanza il ruolo della “guida” deve indurre ad affrontare un pericolo che altrimenti non si sarebbe corso, ovvero impedire l'attivazione di forme alternative di tutela.

Anche in questi casi, per l'assunzione di una posizione di garanzia, non basta essere il più esperto, ma è necessario che il soggetto abbia ottenuto, seppur tacitamente, l'incarico di guidare i componenti del gruppo, i quali, trovandosi in una situazione di inesperienza e incapacità rispetto ad un particolare passaggio, abbiano deciso di affrontarlo proprio in considerazione della presenza di una persona capace al loro fianco (investita, a quel punto, di poteri/doveri di cura e direzione).

Tornando al rapporto di “accompagnamento” vero e proprio, si può notare come l'accompagnamento professionale rientri a pieno titolo nel primo equilibrio descritto – quello istituzionalizzato su base contrattuale. Il secondo (non professionale o volontario – specie se non qualificato –) è, invece, espressione del c.d. “equilibrio flessibile”: qui il diverso grado di preparazione e competenza dell'accompagnatore (rispetto a colui che opera professionalmente) determina un minor livello di aspettativa da parte dell'accompagnato, che accetterà su di sé una quota maggiore di rischio connesso all'escursione.

In definitiva, la percentuale di responsabilità che l'escursionista potrà dirottare sull'accompagnatore sarà di gran lunga inferiore, poiché egli sa di non avere a che fare con un garante “professionista”.

Il soggetto accompagnato, dunque, accettando di farsi carico di una parte del rischio, dovrà orientare la propria condotta in modo diligente e collaborativo nel contesto, come dicevo, di un “sinallagma” funzionale alla tutela del bene vita.

Nella prospettiva dell'accompagnamento non professionale o volontario, dunque, non esiste un accompagnato (appendice passiva) ed un accompagnatore (chiamato a rispondere in ogni caso).

Se l'accompagnato non rispetta le prescrizioni ricevute e non collabora assumerà su di sé le conseguenze della propria insubordinazione, esentando l'accompagnatore da responsabilità.

⁸ Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni espresse da V. TORTI, *L'accompagnamento in montagna da parte del capo scout: profili penali*, in F. ROMANINI (a cura di), *Atti del convegno La responsabilità dell'educatore nelle attività scout: profili penali*, Roma 13 dicembre 2014, p. 44 e ss., consultabile in www.dirittodeglisportdelturismo.it.

In simili casi, si può, quindi, scorgere realmente un'interazione fra reciproche sfere precauzionali che consente di tracciare un peculiare, diverso, equilibrio nella gestione del pericolo (rispetto al rapporto che intercorre, ad esempio, tra una guida alpina ed un escursionista); e, nell'eventualità di un infortunio, di tutto ciò si dovrà tener conto nell'accertamento della responsabilità penale. Il carico di responsabilità, sempre nel rispetto delle circostanze del caso concreto, andrà eventualmente ridistribuito in ragione proprio del fatto che l'accompagnato era in grado di orientare autonomamente la propria condotta, conformandola agli *standard* di sicurezza richiesti.

4. Sintesi conclusiva

A mio parere il principio di auto-responsabilità del singolo, richiamato con riferimento all'escursionismo e rilevante sotto molti aspetti, è stato eccessivamente "trascurato" nel nostro ordinamento e andrebbe esportato anche in altri settori (*in primis* nell'esercizio di attività sciistiche).

L'attività che si svolge in montagna non è paragonabile ad altre pratiche sportive, poiché le condizioni esterne la influenzano pesantemente; in montagna non esiste il "rischio zero"; la pericolosità è insita nell'esercizio della stessa pratica ed è ineliminabile. Colui che decide di intraprendere un'attività sportiva deve essere consapevole di esporsi, seppur in minima parte, ad una percentuale di rischio.

Tale approccio mentale è tutt'altro che negativo: come già ricordato in altre occasioni, studi di psicologia cognitiva insegnano a modificare il proprio comportamento attraverso un atteggiamento "positivo" nei confronti del rischio, superando l'impostazione volta a delegare a terzi un dovere di sicurezza. In definitiva, si ritiene che non vada annullata nell'escursionista o nello sciatore la salvifica, innata, percezione delle circostanze rischiose perché questa consente di attivare meccanismi di reazione immediati.

Si tratta di un circolo virtuoso: se sono abituato a fiutare il pericolo sarò in grado di affrontarlo meglio.

È anche sulla base di queste precise argomentazioni – in un'ottica interdisciplinare – che ritengo censurabile la deriva giurisprudenziale di questi ultimi anni in tema di responsabilità del gestore di aree sciabili (che rappresenta, peraltro, un *unicum*, che non trova corrispondenza al di fuori dei confini nazionali).

La pervasiva cultura della protezione, "attesa" a tutti i costi e nel contempo "dovuta" da una miriade di soggetti garanti, si lega, di fatto, ad una esasperata, crescente, irresponsabilità dei singoli che sembrano sfidare il pericolo contando sulla protezione che altri dovrebbero loro assicurare.

Personalmente condivido il pensiero di quanti ritengono che, nell'esercizio di attività sportive in contesto montano, sia davvero il caso di abbandonare progressivamente una logica di puro "affidamento" nei confronti del supposto soggetto garante, e, più in generale, pretestuose istanze protezionistiche, per incentivare, invece, l'interazione tra le reciproche sfere precauzionali, attribuendo un maggiore peso al principio di auto-responsabilità.

E questa impostazione (che dimostra sensibilità e competenza rispetto a ciò che può accadere nell'esercizio di simili attività sportive) andrebbe recepita anche dalla giurisprudenza, perché l'accertamento della responsabilità penale non può essere assistita da presunzioni sfavorevoli e la posizione di garanzia non può essere confusa con una responsabilità di tipo obiettivo.

Prof. Avv. Stefania Rossi

Dottore di ricerca in Studi Giuridici Comparati ed Europei

(Università di Trento)

Professore a contratto di Diritto penale presso la Scuola di

Medicina e Chirurgia (Università di Verona).