

RESPONSABILITÀ PENALE PER COLPA IN MONTAGNA: PROBLEMATICHE DOGMATICHE*

di Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1. Il problema di fondo: il rapporto tra posizioni di garanzia e regole cautelari. – 2. Concezione forte e concezione debole delle posizioni di garanzia con conseguenti riflessi sul modo di forgiare le regole cautelari. – 3. Le conseguenze di disciplina. – 4. Conclusione intermedia. – 5. Concezione forte/concezione debole nei diversi settori di responsabilità. – 6. La responsabilità penale colposa in montagna. – 7. Un tentativo di razionalizzazione delle molteplici situazioni rischiose in montagna. – 8. Il comportamento imprudente della vittima. – 9. Conclusioni.

1. Il problema di fondo: il rapporto tra posizioni di garanzia e regole cautelari.

Il tema della gestione del rischio e della responsabilità penale in montagna si inserisce in quello più ampio della responsabilità omissiva e/o colposa relativa ai reati di evento¹. La mia impressione è che questo tema generale sia condizionato da una problematica di fondo, che proprio la prospettiva della montagna fa emergere in modo assai chiaro a mo' di cartina tornasole: il problema di fondo riguarda il rapporto che intercorre tra posizioni di garanzia e cautele.

2. Concezione forte e concezione debole delle posizioni di garanzia con conseguenti riflessi sul modo di forgiare le regole cautelari.

In estrema sintesi, rispetto al rapporto che intercorre tra posizioni di garanzia e cautele, si possono delineare due grandi orientamenti destinati a produrre conseguenze di disciplina su molteplici questioni applicative: da un lato, v'è un orientamento che valorizza le posizioni di garanzia così tanto da fagocitare le cautele, nel senso che le

* Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da M. Helfer, A. Melchionda, K. Summerer, *Rischio e responsabilità penale in montagna. Gestione e prevenzione in prospettiva comparata*, Giappichelli, 2023. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in *questa Rivista*.

¹Per un quadro delle problematiche cfr. A. MASSARO, voce *Omissione e colpa*, in M. DONINI (diretto da), *Enc. dir., I tematici*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, p. 872. Inoltre, i testi ormai "classici" di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; F. GIUNTA, *Illiceità nella responsabilità colposa*, Padova, 1993. Di recente, sul tema, valorizzando la prospettiva plurisoggettiva, cfr. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, 2022; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023.

cautele non vengono distinte dalle posizioni di garanzia, ma vengono nella sostanza identificate con le posizioni di garanzia: insomma il contenuto delle cautele è condizionato, forgiato, se non addirittura mutuato, dal contenuto delle posizioni di garanzia; dall'altro, v'è un orientamento che invece distingue in modo netto tra posizioni di garanzia e regole cautelari, che autonomizza le regole cautelari rispetto alle posizioni di garanzia, nel senso che funzioni e contenuto delle posizioni di garanzia sono nettamente distinti dalle funzioni e dal contenuto delle cautele.

1) Sofferamoci sul primo orientamento: posizioni di garanzia concepite in modo "forte", così forte da condizionare pesantemente l'individuazione e la forgiatura delle cautele. In questa prospettiva, le posizioni di garanzia non solo operano rispetto all'omissione, per individuare/selezionare i soggetti che si devono attivare per tutelare gli interessi di soggetti "vulnerabili" garantiti; non solo concorrono a delimitare le aree di rischio ai fini della individuazione delle cautele che devono accompagnare l'attività lecita e rischiosa; ma addirittura incidono sul contenuto delle stesse cautele per determinare, direi per innalzare, lo *standard* di pretesa comportamentale che tende a farsi – per così dire – totale e assoluto. In questa prospettiva, il contenuto "protettivo" della posizione di garanzia orientato a impedire la verifica dell'evento si riversa sul contenuto delle cautele che invece di essere pensato in termini "contenitivi" del rischio finisce per essere configurato in termini "impeditivi" dell'evento, determinando così un notevole innalzamento dello *standard* di pretesa comportamentale: insomma, le cautele, alla stessa stregua delle posizioni di garanzia e della connessa omissione, devono impedire la verifica dell'evento.

In questa prospettiva, proprio perché la posizione di garanzia tende a condizionare le cautele, il tema della responsabilità finisce per concentrarsi interamente sul titolare della posizione di garanzia, mentre il soggetto che non è titolare passa del tutto in secondo piano, proprio perché nella sostanza da proteggere. Da ciò deriva una notevole valorizzazione del garante e una collocazione in secondo piano del garantito, con conseguente "iper" responsabilizzazione del garante e totale deresponsabilizzazione del garantito. Detto in altri termini, si viene a creare un diritto penale fortemente da posizione dove non solo il garante è già scolpito come necessariamente autore, ma anche il garantito è già scolpito come necessariamente vittima.

2) Il secondo orientamento, come accennato, distingue nettamente tra posizioni di garanzia e cautele. Le posizioni di garanzia operano in presenza di omissioni al fine di individuare/selezionare i soggetti che devono attivarsi. Inoltre, le posizioni di garanzia concorrono a individuare e determinare l'ambito di rischio rispetto al quale operano le cautele. Tuttavia, ed ecco il punto differenziante rispetto all'orientamento precedente, la posizione di garanzia non può andare oltre, definendo anche lo *standard* di pretesa comportamentale, e ciò per la semplice ragione che mentre il comportamento omissivo connesso alla posizione di garanzia è orientato a impedire l'evento, quello colposo, inserendosi all'interno di una attività lecita e rischiosa, è "semplicemente" diretto a contenere il rischio di verifica dell'evento. Insomma, se il garante non si attiva, se il garante resta inerte, se il garante non protegge il garantito, l'ordinamento non può che richiedere a tale garante un'attivazione orientata ad impedire l'evento. Ma

una volta che il garante si è attivato, una volta che il garante compie un'attività lecita suscettibile di compromettere interessi del garantito, ad operare non è più tanto la logica impeditiva propria della posizione di garanzia, ma quella contenitiva del rischio propria delle cautele secondo il relativo ambito di rischio.

In questa prospettiva, il ruolo della posizione di garanzia esce notevolmente ridimensionato perché non condiziona più lo *standard* di pretesa delle cautele, con la conseguenza che il tema della responsabilità non è più concentrato sul titolare della posizione di garanzia, ma per certi aspetti si estende e si distribuisce al di là della posizione del garante, vale a dire verso il garantito, determinandosi così una dinamica di ripartizione del rischio tra i vari soggetti che sono coinvolti nello svolgimento dell'attività rischiosa. Insomma, una volta intrapresa l'attività rischiosa, si assiste – per così dire – al passaggio dal pericolo da posizione di garanzia che obbliga a impedire l'evento, al rischio da cautela che obbliga a diminuire il rischio, e in questo secondo ambito è ben possibile che il rischio si distribuisca tra coloro che partecipano all'attività intrapresa. E ciò per la semplice ragione che, una volta intrapresa l'attività, si viene a creare sul rischio una dinamica relazionale.

3. Le conseguenze di disciplina.

Come accennato, queste due impostazioni hanno conseguenze relevantissime sul piano della disciplina.

1) Anzitutto, si possono apprezzare conseguenze significative in tema di causalità².

A) Se si muove dall'idea di posizioni di garanzia forti, la tendenza è a ricondurre la causalità a quella omissiva, per cui occorre verificare se il comportamento omesso avrebbe impedito la verificazione dell'evento. La conseguenza di questa impostazione è che, da un lato, si tende a trascurare la ricostruzione del decorso causale reale, vale a dire la spiegazione dell'evento: in presenza di un evento "derivante" da un'omissione, non v'è molto interesse a verificare le cause naturali della morte, perché, quale che sia la ragione della morte, sta di fatto che il soggetto non si è attivato per impedirlo: insomma, si tende a cadere nell'inganno di porre in diretta e immediata connessione un evento con la totale inerzia, a prescindere dalla sua spiegazione scientifica. Dall'altro lato, passa in secondo piano la valutazione del decorso causale ipotetico, vale a dire la valutazione dell'efficacia del comportamento alternativo lecito: quando si è omesso, quando davanti alla situazione di pericolo si è rimasti del tutto inerti, si è indotti a ritenere che il comportamento fosse inevitabilmente idoneo ad impedire la verificazione dell'evento. Insomma, esiste un vuoto così macroscopico tra il comportamento omesso e l'evento verificatosi, che induce a colmarlo ipotizzando un comportamento alternativo lecito

²In argomento, cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 32 ss.

necessariamente efficace: se la madre avesse allattato, l'evento non si sarebbe verificato; se il bagnino si fosse buttato in acqua, l'evento non si sarebbe verificato.

B) Se invece si distingue in modo netto tra posizioni di garanzia e cautele, la stragrande maggioranza delle ipotesi che vengono in gioco ha carattere colposo, trattandosi di ipotesi caratterizzate dall'esercizio di un'attività lecita e rischiosa e quindi da un comportamento attivo sul quale si innesta la componente omissiva della violazione delle regole cautelari, la quale non è omissione – per così dire – *tout court*, ma soltanto una “componente omissiva”, nel senso che nell'esercizio di una attività non si è tenuto un comportamento che si doveva tenere. Con la conseguenza che in questa prospettiva si ricostruisce con maggiore rigore sia il decorso causale reale che quello ipotetico. Sotto il primo profilo del decorso reale, occorre verificare la causa naturale della morte, perché è ben possibile che la morte sia dovuta a fattori che sono del tutto estranei e indipendenti rispetto alla stessa attività rischiosa che il soggetto stava realizzando. Sotto il secondo profilo, per imputare una responsabilità non è sufficiente la violazione della regola cautelare, ma occorre accertare anche l'esistenza di un nesso tra la regola cautelare violata e l'evento e questo nesso può venir meno per molteplici ragioni (ad es. inefficacia in astratto del comportamento dovuto, perché scoperte scientifiche successive alla elaborazione della regola cautelare hanno dimostrato che il comportamento dovuto era in realtà del tutto inidoneo a contenere il rischio; inefficacia in concreto della cautela, in virtù dell'esistenza di particolari fattori esistenti al momento della realizzazione della condotta che avrebbero reso il comportamento diligente del tutto inefficace).

2) In secondo luogo, le due concezioni determinano conseguenze in tema di contratto/accordo e della sua valenza in ordine alla costituzione delle posizioni di garanzia³.

A) Se si adotta la prospettiva delle posizioni di garanzia forti, si ritiene che lo stesso accordo, lo stesso contratto istituiscano la posizione di garanzia. Fonte della posizione di garanzia non è soltanto la legge, ma anche per l'appunto un accordo tra le parti, con la conseguenza che nel momento in cui due persone convengono di compiere una determinata attività (si pensi all'accordo nel realizzare un'escursione in montagna), tale accordo istituisce “necessariamente” e di per sé una posizione di garanzia che tende alla protezione “totale”.

B) Se invece si distinguono posizioni di garanzia e cautele, la tendenza invece è a ritenere che l'accordo o il contratto non sono di per sé in grado di costituire una posizione di garanzia, ma piuttosto o concorrono a trasferire una posizione di garanzia già esistente (si pensi all'accordo tra i genitori e la babysitter) oppure definiscono le modalità dell'attività che si andrà a compiere e quindi nella sostanza determinano una distribuzione e ripartizione degli ambiti di rischio tra i soggetti, rispetto ai quali sorgono poi le rispettive cautele. Insomma, il contratto non fa nascere posizioni di garanzia, ma le trasferisce o definisce gli ambiti di attività e quindi di rischio rispetto ai quali si andranno a forgiare le cautele che ognuno dovrà poi rispettare.

³ V. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

3) Ed ancora, conseguenze si hanno in tema di ingresso volontario, non autorizzato, all'interno di determinati luoghi.

A) Se ci si muove nella prospettiva della posizione di garanzia forte, la tendenza è a non attribuire alcuna rilevanza alla circostanza che il soggetto non fosse autorizzato ad entrare all'interno di determinati luoghi, anche perché, andando ben oltre il contratto, lo stesso contatto sociale finisce per attivare una garanzia e quindi per attribuire rilevanza all'omissione. Con la conseguenza che colui che deve governare una fonte di rischio, la deve governare sempre e comunque, in termini assoluti, prevenendo ogni fonte di pericolo perché se si viene a determinare un contatto sociale, ancorché da lui non voluto, si viene a creare una posizione di garanzia.

B) Se invece si distingue in modo netto tra posizioni e cautele, la mancanza di autorizzazione all'interno di determinati luoghi rende il soggetto del tutto irresponsabile perché nella sostanza libero di lasciare i luoghi in sua proprietà, destinati a non essere frequentati, con possibili rischi. Soltanto se esiste una posizione di garanzia (si apre al pubblico) ha senso richiedere cautele, ma il mero contatto sociale non può essere sufficiente a far sorgere una posizione di garanzia e quindi le cautele.

4) Ed ancora, conseguenze in tema di consenso da parte della vittima⁴.

A) Adottando una concezione forte delle posizioni di garanzia, il consenso del garantito non può che riguardare lo stesso evento, con la conseguenza che non vi sono margini perché il consenso possa operare in termini scriminanti, e ciò in quanto un garantito non può mai dare il consenso rispetto ad un evento che, al momento del consenso, è soltanto al massimo prevedibile. Insomma, un consenso prestato al momento dell'inizio dell'esercizio dell'attività non può coprire un evento futuro del tutto incerto: esiste una sorta di incompatibilità tra consenso pieno ed effettivo ed evento soltanto prevedibile come possibile.

B) Se invece si adotta una concezione debole delle posizioni di garanzia, il consenso può essere riferito alla condotta e quindi all'attività, con la conseguenza che assume rilevanza quale che sia l'evento. Dovendosi poi distinguere tra due situazioni diverse. Da un lato, v'è il consenso all'attività meramente rischiosa ma nel rispetto delle regole cautelari e quindi il consenso ad una attività rischiosa diligente, consenso che non può scriminare la verifica dell'evento, per cui se l'evento si verifica in ragione della violazione delle regole cautelari, il consenso non opera proprio perché il consenso copriva l'esercizio dell'attività nel rispetto delle regole cautelari. Dall'altro lato, vi può essere il consenso all'attività rischiosa e colposa, quindi con la consapevolezza che tale attività sarà esercitata in violazione delle regole cautelari, consenso che invece potrebbe scriminare anche l'evento, per cui se l'evento si verifica proprio in ragione della violazione delle regole cautelari, l'autore dell'offesa non può essere fatto responsabile in virtù del consenso dell'offeso all'attività in violazione delle regole cautelari.

⁴K. SCHWAIGHOFER, *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in M. RONCO – M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden-Baden-Torino, 2020, pp. 88 ss.

5) Conseguenze si hanno poi in ordine al tema della auto-esposizione al pericolo. Qui occorre una breve premessa sullo stesso concetto di auto-esposizione al pericolo⁵. A volte a me pare che, assumendo come punto di riferimento la vittima, con il concetto di auto-esposizione al pericolo si enunci un qualcosa che riguarda aspetti che sono nella sostanza giuridicamente irrilevanti: dire che chi apre una pista da sci non fa altro che creare una situazione di rischio socialmente adeguata, con la conseguenza che il soggetto che scia nella pista si auto-espone al rischio, ha senso, ma si deve osservare che ciò ha senso fin tanto che chi apre la pista agisce senza colpa. Ecco che il tutto muta se chi apre la pista da sci ha violato cautele ed è in colpa: qui il concetto di auto-esposizione al pericolo si fa senza dubbio più problematico. Insomma, se l'auto-esposizione al pericolo fa riferimento all'attività intrapresa da una potenziale vittima con riferimento ad un rischio gestito da altri nel rispetto delle cautele, l'auto-esposizione finisce per essere un concetto del tutto ovvio.

Altre volte, però, l'auto-esposizione al pericolo serve invece per delimitare gli ambiti dell'altrui responsabilità colposa, e sotto questo profilo tale concetto a me pare che abbia una sua plausibilità, ma ci si deve interrogare se esso abbia vera e propria autonomia concettuale oppure non si concretizzi in istituti già esistenti e operanti.

A) Ebbene, ciò premesso, se si adotta una concezione forte delle posizioni di garanzia, l'idea dell'auto-esposizione al pericolo costituisce proprio uno strumento per delimitare – per così dire – a monte la responsabilità del garante, dando rilievo al ruolo della vittima, che nel momento in cui si auto-espone al pericolo esclude la responsabilità del garante: a monte l'auto-esposizione della vittima delimita la portata della posizione di garanzia. Interessante osservare come ci si trovi agli antipodi rispetto alla soluzione relativa all'ingresso volontario (punto n. 3), dove in virtù dell'idea del contatto sociale si tende ad affermare la responsabilità anche allorché chi si è introdotto è privo di autorizzazione. Non solo, ma ci si trova agli antipodi anche rispetto alla rilevanza scriminante del consenso rispetto all'evento, dove proprio la circostanza che oggetto del consenso sia l'evento, si ritiene che il consenso sia del tutto irrilevante (punto n. 4). Non si può quindi che registrare una sorta di contraddizione interna all'orientamento che si basa su una concezione forte delle posizioni di garanzia, per cui mentre nei punti 3 e 4 la tendenza è ad espandere la responsabilità, con il concetto di auto-esposizione si tenta poi di restringerla.

B) Se si distingue tra posizioni e cautele, l'idea dell'auto-esposizione al pericolo finisce per perdere di rilevanza. Ed infatti, fin tanto che il garante non viola regole cautelari, non ha senso parlare di auto-esposizione, o meglio può aver senso, ma si tratta di un concetto che non ha alcuna rilevanza perché si riferisce a una situazione che di per sé è irrilevante. Ma anche là dove il garante ha violato regole cautelari non ha senso parlare di auto-esposizione in termini escludenti la responsabilità, anche perché nel concetto di auto-esposizione al pericolo finiscono per rientrare altri istituti come per l'appunto il consenso all'attività pericolosa in violazione di regole cautelari o la

⁵In argomento cfr. M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in M. RONCO – M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., pp. 25 ss.; nonché i numerosi contributi contenuti in quel volume.

mancanza di autorizzazione all'ingresso: chi dà il consenso ad attività colpose o entra in luoghi in cui non è autorizzato ad entrare si auto-espone al pericolo.

Infine, l'auto-esposizione al rischio necessita anche di una chiosa. Tale concetto, infatti, viene a volte utilizzato a seconda del tipo di attività che viene esercitata: in presenza di un'attività condotta in solitudine, vi sarebbe un'auto-esposizione al pericolo che esclude la responsabilità, mentre in presenza di un'attività condotta da altri, per cui la vittima è nella sostanza un passeggero, vi sarebbe un consenso al pericolo altrui, con conseguente responsabilità del conducente. D'altra parte, così impostato, il ragionamento soffre di una eccessiva rigidità, proprio perché non tiene conto delle dinamiche⁶. Ed infatti, l'attività condotta in solitudine esclude la responsabilità, purché, come accennato, sia svolta autenticamente in un contesto del tutto privo di garanti, mentre se viene svolta anche solo in parte in un contesto gestito da garanti, è necessario che il garante sia stato diligente, mentre se non lo è stato, vi sono margini perché sorga una responsabilità. Così come può accadere che il consenso prestato all'attività pericolosa altrui possa escludere la responsabilità: si pensi a chi presta il proprio consenso all'attività negligente; oppure alle ipotesi in cui il passeggero concorre comunque a svolgere un'attività rischiosa, come nelle ipotesi problematicissime della guida di uno slittino, che viene condotto da entrambi i soggetti, per cui alla fin fine o tutti i soggetti sono irresponsabili oppure entrambi sono corresponsabili, a meno che non sia presente un minore.

6) Conseguenze si hanno poi in tema di rilevanza della cooperazione colposa della vittima⁷. Si tratta di un punto di estrema rilevanza, sul quale avremo modo di tornare più volte.

A) Se si adotta una concezione forte delle posizioni di garanzia, con valorizzazione del ruolo del garante e ridimensionamento di quello del garantito, si depotenzia la stessa rilevanza della cooperazione colposa della vittima, nel senso che l'eventuale cooperazione della vittima non sembra essere in grado di incidere sull'area di rischio del garante che rimane amplissima, con la conseguenza che la cooperazione colposa non è in grado di interrompere il nesso causale "colposo".

B) Se invece si adotta una concezione "debole" delle posizioni di garanzia, si riduce il ruolo del garante, mentre acquista valenza quello del garantito, con la conseguenza che si potenzia la rilevanza della cooperazione colposa della vittima, nel senso che l'eventuale cooperazione potrebbe interrompere il nesso.

7) Infine, ancora più a fondo, conseguenze si hanno in tema di *standard* di pretesa⁸.

⁶In questo senso cfr. anche K. SCHWAIGHOFER, *L'autoresponsabilità*, cit., pp. 86 ss.

⁷In argomento cfr. O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale*, in M. RONCO – M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità*, cit., pp. 115 ss.; D. CASTRONUOVO, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza nel lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale*, *ivi*, pp. 195 ss.; A. MASSARO, *Principio di affidamento e cooperazione colposa nell'attività medico-chirurgica*, *ivi*, pp. 215 ss.

⁸Sulle problematiche del parametro in tema di colpa, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, voce *Fonti della colpa*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. II, *Reato colposo*, cit., pp. 539 ss. Inoltre, con riferimento al tema del dovere o del potere di riconoscere la situazione di rischio, cfr. D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, pp. 145 ss.

A) In presenza di posizioni di garanzia concepite in modo “forte”, la responsabilità scatta non solo per comportamenti imprudenti della vittima che ruotano attorno alla situazione di rischio, esigendo addirittura un dovere di prevedere l'imprudenza altrui, ma si possono esigere comportamenti che vanno ben oltre, vale a dire comportamenti di intervento impeditivo che aprono all'idea che si possa impiegare la stessa forza/violenza ai danni del garantito affinché non adotti il comportamento imprudente. Insomma, la pretesa comportamentale tende ad innalzarsi così tanto da indurre a prospettare addirittura poteri per certi aspetti coercitivi esercitabili nei confronti del garantito.

B) In presenza di posizioni di garanzia concepite in termini “deboli”, non solo è impensabile l'esistenza di cautele che si spingono all'impiego della coercizione fisica, ma la responsabilità scatta solo per comportamenti imprudenti della vittima che si potevano prevedere. Detto diversamente, il comportamento imprudente del garantito non fa scattare un dovere di previsione e impedimento, ma costituisce un fattore anomalo destinato a incidere e a far mutare la situazione di rischio, rispetto al quale ci si deve chiedere in termini “scusanti” se esso poteva essere previsto dal garante.

4. Conclusione intermedia.

Se quanto affermato fino a qui ha una sua plausibilità, appare evidente come alla fin fine il tema generale della gestione del rischio e delle conseguenti responsabilità colpose si possa vedere da due diverse prospettive.

1) Da un lato, v'è una prospettiva che valorizza soltanto uno dei due “partecipanti/concorrenti” alla luce della posizione di garanzia che dovrebbe riferirsi alla sola omissione, ma che viene estesa anche all'attività rischiosa intrapresa. Potremmo dire che lo squilibrio e il dislivello che caratterizza la posizione di garanzia/omissione si riproduce per il rischio e per le cautele. In questa prospettiva, il rischio che deve fronteggiare il garante è amplissimo, tale da fagocitare e annullare il rischio che deve fronteggiare il garantito. Insomma, il rapporto che si viene a delineare tra i soggetti è nella sostanza di sovra-ordinazione/subordinazione, per cui il garante sta sopra il garantito.

2) Dall'altro lato, v'è invece una prospettiva che tende a collocare su piani se non identici, quanto meno analoghi o comunque su un dislivello ridotto i due soggetti che partecipano all'attività rischiosa. Qui non v'è una gerarchia di posizioni, ma vi sono diverse aree di rischio e quindi una diversa ripartizione di tali aree di rischio.

Queste due concezioni si ispirano a prospettive valoriali e a contesti fenomenologici decisamente diversi. La prima prospettiva si ispira a una visione fortemente solidaristica, se non addirittura paternalistica che può giungere ad esprimere tratti addirittura autoritari sia in ordine al rapporto tra Stato e garante (doveri impeditivi assoluti), sia in ordine al rapporto tra garante e garantito (attribuzione al garante di poteri coercitivi). Nella sostanza, il rapporto che intercorre tra Stato e componenti della comunità viene riprodotto nelle dinamiche relazionali tra soggetti forti e deboli, come se lo Stato trasferisse al garante doveri e poteri per certi aspetti pubblicistici, esigendo

quindi una pretesa altissima, al fine di proteggere un garantito che nel collocarsi in una posizione di subordinato non può che sottostare al garante. Il garantito, necessariamente vulnerabile e debole, deve essere protetto e la sua debolezza e vulnerabilità sono tali per cui deve essere considerato come una sorta di “sottomesso”. Con riferimento al contesto, questa concezione si attaglia soprattutto alle società in cui determinate attività rischiose non sono ancora particolarmente diffuse e quindi la stessa concezione della colpa non è ancora particolarmente sviluppata, mentre risulta centrale l’idea di protezione del garante e affidamento del garantito e quindi l’idea di omissione.

La seconda prospettiva, si ispira a una visione valoriale che potremmo definire liberale e autoresponsabilizzante. Certo, posto che mutano da settore a settore le tipologie di rapporto tra garante e garantito, esistendo addirittura ambiti di rischio in cui non vi sono posizioni di garanzia (si pensi alla circolazione stradale), tuttavia, anche là dove vi sono posizioni di garanzia di per sé forti, non si può fare a meno di osservare come ogni soggetto che prende parte all’attività rischiosa sia comunque “titolare” di un proprio ambito di rischio che non può che gestire in autonomia e responsabilmente. Con riferimento al contesto, si deve osservare come questa concezione si attagli soprattutto a realtà economico-sociali dove le attività rischiose sono diffuse e conosciute e il concetto di colpa risulta essere particolarmente sviluppato, per cui determinate attività non costituiscono una sorta di eccezione, ma rientrano nella vita addirittura quotidiana.

5. Concezione forte/concezione debole nei diversi settori di responsabilità.

Se da un lato queste concezioni costituiscono due diversi paradigmi di responsabilità, dall’altro lato, su un piano politico criminale, non si può ragionare in termini di “buona” l’una e “cattiva” l’altra. Si tratta infatti di paradigmi di cui non ha senso mettere in discussione la “legittimità”, con la conseguenza che tema vero diviene la coerenza di questi modelli con i diversi settori di attività e di responsabilità colposa.

Ecco che, ad es., la prima concezione si attaglia con particolare coerenza all’attività di protezione dei genitori nei confronti dei figli minori, proprio in ragione del “naturale” dislivello che intercorre tra i due protagonisti del rapporto, dovendosi precisare fin d’ora che se ha senso parlare di una “sorveglianza” estesa del genitore nei confronti del figlio, tuttavia tale sorveglianza non si può comunque trasformare in un controllo totale e sempre effettivo, dovendo permanere aree di rischio rispetto alle quali lo stesso minore opera nella sostanza in libertà e con responsabilità, non potendosi giungere ad affermare la responsabilità del genitore per ogni fatto compiuto o danno subito dal minore. Inoltre, fuori da ogni retorica, si può discutere se queste posizioni di garanzia non possano portare ad esigere comportamenti impeditivi che possono comprimere sfere di libertà del minore, in forma anticipata rispetto alla creazione di situazioni di necessità difensiva o salvifica.

Più complesso il discorso con riferimento all’ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro. Da un lato, infatti, v’è ancora la tendenza a ritenere che operino soltanto posizioni di protezione, quando invece, a ben vedere, vi sono ambiti in cui sarebbe più opportuno parlare di posizioni di controllo, soprattutto là dove sono già stati rispettati i minimi

standard protettivi. Ma anche là dove vi sono margini per aprire a posizioni di controllo, la tendenza è a ricostruire il rapporto tra datore e lavoratore secondo la concezione forte delle posizioni di garanzia, mentre sarebbe più opportuno aprire spiragli per una concezione debole. Ciò emerge soprattutto in presenza della cooperazione colposa da parte del lavoratore, che rarissimamente viene considerata escludente la responsabilità colposa, anche perché si tende ad elaborare addirittura un vero e proprio dovere di previsione del comportamento imprudente altrui, con conseguente notevolissimo innalzamento della pretesa comportamentale.

Nell'ambito della circolazione stradale invece le cose stanno in termini del tutto diversi. Non solo mancano posizioni di garanzia, ma la relazione tra i soggetti che svolgono l'attività è, al netto di possibili vulnerabilità (si pensi al pedone), nella sostanza paritaria, con la conseguenza che a venire in gioco non può che essere una concezione che, prescindendo per l'appunto dai condizionamenti derivanti dalle posizioni di garanzia, concepisce il rischio come un ambito in cui gravitano paritariamente gli esercenti l'attività di circolazione. Con molteplici conseguenze di cui a ben vedere non si ha ancora piena contezza: la morte che decreta chi è vittima e autore finisce per essere in parte frutto di una mera casualità, ma la tendenza non può che essere a vedere l'episodio così come scolpito attraverso le due figure (casuali) dell'autore e della vittima; nella vicenda vi sono pressoché sempre comportamenti negligenti sia da parte dell'autore che della stessa vittima, dovendosi osservare come quando si parla di residuo di colpa generica, ciò significa che in realtà l'autore aveva rispettato le regole scritte che invece possono essere state violate dalla vittima; si pone così la necessità di una "pesatura" del *quantum* di responsabilità che non può essere interamente addebitata soltanto al soggetto (casualmente) sopravvissuto, ma che deve essere ripartita; con la conseguenza finale che non si può non attribuire sempre più spazio alla prevedibilità allorquando muta la situazione di rischio, da intendersi però non come giudizio deontico (dovere di prevedere), ma come giudizio scusante (possibilità di prevedere).

6. La responsabilità penale colposa in montagna.

Ebbene, premesso tutto questo: quale delle due concezioni si attaglia alla responsabilità penale colposa in montagna?

Punto di partenza è che la realtà delle attività in montagna è molto complessa e articolata. Per quanto riguarda i garanti, vi sono realtà prive di garanti e realtà in cui invece vi sono garanti: si pensi alle vette di alta montagna oppure a tutto ciò che invece costituisce un vero e proprio impianto sportivo da gestire (sci, snowboard, fondo, slittino, bob, pattinaggio etc.).

Per quanto riguarda i garantiti, si può distinguere tra le attività che vengono realizzate in totale solitudine e attività che invece sono realizzate da almeno due soggetti. In presenza poi di attività realizzate da almeno due soggetti, si devono distinguere varie tipologie di rapporto, per cui si va da soggetti paritariamente esperti o che comunque si collocano sullo stesso livello di conoscenze ed esperienze, a rapporti dove invece c'è un soggetto esperto e uno meno esperto, potendosi poi ulteriormente

distinguere all'interno di quest'ultimo ambito, a seconda che vi sia un rapporto di fatto ovvero un contratto di docenza oppure a seconda che il discente sia comunque esperto oppure inesperto. Ed ancora, non si può fare a meno di considerare che vi possono essere inesperti adulti oppure minori.

Ebbene, rispetto alla montagna, se da un lato non è possibile compiere agevoli generalizzazioni, dall'altro lato, però si può osservare come a venire in gioco sia soprattutto la seconda concezione debole basata sulla netta distinzione tra posizione di garanzia e cautele, e ciò per due ragioni di fondo. Anzitutto, si deve considerare che le attività di montagna si caratterizzano di per sé per un alto rischio che non è possibile azzerare e anche quando si è in grado di ridurlo al minimo, fattori di contesto anche improvvisi possono tornare a innalzarlo. Ciò significa che si riducono notevolmente i margini della prevedibilità, mentre si ampliano quelli della imprevedibilità, a meno che, ispirata da una visione paternalistica, non si giunga ad affermare che in presenza di determinati rischi l'unica regola cautelare che si può adottare è quella dell'inattività.

In secondo luogo, allorquando si è in presenza di un'attività con almeno due soggetti, non si può trascurare la dinamica relazionale. Ed infatti, mentre nella circolazione stradale ognuno procede per conto proprio incrociando casualmente l'attività altrui; mentre nella sicurezza nei luoghi di lavoro non c'è un rapporto diretto tra datore e lavoratore e se c'è il lavoratore non può che essere subordinato al datore; nell'attività di montagna si tende a procedere assieme, potremmo dire sulla base di un accordo cooperativo, ma con ampi margini di autonomia di ciascuno, sia nel rapporto con gli altri (ad esempio può essere interrotto in qualsiasi momento), sia nell'esercizio specifico della propria attività (si pensi al discente bambino che nel seguire il maestro di sci adotta comunque comportamenti imprudenti).

7. Un tentativo di razionalizzazione delle molteplici situazioni rischiose in montagna.

Ebbene, tutto ciò premesso, proviamo a distinguere le diverse situazioni che si possono presentare in montagna⁹.

1) La prima realtà che viene in mente è costituita dai parchi avventura caratterizzati da percorsi in sospensione che vengono frequentati soprattutto da bambini, ma non solo. Ebbene, qui si tratta di attività ad altissimo rischio rispetto alle quali non si può non pretendere un'organizzazione della sicurezza in termini che sfiorano l'assolutezza: se da un lato si offrono impianti altamente rischiosi a soggetti spesso totalmente inesperti, dall'altro lato, la notevole standardizzazione delle attività consente di prevedere e ridurre notevolmente il rischio, predisponendo protezioni pressoché "totali" che accompagnano per tutto il percorso. D'altra parte, ancora una volta non è possibile azzerare completamente il rischio, restando sempre margini di autonomia da parte della potenziale vittima: così, ad es., nei parchi di avventura c'è

⁹ In argomento cfr. anche K. SCHWAIGHOFER, *L'autoresponsabilità*, cit., pp. 79 ss.; S. ROSSI, [Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2013.

sempre un momento in cui il garantito deve cambiare la collocazione dei moschettoni seguendo una determinata sequenza indicata da colori, ma nulla esclude che il garantito possa errare o addirittura decidere di non ottemperare.

2) Al lato opposto vi sono gli sport estremi, esercitati in solitudine, in luoghi “di nessuno” (ad es. spazio aereo nel caso del parapendio o della tuta alare), con uno standard di rischio elevatissimo oltretutto interamente – per così dire – auto-prodotto dal soggetto: ecco che, date queste condizioni, non mi pare esistano margini di responsabilità per alcuno. Può operare il concetto di auto-esposizione al pericolo, ma il tema vero è che non ci sono profili di responsabilità di altri. I luoghi dove ci si avventura sono luoghi incustoditi, inaccessibili ovvero si viene a creare un rischio estremo in piena e totale autonomia. Qualcuno ipotizza una responsabilità per gli sponsor, senz’altro inesistente proprio perché il tutto viene interamente creato dallo sportivo e una qualsiasi limitazione di queste attività sarebbe una indiscussa limitazione di libertà ispirata a mero paternalismo.

3) Per quanto riguarda l’attività impiantistica *et similia*, dalla casistica risultano particolarmente problematiche non tanto le piste da sci, quanto piuttosto quelle da slittino, e ciò per molteplici ragioni¹⁰. Anzitutto, perché le prime sono molto più mantenute delle seconde. In secondo luogo, perché le conoscenze sciistiche sono ormai molto diffuse, mentre quelle relative agli slittini no, con la conseguenza che si tende ad avventurarsi in una attività rispetto alla quale non si hanno addirittura le minime conoscenze tecniche. Ed infatti, se molti anni fa queste piste erano frequentate soltanto da persone del luogo, da ragazzi cresciuti con gli slittini, nel tempo su queste piste si sono avventurati anche turisti privi delle competenze necessarie e i gestori degli impianti sono stati colti – per così dire – di sorpresa.

Ebbene, rispetto all’impiantistica, occorre distinguere tra gli impianti di risalita e quelli di discesa. Rispetto ai primi, la responsabilità non può che ispirarsi al primo modello, anche perché la situazione di rischio si concentra interamente nelle mani del gestore. D’altra parte anche qui occorre distinguere tra situazioni diverse, per cui si va da impianti come le funivie/ovovie alle seggiovie fino agli skilift: si tratta di realtà caratterizzate da un diverso grado di autonomia del trasportato, inesistente nelle funivie, minore nelle seggiovie, maggiore negli skilift e non è un caso che problematiche di responsabilità siano sorte proprio con riferimento a questi ultimi, al netto di alcune rare tragedie frutto di gravissime negligenze da parte dei gestori.

Le cose stanno in modo diverso rispetto agli impianti di discesa. Qui scatta soprattutto una responsabilità che si ispira al secondo modello “debole”, proprio perché il fruitore gode di ampi margini di manovra nell’esercizio della propria attività, gestendo un proprio ambito di rischio. Anzitutto, risulta ragionevole distinguere tra pericoli atipici e pericoli tipici, per cui il gestore deve proteggere/segnalare i primi e non i secondi¹¹. Molto spesso la distinzione passa dal carattere antropico oppure naturale, ma

¹⁰ Cfr. di recente Cass., sez. III, 17 luglio 2019, n. 50427. In argomento D. NOTARO, *Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose e lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive*, in *disCrimen*, 27 aprile 2020.

¹¹ K. SCHWAIGHOFER, *L’autoresponsabilità*, cit., p. 92; S. DOVERE, *L’autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in M. RONCO – M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e*

nulla esclude che anche pericoli naturali debbano essere segnalati: si potrebbe dire che mentre tutti i pericoli antropici devono essere segnalati, quelli naturali devono essere segnalati se particolarmente rilevanti. Ecco allora che il gestore deve predisporre cautele che tengano di conto dell'attività svolta dal fruitore con capacità standard. Punto delicato è che spesso è molto difficile prevedere in anticipo se un fattore naturale sia pericoloso, emergendo la pericolosità soltanto dopo che si è verificato un incidente. Ecco che un innalzamento della pretesa comportamentale può seguire soltanto all'esistenza di precedenti che costituiscono motivo per prevedere.

In secondo luogo, sempre proprio perché il fruitore gode comunque di margini di manovra, si pone il problema della valenza dell'imprudenza del fruitore. Ebbene, come abbiamo accennato, nell'ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro ha senso innalzare la pretesa del datore richiedendo che preveda anche l'imprudenza altrui, dovendosi tuttavia criticare la persistenza di un eccesso di responsabilizzazione che giunge a richiedere il dovere di prevedere l'imprudenza altrui. Nell'ambito dell'impiantistica da montagna (forse anche estensibile all'impiantistica sportiva *tout court*), risulta davvero difficile richiedere che sia prevista l'imprudenza altrui anche in una forma *soft*, e ciò perché, come abbiamo più volte accennato, chi esercita l'attività gode di ampi margini di manovra. Ecco allora che la gestione degli impianti finisce per essere assimilabile più alla gestione delle strade in cui si realizza la circolazione stradale.

Altro tema delicato, che sta per certi aspetti a monte è la necessità di obblighi di informazione che mettano in condizione il fruitore di essere consapevole del rischio che dovrà affrontare. Detto in altri termini, molto spesso gli obblighi di diligenza si concretizzano in obblighi informativi destinati ad attivare nel fruitore una valutazione in ordine alle proprie capacità e conoscenze tecniche. Se ciò viene fatto per le piste da sci (si pensi ai colori che segnalano il grado di difficoltà), non sempre invece avviene a sufficienza per le piste di slittino.

Infine, non si può non accennare alla attività degli sciatori. Qui emerge in tutta la sua evidenza la tendenza più che ragionevole a spostare la responsabilità da quella penale a quella civile, al netto delle ipotesi di colpa grave da intendersi come grave violazione di regole cautelari. Sul punto avremo modo di tornare.

4) Veniamo quindi alle situazioni relazionali, dove l'attività viene esercitata da più persone sulla base – per così dire – di un accordo: maestro di sci, come anche guida alpina, dovendosi distinguere diverse situazioni a seconda del garantito, esperto/non esperto, adulto/minore.

A) In via preliminare, a me pare indispensabile chiarire la situazione in cui più persone decidono di intraprendere un'attività assieme senza un contratto formale di docenza/discenza. Il problema si pone soprattutto per le escursioni in montagna. Ebbene, se vi sono minori, si torna all'ipotesi n. 1, ma se non vi sono minori, non mi pare vi siano gli estremi per parlare di guide di fatto. Se ciò è senz'altro pacifico allorquando si tratti di soggetti che sono tutti esperti o comunque allo stesso livello di capacità, la questione diviene problematica là dove vi sono assieme esperti e inesperti ovvero là

autoresponsabilità, cit., p. 191.

dove emerge una figura che per esperienza finisce per costituire un punto di riferimento. Ebbene, a me pare che anche in queste ipotesi tutto si determini sulla base dell'accordo/disaccordo, per cui un accordo a intraprendere un percorso che si rivelerà poi infausto, non può portare ad affermare la responsabilità del più esperto, visto che in ogni momento l'attività può essere interrotta, così come non può portare ad affermare una responsabilità là dove qualcuno si dissocia e procede in solitudine andando poi incontro a un esito infausto. E ciò perché non sorge alcun obbligo da parte di qualcuno nei confronti di qualcun altro.

B) Là dove c'è un contratto tra docenti (necessariamente esperti) e discenti occorre distinguere ipotesi ulteriori. Punto nodale diviene il criterio distintivo, se tra minori o adulti oppure tra esperti e inesperti. Preferibile il primo criterio, all'interno del quale distinguere poi tra esperti e inesperti.

a) Partiamo dai minori. Si deve ritenere che il garante abbia una posizione di garanzia identica a quella dei genitori, anche perché, a ben vedere, nella sostanza v'è stata una delega e una presa in carico. Il genitore ha delegato il maestro/guida, al quale sono stati conferiti poteri di intervento sul minore per impedirgli attività pericolose. Due questioni di fondo dove entra in gioco la questione della maggiore o minore esperienza. La prima riguarda il tema del controllo diretto ed effettivo. Come accennato, sono un sostenitore che non può esservi un controllo totalizzante sul minore e quindi deresponsabilizzante dello stesso. Detto diversamente, non è possibile concepire la posizione di garanzia di protezione del minore in termini di controllo totale, sorveglianza costante, con la conseguenza che si devono riconoscere margini di autonomia al minore. Ecco che in presenza di minore esperto i margini di irresponsabilità sono molto ampi, mentre si riducono in presenza di minore inesperto, ma non si possono totalmente annullare, per cui occorre comunque andare a verificare il comportamento tenuto dal minore anche se inesperto. La seconda questione attiene alla possibilità di adottare comportamenti che consistono nell'impiego della forza per impedire l'adozione di determinati comportamenti negligenti esorbitanti, e ciò vale sia per gli esperti che per gli inesperti. Si tratta di temi tabù, che sarebbe opportuno fare emergere con chiarezza. In termini giuridici, ci si deve chiedere se il tutto debba essere ricondotto alle categorie generali soprattutto dello stato di necessità oppure se non vi siano margini di allentamento dei presupposti e quindi di anticipazione.

b) Per quanto riguarda gli adulti, a me pare che il carattere "adulto" prenda il sopravvento su tutto, e ciò al di là dell'esperienza o inesperienza. Il garante ha soprattutto obblighi informativi, ma non è possibile che possa andare oltre, sia che vi sia disaccordo, sia che vi sia accordo. Così, nell'esempio dell'adulto che vuole tornare indietro da solo, il garante non può che sconsigliare e dare le indicazioni che mettono in cautela, dopo di che se il garantito intende agire in autonomia non può essere chiesto di più al garante. Parimenti, se il garantito decide di seguire il garante, la sua decisione implica una condivisione del rischio che può essere ritratta in qualsiasi momento. Una cosa è certa: ritenere, come a volte ha fatto la giurisprudenza, che nella sostanza il maestro o la guida avrebbero dovuto usare la forza per impedire ai partecipanti di agire secondo la loro volontà si basa su un principio che non può essere accolto per molteplici ragioni, a cominciare da una visione anti-paternalistica che non può non attribuire

prevalenza alla libertà dell'autodeterminazione, fino allo stesso *habeas corpus* che se vale per i poteri pubblici, a maggior ragione deve valere per i poteri privati.

8. Il comportamento imprudente della vittima.

Da quanto abbiamo detto fino a qui, emerge come tema centrale e trasversale della colpa sia quello della valenza del comportamento imprudente della vittima, destinato ad assumere sempre più rilevanza nei diversi settori della responsabilità omissiva/colposa¹².

Nell'ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro i margini per attribuire rilevanza al comportamento imprudente del lavoratore sono assai ridotti, ma non possono essere annullati. È noto come ormai si distingue tra comportamento anomalo oppure abnorme ovvero come vi sia un ambito di rischio del datore che si estende anche alle condotte imprudenti altrui aventi carattere anomalo, destinato però ad avere comunque un limite quando il comportamento del lavoratore si presenta abnorme perché si colloca all'interno di un rischio che va oltre quello che il datore deve contenere. In particolare, il comportamento anomalo che non esclude la responsabilità si ha quando il lavoratore tiene un comportamento imprudente che attiene comunque alle proprie mansioni ovvero all'area di rischio che il datore deve comunque fronteggiare; si ha invece un comportamento abnorme quando il lavoratore fuoriesce dalle proprie mansioni e quindi crea un rischio che alla fin fine non attiene al datore, ma al lavoratore stesso. Tuttavia sul tema si devono compiere due osservazioni. Da un lato, è ben possibile che il comportamento sia anomalo, ma pur sempre imprevedibile: insomma si deve riconoscere che vi possono essere comportamenti che attengono sempre e comunque alle mansioni, ma che comunque non potevano essere previsti, soprattutto poi se il datore di lavoro si è attenuto alle cautele positivizzate, anche perché non ci possiamo dimenticare che le cautele non scritte sono spesso il frutto proprio dell'esperienza che può ricomprendere eventi infausti. Inoltre, lo strumento di estensione della responsabilità e di innalzamento della pretesa è connesso a una sorta di dovere di prevedere l'imprudenza altrui, ma non si può fare a meno di osservare come l'imprudenza altrui rientri tra i fattori che cambiano la situazione di rischio rispetto ai quali non ha senso compiere un giudizio deontico, venendo piuttosto in gioco un giudizio personalizzante/scusante di possibilità di prevedere.

Nell'ambito sanitario, difficile parlare di un comportamento negligente da parte del paziente che esclude la responsabilità, tuttavia non si può escludere, là dove la vittima non si attenga alle indicazioni terapeutiche che sono state prescritte. Di recente, ad esempio, si è posto il problema della responsabilità del paziente che si autodimette senza che sia stato a sufficienza informato dal medico in ordine ai possibili rischi¹³.

¹²M.L. MATTHEUDAKIS, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima": uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *La legislazione penale*, 25 ottobre 2022, pp. 1 ss.

¹³Cass., sez. IV, 20 gennaio 2023, n. 2850, in questa *Rivista*, con nota di P. PIRAS, [La colpa per omessa informazione al paziente che si autodimette](#).

Ebbene, non v'è dubbio che in queste ipotesi possa sorgere una responsabilità in capo al medico, ma occorre operare con la massima prudenza: da un lato, infatti, può accadere che siano tutt'ora in corso gli stessi accertamenti finalizzati a farsi un'idea di ciò che sta accadendo; dall'altro lato, si tratta di una situazione da relazione in cui non si può accollare interamente il rischio sul medico, proprio in ragione dell'autodeterminazione del paziente.

Ma è soprattutto nell'ambito della circolazione stradale che il comportamento imprudente altrui è destinato ad assumere rilevanza¹⁴, come dimostra la recente disposizione prevista dall'art. 589-bis.7 c.p., che comporta un'attenuazione della pena allorquando l'evento non è esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole. Ed infatti, nell'ambito della circolazione stradale non solo si incrociano attività rischiose nella sostanza "identiche" con riferimento al rispettivo ambito di rischio, ma molto spesso entrambi i protagonisti della vicenda hanno tenuto comportamenti in violazione di regole cautelari.

Infine, come abbiamo visto, nella montagna il comportamento imprudente non può che tendere ad escludere la responsabilità, anche quando si tratta di un comportamento anomalo, proprio in considerazione dell'elevato rischio connesso all'attività di ciascuno¹⁵.

Quindi, in termini generali, con riferimento alla cooperazione colposa della vittima, è giunto il momento di porsi il grande quesito se abbia senso continuare a pensare la responsabilità secondo una logica binaria che addossa la responsabilità interamente a un unico soggetto oppure se non si debba attribuire rilevanza alla cooperazione colposa imprudente non solo in termini di attenuazione, ma a volte anche in termini di esclusione della responsabilità, visto che spesso l'evento è il frutto di una cooperazione, di una convergenza di colpe, con la conseguenza che si pone la necessità di comprendere il ruolo di ciascuna colpa.

Ma possiamo compiere un passo addirittura ulteriore. Se da un lato si pone il tema se riservare la responsabilità a ipotesi di colpa grave, dall'altro lato questo tema finisce per intrecciarsi proprio con quello del comportamento imprudente della vittima e più in generale con quello del residuo di colpa generica nonostante il rispetto delle regole cautelari scritte, potendo il comportamento imprudente della vittima essere visto come un fattore che muta la situazione di rischio che si deve fronteggiare. Ebbene, non si può non evidenziare come sia del tutto peculiare già sul piano oggettivo la situazione in cui colui che risulta autore del fatto abbia rispettato le regole scritte, mentre colui che risulta la vittima le abbia violate. Detto diversamente, ammesso e non concesso che possa esserci una vera e propria pretesa di prevedere le negligenze altrui, ci si deve chiedere se tale pretesa non debba mutare a seconda che il soggetto abbia rispettato o violato le regole cautelari scritte, per cui in presenza della violazione di regole cautelari scritte ha

¹⁴Cfr. G. MARINO, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in *La legislazione penale*, 17 gennaio 2020, pp. 1 ss.

¹⁵In termini analoghi, valorizzando il concetto di autoreponsabilità, M. HELFER, *L'autoreponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio*, in A. MELCHIONDA – S. ROSSI (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva*, Trento, 2019, pp. 49 ss.; nonché, in versione più ampia, in *Arch. pen. web*, 9 aprile 2020, pp. 1 ss.

senso porre a carico del soggetto una pretesa maggiore in ordine alla violazione delle regole cautelari da parti di altri, mentre non sembra ragionevole innalzare la pretesa allorquando il soggetto abbia comunque rispettato le regole cautelari scritte, che invece sono state violate dalla vittima, emergendo così quanto meno una colpa lieve.

Ecco che il rispetto o meno delle regole cautelari scritte può divenire standard di misurazione della situazione di gravità della colpa.

9. Conclusioni.

Lenta e inesorabile la responsabilità penale sta arrivando anche nell'ambito delle attività rischiose realizzate in montagna. La cosa non deve e non può meravigliare: alla scelta di investire nel turismo non può che conseguire l'incremento delle attività rischiose che vengono offerte ai turisti spesso inesperti, con conseguente maggiore responsabilizzazione degli operatori della montagna.

Punto nodale è che questa responsabilizzazione deve essere compiuta con molta prudenza e consapevolezza. Da un lato, infatti, la colpa in Italia è già di per sé configurata in termini molto, forse anche troppi, rigorosi; dall'altro lato, le attività di montagna presentano delle peculiarità che già di per sé dovrebbero portare a ridurre notevolmente l'ambito della responsabilità penale. Ecco che se fino ad ora queste due realtà non si sono ancora pienamente incontrate, c'è da stare attenti a che, allorquando ciò accade, non solo non si vadano a impiegare standard di pretesa rigorosi elaborati per attività del tutto peculiari (per es. sicurezza sui luoghi di lavoro), ma anche che si trascurino le autentiche peculiarità delle attività in montagna, caratterizzate da un alto rischio e da un'ampia autonomia da parte dei soggetti che le realizzano. Insomma, l'incontro della colpa con le attività di montagna può produrre effetti davvero deflagranti, che possono essere evitati soltanto attraverso una applicazione molto consapevole e sorvegliata, ispirata a una maggiore personalizzazione della colpa e a un adattamento delle categorie della colpa alle specificità dell'attività di montagna.