

CONVEGNI

MARGARETH HELFER

L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?¹

Il contributo tratta dell'autoresponsabilità della vittima e del ruolo che ad essa può essere riconosciuto, nell'ambito del diritto penale italiano, al fine di limitare o escludere la responsabilità penale dell'autore di un fatto di reato. L'argomento è rilevante in primo luogo in relazione a ipotesi in cui l'offesa del bene giuridico sia riconducibile a una situazione di interazione tra autore e vittima, qual tipicamente è, tra le altre, quella della pratica di attività sportive ad alto rischio. Mentre in Germania e in Austria all'autoresponsabilità della vittima viene riconosciuta una concreta operatività con effetti liberatori per l'autore, la dottrina e la giurisprudenza italiana trattano tuttora l'argomento con una certa prudenza. Particolarmente interessante risulta pertanto una rassegna della rilevante giurisprudenza di merito, la quale rivela come, in sede di determinazione di un'eventuale responsabilità penale in capo a un terzo, anche garante, all'agire autoresponsabile della vittima venga concessa un'attenzione molto più accentuata di quanto finora ritenuto. Pare che in situazioni in cui fin dall'origine fosse impossibile escludere un rischio anche residuale di un evento pregiudizievole, vi sia maggiore propensione a voler accollare l'avverarsi di quest'ultimo alla vittima e non al terzo eventuale garante, in considerazione del fatto che è stata la vittima stessa, nella consapevolezza del rischio residuale, a esporsi a quest'ultimo decidendo di intraprendere l'attività rischiosa.

The victim's self-responsibility: is there any room for it in high-risk sports?

This contribution deals with the victim's self-responsibility and its potential role in Italy to limit or exclude a third person's criminal liability. This topic is particularly relevant when the offence to the legal good follows an interaction between the victim and other subjects. High-risk sports are a case in point. While in Germany and Austria the victim's self-responsibility is recognised as having liberating effects for any third person, Italian scholarship and jurisprudence are still rather wary in this regard. However, a review of relevant judicial decisions concerning the substance reveals how the courts are giving to the victim's self-responsibility far greater attention than hitherto assumed, also in cases when the third party could be considered as a guarantor. It seems that, when it was not possible to exclude from the very beginning a (residual) risk of a prejudicial event, courts tend to burden the victim with it, while excluding the responsibility of involved third persons as potential guarantors. Indeed, it was the victim, aware of the residual risk, to expose themselves to the risk by deciding to undertake the dangerous activity.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il canone dell'autoresponsabilità: dalle radici liberali agli errori cognitivi e, infine, alla sua difficile collocazione nel diritto penale italiano. - 3. L'inquadramento giuridico dell'autoresponsabilità nel sistema penale tedesco. - 4. Il diritto penale italiano: un terreno arduo per l'affermazione dell'autoresponsabilità. - 5. Verso un implicito riconoscimento dell'autoresponsabilità come canone di ragionevolezza da parte della giurisprudenza di merito. Una panoramica. - 5.1. Caso della "guida di fatto" (Sondrio). - 5.2. Caso "snowpark" (Bolzano). - 5.3. Casi del "gestore della pista da sci" (Aosta e Bolzano). - 5.4. Un approccio più aperto all'autoresponsabilità da parte delle autorità

¹ Il presente contributo costituisce una versione ampliata del testo rivisto e aggiornato della relazione presentata al Convegno "Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio" a Trento e di recente pubblicato negli Atti del convegno a cura di ALESSANDRO MELCHIONDA e STEFANIA ROSSI, *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Napoli, 2019. Si ringrazia l'editore del volume per la gentile autorizzazione della pubblicazione del contributo in questa Rivista.

giudiziarie e legislative locali. – 5.5. La posizione riservata della Corte di cassazione e una sua recente voce disorde. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. Il presente contributo tratta della rilevanza penalistica dell'autoresponsabilità in relazione ad attività sportive ad alto rischio, in particolare in relazione alla pratica degli sport alpini. A tal riguardo si presterà particolare attenzione alla rilevanza giuridica che l'agire autoresponsabile di una persona vittima di incidente, con cui essa abbia contribuito al verificarsi dello stesso, possa svolgere al fine di limitare, o addirittura escludere, la responsabilità penale dell'asserito autore del reato².

La trattazione in termini giuspenalistici di tale tema richiede innanzitutto di considerare il dinamismo inerente a casi di incidente coinvolgenti più persone non automaticamente alla luce della classica suddivisione della responsabilità tra autore/colpevole e vittima/innocente. Al contrario, l'approccio che si ritiene ragionevole assumere è piuttosto quello di considerare l'accaduto come esito di un'interazione tra varie persone diversamente coinvolte nella lesione del bene giuridico. Vanno pertanto prese in considerazione tutte le azioni ed omissioni che tali soggetti – tra cui, appunto, rientra pure la vittima – autore-sponsabilmente hanno posto in essere. La questione centrale a tal proposito è, infatti, se l'inclusione della valutazione del concorso consapevole della vittima nel fatto offensivo possa portare a circoscrivere la responsabilità dell'autore del reato.

L'esame di tale questione, da tempo oggetto di costante attenzione in ambito penalistico, riveste particolare importanza in relazione agli sport alpini, la cui popolarità è in forte ascesa. Tutti vogliono conquistare la montagna, dall'atleta estremo al semplice appassionato. Il desiderio di vivere esperienze uniche nell'ambiente alpino, tutelando al contempo la propria integrità fisica, fa sì che l'attività sportiva in montagna spesso si accompagni al coinvolgimento di ulteriori soggetti, su cui gravano obblighi di protezione e sicurezza. Si pensi, ad esempio, a guide alpine, maestri di sci e gestori di impianti di risalita. Estendendo l'ambito di responsabilità di tali soggetti, e, in particolare, i loro obblighi di sicurezza e protezione, si vuole assicurare che gravi il minor rischio possibile sull'individuo affidato loro³. Oggetto di tale contributo è la questione se, e in che misura, qualora tale persona volontariamente si esponga al pericolo, considerazioni di autoresponsabilità della vittima e di *extrema*

² Per ragioni di semplicità, si utilizzano i termini "autore", "vittima" e "persona offesa", seppure si faccia riferimento a momenti in cui i profili di responsabilità penale ancora non siano stati stabiliti in maniera definitiva.

³ Sul rapporto tra rischio e diligenza nelle attività sportive si veda GIEZEK, *Einige Bemerkungen über das erlaubte Risiko und Sorgfaltspflichten im Sport*, in *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, a cura di Joerden, Scheffler, Simm e Wolf, Berlin, 2009, 548 ss.

ratio del diritto penale debbano portare a escludere la responsabilità dei soggetti su cui gravano simili obblighi di protezione. In particolare, si analizzerà il quesito in riferimento agli eventi lesivi che si verificano in sede di esercizio di attività sportive invernali, dando seguito a complesse questioni di responsabilità penale e, in molti casi, a pesanti conseguenze in capo a chi, in qualità di gestore di una pista da sci o di guida alpina, si è limitato a creare i presupposti affinché la persona offesa potesse dare seguito alle proprie passioni sportive.

2. Il canone dell'autoresponsabilità: dalle radici liberali agli errori cognitivi e, infine, alla sua difficile collocazione nel diritto penale italiano.

L'autoresponsabilità non costituisce un concetto assoluto e originario, discendendo e nutrendosi esso dalla libertà di autodeterminazione dell'individuo, più precisamente dal diritto ad autodeterminarsi riconosciuto in capo a chi, da soggetto dotato di capacità intellettive e volitive, sia in grado di autogovernare efficacemente la propria sfera di interessi. Una persona che autonomamente determina il proprio agire, è chiamata a rispondere in proprio delle conseguenze che ne derivano⁴. E si ritiene che questo assunto debba considerarsi valido pur riconoscendo che la capacità di autodeterminarsi probabilmente è meno assoluta e piena di quanto fin ad oggi le ricerche cognitive consentivano di supporre⁵. Se è vero che non è mai possibile escludere la possibile interferenza di deficit decisionali non oggettivamente accertabili – essendo questi intrinseci al sistema mentale dell'individuo⁶ –, è altrettanto vero che questi ultimi sono ubiquitari⁷ e potranno pertanto rilevare in maniera significativa nel giudizio sulla responsabilità penale soltanto qualora l'incertezza sulla presenza di gravi carenze conoscitive e volitive nel processo decisionale superi la soglia del ragionevole dubbio. Difficilmente una decisione viene infatti presa tenendo conto di tutti i fattori in astratto potenzialmente rilevanti e quasi mai si può del tutto escludere la possibilità che alcuni aspetti non siano stati considerati o (anche secondo gli *standard* di chi prende la decisione) non adeguatamente ponderati. Un tale comportamento decisionale risulta del resto abbastanza razionale per le decisioni di tutti i giorni, alleggerendo l'onere che ampie riflessioni altrimenti comporterebbero e facilitando il disbrigo delle decisioni di routine. Giustamente, quindi, non viene messo in discussione il fatto che tali decisioni siano comunque da qualificarsi come autoresponsabili, anche avendo riguardo alla materia oggetto del presente lavoro⁸. Errori cognitivi sono all'ordine del giorno per chi pratica sport invernali in alta montagna; la natura è un fattore troppo variegato da poter essere conosciuto e controllato fino in fondo⁹. In montagna è impossibile escludere *in toto* il rischio di un incidente: un rischio residuale, non controllabile dall'uomo, permane sempre¹⁰. In quanto tale, esso è sempre prevedibile e, dunque, da qualificarsi – a tale ristretto riguardo – come rischio consentito.

⁴ Cfr., in particolare, MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin, 2005, 159

Sulla base di queste sintetiche e generali premesse sull'autoresponsabilità nonché sul rapporto tra autoresponsabilità e autodeterminazione, si registra dunque come il riconoscimento della libertà di autodeterminarsi in relazione ai propri beni giuridici rappresenti il presupposto per una possibile operatività giuridico-penale del concetto di autoresponsabilità.

La libertà di disporre autonomamente dei propri beni giuridici non è nuova. Essa si presenta infatti già con riguardo alla possibilità che il soggetto ha – si pensi alla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p. – di disporre autonomamente e validamente dei suoi beni giuridici (individuali) e quindi di rinunciare, per propria libera scelta, alla tutela prevista da una norma penale. È la decisione del soggetto, che volontariamente acconsente alla lesione del proprio bene giuridico liberamente disponibile, a giustificare e, quindi, a scriminare il fatto lesivo altrui. Attenzione, però: ciò che con riguardo alle decisioni autoresponsabili di un soggetto aventi ad oggetto un proprio bene giuridico, invece, non è per niente pacifico – e qui il riferimento va alla seconda ipotesi summenzionata – è il ruolo che l'autoresponsabilità della vittima può giocare in presenza di situazioni in cui il titolare del bene giuridico acconsente non già alla vera e propria *lesione* del suo bene giuridico (50 c.p.), bensì alla sua diretta o indiretta *messa in pericolo*.¹¹

In queste ipotesi, qualora si verifichi l'esito infausto, vale a dire la lesione del

ss.

⁵ Per questo *caveat v.*, DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *La legislazione penale*, 2019, 8 s.

⁶ Fondamentale, TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, in *Science*, 185 (4157), 1974, 1124 ss.; WEINSTEIN, *Unrealistic optimism about future life events*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 39 (5), 1980, 806 s.

⁷ Sul punto si rinvia a MURMANN, *Zur rechtlichen Relevanz eigenverantwortlichen Opferverhaltens in Deutschland*, in *Diritto penale e autoresponsabilità: tra paternalismo e protezione di soggetti vulnerabili*, a cura di Ronco e Helfer, Torino, di prossima pubblicazione, e a SCHWAIGHOFER, *Eigenverantwortlichkeit als Ausschlussgrund strafrechtlicher Haftung in Österreich*, in *Diritto penale e autoresponsabilità: tra paternalismo e protezione di soggetti vulnerabili*, a cura di Ronco e Helfer, Torino, di prossima pubblicazione; v. anche EIDENMÜLLER, *Liberaler Paternalismus*, in *JZ (Juristenzeitung)*, 2011, 816 ss.; GUTWALD, in *Grenzen des Paternalismus*, a cura di Fateh, Moghadam, Sellmaier e Vossenkuhl, 2010, 76.

⁸ SAVADORI, *Percezione del rischio valanghe ed errori cognitivi*, in *Riv. dir. sportivo*, 2018, 139 ss.

⁹ MCCAMMON, *Evidence of heuristic traps in recreational avalanche accidents*, in *International Snow Science Workshop*, 2002, 244 ss.

¹⁰ ERMACORA, *Restrisiko und der Umgang im Strafrecht*, in *Recht im Naturgefahrenmanagement*, a cura di Fuchs, Khakzadeh e Weber, Studien-Verlag, Innsbruck, 2006, 197 ss.; ROSSI, BUSATO, *Sinistri fuori pista e responsabilità penale*, in *Riv. dir. sportivo*, 2018, 199 ss.

¹¹ V. sul punto già HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco, Padova, 2016, 95 ss.

bene, chi ne dovrà rispondere? Chi deve supportare il rischio del verificarsi dell'evento lesivo quale conseguenza della condotta pericolosa voluta dalla vittima? Fin ad ora la risposta è stata univoca, ritenendo responsabile colui che ha creato la situazione pericolosa in cui poi il rischio si è avverato.

La domanda che ci si pone a riguardo è, dunque, la seguente: tenendo conto della capacità della vittima di prendere decisioni autoresponsabili, il contributo di questa al fatto pregiudizievole altrui potrà essere ritenuto in grado di diminuire o escludere la responsabilità penale dell'autore, qualora la vittima abbia agito volontariamente e nella piena consapevolezza del pericolo incombenente per il proprio bene giuridico?

Con riguardo all'ordinamento penalistico italiano, a questa domanda spontaneamente si sarebbe tentati a rispondere di "no". Una simile linea di pensiero sembra infatti troppo poco afferente al sistema penale italiano. L'obiettivo pubblico-solidale di dover, e anche voler, garantire al cittadino una tutela assoluta e incondizionata - non soltanto contro la propria noncuranza e sconsideratezza¹², che a nostro avviso appare ancora giustificabile, ma anche contro un suo consapevole agire pregiudizievole - sin dall'inizio pare *precludere* l'idea di poter prendere in considerazione il reato come risultato, in tali situazioni, di un agire comune tra autore e vittima. Tale preclusione è ulteriormente rafforzata dalla tradizionale centralità dell'autore nel reato e dal ruolo passivo ascritto alla vittima nella dinamica del fenomeno criminoso.

Il particolare rigore dimostrato sul punto in passato dalla giurisprudenza italiana ha provocato non pochi interventi dottrinali, tesi a sottolineare, pur seguendo linee argomentative diverse¹³, l'importanza di un'adeguata valutazione compensativa dell'apporto della vittima nella dinamica del fatto lesivo a favo-

¹² PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 42 s.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2014, 240.

¹³ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 171 ss., 195 s.; ID., *Commento Trib. Roma, 12 febbraio 1985*, in *Foro it.*, 1985, II, 213 s.; ID., *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione, nota a Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821*, in *Foro it.*, 2013, II, 350 ss.; MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano, 1984, 152; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 383 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 608 ss.; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 210 ss.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 147 ss.; CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1148 ss.; ID., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 471 ss.; ID., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, cit., 1 ss.; CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti. Spunti problematici, Parti I e II*, in *Ind. pen.*, 2001, 683; ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004; HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, cit., 92 ss.; CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017.

re dell'asserito autore. Compatta in tal senso è l'opinione secondo cui soltanto attraverso una ragionevole rimodulazione del ruolo della vittima nel diritto penale, e più concretamente nella dinamica del reato, si possa giungere a soluzioni maggiormente rispondenti al canone di giustizia sostanziale, in ossequio ai principi di responsabilità per fatto proprio e di *ultima ratio*.

Prima di dedicarci a quanto sul punto sia in concreto concepibile in Italia, in particolare con riguardo all'ambito dell'esercizio degli sport invernali, ci pare opportuno dare uno sguardo all'ordinamento tedesco. All'interno di questo sono infatti state sviluppate, e si sono ormai consolidate, delle teorie che con riguardo alla rilevanza penale dell'autoresponsabilità della vittima meritano particolare attenzione in ipotesi di interazione tra autore e vittima in sede di realizzazione del fatto penale.

3. L'inquadramento giuridico dell'autoresponsabilità nel sistema penale tedesco. In Germania il comportamento della vittima come possibile fattore di delimitazione della responsabilità penale dell'autore è stato oggetto del dibattito penalistico per la prima volta negli anni '30, a seguito del famoso caso "Memel"¹⁴. Un vero e proprio riconoscimento del principio ebbe, tuttavia, luogo soltanto parecchio tempo dopo. A seguito di una iniziale, ancora timida connessione tra la vittimologia criminologica¹⁵ e la dogmatica penalistica¹⁶, l'idea di dover prendere in considerazione - con riguardo alla determinazione della responsabilità penale per un fatto pregiudizievole - anche l'apporto autoresponsabile della vittima al reato è, infatti, riuscita ad affermarsi saldamente appena negli anni '70¹⁷. Sebbene con graduazioni diverse¹⁸, da allora la vittima non viene pertanto più considerata come figura neutrale e passiva, che si limita a subire il torto penale, secondo quanto, invece, previsto dal classico diritto penale incentrato sull'autore (*täterorientiert*)¹⁹.

¹⁴ Reichsgericht, 3.1.1923, AZ IV 529/22 (*Memel-Fall*), in *openJur*, 2010, 3239. Un barcaiolo, dopo aver esitato e spiegato a due viaggiatori i rischi di un attraversamento del fiume Memel, agitato a causa del pessimo tempo, su insistente richiesta dei due, accetta di traghettarli sull'altra sponda. La barca, però, si capovolge e i due viaggiatori annegano. Il *Reichsgericht (RG)* assolse il barcaiolo, ritenendo che non avesse agito con colpa. Seppure nella motivazione il *RG* non menzionasse per niente la autonomia e consapevole auto esposizione delle due vittime al pericolo, dalla stessa decisione parte della dottrina ritenne di poter desumere un implicito riconoscimento del principio di autoresponsabilità della vittima come possibile fattore di delimitazione della responsabilità penale dell'autore.

¹⁵ V. per tutti, SCHNEIDER, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975; KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1997.

¹⁶ HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, 12; FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, 121 ss.

¹⁷ A tal fine fondamentali sono state le opere di RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS, 1969, 549 ss., e di ROXIN, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift Gallas*, a cura di Lackner, Lefferenz, Schmidt, Welp e Wolff, Berlin-New York, 1973, 241 ss.; un riconoscimento dell'autoresponsabilità come principio di

Al contrario, negli anni si è sviluppata una concezione secondo la quale, con riguardo alle ipotesi di concorso della vittima, si deve prendere atto del reato come risultato di un interagire dinamico tra autore e vittima²⁰. In questo modo la vittima è stata maggiormente considerata figura altresì attiva, il cui contributo deve essere preso in considerazione per eventualmente scagionare l'autore²¹.

Tale assunto vale innanzitutto per l'ipotesi in cui la vittima di mano propria metta in pericolo un proprio bene giuridico (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung* - auto-esposizione al pericolo) e l'autore si limiti ad agevolare o facilitare tale azione. Un esempio di un simile scenario potrebbe essere la partecipazione di un escursionista a un tour sciistico in alta montagna assieme a una guida alpina. Secondo la più recente dottrina²², questo indirizzo dovrebbe valere però anche per la cd. *einverständliche Fremdgefährdung* (consenso al pericolo altrui), in cui è invece il soggetto terzo a dominare la vicenda e la messa in pericolo avviene quindi ad opera di questi, col pieno e consapevole consenso della vittima alla messa in pericolo del proprio bene giuridico. Si pensi, ad esempio, a un volo in parapendio biposto.

Mentre per lungo tempo tali due casi - della *Selbstgefährdung* e della *Fremdgefährdung* - sono stati mantenuti separati, pervenendo con riguardo ad essi a soluzioni tra loro anche diverse, nel frattempo si sta per affermare l'opinione che in entrambi i casi, e quindi a prescindere dal fatto se sia stato l'autore o la vittima a dominare la vicenda, in base al principio di autoresponsabilità si dovrebbe giungere alla stessa conclusione. Ovverosia: ogniqualvolta la vittima agisca liberamente e nella piena consapevolezza del pericolo a cui si

diritto da parte della giurisprudenza si affermò, infine, a seguito dello scritto di SCHÜNEMANN, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?* - *Besprechung des Urteils BGH NStZ 1981, 350*, NSZ (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*), 1982, 61 ss.

¹⁸ SCHNEIDER, *Viktimologie*, cit., 52 ss.

¹⁹ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, 68 ss.

²⁰ Sul tema, più ampiamente, HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, cit., 97 ss.; per una rassegna sull'evoluzione dell'autoresponsabilità come principio di diritto in Austria sia permesso di rinviare a ID., *Wieviel Paternalismus verträgt das Strafrecht? Betrachtungen über Selbstbestimmung und Selbstverantwortung als strafrechtsbegrenzende Kriterien*, in *Festschrift für Bernhard Eccher*, a cura di Schurr e Umlauf, Wien, 2017, 464 ss.

²¹ Nonostante tale maggiore accentuazione del ruolo della vittima con riguardo alla valutazione giuridica del fenomeno criminoso sia stata accolta positivamente, in dottrina non sono comunque mancate voci critiche secondo le quali la nuova concezione di stampo individualistico non sarebbe compatibile con un diritto penale in prima linea obbligato a garantire la solidarietà sociale. In questo senso, BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, 169; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, cit., 13.

²² Cfr. in particolare, per l'Austria, SCHWAIGHOFER, *Eigenverantwortlichkeit als Ausschlussgrund strafrechtlicher Haftung in Österreich*, cit., p. 7 del dattiloscritto; per la Germania, da ultimo, ROXIN, *Die einverständliche Fremdgefährdung - eine Diskussion ohne Ende?*, in *GA (Goldammer's Archiv)*, 2018, 251 ss.

espone, l'autore non è punibile in quanto l'evento lesivo non è ad esso (oggettivamente) imputabile²³. Il fatto lesivo non risulterebbe coperto dallo scopo di tutela della norma.²⁴ L'ambito di tutela della norma finirebbe appunto laddove inizia la sfera di responsabilità del singolo per sé stesso, sempre a condizione che egli si trovi nelle condizioni di essere in grado di provvedere alla propria autotutela e non abbia bisogno, come "soggetto debole", di essere protetto dallo Stato.

La tutela da parte dello Stato troverebbe pertanto un limite nell'autoresponsabilità dell'individuo; si precisa però che non è sufficiente una mera imprudenza o noncuranza del soggetto ad escludere la meritevolezza di tutela, tutelando lo Stato l'individuo anche contro le proprie imprudenze. Qualora, tuttavia, *a monte* vi sia una decisione volontaria e consapevole del titolare del bene, valida in quanto immune da vizi (piena capacità d'intendere e di volere della vittima; piena consapevolezza - e quindi anche piena conoscenza - del pericolo incombente per il bene giuridico e delle conseguenze che ne possono derivare)²⁵, la tutela apprestata dal diritto penale quale strumento di *ultima ratio* deve legittimamente venire meno.

²³ Sin dall'inizio particolarmente critico sulla validità dogmatica del diverso trattamento penale dell'autore nei due casi di autoesposizione al pericolo e di consenso al pericolo altrui, OTTO, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, in *Festschrift Tröndle*, a cura di Jescheck e Vogler, Berlin-New York, 1989, 157 ss., 170 s.; v. anche, più di recente, CANCIO MELIÀ, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, in *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*, 1999, 357, 366 ss.; LASSON, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik*, in *ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium)*, 2009, 367; JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung*, Zürich, 2015, 99 ss.; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, Berlin, 2013, 71 ss., 108 ss.; MESSNER, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskantem Zusammenwirken von Täter und "Opfer"*, in *ZVR (Zeitschrift für Verkehrsrecht)*, 2005, 48; SCHWAIGHOFER, *Eigenverantwortlichkeit als Ausschlussgrund strafrechtlicher Haftung in Österreich*, cit., p. 7 del dattiloscritto; infine, favorevole a non differenziare tra le due categorie nelle ipotesi in cui il ruolo della vittima sia stato particolarmente determinante per la realizzazione della situazione di pericolo, ROXIN, *Die einverständliche Fremdgefährdung - eine Diskussion ohne Ende?*, in *GA (Goldammer's Archiv)*, 2018, 251 ss.

²⁴ SCHMOLLER, *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, in *Festschrift für Otto Trifflterer zum 65. Geburtstag*, a cura di Schmoller, Wien-New York, 1996, 223 ss.

²⁵ STEININGER, *"Freiwillige Selbstgefährdung" als Haftungsbegrenzung im Strafrecht - Zur Bedeutung der Eigenverantwortlichkeit für die strafrechtliche Beurteilung von Schi- und Bergunfällen*, in *ZVR (Zeitschrift für Verkehrsrecht)*, 1985, 100.

4. *Il diritto penale italiano: un terreno arduo per l'affermazione dell'autoresponsabilità.* In Italia non si riscontra un simile riconoscimento dell'autoresponsabilità della vittima quale fattore di possibile delimitazione della responsabilità penale dell'autore. Il maggiore ostacolo può probabilmente essere a tal proposito individuato in un'impostazione tendenzialmente paternalistica del diritto penale italiano, che tuttora si nutre della pretesa di dover e voler garantire ai cittadini una protezione più completa possibile, e ciò anche contro la loro stessa libera volontà. In sede di valutazione dell'opera del soggetto passivo una prospettiva vittimologica è pressoché assente²⁶. Sia chiaro che a tal riguardo non ci si riferisce, però, a posizioni che anche all'interno del dibattito vittimodogmatico sono qualificabili come estreme, in quanto finiscono per ritenere giustificata una tutela penale del soggetto passivo, in virtù di una rigorosa concezione del diritto penale minimo, soltanto laddove quest'ultimo possa dimostrare l'assoluta impossibilità a provvedere alla propria autodifesa. Accogliendo una simile tesi, si finirebbe, infatti, per capovolgere i fondamenti del diritto penale, pervenendo ad una sussidiarietà del diritto penale rispetto alle possibilità di autotutela nel senso di autodifesa privata²⁷. Ragionevole appare, invece, prendere le distanze dall'idea della vittima come soggetto unicamente passivo, che si limita a subire il torto penale. Sulla scia di tale più neutrale punto di partenza, va conseguentemente riconosciuto il giusto peso a quelle situazioni in cui sia stata proprio la vittima a concorrere nel fatto, nella piena consapevolezza del rischio che i propri beni giuridici correvano.

Al generale clima giuridico-culturale poco favorevole ad un'accentuazione dell'autoresponsabilità della vittima e ad una maggiore considerazione del divieto della responsabilità per fatto altrui a sgravio dell'autore, si aggiunge la diversità dei canoni d'imputazione oggettiva e soggettiva riscontrabili nel diritto penale italiano rispetto a quello tedesco (e a quello austriaco).

Alla luce della propria natura filosofico-concettuale, l'autoresponsabilità dovrebbe poter operare già sul piano oggettivo, escludendo la stessa condotta o, in subordine, la tipicità del fatto illecito.²⁸ Secondo gran parte della dottrina²⁹, la linea preferenziale è però quella di individuare uno spazio di operatività dell'autoresponsabilità sul piano oggettivo della colpa, immaginandola come concetto in grado di limitare il dovere obiettivo di diligenza incombente su

²⁶ CAGLI, *Condotta della vittima*, cit., 1150; DEL TUFO, voce *La vittima del reato*, in Enciclopedia del diritto, XLVI, Milano, 1993, 1002; più di recente, CIVELLO, voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, VIII, Torino, 2016, 109 s.

²⁷ PAGLIARO, *Tutela della vittima*, cit., 42.

²⁸ HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoluminato*, cit., 92 ss.

²⁹ Cfr. sul punto, DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, cit., 7.

ciascuno, puntando o sul rischio consentito (è lecita e consentita la creazione o il concorso in una situazione rischiosa, a cui un terzo liberamente e consapevolmente si espone) o sul principio dell'affidamento (potendo confidare in un comportamento diligente da parte di persona capace di scelte responsabili, non sussiste alcun'esigenza o dovere di cautela particolare nei suoi confronti da parte di un terzo).³⁰

5. Verso un implicito riconoscimento dell'autoresponsabilità come canone di ragionevolezza da parte della giurisprudenza di merito. Una panoramica. Pur alla luce della difficoltà di individuare una collocazione sistematica dell'autoresponsabilità all'interno della struttura dogmatica del reato, sì da garantire una sua concreta operatività con effetti liberatori per l'autore, a riprova della sua validità quale parametro di delimitazione della responsabilità penale particolare attenzione meritano alcune decisioni giurisprudenziali di merito e, di recente, della Suprema Corte. Queste, inerenti a casi di pratica dell'alpinismo nelle regioni settentrionali, pur nella loro singolarità, dimostrano come l'inquadramento giuridico dell'accaduto nel prisma dell'autoresponsabilità, intesa come il potere/dovere di fatto di ciascuno di badare a sé stesso, sempre entro i limiti di un valido agire autodeterminato, permetta di giungere a soluzioni ragionevoli e condivisibili alla luce dei principi centrali di un diritto penale di stampo liberale.

5.1. Caso della "guida di fatto" (Sondrio). Esempio per una serie di vicende simili, oggetto negli ultimi anni di svariati processi penali di primo grado nelle regioni alpine conclusisi con l'assoluzione del soggetto agente, è il caso alla base di un processo penale presso il Tribunale di Sondrio³¹. Un gruppo di amici aveva intrapreso insieme un tour sciistico in alta montagna. Tutti erano ottimi sciatori ed escursionisti molto esperti; il più anziano, secondo abitudine, aveva assunto volontariamente il ruolo della guida di fatto: egli era pertanto partito per primo e gli altri lo avevano seguito. Durante la discesa, però, uno di loro cagionò la caduta di una valanga, che lo travolse e uccise. Colui che si era assunto il ruolo di guida di fatto venne imputato per il mancato impedimento degli eventi verificatisi, in concreto per disastro colposo (artt. 426 e 449 c.p.) e omicidio colposo (art. 589 c.p.).

Il Tribunale di Sondrio assolve tuttavia l'imputato, evidenziando come a carico dello scialpinista-guida di fatto non era configurabile un obbligo di prote-

³⁰ Per una trattazione più approfondita delle diverse posizioni si permette di rinviare a *Diritto penale e autoresponsabilità: tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di Ronco e Helfer, di prossima pubblicazione.

³¹ G.U.P. Tribunale Sondrio 10 marzo 2005, riportato in ROSSI, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna. Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.1.2013, 9 ss.

zione e di controllo nei confronti di colui che imprudentemente aveva provocato la valanga, tenendo conto che quest'ultimo era, egli stesso, un abile e valido sciatore. Si trattava, cioè, di un soggetto a conoscenza dei rischi legati all'attività sciistica in alta montagna e dunque pienamente capace di svolgere l'escursione e di proteggere sé stesso. Non sussistendo nei suoi confronti alcuna necessità di tutela da parte di un terzo, in capo alla guida di fatto non era configurabile alcuna posizione di garanzia.

Pur senza menzionare esplicitamente l'autoresponsabilità dei partecipanti, in particolare della vittima, la sentenza esclude la rilevanza penale del fatto, e quindi la responsabilità dell'imputato, sul piano oggettivo.

5.2. Caso "snowpark" (Bolzano). Simili impianti argomentativi si osservano in casi concernenti la responsabilità penale di gestori di uno *snowpark* o di piste da sci. In relazione a un incidente verificatosi in uno *snowpark*, nel dicembre 2004 il Tribunale di Bolzano, sezione distaccata di Silandro³², ha assolto il gestore di esso dall'accusa di lesioni personali colpose riportate da uno *snowboarder* in un incidente. La tesi dell'accusa, secondo cui la pericolosità delle strutture e degli ostacoli dello *snowpark* non era stata sufficientemente segnalata, non è stata accolta dal giudice di prima istanza, che ha, appunto, mandato assolto il gestore. L'incidente rientrerebbe nella sfera esclusiva di responsabilità dello *snowboarder*, che si era esposto (sotto la propria responsabilità) al pericolo di un salto troppo difficile.

5.3. Casi del "gestore della pista da sci" (Aosta e Bolzano). Anche in altri due casi è stata esclusa la responsabilità dei gestori delle piste. Il Tribunale di Aosta³³, sempre nel 2004, ha assolto il gestore di una pista da sci dall'accusa di lesioni personali colpose ai danni di uno sciatore. Questi era caduto inciampando in un cumulo di neve artificiale di oltre 40 centimetri, che si trovava accanto ai cannoni da neve posizionati ai margini della pista. Nella motivazione si afferma che l'accumulo di neve, viste le sue piccole dimensioni e il posizionamento a margine della pista, non costituiva un pericolo atipico e imprevedibile. In tal senso anche il Tribunale di Bolzano³⁴ aveva deciso un caso simile già nel 1987, assolvendo il gestore della pista: quella volta, uno sciatore si era ferito saltando sopra un cumulo di neve alto due metri a bordo pista.

³² Tribunale di Bolzano, sez. distaccata di Silandro, 28 gennaio 2005, n. 56, *inedita*.

³³ Tribunale di Aosta, 15 marzo 2004, *inedita*.

³⁴ Tribunale di Bolzano, 14 dicembre 1987, *inedita*.

5.4. Un approccio più aperto all'autoresponsabilità da parte delle autorità giudiziarie e legislative locali. Ad un esame attento di queste sentenze, si evince come proprio i giudici di prima istanza, in qualità di esperti del luogo, siano particolarmente disponibili nel far confluire elementi riconducibili all'autoresponsabilità nella valutazione giuridica del caso concreto. Indubbiamente avvantaggiati per le specifiche conoscenze del posto e, spesso, per competenze particolari nel caso in cui loro stessi siano appassionati di sport invernali, la comprensione della dinamica delle vicende oggetto del giudizio e con essa la maggiore considerazione anche del ruolo concorsuale della vittima favorisce decisioni più ragionevoli nel merito. Nelle sentenze in esame, il contributo della vittima svolge, nel giudizio di esclusione della responsabilità penale dell'autore, un ruolo molto più importante di quanto precedentemente ipotizzato. Proprio il fatto che ciò non avvenga esplicitamente, ma in maniera implicita, dimostra come l'autoresponsabilità non sia un criterio artificioso e lontano dalla realtà, bensì un principio molto vicino al sentire e agire umano. Questa opinione sembra essere condivisa dal legislatore provinciale altoatesino in sede di approvazione della legge avente ad oggetto la regolazione e la manutenzione delle piste da sci. Ai sensi dell'art. 12 dell'Ordinamento delle aree sciabili attrezzate (l. p. n. 14/2010), non solo non sono da considerarsi ostacoli i cumuli di neve sulla pista, le eventuali discontinuità del manto nevoso e circoscritte zone di neve ghiacciata. Di più, il testo di legge prevede a riguardo, per quanto concerne il doveroso comportamento degli utenti, che «spetta [...] all'utente l'onere di evitarli». Questo passaggio, che fa esplicito appello all'autoresponsabilità del singolo, è di cruciale importanza per l'esclusione della responsabilità sia in termini di diritto penale che civile. Esso è di fondamentale importanza per la disciplina a livello locale di tale settore, constatando come tradizionalmente, e ancora oggi a livello nazionale, essa continua ad essere regolamentata secondo parametri paternalistici tendenti a garantire una protezione a trecentosessanta gradi (in tal senso si veda la stessa legge statale n. 363/2003, che funge da legge cornice della legge provinciale del 2010).

5.5. La posizione riservata della Corte di cassazione e una sua recente voce discordante. Nonostante a livello nazionale si riscontri una notevole prudenza in merito alla considerazione dell'autoresponsabilità della vittima con effetti liberatori per l'autore, di recente la quarta sezione della Suprema Corte³⁵, in una sentenza avente ad oggetto la responsabilità del gestore di una pista da sci per la morte di uno sciatore, si è mostrata particolarmente aperta e sensibile a questo principio. Nel caso di specie, la Corte si è pronunciata su un ricorso proposto avverso la sentenza con cui il giudice di secondo grado aveva confermato la condanna per il reato di omicidio colposo, a carico del gestore di una pista da sci, per aver causato colposamente la morte di uno sciatore. Questi, uscendo fuori pista, aveva impattato violentemente con il capo un masso esterno al tracciato, riportando gravi lesioni che avevano portato al decesso.

A proposito, la Corte accoglie la tesi difensiva, secondo cui nessun obbligo di garanzia della sicurezza dello sciatore graverebbe sul gestore con riguardo ai pericoli esterni all'area sciabile, rispetto ai quali, in quanto pericoli tipici, la tutela dello sciatore è rimessa alla sua stessa prudenza e perizia.

Nella sentenza si sottolinea il principio secondo cui «appare corretto riconoscere in capo al gestore l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o in alternativa rimuovere possibili fonti di rischio, anche esterne al tracciato, ma solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore, mentre appare eccessivo (e concretamente inesigibile) pretendere dal gestore che tutta la pista sia recintata oppure che tutti i massi ed i pericoli situati nelle sue prossimità siano rimossi».

Qualora a monte di un'attività rischiosa consentita dalla società vi sia una scelta responsabile e consapevole del soggetto stesso, alcun obbligo di protezione è da individuarsi in capo a chi si limita a creare le condizioni affinché quest'ultima, appunto sotto la propria responsabilità anche di un agire diligente e prudente verso sé stessa, possa praticarla. La consapevolezza di essere auto-responsabili per scelte rientranti nella propria sfera di autodeterminazione determina una maggiore accentuazione e, infine, attuazione del principio di responsabilità per fatto proprio.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2017, n. 14606, in *Cass pen.*, 2018, 1, 254.

6. *Considerazioni conclusive.* Premesso che il soggetto capace di autodeterminarsi è libero nell'organizzare la propria vita e quindi i propri interessi, incontrando un limite nell'imperativo di non interferire colpevolmente nella sfera di interessi altrui, più che legittimo appare imputare allo stesso quegli effetti pregiudizievoli per i propri beni che derivano da quei suoi comportamenti posti in essere nella piena consapevolezza dei pericoli generici e specifici che potrebbero intervenire.

Soltanto qualora il soggetto non sia in grado di garantire in proprio la tutela dei suoi beni giuridici – e questo ricorre in ipotesi sia di ignoranza o non piena conoscenza del rischio che sta per correre, sia di incapacità personale a valutare il rischio correttamente –, esso sarà bisognoso di tutela da parte di un terzo garante, che tutelerà in sua vece la salvaguardia dei suoi interessi. A proposito rileva non soltanto una formale incapacità di intendere e di volere, ma pure un momentaneo vizio di valutazione della situazione derivante da stati di shock o di panico, da errore o da inganno o da immaturità giovanile³⁶. L'esclusione della responsabilità del terzo appare, in ultima analisi, ragionevole ogni qual volta venga meno la meritevolezza di tutela della vittima, tutela che altrimenti sarebbe stata da apprestarsi da parte di un garante specifico, o da parte dello Stato quale autorità legislativa penale e nella sua veste di "garante generale". Di tale tutela, positivizzata nelle norme penali vigenti, il soggetto non dovrebbe pertanto più fruire nell'ipotesi in cui esso consapevolmente si ponga in contrasto con esse.

Lo scopo di tutela della norma non consiste nel proteggere il soggetto da se stesso, ma da comportamenti altrui che però, in caso di contributo autoresponsabile della vittima, non si realizzano nella loro tipicità. Infine, per ovviare al pericolo di un'applicazione distorta e abusiva di tale approccio, nel senso di escludere la responsabilità dell'autore in tutte le ipotesi in cui la vittima concorra con un suo qualsiasi, anche minimo, contributo alla realizzazione del reato, doverosa sarà un'interpretazione ragionevole e sensata dei criteri qui proposti. Soltanto allora l'accentuazione del ruolo della vittima potrà essere celebrata come una genuina conquista per il diritto penale.

³⁶ MESSNER, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskantem Zusammenwirken von Täter und "Opfer"*, cit., 46 ss.