

Titolo del convegno: rischio e rischio residuo lungo le vie ed i sentieri di comunicazione. E' possibile una valutazione oggettiva ?

Trento, venerdì 6 giugno 2014 – Palazzo della Regione, P.zza Dante

Massimo Viola

Avvocato iscritto all'albo di Trento, è socio fondatore dello Studio legale CVZ, con sedi in Trento, Madonna di Campiglio e con recapito fisso in Rovereto (www.studiolegalecvz.it)

Opera prevalentemente nell'ambito del diritto civile, commerciale, societario e giuslavoristico con una pluriennale esperienza nei settori della contrattualistica, della gestione del credito, della responsabilità civile negli incidenti sciistici e alpinistici, nonché degli infortuni sul lavoro.

E' il curatore del sito www.incidentesciistico.it

ABSTRACT dell'intervento

La tematica della responsabilità riconnessa alla gestione dei rischi legati alla percorribilità dei sentieri di montagna e delle viabilità stradali c.d. "minori" viene affrontata attraverso l'illustrazione delle ragioni che hanno, sino ad ora, impedito l'elaborazione di sistemi di valutazione oggettiva di tali rischi, in grado di eliminare o, quanto meno, ridurre entro limiti di accettabilità il c.d. "rischio responsabilità" in capo ai soggetti a vario titolo tenuti alla gestione di detti rischi.

Capire le ragioni di tali insuccesso è il primo passo per cercare di far evolvere la situazione attuale, molto spesso percepita come una contrapposizione fra tecnici, siano essi ideatori, progettisti o manutentori, ed utilizzatori (anche a titolo professionale) dei sentieri di montagna e delle viabilità stradali minori e il c.d. "uomo con la toga" il quale, di fronte all'incidente, troppo spesso è tentato a concludere frettolosamente che "*si è sottovalutato il rischio ...*"

Viene qui proposta una nuova prospettiva che si auspica possa essere in grado di far coniugare le esigenze di tutela di beni incompressibili, quali la salute e la vita, delle quali il sistema giuridico della responsabilità civile e penale è in qualche modo chiamato a farsi carico (molto spesso a causa della latitanza di altri sistemi), con quelle di gestione dei rischi legati alla percorribilità dei sentieri di montagna e delle viabilità stradali minori, per le quali – più che in altri ambiti – vale il brocardo *ad impossibilia, nemo tenetur*. Ciò in modo tale per cui, anche in questi ambiti, il rischio residuo venga finalmente a coincidere con il rischio accettabile e, soprattutto, accettato.

Si distingue (nella presentazione del convegno) fra sentieri di montagna e viabilità stradali minori. La distinzione è certamente condivisibile.

Si introduce poi un'ulteriore distinzione fra due tipologie di rischio: quelle dipendenti dall'utilizzo della cosa (percorrenza del sentiero, sia essa o meno "accompagnata"), da quelle in cui l'*innesco* del pericolo va ricercato altrove, in eventi "esterni" all'opera o all' "interno" dell'opera stessa. Esempi del primo tipo: valanghe, caduta di sassi o frane sul sentiero¹. Esempi del secondo tipo sono i crolli e/o i franamenti della

¹ Si possono verificare f. di smottamento, precipitazione caotica e rapida di materiale incoerente, frane di scendimento o colamento di terreni poco coerenti; f. di ammolimento, lenta colata di terreno argilloso imbevuto d'acqua; f. di scivolamento, slittamento di masse rocciose coerenti su un piano di discontinuità; f. di scoscendimento, rapida discesa

struttura, la rottura delle sue componenti, la loro inadeguatezza ideativa, progettuale, realizzativa o manutentiva.

Il concetto di rischio ha un'attinenza diretta con la tematica della responsabilità, essendo questa molto spesso fondata sulla violazione dell'obbligo di gestione del rischio (intesa quale attività che ha come scopo l'eliminazione del pericolo e/o la riduzione del rischio attraverso la protezione o il controllo). La violazione degli obblighi comportamentali imposti dalla legge determina la reazione da parte dell'Ordinamento e, quindi, la responsabilità.

La distinzione fra rischio e rischio residuo trae origine proprio dalle concettualizzazioni in tema di responsabilità. In ambito lavorativo (cfr. TU 81/2008 e BS OHSAS 18001 2007) il **rischio residuo** è il rischio che permane anche dopo l'applicazione di misure di miglioramento (preventive e protettive) dei livelli di sicurezza. Dato che la situazione di rischio zero è possibile conseguirla **solo attraverso la soppressione delle attività che causano il rischio** (e ciò in considerazione del fatto che la misura di prevenzione / protezione "assoluta", tecnicamente, è molto difficile da ottenere; men che meno a costi che la rendano sostenibile da un punto di vista economico), nel caso in cui ciò non sia possibile/opportuno, allora occorre accettare l'idea che residui comunque un certo rischio, pur a seguito dell'attività di trattamento dello stesso.

Non è detto però che il rischio residuo sia sempre considerato accettabile.

Si definisce **rischio accettabile** il rischio che è stato ridotto ad un livello che può essere tollerato dall'organizzazione, avuto riguardo alle proprie obbligazioni di carattere legale ed alla propria Politica (cfr. il BS OHSAS 18001:2007). Lasciamo da una parte la policy e concentriamo l'attenzione sull'obbligo legale. Qual è, in generale, il livello legale di accettabilità di un rischio? Fatte salve normative specifiche (es. norme tecniche costruttive o sui materiali), sono i principi generali in tema di responsabilità penale e civile che determinano il "livello" di rischio accettabile (è accettabile il rischio la cui operatività non determina alcuna responsabilità per il gestore oppure quando, in relazione ad un determinato rischio, non è possibile individuare un determinato soggetto come gestore).

Posto però che le norme in tema di responsabilità penale e civile – soprattutto nel caso della responsabilità omissiva – sono piuttosto "ampie" quanto a formulazione (e necessitano quindi di un'opera di "interpretazione"), **il concreto livello di rischio accettabile viene stabilito di volta in volta – ed a posteriori – dalla giurisprudenza** (ovvero dai giudici chiamati a decidere i singoli casi). **Se poi precedenti specifici non vi sono è l'interprete che, attraverso una valutazione prognostica** (spesso di natura empirica ...), **cerca di enucleare il livello di rischio accettabile** (che coincide, come detto, con la situazione di assenza di responsabilità).

La valutazione prognostica viene fatta in questa maniera: si analizzano varie fattispecie di danno, si individua il gestore del rischio del quale il danno è espressione e si cerca quindi di stabilire il più probabile esito di un eventuale giudizio di responsabilità. Per far ciò l'interprete soppesa l'efficacia delle varie strategie difensive che possono essere ipotizzate partendo dagli elementi probatori dei quali si pensa di potersi avvalere. In caso di prognosi infausta, ipotizza cambiamenti di strategia o, molto più spesso (e banalmente), suggerisce agli interessati di premunirsi di altri - giudicati più efficaci - elementi probatori.

Si tratta di un sistema del tutto inaffidabile e, quindi, insoddisfacente.

La reazione della società civile a tutto ciò è la spinta verso attività legislative (sia di rango primario che, più spesso, secondario o regolamentare) di tipo esentivo o cautelare. Le norme esentive o dispensative sono quelle che esonerano un soggetto da un determinato onere. Le norme cautelari sono quelle che impongono

di masse per lo più argillose; f. di crollo, distacco di masse rocciose scalzate e isolate dall'erosione o dall'azione di gelo e disgelo). Tali fenomeni vanno tenuti distinti dalle cadute di sassi, anche plurime, ovvero dalla caduta di singoli elementi.

comportamenti attivi o omissivi non tenendo i quali è prevedibile che si verifichi un danno e tenendo le quali il danno è invece evitabile, secondo la miglior scienza e conoscenza del momento. In questi casi, se un danno si verifica, a fronte di una norma esentiva e/o della constatata osservanza della norma cautelare occorre concludere che lo stesso sia espressione di un rischio residuo, da considerarsi accettabile.

Siccome però le norme esentive sono spesso a rischio di incostituzionalità e la scienza e la conoscenza, nei vari settori, sono in continua evoluzione, difficilmente il legislatore emana norme esentive o cautelari assolute [regole scritte rigide, che escludono totalmente ogni onere di condotta e/o prescrivono la condotta doverosa in termini netti e delle quali l'agente è tenuto alla rigida osservanza onde andare esente da responsabilità], ma quasi sempre relative o "relativizzate". Dette norme prescrivono cioè obblighi generali di comportamento diligente, prudente, perito e che lasciano quindi il soggetto libero di scegliere fra diverse condotte (con conseguente assunzione di responsabilità in relazione a tale scelta).

Anche tale soluzione risulta pertanto insoddisfacente dato che, anche in caso di stretta osservanza delle norme esentive o cautelari, in presenza di un sinistro si può comunque essere ritenuti responsabili (causa l'eccessiva genericità della c.d. regola cautelare)

Si è quindi provato ad eliminare l'incertezza che tali sistemi generano, per sostituirvi una quantificazione di tipo oggettivo (ed automatizzato; diremo quasi algoritmico) del livello di rischio residuo/accettabile; ovvero un sistema di quantificazione che garantisca sempre il risultato atteso (che non è tanto l'eliminazione del rischio, ma l'irresponsabilità per i fatti dannosi che ne sono espressione).

Non vi è chi non veda come, mentre il livello di rischio residuo può essere in molti casi quantificato oggettivamente, la quantificazione del livello di rischio accettabile - in quanto basato sull'osservanza di un obbligo legale (di prevenzione/protezione) estremamente "ampio" quanto a contenuto - sia in realtà una chimera.

Tentativi sono già stati fatti in questo senso. Altri sistemi giuridici hanno infatti provato ad introdurre parametri statistici atti a stabilire quale sia il livello di rischio accettabile. Poi, attraverso un escamotage logico - giuridico, hanno dichiarato (per legge) la irresponsabilità del comportamento che non incrementa quello che è ritenuto il livello di rischio accettabile.

E' così ad esempio che l'idea di non incrementare il rischio per più che uno su un milione è diventata un argomento comune nelle discussioni in materia. Come giustamente osservato da qualcuno, come si sia ottenuto il consenso su questa particolare quantità di misura rimane un mistero al punto che questo numero ha tutte le caratteristiche per essere considerato un *numero mitico*. La cifra fornisce una base numerica per definire la quantità trascurabile di incremento del rischio.

Il fatto è che anche la politica del *1 su un milione* causa comunque la morte di centinaia o migliaia di persone in una popolazione sufficientemente grande e non è affatto detto che gli eredi delle vittime e la collettività di persone nelle quali queste sono inserite considerino accettabili queste morti in quanto espressione di un rischio considerato (a livello statistico) accettabile. Questi saranno quindi sempre indotti a rivolgersi alla magistratura per ottenere giustizia.

Altri sistemi hanno adottato l'ALARP e le conseguenti scale descrittive (carrot diagrams). Un rischio è considerato ALARP quando è As Low As is Reasonably Practicable. Tale rischio si contrappone al rischio SFARP (So Far As Reasonably Practicable) ed è un rischio residuo in quanto è quello ragionevolmente più basso alla luce:

1. dello stato dell'arte (scienza, tecnica e best practice del momento) e del riscontrato "fattore di tolleranza" sociale;

2. del fatto che i costi di miglioramento superano di gran lunga i possibili benefici. I costi da considerare non sono solo quelli economici, ma anche in termini di tempo e di difficoltà/numero dei problemi da risolvere.

Il rischio residuo può dirsi accettabile quando è ALARP.

Senonché, anche tali sistemi di valutazione/quantificazione presentano un ampio margine di discrezionalità valutativa in quanto basati su di un criterio (quale quello della **ragionevolezza**, soprattutto se basato sul fattore "tolleranza") di natura "soggettiva" e non oggettiva.

Quid novi ? Una nuova prospettiva pare voler conciliare tutti i sistemi di quantificazione (oggettiva) del **rischio residuo** con sistemi di valutazione (soggettiva) del **rischio accettabile**, basati cioè sulla rilevata mancanza di responsabilità giuridica in relazione ai danni espressione di un determinato rischio.

Non si avrebbe quindi responsabilità quando:

1. non è possibile individuare - nel soggetto considerato – il titolare di una posizione di garanzia con riferimento a quel particolare rischio
2. è possibile individuare un garante **ma difettano tutti o alcuni degli elementi previsti dal sistema di responsabilità considerato (civile o penale) per poterlo ritenere "giuridicamente responsabile"** (ad esempio perché non era da lui esigibile una condotta diversa da quella concretamente tenuta, oppure manca la prova del nesso di causalità fra condotta ed evento)

Occorre quindi adottare un **sistema di gestione della propria attività** che permetta:

- di **evidenziare e delimitare i rischi in relazione ai quali vi è l'assunzione della posizione di garanzia (con conseguente obbligo di gestione, nella forma della protezione e/o del controllo)**, in base alla policy adottata, a sua volta condizionata dagli obblighi giuridici (di tipo legale o contrattuale) che sul soggetto incombono;

- di **analizzare accuratamente tutti i rischi e di porre in essere tutte le misure di trattamento che gli stessi necessitano, con lo scopo di ottenere il livello massimo di sicurezza possibile (e delineare così, in via residuale, il livello di rischio residuo)**;

- **informare correttamente i terzi (esposti al rischio) del tipo di rischio gestito, delle misure di prevenzione/protezione/controllo adottate e del livello di rischio che residua**;

- **riverificare l'efficacia del sistema adottato attraverso il monitoraggio continuo, cui eventualmente deve seguire l'introduzione di correttivi/miglioramenti**.

L'adozione di un tale sistema esonera da responsabilità in quanto rende tollerabile, accettabile, l'esistenza di un rischio residuo. Tale rischio residua infatti dopo che è stato fatto tutto quanto è possibile fare – secondo la teoria del c.d. *circolo virtuoso*² – in quel dato ambito per ridurre i rischi al minimo possibile. Tale attività va documentata e, quindi, resa "tracciabile", ovvero resa verificabile a posteriori. Solo a tali condizioni il rischio residuo può essere accettato dall'Ordinamento.

² La teoria del ciclo virtuoso di Deming o Deming Cycle (ciclo di PDCA - plan-do-check-act), ovvero il modello studiato per il miglioramento continuo della qualità in un'ottica a lungo raggio, si può considerare la base della definizione stessa di "management".

Venendo ai due ambiti considerati (sentieri di montagna e viabilità stradali minori) proviamo ad adottare l'ultimo sistema gestionale proposto.

Sentieri di montagna e viabilità stradali minori sono due ambiti apparentemente assimilabili, ma in realtà profondamente differenti.

Partiamo dalle definizioni etimologiche dei due ambiti.

Strada: termine di origine medioevale che significa lunga striscia di terreno resa piana (stesa) e lastricata a pubblica spesa per permettere di andare da un luogo ad un altro, anche con carri, in maniera agevole e sicura.

Sentiero: si distingue dalla strada in quanto non lastricato e stretto (sentiero=metà strada)

Viandante: chi passa per le vie – siano esse strade o sentieri – posti fuori dalla città. Lo fa in maniera più scomoda rispetto al viaggiatore, in quanto va a piedi (mentre il viaggiatore utilizza sistemi di trasporto). Un sistema viabilistico (viabilità) è quindi il complesso di strutture che possono essere transitate (transitus=passaggio), da viandanti o viaggiatori. Il viatico, in Roma antica, era l'insieme delle cose (cibo, vesti, denaro) che una persona portava con sé mettendosi in viaggio

Escursionista è invece colui che compie un'escursione. Anticamente identificava il guerriero che compiva scorrerie in territorio ostile (ex - currere)

Nel termine escursione vi è dunque la radice terminologica della differenza rispetto alla viabilità ordinaria. L'escursione avviene – consapevolmente – su terreno ostile, nemico. Il transito viabilistico è invece attività resa sicura dall'opera preparatoria e manutentiva finalizzata a permettere il suo svolgimento, rendendolo agevole e sicuro. Strada e sentiero sono due componenti della viabilistica e si distinguono solo per le caratteristiche costruttive e le dimensioni. Il sentiero escursionistico è tutt'altra cosa.

La differenza terminologica può ritenersi ripresa anche a livello legislativo.

Il CdS disciplina la circolazione che avviene sulle strade (art. 1)

Per strada deve intendersi (art. 2 CdS) l'area ad uso pubblico destinata alla circolazione di pedoni, veicoli e animali. Per circolazione deve intendersi il movimento, la fermata e la sosta dei pedoni, veicoli ed animali sulla strada. La circolazione deve avvenire in maniera scorrevole, ordinata e sicura. Il pedone è un'utente della strada che, al pari di ciclisti e disabili in carrozzella, merita una particolare tutela rispetto ai pericoli derivanti dalla circolazione sulle strade. Tutt'altro quindi che un escursionista; il pedone va protetto dai pericoli derivanti dal movimento che egli può fare sulla strada.

Dispone il CdS (art. 3) che, *“ai fini delle presenti norme”*, per sentiero (o mulattiera o tratturo) deve intendersi la **“strada”** a fondo naturale formatasi per effetto del passaggio di pedoni o animali

Al pari della definizione etimologica quindi, anche per il legislatore il sentiero stradale è struttura nettamente distinta dal sentiero escursionistico.

Mentre per il sentiero stradale l'aggettivo qualificativo utilizzabile è, a ragione, quello di PROTETTO (art. 140 CdS) ovvero difeso contro ciò che può recare danno, per il sentiero escursionistico l'aggettivo utilizzabile è semmai quello di PROTEGGIBILE. Il suffisso -bile serve per derivare dalla base verbale il relativo aggettivo con il significato di “che si può” (in questo caso) “proteggere”; ma non lo è !

Dispone il DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA PROVINCIA 13 luglio 2010, n. 18-50/Leg (Disposizioni regolamentari di attuazione della legge provinciale 4 marzo 2008, n. 1 (Pianificazione urbanistica e governo del territorio) al **Capo VI - Interventi non soggetti a titolo abilitativo** –, art. 22 (*Attrezzature ed arredi*) che:

1. Ai sensi dell'articolo 97, comma 1, della legge urbanistica provinciale, non sono soggette all'acquisizione preventiva del titolo abilitativo edilizio, in quanto non comportano una trasformazione urbanistica e paesaggistica dei luoghi, le seguenti attrezzature:

.....

d) i seguenti interventi riguardanti sentieri alpini e vie ferrate, nel rispetto delle disposizioni di cui alla legge provinciale 15 marzo 1993, n. 8:

1) la realizzazione di palestre di roccia e di vie attrezzate, mediante la semplice apposizione di chiodi in parete, di prese artificiali, di brevi tratti di scale metalliche e cavi, senza alcuna modifica fisica del territorio, quali scavi e movimenti di terra e rocce in genere, nonché i conseguenti interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria;

2) per i sentieri esistenti, il ripristino dei tracciati originari senza allargamenti, il decespugliamento e spietramento, il rinnovo della segnaletica, le moderate rettifiche di tracciati per ovviare a situazioni di pericolo sopravvenute (frammenti, smottamenti, caduta massi, ecc.), purché le rettifiche non superino il 25 per cento dell'intero tracciato.

Dispone la LEGGE PROVINCIALE SUI RIFUGI E SUI SENTIERI ALPINI (Legge provinciale 15 marzo 1993, n. 8 - Ordinamento dei rifugi alpini, bivacchi, sentieri e vie ferrate) al Capo I *Strutture alpinistiche*, Art. 1 *Finalità che*: “La Provincia autonoma di Trento individua e disciplina le strutture alpinistiche al fine di garantirne un equilibrato inserimento nell'ambiente montano nel rispetto della **cultura alpinistica**”.

All'art. 2 (*Strutture alpinistiche*) si dispone invece che ai fini della presente legge sono strutture alpinistiche:

- a) i rifugi alpini, previsti dall'articolo 6;
- b) i bivacchi, previsti dall'articolo 7;
- c) **i tracciati alpini**, previsti dall'articolo 8.

Per il presidio della montagna, anche a garanzia del suo corretto utilizzo, le strutture alpinistiche riconosciute dalla Provincia sono considerate di interesse pubblico.

Anche ai fini di promuovere la conoscenza e la valorizzazione delle strutture alpinistiche provinciali, la Provincia cura l'elenco delle medesime secondo le modalità stabilite dalla Giunta provinciale.

La Provincia, **con l'iscrizione nell'elenco previsto dal comma 3, riconosce le strutture alpinistiche** individuate anche su segnalazione di enti pubblici, associazioni e privati. La perdita dei requisiti previsti da questa legge comporta la cancellazione delle strutture alpinistiche dall'elenco.

Per la realizzazione o la modifica di strutture alpinistiche, compreso l'adattamento o la trasformazione di immobili esistenti, è richiesta l'autorizzazione della Provincia, ferme restando le disposizioni provinciali in materia urbanistica

Il successivo art. 8 (*Tracciati alpini*) prevede che ai fini della presente legge sono tracciati alpini:

- a) **i sentieri alpini quali percorsi escursionistici appositamente segnalati che consentono il passaggio in zone di montagna e conducono a rifugi, bivacchi o località di interesse alpinistico, naturalistico e ambientale;**
- b) **i sentieri alpini attrezzati quali tracciati appositamente segnalati che consentono il passaggio in zone di montagna, la cui percorribilità è parzialmente agevolata mediante idonee opere;**
- c) **le vie ferrate quali itinerari di interesse alpinistico appositamente segnalati che si sviluppano totalmente o prevalentemente in zone rocciose o comunque impervie, la cui percorribilità è consentita dalla installazione di attrezzature fisse;**

d) *le vie alpinistiche quali itinerari che possono richiedere una progressione anche in arrampicata, segnalati solo da tracce di passaggio o ometti in pietra, attrezzate dei soli ancoraggi per **agevolare l'assicurazione degli alpinisti.***

*Sono iscritti nell'elenco di cui all'articolo 2, comma 3, esclusivamente i tracciati alpini in relazione ai quali sono stati individuati i soggetti impegnati a provvedere al loro controllo e manutenzione. **L'iscrizione nell'elenco e l'esercizio dell'attività di controllo e manutenzione dei tracciati non escludono i rischi connessi alla frequentazione dell'ambiente montano***

Il termine "alpinistico" ha una sua connotazione storica e culturale.

Un tempo il fenomeno dell'alpinismo era definito facendo ricorso a concetti di significato noto sino ad arrivare a concetti che non possono essere definiti, ma nemmeno debbono esserlo in quanto il loro significato è noto a chiunque (c.d. concetti primitivi).

L'alpinismo era la pratica di frequentare luoghi (inizialmente le Alpi, poi altri simili) che, per la tipologia di ambiente e di attività che vi si svolgevano, comportavano l'esposizione a pericoli enormi (ed al conseguente rischio di danno).

Il "gusto" che derivava dall'esporsi a questi rischi costituiva la spinta a praticare detta particolare attività.

L'attività alpinistica era quindi attività che aveva la sua essenza (e, quindi, in base a ciò poteva essere definita) nella volontaria e cosciente esposizione ad un rischio di danno. La presenza della componente di rischio ha determinato, fin dagli inizi delle attività sopra considerate, lo svilupparsi di standards comportamentali e tecnici specifici.

Si trattava, per lo più, di standards enucleabili da norme consuetudinarie, per quanto riguarda gli aspetti comportamentali, e da vere e proprie fonti normative per quanto riguarda le caratteristiche tecniche e le modalità di impiego dei materiali utilizzati. A tale ultimo proposito, ad una normativa di natura non vincolante, si è, in Europa, sviluppata negli ultimi anni una vera e propria disciplina tecnica di carattere normativo la cui osservanza, sia nella fase della produzione, sia in quella della commercializzazione, ha assunto natura vincolante per i produttori ed i rivenditori.

Tra gli standards comportamentali più noti (e risalenti nel tempo) rientrano sia l'esercizio pianificato e collettivo dell'attività, sia soprattutto l'accompagnamento qualificato.

Proprio la presenza dei pericoli (e dei correlati rischi) cui sopra si accennava ha, sin da subito, consigliato (per non dire imposto) l'unione delle forze, sia nella fase ideativa e preparatoria del, se così vogliamo chiamarlo, progetto alpinistico, sia nella successiva fase esecutiva.

L'utilizzo di corde per vincolare fra loro, in tal modo assicurandoli l'un l'altro, i vari componenti la comitiva (cordata), non è stato che il logico e conseguente sviluppo dell'attività alpinistica organizzata, svolta da soggetti dotati di pari capacità, conoscenze ed esperienze che condividevano il medesimo cimento (rischioso).

Parallelamente si è sviluppato un altro standard comportamentale; ovvero l'alpinismo accompagnato.

La reiterata frequentazione dell'ambiente montano rendeva infatti alcuni soggetti più esperti di altri nella conoscenza e, quindi, nella prevenzione e/o attenuazione dei rischi legati alla presenza dei pericoli tipicamente riconnessi all'attività alpinistica (per lo meno di quelli conoscibili ed evitabili, quali la ricerca della via più comoda e sicura per l'ascesa delle varie vette; di qui la nascita del termine guida alpina). Venne quindi naturale affidarsi a costoro onde praticare tale tipo di attività. Lo sviluppo di vere e proprie figure

professionali, affiancate in determinati ambiti anche da figure non professionali (quali noi siamo), di accompagnatori/istruttori (in ogni caso, per ragioni di sicurezza e prevenzione, oltre che di ordine pubblico, tutti obbligatoriamente sottoposti a verifiche e controlli da parte della pubblica autorità) è quindi da ricercarsi nell'esigenza di ridurre ulteriormente i rischi connessi all'esercizio dell'attività alpinistica, senza però eliminarli completamente; non solo quindi in ragioni di carattere turistico, sportivo e/o associativo.

Anche con riferimento alle strutture alpinistiche (rifugi, bivacchi fissi e sentieri), la prevenzione e/o attenuazione dei rischi legati alla presenza dei pericoli tipicamente riconnessi all'attività alpinistica ha portato allo sviluppo di tecniche e modalità realizzative che portassero ad una riduzione di detti rischi, senza però eliminarli completamente, dando allo stesso alpinista la possibilità di scelta fra diverse modalità di auto-protezione

Ecco perché la struttura alpinistica (nella quale rientrano i tracciati alpinistici – in legge “alpini” – ed in particolare i percorsi escursionistici) consente certamente lo svolgimento di una determinata attività, ma non allo scopo di consentire una “utilizzazione” protetta, sicura della montagna; semmai al fine di garantirne una equilibrata frequentazione nel rispetto della cultura alpinistica. Sui sentieri alpini, escursionistici, non avviene quindi un transito, una circolazione, ma semmai un'escursione, ovvero un passaggio in ambiente ostile, rischioso che tale deve essere mantenuto (salvo il diritto alla chiara e completa informazione ed, eventualmente, alla proteggibilità) per rispetto alla cultura alpinistica ed all'integrità dell'ambiente naturale.

Vi è quindi in tali ambiti un rischio residuo (accettato ?) molto alto, non solo o non tanto in quanto non sarebbe possibile eliminarlo, ma in quanto culturalmente e socialmente ineliminabile.

Ciò premesso, è possibile **evidenziare e delimitare i rischi in relazione ai quali vi è l'assunzione della posizione di garanzia (con conseguente obbligo di gestione, nella forma della protezione e/o del controllo, di ogni singolo rischio) in capo al garante, da individuarsi:**

- nel caso del sentiero di montagna, nel soggetto indicato nell'apposito elenco provinciale, ovvero colui il quale si è *“impegnato a provvedere al loro controllo e manutenzione”*.

- nel caso delle viabilità stradali minori (fra cui rientrano i sentieri stradali, ma pure le strade vicinali, le strade interpoderali e forestali etc ...) nel “proprietario”. Tranne che per le strade vicinali (private ma di uso pubblico) tale soggetto va identificato con la PA e, segnatamente, con il Comune.

Varie sono le disposizioni normative che impongono agli enti territoriali (Comuni, Province, Regioni) obblighi di manutenzione e sicurezza della viabilità stradale (oltre che di tutte le altre aree urbane calpestabili: piazze, marciapiedi etc..). La fonte primaria di tali obblighi risiede nell'art. 28 dell'Allegato F della Legge 20 marzo 1865 n. 2248 che prevede come *“obbligatoria la conservazione in istato normale delle stradi provinciali e comunali sistemate”*. Successivamente nel r.d. del 15 novembre 1923 n. 2056 , recante *“Disposizioni per la classificazione e manutenzione delle strade pubbliche”* all'art. 5 così dispone: *“Alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade di quarta classe provvedono i rispettivi comuni a totali proprie spese”*. Da ultimo, gli obblighi connessi alla titolarità della proprietà delle strade in capo agli enti locali trova una sua compiuta regolamentazione nel D.Lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (Codice della Strada). Segnatamente, l'art. 14 comma 1 del Codice statuisce che: *“Gli enti proprietari delle strade, allo scopo di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione, provvedono: a) alla manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo, nonché delle attrezzature, impianti e servizi; b) al controllo tecnico dell'efficienza delle strade e relative pertinenze; c) alla apposizione e manutenzione della segnaletica prescritta”*.

La prima distinzione che salta all'occhio risiede nel fatto che, mentre il soggetto indicato nell'apposito elenco provinciale relativo alle strutture alpinistiche è tenuto *“a provvedere al loro controllo e manutenzione”* (si tratta quindi con ogni evidenza di una posizione di garanzia sotto forma di posizione di controllo), nel caso

della PA la posizione di garanzia viene ad assumere sempre più, con il passare degli anni ed il susseguirsi degli interventi giurisprudenziali, un contenuto ben più intenso, ovvero di protezione.

Ciò consente di evidenziare e delimitare una serie differenziata di rischi in relazione ai quali vi è l'effettiva assunzione della posizione di garanzia (con conseguente obbligo di gestione, nella forma della protezione e/o del controllo, di ogni singolo rischio), escludendone altri.

Volendo utilizzare la distinzione fra le due tipologie di rischio menzionate dagli organizzatori del convegno, potremmo dire che, mentre il gestore del sentiero alpinistico non è tenuto a gestire il rischio derivante dall'utilizzo della cosa (percorrenza del sentiero, sia essa o meno "accompagnata" da qualcuno) né dai rischi "esterni" (valanghe, caduta di sassi o frane che investano l'opera), ma solo del rischio il cui *innesco* va ricercato all' "interno" dell'opera stessa (crolli della struttura, la rottura delle sue componenti, la loro inadeguatezza ideativa, progettuale, realizzativa o manutentiva) non altrettanto può dirsi per le strutture viabilistiche minori.

Avendo l'ente proprietario della strada un obbligo di protezione dell'utente (in particolare l'utente debole, quale è espressamente definito il pedone dal C.d.S.) anche i rischi esterni (oltre che, naturalmente, quelli interni) dovranno essere adeguatamente gestiti.

Tale attività di gestione, come sopra evidenziato, andrà differenziata quanto a intensità di prevenzione/protezione tenendo presente che:

1. il rischio viabilistico va sempre tendenzialmente eliminato; quantomeno ridotto quanto a probabilità di verifica e gravità delle conseguenze
2. il rischio alpinistico va solo segnalato e, eventualmente, a seconda del tipo di struttura considerata, reso proteggibile; giammai eliminato, né in relazione ad esso l'alpinista va protetto in maniera assoluta.

Tali rischi andranno poi analizzati e per ognuno di essi dovranno essere poste in essere tutte le misure di trattamento finalizzate ad ottenere il livello massimo di sicurezza possibile, considerata la tipologia di rischio e le guideline sopra riferite.

Per entrambi i gestori vi è poi invece un dovere (indifferenziato) di verificare l'efficacia del sistema di gestione del rischio adottato, attraverso il monitoraggio continuo dell'efficacia delle proprie scelte, cui deve seguire l'introduzione di correttivi/miglioramenti.

Per entrambi i gestori vi è inoltre un dovere di corretta informazione dei terzi (esposti al rischio) del tipo di rischio gestito, delle misure di prevenzione/protezione/controllo adottate e del livello di rischio che residua. Ciò serve a delimitare la responsabilità alla rete viabilistica o sentieristico-escursionistica effettivamente gestita [ma non la esclude tutte le volte in cui l'accesso e l'utilizzo è comunque consentito e non fisicamente impedito].

Si pone a questo proposito il problema di capire esattamente cosa rientri nella viabilità minore (alla luce del fatto che, secondo la definizione di sentiero che ne dà il CdS, ogniqualvolta ci si trova di fronte ad un'area di uso pubblico destinata al movimento di pedoni e animali, caratterizzata dal fondo naturale e dall'essersi formata per effetto del passaggio ripetuto degli stessi, si rischia di trovarsi di fronte ad un sentiero stradale).

Sotto questo profilo, se è vero che da parte degli enti pubblici territoriali vi è un dovere di governo del territorio e di pianificazione territoriale, vi sono comunque dei limiti oggettivi e dei limiti economici agli interventi in tale ambito.

La questione può essere posta in questi termini: vi è un obbligo della PA di garantire/agevolare la libertà di circolazione su tutto il territorio nazionale (art. 16 Cost.) compresi i terreni impervi ? Vi è un obbligo generalizzato di impedire eventi dannosi ai cittadini senza limiti di spesa in capo alla PA ?

Ma anche con riferimento alla sentieristica alpina/escursionistica, vi è un obbligo del gestore di impedire eventi dannosi dipendenti da rischi interni alla struttura senza limiti di spesa ?

In generale occorre osservare che:

1. Vi è interesse in ogni cittadino a che gli enti territoriali provvedano alla diligente manutenzione e custodia di tutti i beni pubblici (e, tra essi, le strade), ma non anche che ogni parte del territorio sia resa accessibile e resa sicura. Il cittadino ha infatti il diritto a muoversi liberamente, ma non ad essere particolarmente agevolato nel farlo. Anzi, la libera utilizzabilità può e deve essere vietata per ragioni di sanità e sicurezza pubblica. Non si è, pertanto, in presenza di interesse legittimo differenziale perché, semmai, si è al cospetto di interesse semplice e di fatto, rientrante nell'area del giuridicamente irrilevante. Le parti del territorio palesemente inaccessibili o quelle indicate opportunamente come tali [es. nelle mappe di rischio], non vanno protette e rese agibili. Semmai interdette (anche fisicamente) se notoriamente utilizzate in maniera errata/pericolosa.
2. Qualora l'obbligo di manutenzione e custodia sia violato e da ciò derivi un danno al privato amministrato, sarà certamente possibile per quest'ultimo adire l'autorità giudiziaria competente, deducendo il rapporto bilaterale instauratosi con l'Amministrazione, la quale - a causa della condotta colposamente omissiva ad essa astrattamente attribuibile - sia venuta meno al generale dovere di astensione dal ledere la sfera giuridica dei terzi. In tal caso, infatti, l'interesse ad agire del cittadino trova origine nella lesione del diritto soggettivo all'integrità personale e patrimoniale, tutelabile davanti al Giudice Ordinario [in questi casi infatti il principio del *neminem laedere* funge da limite alla discrezionalità dell'azione amministrativa]
3. Il cittadino non può esigere che la strada sia mantenuta in modo piuttosto che in un altro, e nemmeno che siano tracciate nuove strade o che tutto ciò che è calpestabile sia gestito in maniera safety. Ciò in quanto sussiste un potere discrezionale ed insindacabile in capo alla P.A. riguardo alle modalità di custodia dei beni demaniali e/o rientranti nel patrimonio indisponibile, quali le strade. E' però fatto salvo il limite del *neminem laedere* che evita che il potere discrezionale della P.A. muti in arbitrio. In tale ambito assume rilevanza sia l'indagine sul nesso di causalità, che sulla colpa (intesa non in senso soggettivo del singolo funzionario, ma dell'apparato e di come questo è organizzato e gestito, secondo un modello che in astratto permetta la costante riduzione – entro i limiti del possibile – del livello di rischio in ogni ambito di attività).
4. Vi è una cartografia ed un catasto stradale, così come vi è una cartografia ed un catasto sentieri basato sul rilevato uso pubblico degli stessi. Solo su queste strutture è quindi configurabile, concretamente, un dovere/potere di gestione dei rischi (con le differenziazioni sopra evidenziate). Tali strumenti debbono essere adottati e mantenuti aggiornati.
5. Per quanto riguarda il limite di spesa, il principio ALARP si rivela utile. Se lo stato dell'arte (scienza, tecnica e best practice del momento), non consente margini di miglioramento del rischio, oppure li consente ma solo a fronte di costi che superano di gran lunga i possibili benefici (con l'avvertenza che i costi da considerare non sono solo quelli economici, ma anche in termini di tempo e di difficoltà/numero dei problemi da risolvere), allora si può ragionevolmente ritenere che vi sia

tolleranza verso tale rischio (da considerarsi residuo) che quindi può essere considerato ALARP (As Low As is Reasonably Practicable), ovvero accettabile.

6. Venendo infine alle singole ipotesi di responsabilità (civile o penale) possiamo ricordare che:

per quanto riguarda l'ambito penale

La dottrina e la giurisprudenza sino ad oggi largamente prevalenti tendono ad individuare una fonte giuridica degli obblighi di attivazione, prescindendo da ogni indagine in ordine alla loro funzione. In altre parole, secondo la **teoria formale**, la situazione fattuale tipica, da cui dipende l'obbligo di impedire l'evento, va individuata in base ad una fonte formale (il così detto "trifoglio", ossia la legge, il contratto e la precedente attività pericolosa). L'ancoraggio della posizione di garanzia ad una fonte formale mira a scongiurare l'eventualità che l'obbligo di agire venga desunto da meri doveri etici, religiosi o sociali.

Si contrappone a questa una concezione **funzionale** dell'obbligo di agire e della correlativa posizione di garanzia che mira a potenziare il dovere di solidarietà (di fondamento costituzionale), fino al punto di equiparare alla violazione del divieto dell'*alterum non ledere* la delusione di una aspettativa di un comportamento; in aggiunta al c.d. trifoglio viene quindi introdotto un quarto elemento, l'affidamento, la cui rilevanza giuridica dovrebbe essere individuata in qualunque "*altro atto o fatto idoneo a produrre obblighi giuridici*" di cui all'art. 1173 c.c. Si comprende pertanto come, nel delineare i connotati della **posizione di garanzia**, i sostenitori della **teoria funzionale** pongano l'accento soprattutto **sull'esigenza di tutela di determinati beni giuridici** e sulla necessità di costituire la **posizione di garanzia in funzione della protezione di tali beni**.

In entrambi i casi, affinché sorga responsabilità penale da omissione occorre però che vi sia:

- ***l'imprescindibile esistenza di poteri giuridici impeditivi***, sottostanti all'obbligo di garanzia, i quali consistono in poteri di vigilanza circa l'insorgere di situazioni di pericolo e di intervento su tale situazione. Tali poteri debbono essere conferiti al garante da una specifica norma. L'obbligo di garanzia correlato all'affidamento riposto circa la tutela di determinati da parte del garante sorge solo a fronte (e nei limiti) di uno speculare potere giuridico impeditivo, conferito in via generale (ad es. in materia di rapporti familiari tra genitori e figli minori) o particolare (ad es. in tema di affidamento dell'incolumità dei lavoratori, nel luogo di lavoro, al datore di lavoro), da una norma anche di carattere generale. Tali poteri caratterizzano l'obbligo di garanzia e lo differenziano da ogni altro obbligo di agire, onde imprescindibile risulta essere **l'accertamento giudiziale se l'evento verificatosi rientri o meno nei poteri impeditivi del soggetto**;
- **La preesistenza del poter-dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo**, perché solo così il garante può esercitare i poteri-doveri di vigilanza ed intervento e, quindi, di tutela anche preventiva del bene affidatogli;
- **La possibilità materiale del garante di compiere l'azione impeditiva idonea**, venendo meno altrimenti l'obbligo di garanzia sulla base del brocardo latino "*ad impossibilia nemo tenetur*". In caso però di azione impeditiva "libera", nel senso che la fonte dell'obbligo non descrive l'azione richiesta, occorre verificare – in base ad un giudizio controfattuale – se l'azione fosse veramente impossibile (se pensi al caso del bagnino colto da improvviso svenimento), o se non fosse possibile un'azione impeditiva alternativa (ad es. la madre, incapace di nuotare, è pur sempre tenuta ad invocare il soccorso altrui per salvare il figlio caduto in acqua pur in presenza di uno svenimento del bagnino).

per quanto riguarda l'ambito civile

Il sistema attuale della responsabilità civile è decisamente orientato a gestire il "costo" sociale dei danni secondo logiche economiche e non punitive di errati comportamenti del singolo; spostare detto costo sul danneggiante, anziché lasciarlo in capo al danneggiato, si rivela "utile", sotto il profilo della prevenzione dei sinistri, poiché induce il primo ad adottare sistemi di prevenzione più efficaci, sia pure più costosi, onde evitare di dover subire gli oneri derivanti dall'addebito della responsabilità.

Tale operazione, che si concreta nella scelta, fra i vari sottosistemi che compongono il sistema unico della r.c., di quello più efficace nell'ottica di cui sopra, deve però tener conto del fatto che, nel caso di sinistri "bilaterali" (ovvero sinistri alla cui genesi concorre anche il danneggiato), lo spostamento del costo delle conseguenze dannose in capo al solo danneggiante deresponsabilizza le vittime e, conseguentemente, non porta ad una riduzione del numero complessivo dei sinistri (con conseguenti gravi ricadute, sempre sotto il profilo economico, nell'ambito dell'utile assicurabilità, mediante polizze r.c., degli stessi sinistri).

Nel caso dell'incidente viabilistico si tende sempre più ad applicare sistemi di tipo "oggettivo" in capo al soggetto gestore del rischio (ad esempio attraverso l'applicazione dell'art. 2051 c.c.). Nel caso dell'incidente alpinistico (compreso l'incidente escursionistico) la scelta tra i vari sottosistemi della r.c. deve partire dall'analisi delle fattispecie di danno (ovvero eventi sinistrosi, unilaterali e/o bilaterali, simili per caratteristiche eziogenetiche) al fine di valutare, in astratto, l'efficienza del sottosistema prescelto a fini preventivi/ridistributivi del danno. Una volta effettuata detta scelta, la sussistenza o meno della responsabilità andrà condotta secondo i principi propri del sottosistema prescelto (oggettivo ex artt. 2050 o 2051 c.c., con inversione dell'onere della prova liberatoria in capo al danneggiante ex art. 1218 c.c., oppure "soggettivo", ovvero con onere della prova della colpa in capo al danneggiato, ex art. 2043 c.c.) tenendo conto però delle "ricadute" che una tale scelta potrebbe avere in ordine alla sopravvivenza futura di tali attività. Il gestore del rischio alpinistico (guida alpina, gestore di rifugi, gestore di sentieri o vie attrezzate etc ...) potrebbe infatti essere facilmente indotto a dismettere la sua attività se il sistema di responsabilità prescelto non tenesse conto della "bilateralità" che sempre si riscontra nella genesi del sinistro alpinistico.

Trento, 6 giugno 2014

Avv. Massimo Viola