

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

FORUM BORMIO

2016

La responsabilità da “contatto sociale” in ambiente montano

Vi è una zona grigia al confine tra le due forme di responsabilità conosciute dal nostro ordinamento, quella contrattuale e quella extracontrattuale, in cui si colloca una serie di fattispecie che, pur in assenza di un vincolo contrattuale, si caratterizzano per l'affidamento che sorge tra le parti a ragione della qualifica dei soggetti della relazione.

Detto confine è segnato dal concetto di obbligazione, la cui ampiezza dipende, a sua volta, dalla collocazione sistematica dei c.d. obblighi di protezione.

Questa premessa sistematica di carattere prettamente civilistico assume rilevanza anche in ambito penale con particolare riferimento alla cosiddetta posizione di garanzia del custode di diritto e di fatto.

Elaborati dalla dottrina tedesca ed importati nel nostro ordinamento non senza perplessità, gli obblighi di protezione si accreditano a svolgere un ruolo autonomo rispetto alla prestazione, specie nell'ambito del modello dell'”obbligazione senza prestazione”.

L'interesse alla protezione viene inteso come interesse della persona a non subire pregiudizio nel corso e a causa dell'attuazione del rapporto obbligatorio fondato sulla buona fede ed oggetto di tutela risarcitoria al pari dell'interesse alla prestazione.

Viene così rivista la tradizionale concezione elementare del rapporto obbligatorio, sostituita dalla emergente constatazione che, al contrario, l'obbligazione si presenta come rapporto complesso in cui, accanto all'interesse alla prestazione, gravitano una serie di doveri accessori di salvaguardia, individuati come “obblighi di protezione”.

In questo modo, i beni come la salute o la proprietà, protetti primariamente dal regime dell'illecito aquiliano, vengono tutelati attraverso la disciplina della responsabilità contrattuale allorché la lesione dipenda dall'attuazione del rapporto obbligatorio.

Nel tempo nasce un nuovo concetto di inadempimento, che dunque si configura sia in caso di mancanza della prestazione principale, sia in caso di violazione dei doveri di protezione della controparte.

Il tema degli obblighi di protezione, tra le parti ovvero nei confronti dei terzi, non ha, invero, trovato molto spazio in giurisprudenza.

Quest'ultima, infatti, ha dato ingresso nel nostro ordinamento alla teoria degli obblighi di protezione in un primo momento nel campo dell'attività medica, importando la figura di matrice tedesca del contratto con effetti protettivi per i terzi.

I giudici di legittimità hanno avuto modo di affrontare il tema in alcune fattispecie di danno da “*malpractice*” medica e accogliendo espressamente l'elaborazione germanica del contratto con effetti protettivi, hanno delineato i contorni dell'area di protezione derivante dal contratto stipulato dalla gestante con la struttura sanitaria o il medico, includendovi dapprima il nascituro e successivamente anche il padre.

In particolare, quanto alla posizione del nascituro, si è affermato che con il contratto di ricovero ospedaliero della gestante, l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto e, poi, al neonato, così da garantirne la nascita evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza – qualsiasi possibile danno.

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

Detto contratto, intercorso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del "nato", alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle prestazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse.

Successivamente, l'evoluzione giurisprudenziale ha ritenuto che anche il padre sia destinatario degli effetti protettivi del contratto.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che, in ipotesi di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita "indesiderata", il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione. Agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo, non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti "protetti" dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio.

Il fondamento giuridico degli obblighi di protezione del medico nei confronti dei soggetti terzi rispetto al contratto con la gestante va individuato attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche sul contratto nell'ottica del preminente ruolo assegnato dalla Carta Costituzionale alla "persona".

L'infortunistica di montagna, a sua volta, ha visto in alcune specifiche situazioni l'applicazione di tale principio giuridico che assurge a fonte di responsabilità.

Emblematica una sentenza della Corte di Cassazione penale che ha affrontato il tema delle fonti degli obblighi di impedimento dell'evento penalmente rilevanti, con particolare attenzione all'idoneità dell'assunzione volontaria della posizione di garanzia a fondare una responsabilità penale ai sensi dell'art. 40 c.p.

E' la sentenza n.25527/2007 della Corte di Cassazione, Sezione IV penale.

Questi in sintesi i fatti che sono stati oggetto di analisi giuridica da parte della Suprema Corte.

Alcune persone avevano partecipato ad una cena notturna in un rifugio di montagna.

La discesa a valle avvenne nottetempo a bordo di alcuni slittini.

L'imputato che aveva assunto, seppure spontaneamente, l'incarico di controllare la sicurezza del rientro, seguì la discesa a bordo di una motoslitta munita di un faro.

Uno degli slittini con a bordo due ragazze, erroneamente non percorse la pista stabilita ma imboccò un altro tracciato.

Per via della ripidità e della neve ghiacciata, la conducente della slitta perse il controllo del mezzo che così uscì di pista ed urtò contro un albero. L'incidente ebbe esiti mortali.

All'imputato viene mosso l'addebito di non aver seguito con la necessaria attenzione il rientro di tutti i bob, non avvedendosi che quello in questione era rimasto arretrato, era in difficoltà ed imboccava un percorso sbagliato.

Con riferimento all'art.40 codice penale, secondo il giudice di merito, la posizione di garanzia dell'imputato ed il conseguente obbligo giuridico di impedire l'evento derivava dall'impegno contrattuale assunto dai gestori del rifugio di condurre a valle gli avventori, delegato dagli stessi gestori all'imputato.

Tale tesi è stata confutata dalla difesa, ma la Corte d'appello ha sostituito le valutazioni erronee del Tribunale con altre ancora più infondate, ha sostenuto il ricorrente. La Corte d'appello ha infatti

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

affermato che l'assunzione di fatto del ruolo di accompagnatore, ha reso l'imputato responsabile a tutti gli effetti dell'incolumità delle persone che scendevano a valle di notte.

Si è esclusa la posizione di garanzia di fonte contrattuale ma, ha proseguito la difesa dell'imputato, si è erroneamente sostenuta l'assunzione di fatto del ruolo di accompagnatore che fonda il ruolo di garante solo su una situazione di fatto e non su un obbligo giuridico.

La discesa in questione non era vietata nè era obbligatoria la presenza di una guida, sicchè andava esclusa la configurabilità di una situazione di garanzia.

Nè si può far discendere l'obbligo di impedire l'evento dalla circostanza che l'imputato si adoperò in concreto per aiutare i giovani, inesperti discesisti.

Se così fosse, la sua opera meritoria rappresenterebbe l'unica ragione della sua colpevolezza.

Su tali argomentazioni difensive, rileva la Corte di legittimità, occorre in primo luogo osservare che esse si fondano in larga misura su una lettura non condivisibile del tenore della sentenza d'appello.

La difesa afferma infatti che la Corte ha escluso l'esistenza di un vincolo contrattuale assunto dai titolari del rifugio di condurre a valle i partecipanti alla cena, successivamente trasferito dagli stessi gestori all'imputato.

In realtà precisa la Corte di Cassazione, la pronuncia richiama la sentenza assolutoria emessa in distinto giudizio nei confronti dei gestori del rifugio, vi presta piena adesione affermando che "con logica del tutto condivisibile" si è affermato che l'organizzazione della serata aveva previsto la predisposizione di mezzi idonei al viaggio di andata e ritorno dei partecipanti alla cena.

Così facendo, i gestori si erano doverosamente fatti carico di curare il rientro in sicurezza dei partecipanti a fronte della oggettiva pericolosità di quel trasferimento notturno da compiersi sui declivi montuosi innevati e bui.

Questi avevano pertanto assunto nei confronti dei partecipanti alla cena una posizione di garanzia che li rendeva responsabili della loro incolumità.

La pronuncia d'appello prosegue evidenziando che la assoluzione dei gestori del rifugio, che viene ritenuta ineccepibile, trova fondamento nel fatto che essi si erano adoperati per assicurare il miglior esito di quel rientro predisponendo gli slittini ed un veicolo a motore munito di un faro nonchè, soprattutto, per aver affidato la gestione del rientro a valle all'imputato, persona esperta e profonda conoscitrice dei percorsi, trattandosi di poliziotto addetto proprio al servizio piste.

La sentenza, nel prosieguo, con riferimento alla presenza dell'imputato nel rifugio esplicita come circostanza pacifica che egli si trovasse in quel luogo solo perchè fidanzato con la figlia del gestore.

Osserva in proposito la Corte che "se questo è vero, ciò non toglie che l'assunzione di fatto del ruolo di accompagnatore abbia reso l'imputato responsabile a tutti gli effetti verso quei discesisti della notte".

Coordinando tale ultima enunciazione con la precedente diffusa argomentazione cui si è fatto cenno, emerge chiaramente che, contrariamente a quanto assunto dal ricorrente, la Corte non ha escluso l'esistenza di una posizione di garanzia dell'imputato trasferitagli dagli originari garanti ma, al contrario, ha doverosamente sottolineato l'effettiva assunzione in fatto del ruolo di accompagnatore dei discesisti che, come sarà meglio evidenziato più avanti, non è priva di rilievo ai fini dell'imputazione oggettiva dell'evento.

In conseguenza, la pronuncia non esclude l'esistenza di una posizione di garanzia di fonte contrattuale.

La difesa ha peraltro argomentato sulla inaccettabilità di una posizione di garanzia fondata su una situazione di fatto e non su un obbligo giuridico e di un'affermazione di responsabilità basata esclusivamente sulla circostanza che l'imputato si adoperò in concreto, meritoriamente, per aiutare gli inesperti discesisti.

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

Sebbene, come si è accennato, l'esistenza di una posizione di garanzia di fonte contrattuale non sia stata per nulla esclusa ed abbia anzi costituito la base del giudizio in ordine all'imputazione causale ai sensi dell'articolo 40 capoverso del codice penale, la particolarità della situazione porta a compiere qualche ulteriore considerazione di principio che consente di inquadrare giuridicamente la questione proposta dalla difesa, relativa alla necessità di una rigorosa individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Com'è noto, il tema dell'obbligo d'impedire l'evento rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., che viene solitamente evocato come obbligo di garanzia, è oggetto da sempre di un dibattito nel cui ambito sono state costruite diverse elaborazioni teoriche.

La teoria formale, la più antica, costituisce la base della tradizione giuridica italiana ed esprime il punto di vista del liberalismo giuridico classico, che concepisce l'ordinamento penale come un sistema fondato precipuamente su divieti.

Ne consegue che, poichè l'imputazione causale per omissione di una condotta doverosa costituisce un'eccezione, è necessario che l'obbligo giuridico di agire trovi fondamento in una fonte giuridica formale.

Tale impostazione vale se non altro ad escludere con certezza la rilevanza di obblighi di carattere morale.

Le insufficienze della teoria formale, nel tempo divenute sempre più forti perché ancorate unicamente al testo di legge, hanno portato allo sviluppo di una differente elaborazione che non fa più leva tanto su profili formali quanto piuttosto sulla funzione dell'imputazione per omissione, connessa all'esigenza di natura solidaristica di tutela di beni giuridici costituzionalmente riconosciuti, attraverso l'individuazione di un soggetto gravato del ruolo di garante della loro protezione.

Tale individuazione del garante avviene, più che sulla base di criteri formali, alla stregua della posizione di fatto assunta, del ruolo svolto.

L'elaborazione in questione presenta il pregio ampiamente riconosciuto di aderire allo specifico punto di vista dell'ordinamento penale, selezionando in senso restrittivo il dovere di agire nell'ambito dei molteplici obblighi sanciti nell'ordinamento.

Essa consente inoltre di fronteggiare situazioni nelle quali, pur in presenza di un vizio della fonte contrattuale dell'obbligo, vi è stata la effettiva assunzione del ruolo di garante, la cosiddetta presa in carico del bene protetto, nonchè quelle nelle quali si riscontra una situazione di fatto assimilabile, analoga, rispetto a quella prevista dalla fonte legale dell'obbligazione, come ad esempio nel caso della consolidata convivenza in un rapporto di tipo familiare o istituzionale.

Tuttavia, proprio l'abbandono del criterio formale ha messo in luce una inevitabile vaghezza delle diverse costruzioni, che presentano criteri d'individuazione degli obblighi di garanzia assai differenziati.

Tale impostazione ha mostrato un rapporto di tensione con i principi di legalità e di tassatività a causa dell'inidoneità a circoscrivere l'imputazione per omissione entro confini sufficientemente precisi.

Ha quindi preso corpo una concezione "mista" che in vario modo tenta di conseguire una sintesi, una reciproca integrazione tra la teoria formale e quella contenutistica. La prima, infatti, non pone in evidenza il contenuto materiale dell'obbligo giuridico e pecca di eccessivo formalismo. La seconda corre il rischio di dimenticare la dimensione normativa, necessaria alla nascita della posizione di garanzia e di porsi in contrasto con il principio di legalità.

Si è peraltro rilevato che le elaborazioni miste finiscono con il cumulare i difetti delle due teorie.

Si giunge quindi alla conclusione che si è in presenza di una situazione di non superabile incertezza, dovuta alla inadeguatezza della disciplina prevista dall'art. 40 cpv. c.p., che induce a

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

ritenere necessario un intervento normativo riformatore che vada a identificare le posizioni di garanzia.

Pur nella varietà delle opinioni espresse a proposito della fonte dell'obbligo di garanzia, tra teorie formali e teorie funzionali, l'indirizzo prevalente nel pensiero giuridico italiano tende condivisibilmente ad assumere, come si è accennato, un atteggiamento che porta a conciliare e integrare i due opposti punti di vista.

In particolare, sebbene si riconosca la centralità della posizione di garanzia, cioè del ruolo concretamente assunto da una determinata persona, viene in luce l'esigenza di temperare i pericoli di eccessivo soggettivismo e di soluzioni che trascurino la considerazione della fonte dell'obbligo, al fine di individuarne il fondamento e, soprattutto, di definirne i contenuti.

La prima indiscussa fonte di obbligo è costituita dalla legge, sia quella di diritto pubblico che di diritto privato, sebbene non manchino disparità di opinioni a proposito della rilevanza delle fonti sublegislative come regolamenti, atti amministrativi e consuetudine.

Altra sicura fonte dell'obbligo di garanzia è quella contrattuale, sulla quale occorre brevemente soffermarsi per il rilievo che essa presenta nell'incidente mortale verificatosi in montagna e sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione.

Essa comprende sia i contratti tipici come i contratti di prestazione d'opera della bambinaia e della guardia giurata, sia i contratti atipici che si fondano pur sempre sul consenso tra le parti. Alcuni esempi possono essere la guida di montagna, i membri di un'associazione di volontari di pronto soccorso, i vicini di casa che si offrono senza retribuzione di accompagnare l'inesperto escursionista, di trasportare in ospedale l'ammalato o di custodire il bambino in assenza dei genitori, con accettazione del servizio da parte dei beneficiari.

In conseguenza, in tale ambito possono essere collocate situazioni nelle quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale.

Tale importante precisazione consente di individuare la fonte legale dell'obbligo di garanzia in molte situazioni della vita ordinaria.

A tale riguardo è sufficiente richiamare sinteticamente la giurisprudenza civilistica che ha individuato obbligazioni di natura contrattuale ma non fondate sul contratto, bensì sul "contatto sociale".

Tali obbligazioni sono agevolmente riconducibili all'ambito della posizione di garanzia.

Il principio in questione è stato enunciato, come detto, nell'ambito della relazione terapeutica.

Le obbligazioni, si afferma, possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto.

Benchè questo "contatto" non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In questi casi non può esservi solo responsabilità aquiliana, ma si rinviene una responsabilità di tipo contrattuale, per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo.

La situazione descritta si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione cosiddetta protetta, cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, particolarmente quando la professione stessa abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica, che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

La responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione ha dunque natura contrattuale ed è quella tipica del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

ripartizione dell'onere della prova, i principi delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza e al grado della colpa e la prescrizione ordinaria.

Con non minore rilievo il medesimo principio è stato proposto nell'ambito della relazione educativa, sottolineando la posizione di garanzia che ne consegue.

Nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che, quanto all'istituto scolastico, l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso.

Quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico, tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona (si veda tra le tante, Cassazione Sez. Unite 27 giugno 2002, n. 9346 cui si è uniformata la recente Cassazione Civile, Sezione III, n.3695/16).

Anche nel caso di assunzione consensuale, ciò che rileva maggiormente è l'oggettiva presa in carico, sicché l'obbligo di protezione potrà verosimilmente sorgere anche da una stipulazione cui non partecipi il soggetto titolare del bene, come nel "caso di scuola" in cui un generoso e previdente spettatore, prima di una gara di nuoto, ingaggia un battelliere perchè in caso di necessità salvi un nuotatore poco provetto, senza che questi ne sappia nulla.

L'obbligo di garanzia di fonte contrattuale costituisce uno degli ambiti in cui più fortemente si manifesta il contrasto tra le diverse teorie di cui si è fatto cenno.

La teoria sostanzialistica tende a svalutare l'aspetto formale della convenzione tra le parti, attribuendo rilevanza piuttosto alla assunzione concreta del ruolo di garante perchè l'affidamento sulla disponibilità del garante stesso induce la persona protetta ad affrontare rischi particolari o a rinunciare ad altre forme di tutela.

Peraltro l'esistenza dell'obbligo generato dal contratto, non implica automaticamente che esso si configuri concretamente.

Perchè ciò accada occorre che vi sia l'effettivo trasferimento al garante dei poteri-doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali che non coincide necessariamente con la conclusione del contratto nè con la mera presa in carico fattuale del bene, come vorrebbero rispettivamente la concezione formale e sostanziale.

Le teorie cosiddette "miste" sembrano invece in grado di fronteggiare alcune situazioni problematiche che conducono a soluzioni talvolta inaccettabili nell'ambito delle altre elaborazioni classiche.

Esse, infatti, escludono l'imputazione causale quando il contratto è perfezionato ma vi è un inadempimento contrattuale, come nel caso della guida alpina che non si fa trovare al rifugio nel giorno convenuto ed il cliente, anzichè rinviare, affronta la scalata in solitaria.

Altro esempio "di scuola" è la bambinaia che non si presenta in servizio all'ora stabilita, quando i genitori si allontanano ugualmente lasciando incustodito il bambino.

In tali casi la mancata presa in carico del bene o della cosa fonte di pericolo costituisce inadempimento del contratto ma non dell'obbligo di garanzia giacchè tale obbligo insorge al momento del trasferimento di fatto dei poteri impeditivi.

Quindi la guida alpina e la bambinaia rispondono dell'inadempimento ma non della morte dello scalatore o del bambino.

STUDIO LEGALE DEL ZOTTO

ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Via Rovereto n. 11 – 33170 PORDENONE

Via L. Manara n.11 – 20122 MILANO

Tel. 0434 520002 – Fax 0434 520706

studiolegale@delzotto.it

Part. IVA 01561600931

Sulla base del medesimo ragionamento giuridico, invece, l'imputazione ha luogo quando, pur in presenza di un contratto invalido, vi è stata la presa in carico del bene protetto, anche se in tale caso non è indifferente la causa dell'invalidità del negozio.

L'ambito che, nonostante le complesse elaborazioni di cui si è sinteticamente dato conto, presenta maggiori aspetti problematici è quello dell'assunzione volontaria ed unilaterale dei compiti di tutela, al di fuori di un preesistente obbligo giuridico.

Tale ambito copre le situazioni nelle quali il contratto è nullo e quelle in cui si è in presenza di un'iniziativa spontanea nell'assunzione dei compiti di tutela, come nei casi dei vicini di casa che, in assenza dei genitori, si prendono cura del bambino e di tutte quelle situazioni in cui vi è assunzione di compiti di tutela a seguito di atto illecito, come nel caso del sequestratore verso il sequestrato bisognoso di farmaci.

Occorre prendere atto che spesso ciò che in prima battuta appare frutto di un atto unilaterale è in realtà espressione di un'obbligazione assunta con un atto negoziale atipico.

La conclusione di questa breve analisi dell'applicazione del principio di garanzia all'incidente che è stato portato al vaglio della Corte di Cassazione porta a ritenere infondate le censure esposte dal ricorrente.

E' stato accertato che l'imputato è stato ritenuto titolare di una posizione di garanzia trasferitagli dai gestori del rifugio.

Per le ragioni di principio che si sono prima esposte, l'assunzione di un impegno in tal senso non sarebbe stata sufficiente a generare concretamente l'obbligo di controllo, essendo invece necessaria altresì la reale assunzione in carico della gestione della situazione pericolosa costituita dalla discesa a valle in condizioni difficili.

In conseguenza, assume rilevanza evidenziare come l'imputato avesse di fatto assunto l'incarico, ponendosi alla guida di una moto-slitte munita di un faro e dirigendo e controllando la discesa.

L'assunzione di tale incarico era stata accettata dai discesisti che, conseguentemente, decisero di affrontare la difficile discesa sulla base dell'affidamento nella competenza dell'accompagnatore.

Tale affidamento costituisce uno dei risvolti più significativi dell'assunzione in concreto del ruolo di garante.

Occorre infine pure sottolineare che l'avvio concordato della discesa guidata, dette luogo ad un'intesa consensuale tra l'imputato ed i discesisti che, anche per via del già segnalato affidamento, sarebbe stata sufficiente da sola a fondare l'obbligo di garanzia, configurando il perfezionamento di un negozio atipico.

Si può concludere questa breve disamina sull'applicazione concreta del principio di responsabilità da "contatto sociale" avvertendo che anche la sola generosa e unilaterale iniziativa verso i terzi, se da questi condivisa e accettata, assume rilevanza giuridica che determina l'assunzione di un ruolo di garanzia e conseguenti obblighi che, se violati, portano a possibili conseguenze sia di natura civile che penale in caso di incidente.

Marco Del Zotto
Avvocato e Maestro di Sci
studiolegale@delzotto.it