

L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria

*Klaus Schwaighofer,
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck**

I. Introduzione

Viviamo in un periodo un po' strano: rispetto a una volta, le persone tendono ad essere più disposte a correre rischi, sono alla ricerca di speciali sfide (sportive) nella loro vita, vogliono sfuggire alla routine quotidiana, hanno bisogno di uno "stimolo". Alcuni di loro sono anche alla ricerca di grandi rischi, osano sempre più – a volte anche troppo – ed esaltano la propria autoresponsabilità. Non pochi, addirittura, mettono consapevolmente a grave rischio la propria vita, spendendo a tal fine anche parecchio. Chi dispone di sufficienti mezzi finanziari può anche farsi portare sull'Everest, il che, al netto delle migliori attrezzature, comporta comunque un elevato rischio per la propria incolumità. Chi è riuscito a compiere un'impresa straordinaria viene ammirato e riceve grande riconoscimento sociale: "no risk, no fun!".

Ma se poi il potenziale rischio si realizza, allora è finita con l'autoreponsabilità. A questo punto, infatti, si cerca un colpevole. Dopotutto, non può essere che sia solo "colpa" della propria maldestrezza, dei propri errori o della propria incapacità. E tantomeno si vuole accettare che talvolta ci siano eventi imprevedibili, di cui nessuno è davvero colpevole. Se si cade con la bicicletta, la pista ciclabile era in cattive condizioni. Se si ha un infortunio sciando, non si era stati sufficientemente avvertiti della ripidità del pendio o delle superfici ghiacciate, oppure la pista non era stata preparata adeguatamente. Eventuali cadute durante un'escursione sono dovute alla difettosa cura del sentiero, o al fatto che il custode del rifugio non ha avvertito a sufficienza della difficoltà del tracciato o dell'approssimarsi di temporali, ecc.

* Il testo si basa sulla presentazione tenuta dall'autore al convegno "Diritto penale e autoresponsabilità: tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili" in data 17 gennaio 2019 a Innsbruck. Il contributo è stato tradotto da *Domenico Rosani*.

Certo, questo è solo un lato della medaglia. Un infortunio sportivo non è infatti sempre dovuto a un proprio agire colpevole, anche senza ora tenere conto degli incidenti da collisione.

Il nostro sistema giuridico prevede tutta una serie di norme di legge che si riferiscono ai più vari ambiti di vita ed aventi lo scopo di proteggere i terzi. Tra queste vi sono, ad esempio, gli obblighi relativi alla sicurezza stradale oppure la disciplina sulla sicurezza sul lavoro. Qualora tali norme ovvero i relativi obblighi autoritativi cautelari vengano violati e qualcuno rimanga ferito o addirittura muoia, è da valutare se ricorra una violazione di una regola cautelare oggettiva, il che porterà quasi inevitabilmente perlomeno ad esaminare il profilo della responsabilità penale per reato colposo.

Spesso entrano in gioco anche obblighi derivanti da un rapporto contrattuale, soprattutto qualora determinate attività sportive vengano offerte o rese praticabili dietro pagamento. Le società di impianti di risalita hanno una certa responsabilità nei confronti degli sciatori che trasportano; i maestri di sci, le guide alpine, le guide di *canyoning*, le società di *rafting*, i fornitori di *bungee jumping* ecc. sono tutti responsabili della sicurezza dei loro clienti.

E infine, ci sono – per fortuna – anche numerosi ambiti della vita non regolamentati e non contrattualizzati. Anche in questo caso, tuttavia, si pone la questione della responsabilità penale se qualcuno ha contribuito a mettere in pericolo un'altra persona, ad esempio incoraggiandola a compiere o accompagnandola in un'attività pericolosa, dando consigli o suggerimenti. Il carattere colposo del comportamento non si misura solo in base alle norme di legge e agli obblighi contrattuali, ma anche in base al canone costituito da una persona ideale con riguardo ai valori giuridicamente protetti, il cosiddetto “agente modello” appartenente alla cerchia dell'autore del reato¹.

In molti casi, in cui una persona va a patire dei danni fisici si rinviene inoltre un conflitto tra interessi contrapposti: da un lato, l'autoresponsabilità dell'individuo (chiamato anche principio di autonomia²), a cui – fintanto che non è successo nulla – tanta importanza viene attribuita, sottoli-

-
- 1 BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (WK²) § 6, Wien, 2017, num. a marg. 38; LEUKAUF/STEININGER/HUBER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4^a edizione (2017) § 6, Wien, 2018, num. a marg. 12 ss.; McALLISTER, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SbgK) § 80, Wien, 2016, num. a marg. 73 ss.; SEILER, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 3^a edizione, Wien, 2016, num. a marg. 238.
 - 2 KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 15^a edizione, Wien, 2016, Z 27 num. a marg. 8; FUCHS/ZERBES, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10^a edi-

neandola spesso e volentieri: “So bene cosa sto facendo, so di cosa sono capace, so cosa posso aspettarmi da me stesso, non ho bisogno di farmi dare lezioni”. Se però succedesse qualcosa, allora subito si sosterebbe che si sia stati colti completamente di sorpresa dai pericoli e dai rischi, e inizierebbe conseguentemente la ricerca di un colpevole, soprattutto per ottenere un risarcimento dei danni e delle sofferenze patite³.

II. Autoresponsabilità e responsabilità colposa

L'autoresponsabilità assume naturalmente particolare importanza in caso di incidenti durante la pratica di vari sport: si pensi a sport particolarmente rischiosi come il *freeride* con gli sci su pendii estremi, rocciosi e ad alto pericolo di valanghe, oppure a voli con la tuta alare, ad attività di *rafting* su corsi d'acqua con enormi cascate e pericolosissime rapide, ad arrampicate estreme su vie difficilissime e senza alcuna protezione, alla frequentazione di percorsi *freeride* con la mountain bike, e attività simili. Spesso è una questione di soldi, a volte di molti soldi. Gli sportivi estremi hanno infatti contratti pubblicitari per cui “devono” offrire azioni sensazionali ed efficaci dal punto di vista pubblicitario. Si tratta per lo più di professionisti che dipendono economicamente da tali committenti e che così facendo si guadagnano da vivere⁴.

L'autoresponsabilità è tuttavia importante anche per sport “comuni” come l'escursionismo, la mountain bike praticata in termini “normali” ecc. Di seguito mi concentrerò su queste aree, ma anche il settore della sicurezza sul lavoro sarà brevemente oggetto di trattazione.

Per il penalista si pone la questione se, e a quali condizioni, in tali casi si possa individuare un responsabile per omicidio o lesioni personali colposi (anche gravemente colposi), ai sensi dei §§ 80, 81 e 88 del codice penale austriaco (Strafgesetzbuch, StGB), eventualmente anche per aver messo in pericolo la sicurezza fisica (§ 89 StGB) o per aver causato colposamente un pericolo per la collettività (§ 177 StGB). Potenziali autori di tali reati sono le persone assunte per ridurre il rischio (come le guide alpine e sciistiche), ma anche quei soggetti che abbiano assunto, per amicizia, la funzione di

zione, Wien, 2018, 17. cap., num. a marg. 67; ROXIN, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil Band I*, 4^a edizione, München, 1991, § 16 num. a marg. 46 ss.

3 Si veda ad es. OGH 22.03.2018 4 Ob 39/18s, ZVR 2018, 337 = ZfG 2018, 120.

4 SCHWAIGHOFER, *Strafbarkeit bei Selbst- und Fremdgefährdung im Risikosport*, in: BÜCHELE et al. (a cura di), *Aktuelle Rechtsfragen des Risiko- und Extremsports* (SPRINT Band 12), Innsbruck, 2018, 141.

guida e accompagnatori di fatto, così come coloro che hanno permesso la pratica sportiva, gestito gli impianti, organizzato competizioni sportive⁵, finanche gli sponsor e le persone che hanno autorizzato gli eventi sportivi.

III. Principi della responsabilità per fatto colposo

In questa sede ci si limiterà ad illustrare solo brevemente i requisiti previsti in Austria per la responsabilità colposa⁶.

Il presupposto fondamentale è, a tal fine, la violazione di una regola cautelare oggettiva. Agisce in tal senso colui che viola regole di cautela codificate, oppure colui che si comporta in modo diverso rispetto alla condotta che un agente modello avrebbe tenuto nella situazione concreta.

Il fatto che un'azione sia pericolosa non significa che essa sia anche socialmente inadeguata e pertanto in contrasto con una regola cautelare oggettiva. Molte azioni della vita quotidiana sono pericolose ma vengono accettate dalla società. Sono qualificabili come contrastanti con regole cautelari oggettive soltanto quei comportamenti socialmente inadeguati che creino un rischio giuridicamente disapprovato e quindi non consentito in relazione all'evento tipico. Un certo pericolo è immanente in quasi tutti gli sport.

Tra la condotta di violazione di una regola cautelare oggettiva e l'evento realizzatosi, oltre a un nesso causale naturalistico (causalità), deve esistere anche una specifica connessione normativa. Quest'ultima, in Austria, viene di solito esaminata secondo i criteri del nesso di adeguatezza (*Adäquanzzusammenhang*), del nesso di rischio (*Risikozusammenhang*) e dell'aumento del rischio rispetto a comportamenti alternativi leciti (*Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten*).

Un altro presupposto è la cd. rimproverabilità soggettiva (*subjektive Vorwerfbarkeit*) del comportamento come elemento della colpevolezza. Trattasi a proposito della misura soggettiva della colpa (*subjektive Sorgfaltswidrigkeit*), in particolare della capacità del singolo di osservare la regola cautelare oggettiva e quindi dell'esigibilità del comportamento socialmente adeguato.

5 Si veda ad es. il procedimento penale seguito ai tragici avvenimenti occorsi alla corsa estrema sulla *Zugspitze* nel 2008: AG Garmisch-Partenkirchen 1.12.2009 3 Cs 11 Js 24093/08, in JuS 2011, 844.

6 In dettaglio si vedano BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *WK²* § 6 num. a marg. 23 ss.; TRIFFTERER, in *SbgK* § 6 num. a marg. 21 ss.; LEUKAUF/STEININGER/HUBER, *StGB⁴* § 6 num. a marg. 14 ss.

IV. Il significato dell'autoresponsabilità nel diritto penale

“Chiunque si limita a dare occasione, favorire o permettere ad un'altra persona di autoresponsabilmente mettere in pericolo se stessa, va esente da pena”. Questa è una frase che si ritrova spesso, ed è in linea di principio un assunto riconosciuto nella dottrina e nella giurisprudenza austriaca⁷. Sono tuttavia articolati i modi tramite i quali la partecipazione alla messa in pericolo altrui può rimanere impunita. A riguardo le opinioni, infatti, divergono. Non c'è unanimità neanche per quanto concerne i presupposti e i limiti dell'autoesposizione al pericolo.

1. La mancanza di tipicità

L'opinione maggioritaria ritiene che in caso di partecipazione a un'autoesposizione al pericolo venga a difettare la tipicità del delitto colposo⁸.

a) Secondo *Schmoller*⁹ ciò conseguirebbe alla concezione dei reati contro la vita e l'incolumità fisica come reati di danno altrui (*Fremdschädigungsdelikte*). Se qualcuno partecipasse alla condotta altrui di autolesionismo o autoesposizione al pericolo, non sarebbero pertanto applicabili quei reati che richiedono la lesione del bene di un altro soggetto. La partecipazione al suicidio di cui al § 78 StGB è infatti predisposta come reato a se stante.

b) Secondo un'opinione diffusa¹⁰, il principio dell'autoresponsabilità (principio di autonomia) va a porre un limite alla misura oggettiva della

7 KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *AT*¹⁵, Z 27, num. a marg. 8; SEILER, *AT* I³, num. a marg. 248, 445; McALLISTER in *SbgK* § 80, num. a marg. 63; BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *WK*², § 80 num. a marg. 47; FUCHS/ZERBES, *AT* I¹⁰, 33. cap. num. a marg. 87; STEININGER, *Freiwillige Selbstgefährdung als Haftungsbegrenzung im Strafrecht*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht* (ZVR) 1985, 97 (100 s.); MESSNER, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskantem Zusammenwirken von Täter und Opfer*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht* (ZVR) 2005, 43 (44); OGH 27.10.1998 11Os 82/98; LG Ried 04.03.1996 10 Bl 11/96; OGH 02.12.1997 11 Os 167/97.

8 BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *WK*², § 80 num. a marg. 42, § 6 num. a marg. 73; McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 63; KIENAPFEL/SCHROLL, *Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte*, § 80, 4^a edizione, Wien, 2016, num. a marg. 64; critico a proposito TRIFFTERER in *SbgK* § 6 num. a marg. 74.

9 SCHMOLLER, *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, in SCHMOLLER (Hrsg), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien, 1996, 223 ss.

10 BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *WK*², § 6 num. a marg. 73, § 80 num. a marg. 42, 83 ss.; McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 63; KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *AT*¹⁵, Z 25 num. a marg. 17, Z 27 num. a marg. 8; KIENAPFEL/SCHROLL, *StudB BT* I⁴, § 80

colpa: se una persona autoresponsabile, capace di intendere e volere, venisse semplicemente messa in grado di, o facilitata a, porre in pericolo o addirittura a ledere la propria incolumità individuale, ciò non significherebbe che si crei un rischio giuridicamente disapprovato (socialmente inadeguato) di lesione del bene giuridico. Si tratta di un cosiddetto “rischio consentito”, con la conseguenza che non viene neanche ad esistenza un comportamento oggettivamente negligente. Si può generalmente presumere che la persona che svolge un’attività pericolosa lo faccia anche con la dovuta attenzione e ragionevolezza. Chiunque pratici sport o partecipi ad un evento sportivo si assume il rischio inerente a tale attività sportiva e in tal senso agisce a proprio rischio e pericolo¹¹. In generale, non esiste una regola cautelare che vieti un comportamento solo perché potrebbe mettere in pericolo o ferire un’altra persona¹². Alcune voci¹³ fanno a tal proposito riferimento al principio di affidamento oppure (e in termini più convincenti) alla separazione degli ambiti di responsabilità¹⁴.

Chi apre una pista da sci, allestisce una via ferrata o organizza una gara non fa altro che creare una situazione di pericolo socialmente adeguata. Ciò vale per l’organizzazione di gare e competizioni di ogni tipo, per eventi podistici (come la corsa estrema presso la *Zugspitze*¹⁵), per competizioni ciclistiche, per gare automobilistiche, ecc. L’organizzazione di tali gare non costituisce nulla di illegale, e non solo non contraddice il comportamento di un agente modello, ma è generalmente un’azione da valutare positiva-

num. a marg. 64; LEWISCH, *Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht*, in *Österreichische Juristenzeitung* (ÖJZ) 1995, 296 (298); OGH 02.12.1997 11 Os 167/97; OGH 2.12.1997 11 Os 22, 23/97, EvBl 1998/89, 392.

11 Si veda ad es. OGH 24.5.2018 6 Ob 87/18i ziv, ZfG 2018,122.

12 LEWISCH, ÖJZ 1995, 296 ss.

13 Tra cui STEININGER, ZVR 1985, 102; BURGSTALLER/SCHÜTZ, in *WK²*, § 80, num. a marg. 38; McALLISTER in *SbgK* § 80, num. a marg. 49.

14 LEWISCH, ÖJZ 1995, 296 ss.: applicando il principio di affidamento, un’evidente condotta erronea della controparte comporterebbe un obbligo di agire, il che non è tuttavia il caso dell’autoesposizione a pericolo.

15 Nel 2008, nell’ambito di tale “*Zugspitzlauf*” morirono due partecipanti; gli organizzatori vennero tuttavia assolti in quanto i partecipanti erano consapevoli della situazione meteorologica, l’organizzatore aveva indicato e raccomandato l’uso di un abbigliamento adeguato, e i partecipanti non erano stati sorpresi da un repentino mutamento del tempo (cfr. <http://diepresse.com/home/sport/mehrsport/525482/Freispruch-im-Prozess-um-toedlichen-ZugspitzLauf>, ultimo accesso il 17.01.19).

mente, motivo per cui viene anche (finanziariamente) supportata da varie istituzioni¹⁶.

Il gestore degli impianti di risalita che trasporta gli sciatori su per la montagna non è responsabile della morte degli sciatori che lasciano la pista e vengono sepolti da una valanga mentre sciano fuoripista¹⁷. Di conseguenza, non agisce in modo socialmente inadeguato neanche colui che supporta finanziariamente un soggetto affinché questo si possa impegnare in attività sportive ad alto rischio, pure qualora durante tali temerarie attività si verificchino infortuni anche mortali. In ultima analisi, spetta all'arrampicatore estremo, al *freerider* o al canoista decidere se correre o meno il rischio; è lui infatti a dover decidere se ha la capacità e il coraggio di scalare una certa via o affrontare un certo percorso. Dopo tutto, è proprio lui che, sulla base della sua esperienza (e delle sue conoscenze specifiche), può valutare al meglio i pericoli dell'impresa. Nessuno è costretto a farlo; un'offerta di denaro "immorale" (in quanto particolarmente elevata) è sì un incentivo allettante, ma non una costrizione a rischiare la vita¹⁸.

Anche chi serva alcolici al proprio ospite, pur sapendo che questi tornerà a casa in macchina, non si comporta in modo socialmente inadeguato. Non potrà quindi essere considerato penalmente responsabile qualora il suo ospite abbia un incidente mortale durante il viaggio di ritorno a casa. Ciò vale tanto per il gestore di un locale quanto per inviti tra privati¹⁹.

16 Anche dal cosiddetto principio di ingerenza (*Ingerenzprinzip*) non si può dedurre alcun profilo di responsabilità. Tale principio impone a colui che, con la sua condotta *in violazione di un dovere*, abbia causato un effettivo pericolo per i beni giuridici altrui, di scongiurare il verificarsi dell'evento dannoso. A ricordare che tale principio non viene in gioco nella situazione qua esaminata è lo stesso concetto di violazione dei doveri richiamato nella definizione. La semplice creazione di un'occasione per gli altri di autoesporsi al pericolo non è in violazione di alcun dovere e non fa pertanto scattare gli obblighi scaturenti dal principio di ingerenza (KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, *AT I*¹⁵, nr. 30 num. a marg. 22).

17 OGH 2.12.1997 11 Os 22, 23/97, EvBl 1998/89, 392; BIERLEIN/STRASSER, *Strafrechtliche Konsequenzen des „free riding“*, in ZVR 2000, 409; cfr. anche OGH 24.5.2018 7 Ob 56/18p ziv, ZfG 2018, 123; OGH 25.4.2018 3 Ob 14/18g ziv, ZfG 2018, 123.

18 SCHWAIGHOFER in *SPRINT Bd 12*, 148.

19 KIENAPFEL/SCHROLL, *StudB BT I*⁴, § 80 num. a marg. 27; McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 67; BURGSTALLER/SCHÜTZ in *WK*², § 80 num. a marg. 103. Nel cosiddetto "caso della catapulta" (*Katapultstuhl-Fall*”; 11 Os 167/97) la Corte suprema austriaca (OGH) ha stabilito che agisce sotto la propria responsabilità la persona che si siede su una tale catapulta e si lasci lanciare dalla stessa, dopo che il funzionamento è stato più volte spiegato e a condizione che ciò sia fondamentalmente adatto alla sua costituzione fisica.

Tale esenzione dalla responsabilità penale non è tuttavia di generale validità, essendo soggetta a determinate condizioni (vedi *infra* par. V).

c) In molti casi, la colpa oggettiva (*objektive Sorgfaltswidrigkeit*) viene esclusa, oppure no, a seconda che si tratti di un caso di autoesposizione al pericolo (*Selbstgefährdung*) ovvero di consenso al pericolo altrui (*Fremdgefährdung*)²⁰. Tale distinzione dipende da chi sia a dominare l'azione. Qualora la persona abbia la possibilità di fermare o interrompere la propria azione pericolosa in qualsiasi momento, quest'ultima costituisce un'autoesposizione al pericolo. Se invece il soggetto si mettesse nelle mani di qualcun altro che svolge l'attività pericolosa e dominasse la vicenda, trattasi di un consenso al pericolo altrui; il soggetto non potrebbe sfuggire al pericolo in qualsiasi momento, fermando la vicenda, e rimarrebbe invece, per così dire, in balia del pericolo. Si potrebbe anche dire: "La vittima si lascia mettere in pericolo da un altro soggetto"²¹.

Casi classici di autoesposizione al pericolo sono i seguenti: guidare la propria auto o il proprio motorino, sciare su una pista da sci, ma naturalmente anche sciare fuoripista, ecc. D'altra parte, sussiste ad esempio un consenso al pericolo altrui se qualcuno sale in macchina di qualcun altro, oppure si siede sul sedile del passeggero di una moto, se qualcuno si pone sul tetto di un veicolo in movimento nei casi di cosiddetto *car surfing*, oppure se qualcuno si siede su un gommone da *rafting*²². Secondo *Steininger*²³ e pure secondo la Corte suprema austriaca (OGH)²⁴, la distinzione tra autoesposizione al pericolo e consenso al pericolo altrui è di notevole importanza, in quanto in tale secondo caso viene di regola affermata la sussistenza di un comportamento tipico e solo in casi eccezionali si giunge ad escludere, alla luce del consenso dato, la responsabilità penale dell'autore.

Vi sono tuttavia casi limite in cui è difficile o impossibile rispondere alla domanda se si sia in presenza di un caso di autoesposizione al pericolo oppure di consenso al pericolo altrui. Se, per esempio, due persone utilizzano assieme una slitta a due posti, la persona seduta dietro viene esposta al peri-

20 In tal senso ad es. STEININGER, ZVR 1985, 98 s.; BURGSTALLER/SCHÜTZ in WK² § 80 num. a marg. 42.

21 In tal senso ad es. STEININGER, ZVR 1985, 99.

22 STEININGER, ZVR 1985, 99; AUCKENTHALER/HOFER, *Lawine und Recht*, Wien, 2012, 29; MURSCHEZ/TANGL, *Neue Beurteilungsmethoden zur Einschätzung der Lawinengefahr und Eigenverantwortlichkeit beim Tourengehen*, ZVR 2002, 74 (84); ROXIN, AT I⁴ § 11 num. a marg. 134.

23 In tal senso ad es. STEININGER, ZVR 1985, 102.

24 Si v. ad es. OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; MESSNER, ZVR 2005, 43.

colo dalla persona davanti, oppure si autoespone al pericolo? È quasi impossibile affermare chi sia qua a dominare l'accadimento. La persona davanti tende ad essere responsabile per la guida e la persona dietro per la frenata²⁵.

Nel caso di sport estremi, spetta di regola allo sportivo decidere autore sponsabilmente se svolgere o meno l'impresa. Certo, nel momento in cui decide di scendere con gli sci un pendio estremo, oppure di lanciarsi con il parapendio o la tuta alare, non può più tornare indietro. Una possibile interruzione dell'impresa in qualsiasi momento, come di regola si richiede affinché si possa affermare la presenza di un'autoesposizione al pericolo, non è qui possibile. Cionondimeno, ad avere il ruolo chiaramente dominante è lo sportivo stesso, ragion per cui si tratta di un caso di autoesposizione al pericolo²⁶.

In generale, ci si deve però chiedere se faccia davvero differenza chi domini la situazione, a condizione che la persona esposta al pericolo abbia coscienza dei rischi e, alla luce di tale sapere, abbia deciso di mettersi in pericolo. Alla luce di ciò la differenziazione tra autoesposizione al pericolo e consenso al pericolo altrui viene sempre più abbandonata²⁷.

2. Esclusione dell'imputazione normativa

La collocazione sistematica della rilevanza dell'autoresponsabilità sul piano oggettivo della colpa pone dei problemi qualora la persona coinvolta nell'autoesposizione al pericolo abbia violato delle norme giuridiche o di circolazione, ovvero se, ad esempio per quanto riguarda la messa in pericolo di terzi, la condotta in oggetto non fosse stata tenuta da un agente modello. Si pensi al caso di due soggetti su una slitta biposto che abbiano illegalmente lasciato la pista da slittini e siano scesi per una pista da sci ghiacciata. In tal caso trattasi chiaramente di una condotta negligente, e l'autoesposizione al pericolo della vittima non cambia niente a proposito²⁸.

25 A proposito si v. MESSNER, ZVR 2005, 46; McALLISTER in SbgK § 80 num. a marg. 71.

26 SCHWAIGHOFER in *SPRINT Bd 12*, 151.

27 KIENAPFEL/SCHROLL, *StudB BT I⁴*, § 80 num. a marg. 64; FUCHS, *Überlegungen zu Fahrlässigkeit, Versuch, Beteiligung und Diversion*, in GRAFL/MEDIGOVIC (a cura di), *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, Wien, 2004, 42 s.; MESSNER, ZVR 2005, 47; SCHÜTZ, *Todeseintritt nach einverständlich verabreichter Suchtmittelinjektion*, in *Burgstaller-FS 180*; in Germania: ROXIN, *AT I⁴*, § 11 num. a marg. 135.

28 OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; MESSNER, ZVR 2005, 43.

Un altro esempio sono le corse private con auto, moto o motorini, casi purtroppo non isolati, in cui uno dei partecipanti viene ferito o addirittura ucciso²⁹. Ciò solleva la questione della responsabilità penale dell'altro partecipante ovvero di una possibile esclusione di responsabilità alla luce dell'autoesposizione al pericolo. A proposito si può affermare senza indugi che ogni partecipante mette in pericolo se stesso, in quanto decide da solo, stabilisce la propria velocità e così via³⁰. Il partecipante all'altrui autoesposizione al pericolo ha tuttavia agito in maniera socialmente inadeguata in quanto ha violato numerose norme di circolazione, guidando troppo veloce, ignorando vari segnali stradali ecc., creando così un rischio giuridicamente disapprovato, sebbene per gli *altri* utenti della strada.

Alla luce del comportamento negligente si può giungere in tali casi all'esclusione della responsabilità penale soltanto qualora si escluda l'imputazione normativa dell'evento. Il divieto di guidare a velocità eccessiva e inappropriata, l'obbligo di osservare le precedenza, ecc., intendono tutelare gli *altri* utenti della strada, non avendo invece tali norme lo scopo di proteggere i partecipanti alla gara – capaci di intendere e volere – che si pongano coscientemente a rischio³¹.

3. Giustificazione tramite il consenso espresso

Un'ulteriore possibilità per escludere in tali casi la responsabilità penale dell'autore sarebbe configurabile nella causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (§ 90 StGB)³². È chiaramente necessario ricorrere a ciò soltanto qualora la tipicità del fatto non sia già stata esclusa (per adeguatezza sociale oppure per esclusione dell'imputazione).

Nella pratica in Austria in questi casi il consenso non riveste tuttavia alcuna rilevanza, in quanto secondo l'opinione prevalente oggetto del con-

29 Non si parla di autoesposizione al pericolo o autoreponsabilità qualora un pedone, non coinvolto nella gara, venga ferito o ucciso: McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 63 FN 173.

30 McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 64; MESSNER, ZVR 2005, 44; si veda anche OGH 25.05.2016 2 Ob 24/16t ziv, EvBl 2017/3, 30.

31 In tal senso SCHMOLLER in *Triffterer-FS* 244 s.; BURGSTALLER/SCHÜTZ in *WK* § 80 num. a marg. 83; McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 63.

32 Così BERTEL, *Schifahren und Bergsteigen in strafrechtlicher Sicht*, in SPRUNG/KÖNIG (a cura di), *Das österreichische Schirecht*, Wien, 1977, 71, che afferma la tipicità della situazione, in quanto non si potrebbe fare affidamento sul fatto che gli altri provvedano da soli a non mettersi in pericolo. In tal senso anche BRANDSTETTER, *Aktuelle Probleme des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung*, StPdG 21 (1993), 171 ss.

senso è l'evento³³. Così come nella valutazione del dolo, si esamina a tal fine ciò che la persona che si è esposta al pericolo ha accettato: secondo la giurisprudenza, è tale elemento a venire interessato dal consenso. A seguire tale approccio, la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto diventa in sostanza inapplicabile ai reati colposi. Nei casi esposti, infatti, le persone corrono consapevolmente un rischio, conoscono la pericolosità dell'azione che intraprendono o a cui si espongono, ma non accettano di essere ferite o addirittura uccise. Al contrario, esse sperano e confidano che non succeda nulla³⁴.

È solo se si considera quale oggetto del consenso la condotta pericolosa³⁵ che la causa di giustificazione del § 90 StGB viene a ricevere un ambito applicativo. Tale approccio ha molto da offrire, in quanto non è ragionevole che si possa acconsentire a un concreto pericolo per la propria incolumità e vita, ma poi, se davvero ne risulta una lesione, il consenso espresso alla messa in pericolo diventi irrilevante. Il disvalore dell'azione è *ex ante* esattamente lo stesso, essendo il verificarsi dell'evento sempre incerto nei reati colposi.

Qualora si consideri il consenso quale vertente sulla condotta, ciò permette anche in caso di lesioni personali colpose di giungere ad affermare una certa irrilevanza penale: se l'interessato ha effettivamente acconsentito all'atto pericoloso, al rischio, allora non solo può venir meno ogni responsabilità penale per la messa in pericolo dell'incolumità fisica, ma pure per le lesioni personali colpose e, in determinate circostanze, finanche per un eventuale omicidio colposo.

Per la validità del consenso valgono sostanzialmente le stesse condizioni poste per la volontaria autoesposizione al pericolo (si v. il paragrafo V). Nell'ambito del consenso si deve inoltre tener conto della clausola del buon costume: la causa di giustificazione del § 90 StGB può essere invocata soltanto qualora la violazione o la messa in pericolo in quanto tali non vio-

33 BURGSTALLER/SCHÜTZ in WK², § 90 num. a marg. 20; STEININGER, ZVR 1985, 100; ZIPF, *Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht*, ÖJZ 1977, 397 (382); KIENAPFEL/HÖPFEL/KERT, AT¹⁵ E1 num. a marg. 61; BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974 162; OGH 29.10.1981 12 Os 169/81, ss.t 52/55 = num. a marg. 1982/25, 64; FUCHS/ZERBES, AT I¹⁰, 16. cap., num. a marg. 11.

34 FUCHS/ZERBES, AT I¹⁰ 16. cap., num. a marg. 11 s.; SCHWAIGHOFER in *SPRINT Bd 12*, 145.

35 BERTEL/SCHWAIGHOFER/VENIER, *Besonderer Teil I*, 14a edizione, Wien, 2018, § 90 num. a marg. 2; BRANDSTETTER, *StPdG 21* (1993), 179 ss.; FUCHS/ZERBES, AT I¹⁰ 16. cap. num. a marg. 13; SCHWAIGHOFER in *SPRINT Bd 12*, 145; LEWISCH, ÖJZ 1995, 302 s.; MURSCHEITZ/TANGL, ZVR 2002, 86.

lino il buon costume. Trattasi di una decisione valoriale avente ad oggetto la domanda se la libertà dell'individuo vada ancora rispettata e se si possa ancora parlare di una ragionevole pratica sportiva, ovvero se l'impresa sia stata semplicemente irresponsabile. Qualora, secondo una valutazione *ex ante*, il rischio fosse eccessivo e l'impresa così pericolosa tanto che vi sarebbe una decisa possibilità di un esito fatale, allora il consenso risulterebbe invalido a causa della sua contrarietà al buon costume. I criteri a tal fine da valutare sono la gravità delle possibili conseguenze e la probabilità che esse si verifichino³⁶.

V. Condizioni per l'esclusione della responsabilità in caso di autoesposizione al pericolo

Come illustrato, la presenza di un'autoresponsabile autoesposizione al pericolo non conduce inevitabilmente all'esclusione della responsabilità penale. Ciò è infatti il caso soltanto in presenza di determinate, ulteriori condizioni con riguardo sia alla persona esposta al pericolo sia al soggetto che contribuisce all'esposizione al pericolo. Tali condizioni si ispirano ai canoni sviluppati per la validità del consenso di cui al § 90 StGB.

1. Capacità di intendere e volere naturale

La vittima deve in ogni caso possedere una sufficiente capacità di intendere e volere (naturale) sì da riuscire a valutare nella sostanza l'entità del pericolo³⁷. In tale contesto rivestono un ruolo importante l'età del soggetto, una sua eventuale disabilità mentale o un suo particolare stato emotivo. Da respingere sono invece limiti di età fissi (imputabilità minorile/maggiore età); dipende sempre dall'entità del rischio e dalla naturale capacità di intendere del soggetto che partecipa all'azione.

36 BRANDSTETTER, *StPdG* 21 (1993), 185 ss.; FUCHS/ZERBES, *AT I*¹⁰ 16. cap. num. a marg. 21 ss.

37 *McAllister* in *SbgK* § 80 num. a marg. 65; KIENAPFEL/SCHROLL, *StudB BT I*⁴ § 80 num. a marg. 65; TRIFFTERER in *SbgK* § 6 num. a marg. 73.

2. Consapevolezza del rischio

Richiesto è inoltre che la vittima fosse consapevole del rischio assunto. Per lo più³⁸ si richiede che la vittima fosse “pienamente consapevole” del rischio. Ciò è tuttavia probabilmente chiedere troppo, in quanto allora ogni partecipazione a un’autoesposizione al pericolo finirebbe per essere punibile. Se il soggetto fosse stato pienamente consapevole dell’alto rischio di morte, probabilmente egli si sarebbe infatti astenuto dall’impresa³⁹. Deve ritenersi pertanto sufficiente che il soggetto sia *in sostanza* consapevole dei fatti del caso e della situazione di pericolo; non, invece, di tutte le potenziali conseguenze⁴⁰. Se a proposito non risultano evidenti deficit, si può presumere in linea di principio che la persona, che si espone al pericolo, sia consapevole del rischio che assume.

3. Obblighi di protezione e controllo

Talvolta, tuttavia, sussistono specifici obblighi di protezione o di controllo. In tal caso viene meno la tipicità soltanto qualora il soggetto che partecipa all’autoesposizione della vittima al pericolo ha ottemperato a tali obblighi nei confronti di quest’ultima. Da cosa possono avere origine simili obblighi?

a) In primo luogo vanno qui menzionati gli obblighi aventi fonte legale, ad esempio gli obblighi di garanzia dei genitori nei confronti dei loro figli.

b) Dopodiché vengono in considerazione numerosi obblighi contrattuali: tra questi vi sono gli obblighi delle guide alpine e dei maestri di sci che vengono ingaggiati per un’escursione in montagna o un tour di arrampicata, perché non ci si ritiene in grado di intraprendere da soli tali attività, non avendo una sufficiente cognizione delle fonti di pericolo (ad es. il rischio valanghivo). A seconda delle persone che partecipano (principianti o

38 In tal senso la Corte suprema (OGH) nel caso dello slittino a due posti: OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; MESSNER, ZVR 2005,43; pure McALLISTER in *SbgK* § 80 num. a marg. 65 FN 179.

39 Centrata l’osservazione di FUCHS in *Burgstaller-FS* 42.

40 Si richiede spesso che la persona esposta al pericolo non abbia visto il pericolo nella stessa misura della persona che la espone al pericolo: FUCHS in *Burgstaller-FS*, 42 s. con ulteriori richiami.

esperti) e del grado di pericolo dell'attività, la guida è inoltre tenuta a informare, avvertire e istruire i partecipanti in misura minore o maggiore⁴¹.

A tal proposito si pone la questione se e in quali circostanze la vittima possa rinunciare alla protezione. La Corte Suprema, sbrigativamente, risponde a tale quesito in termini negativi⁴², il che tuttavia può portare a esiti inappropriati. È vero che la guida possiede infatti una migliore visione d'insieme del rischio rispetto ai partecipanti, e spetta ad essa decidere sul percorso ed eventualmente sull'interruzione dell'impresa. Qualora i partecipanti rinuncino tuttavia alla protezione accordata loro e decidano di intraprendere una pericolosa variante di ascesa o discesa nonostante l'avvertimento della guida, sono loro a tal fine responsabili. La guida alpina deve sì avvertirli con particolare sollecitazione, ma non può usare la forza per impedire ai partecipanti di agire secondo la loro volontà, sbagliando. Deve infatti prestare attenzione anche al resto del gruppo. In tal caso, pertanto, viene meno il ruolo dominante della guida alpina in quanto i partecipanti da soli si espongono al pericolo⁴³.

Tra gli specifici obblighi di tutela contrattuale rientrano anche i cosiddetti obblighi di sicurezza del traffico a carico dei gestori degli impianti di risalita che apprestano le piste per gli sciatori. Essi devono proteggere le piste da sci, designate come tali, da *pericoli atipici*. Eventuali ostacoli che si trovino nell'area della pista (ad es. i cannoni da neve) devono essere adeguatamente segnalati e attrezzati con protezioni, le zone di particolare pericolo (dove sussiste rischio di caduta) devono essere inoltre dotate di recinzioni e reti di sicurezza. Ampiamente riconosciuto è inoltre l'obbligo di contrassegnare le piste in base al loro grado di difficoltà. Se necessario, le piste devono inoltre essere chiuse, ad esempio se sussiste pericolo di valanghe o se sono completamente ghiacciate. Gli sciatori devono poter confidare che non si troveranno di fronte a tali pericoli di carattere straordinario e atipico⁴⁴. Chiunque apra una via ferrata deve, in una certa misura, garanti-

41 Si v. ad es. OGH 24.5.2018 6 Ob 87/18i, ZfG 2018, 122, sugli obblighi vertenti su un'accompagnatrice di *canyoning*; OGH 15.06.2016 4 Ob 34/16b ziv, ZVR 2017/44, 75, OGH 25.10.2017 1 Ob 156/17y ziv, ZVR 2018/49, 75, sul "*blobbing*".

42 RIS-Justiz RS0087556; RS0023400 (T16); OGH 13.09.2012 6 Ob 91/12v, EvBl 2013/23, 171.

43 MURSCHEZ/TANGL, ZVR 2002, 86; AUCKENTHALER/HOFER, *Lawine und Recht*, 28 s.

44 STABENTHEINER, *Pistensicherung und verwandte Fragenkreise – 35 Jahre Seilbahnsymposium*, ZVR 2016/104, 217 (220 ss.); STEININGER, ZVR 1985, 103; WEIXELBRAUN-MOHR in KLETEČKA/SCHAUER (a cura di), *ABGB-ON*^{1.04} § 1319a num. a marg. 16 ss. (aggiornato al 1.5.2017, rdb.at); REISCHAUER in RUMMEL (a cura di), *ABGB*³ § 1319a num. a marg. 24e (aggiornato al 1.1.2004, rdb.at); OGH 06.05.2008 10 Ob 17/08k, ZVR 2009/6, 23; RIS-Justiz RS0023417.

re la sicurezza degli utenti, ad esempio controllando regolarmente la tenuta della fune d'acciaio e delle attrezzature. Egli deve inoltre rendere noto per quali (sole) persone la via ferrata è adatta, quale preparazione fisica queste devono avere e quale attrezzatura è necessaria o perlomeno fortemente raccomandata⁴⁵.

Non bisogna tuttavia neanche esagerare con i doveri di diligenza e di informazione, perché l'attività sportiva deve essere incoraggiata e non resa impossibile⁴⁶. I rischi e i pericoli tipici sono a carico di ogni singolo partecipante ad un tour, di ogni sciatore, di ogni scalatore. Bisogna fare i conti con un possibile cambiamento delle condizioni della neve sul terreno, con eventuali ostacoli nascosti sotto la neve, con un cambiamento improvviso del tempo, con la caduta di massi in terreni rocciosi e scoscesi. Le guide alpine e i maestri di sci devono poter confidare che i partecipanti siano consapevoli dei pericoli caratteristici dell'ambiente alpino. I gestori delle piste e delle vie ferrate, al contempo, devono poter confidare sul fatto che ogni utente o scalatore disponga di conoscenze e competenze sufficienti, non si sopravvaluti e agisca responsabilmente.

In ciò rientra pure l'obbligo dei datori di lavoro di provvedere alla protezione dei loro dipendenti. Esistono numerose disposizioni di legge a tutela dei lavoratori che devono essere rispettate. Il datore di lavoro deve informare i dipendenti sulle norme da rispettare e fornire loro un adeguato equipaggiamento antiinfortunistico, deve sorvegliare i dipendenti oppure istruirli di conseguenza (ad es. sul corretto uso dell'equipaggiamento) e garantire attraverso appositi controlli che tali disposizioni vengano effettivamente rispettate. Devono essere nominati dei responsabili della sicurezza (§ 10 della legge austriaca sulla tutela dei lavoratori, *ArbeitnehmerInnen-schutzgesetz*). Il datore di lavoro può tuttavia pure delegare tali suoi obblighi ad altri soggetti⁴⁷ (cfr. anche il § 9 della legge penale amministrativa

45 STEININGER, ZVR 1985, 104; REISCHAUER in RUMMEL, ABGB § 1294 num. a marg. 78, § 1319a ABGB num. a marg. 23a; WEILER, *Die Errichtung von Klettersteigen unter juristischen Aspekten*, ZVR 2015, 238 (241).

46 Si v. ad es. OGH 24.5.2018, 6 Ob 87/18i ziv, ZfG 2018, 122; RIS-Justiz RS0030339; RIS-Justiz RS0023487.

47 Il datore di lavoro può quindi assegnare al capomastro o caposquadra di un cantiere la responsabilità di verificare in tale contesto il rispetto delle norme di protezione dei lavoratori. La frequenza dei controlli dovuti da parte del datore di lavoro dipende da quanto tempo i dipendenti sono impiegati dall'azienda e da quanto si sono dimostrati affidabili. È semplicemente impossibile per il titolare di un'impresa effettuare continui controlli in ogni cantiere. Se sono state impartite istruzioni e istruzioni adeguate, il datore di lavoro può pertanto sostanzialmente confi-

austriaca, *Verwaltungsstrafgesetz*: trattasi dei cosiddetti “incaricati responsabili”).

c) Secondo la Corte Suprema austriaca, un obbligo di protezione e controllo può sorgere anche a causa di differenze nella maturità intellettuale, nella prestanza fisica o nella capacità di comprensione delle caratteristiche dell'attività rischiosa (“competenza superiore”⁴⁸). A mio parere, tuttavia, ciò si spinge troppo oltre; centrale è che la vittima abbia in sostanza compreso il rischio. Altrimenti, non solo sarebbe penalmente responsabile la guida di fatto (la quale, per cortesia o amicizia, si è effettivamente assunta la responsabilità), bensì pure ogni soggetto che, spontaneamente, abbia accompagnato nella comune attività pericolosa la vittima, sia più esperto di questa e l'abbia preceduta, ad es. in un tour sciistico tracciando il percorso⁴⁹.

VI. Esclusione della responsabilità in caso di consenso al pericolo altrui

In caso di consenso al pericolo altrui, la Corte Suprema parte dal presupposto che la messa in pericolo da parte di altri costituisca un comportamento socialmente inadeguato e che l'evento intervenuto possa di regola essere imputato alla persona che ha causato il pericolo. La repressione penale degli atti contro la vita e l'incolumità fisica mira infatti a proteggere pure quelle persone che si espongono consapevolmente a un pericolo causato da altri, sulla cui realizzazione non esercitano durante l'accadimento alcuna influenza⁵⁰. Secondo il parere della Corte, il nesso di rischio (*Risikozusammenhang*) sarebbe da escludersi soltanto se la persona in pericolo fosse pienamente consapevole del rischio e possedesse la stessa visione genera-

dare sul fatto che le disposizioni vengano rispettate. Ai dipendenti, in particolare al caposquadra, viene attribuito un certo grado di autoresponsabilità (OGH 24.03.1987 2 Ob 37/86 ziv, in cui, tuttavia, era necessario solo esaminare se il datore di lavoro si fosse reso colpevole di grave negligenza in quanto l'ente di previdenza sociale aveva chiesto il regresso delle spese sanitarie ai sensi dei §§ 333 s. della legge sulla previdenza sociale, *Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*).

48 OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; STEININGER, ZVR 1985, 101 s.

49 In tal senso l'OGH nella nota sentenza (civile) del Piz Buin, anche se nel caso concreto si è affermata una responsabilità civile della guida di fatto, che si era assunta la responsabilità del tour, avendo minimizzato i pericoli (OGH 30.10.1998 1 Ob 293/98i, JBl 2000, 305).

50 Così l'OGH nella sentenza sull'incidente con lo slittino: OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; in tal senso anche BURGSTALLER, *Fabrlässigkeitsdelikt* 170 s.; STEININGER, ZVR 1985, 102; critico a proposito FUCHS in *Burgstaller-FS* 42.

le del rischio della persona che lo ha causato. Secondo la giurisprudenza, fondamentale è pertanto che tale ultimo soggetto non disponga di conoscenze superiori con riguardo ai possibili pericoli.

Nel caso del già più volte citato incidente con lo slittino a due posti, si trattava di due adolescenti egualmente immaturi, entrambi i quali non avevano riconosciuto il rischio associato all'utilizzo con lo slittino di una pista ghiacciata. Tuttavia, poiché secondo le conclusioni del tribunale la ragazza uccisa non era pienamente consapevole dell'elevato rischio della situazione, la Corte suprema ha respinto l'ipotesi che si trattasse di un caso di consenso al pericolo altrui. La Corte è comunque giunta ad assolvere l'imputato, avente quattordici anni e mezzo, applicando a tal fine il § 4 comma 2 n. 2 della legge processualpenale minorile (*Jugendgerichtsgesetz*)⁵¹.

In tal modo, tuttavia, la Corte estende in misura eccessiva l'ambito di responsabilità: da un lato, non si può davvero sostenere che si trattasse di un caso di consenso al pericolo altrui, in quanto su una slitta a due posti entrambi i soggetti sono ugualmente coinvolti nella guida. D'altro canto, deve ritenersi sufficiente che la persona in pericolo trascuri il rischio nella stessa misura della persona che lo causa, com'è stato qui il caso⁵². L'incidente è stato esattamente la conseguenza del rischio assunto, non susseguendo ad ulteriori errori o a un aumento del rischio da parte della persona che ha causato il pericolo.

Se il conducente ubriaco, nella cui auto si è saliti sapendo del suo stato alcolico, o il conducente dell'auto, sul tetto della quale qualcuno sta facendo *car surfing*, guidasse a velocità eccessiva e causasse un incidente, si potrebbe sostenere che la vittima non fosse sufficientemente consapevole di tale rischio e ritenere responsabile il conducente. Diverso invece è il caso dove il passeggero incoraggiasse il guidatore ubriaco a guidare veloce. Anche se è il conducente ad avere il controllo del veicolo e quindi del rischio, il passeggero, a meno che non sia egli stesso seriamente inebetito dall'alcol, accetta consapevolmente tale maggiorato rischio⁵³.

Sarebbe interessante sapere se la Corte Suprema, in considerazione della sua recente giurisprudenza sul coinvolgimento (non punibile) nel consumo di droga⁵⁴, sosterebbe la responsabilità penale di qualcuno che inietti a un collega tossicodipendente la sostanza che quest'ultimo ha preparato. Trattasi infatti, secondo l'opinione della Corte, di un caso di consenso al

51 OGH 12.06.2003 15 Os 68/03, EvBl 2003/174, 809; RS 0117714; FUCHS in *Burgstaller-FS* 43.

52 FUCHS in *Burgstaller-FS* 42.

53 FUCHS in *Burgstaller-FS* 42; contrario BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt* 170.

54 OGH 05.03.2015 12 Os 147/14f, JSt-Slg 2015/43, 356.

pericolo altrui. In questo caso, la futura vittima conosce il rischio relativo al contenuto e alla dose dell'iniezione persino meglio della persona che causa il rischio, sebbene probabilmente non conosca interamente il rischio che sta correndo con l'iniezione. Alla luce della decisione sull'incidente con lo slittino ciò dovrebbe portare ad affermare la responsabilità penale del soggetto che inietta la sostanza. A mio parere ciò costituirebbe tuttavia un esito iniquo, in quanto – a parità di conoscenze – non può fare alcuna differenza se la vittima si sia iniettata la sostanza da sola o se se la sia fatta iniettare, fintanto che la morte è il risultato dell'*overdose*⁵⁵.

Per fare un altro esempio, si pensi a un incidente occorso durante un *rafting*⁵⁶. Un gruppo di quattro persone decide di prenotare un giro presso una società di *rafting*. Lo *skipper* organizza professionalmente tour di *rafting* ed ha viaggiato anche su torrenti piuttosto impetuosi. Prima dell'impresa, i partecipanti vengono informati nel dettaglio sui relativi pericoli e viene data loro un'attrezzatura adeguata con muta, giubbotti di salvataggio e casco. Essi vengono anche precisamente istruiti sul fatto che la barca può essere guidata in sicurezza attraverso le rapide soltanto vogando insieme in modo coordinato, seguendo pertanto le istruzioni dello *skipper*. Le condizioni della corrente sono normali. Cionondimeno, accade un incidente: in un punto critico, uno dei partecipanti non segue le istruzioni e rema nella direzione sbagliata, la barca si schianta contro una roccia, la persona cade dalla barca e annega.

L'esecuzione di gite in *rafting* è di per sé socialmente adeguata. Lo *skipper* aveva informato i partecipanti sui rischi e li aveva istruiti a proposito. Dubbio è se si tratti di un'autoesposizione al pericolo o di un caso di consenso al pericolo altrui. In ogni caso, lo *skipper* non controlla il rischio da solo, dovendo tutti collaborare (come nel caso dello slittino a due posti). Ma anche tale differenziazione non è decisiva, purché il partecipante abbia la stessa visione generale del rischio che ha lo *skipper*.

Lo *skipper* può essere ritenuto penalmente responsabile soltanto se si rende responsabile di un comportamento colposo violando i suoi obblighi di protezione. Questo sarebbe il caso se la gita in *rafting* fosse stata evidentemente troppo pericolosa a causa del livello dell'acqua, in quanto uno *skipper* modello non avrebbe intrapreso il viaggio a tali condizioni con partecipanti a lui sconosciuti. In tale situazione, non sarebbe d'aiuto per lo *skipper* il fatto che egli abbia informato i partecipanti dei rischi e che l'at-

55 BRANDSTETTER, *StPdG* 21, Wien, 1993, 191 s.

56 L'esempio è di BRANDSTETTER, *StPdG* 21, Wien, 1993, 172 ss.

trezzatura fosse in ordine. Egli rimarrebbe responsabile anche qualora la gita in *rafting* fosse stata energicamente richiesta dai partecipanti.

VII. Sintesi

In linea di principio, in Austria è generalmente riconosciuto che viene meno una responsabilità penale qualora qualcuno consapevolmente si autoesponga al pericolo. Ci sono varie vie per giungere a tale impunità penale. Non fa molta differenza quale via si scelga: anche se in dettaglio le opinioni differiscono e le soluzioni giurisprudenziali non permettono una loro chiara e univoca classificazione sistematica in quanto procedono in modo piuttosto casistico, i criteri per l'esclusione della colpa oggettiva o dell'imputazione normativa o per il riconoscimento del ruolo del consenso paiono in sostanza coincidere.

La giurisprudenza fissa standard piuttosto elevati per l'esclusione della responsabilità penale di un terzo. Personalmente preferirei un più generoso riconoscimento dell'autoresponsabilità, senza distinzione tra la partecipazione all'autoesposizione al pericolo e il consenso al pericolo altrui. Tale differenziazione risulta difficile e in alcuni casi non convincente.

Se si accetta troppo rapidamente che i gestori degli impianti sportivi, gli organizzatori di competizioni di ogni tipo, gli operatori di attività avventurose siano responsabili per tali situazioni, simili offerte verranno presto meno, e questo non è certo auspicabile a livello sociale. Da un lato vengono richieste avventure emozionanti e si cerca il rischio; dall'altro, se succede qualcosa, responsabile deve essere qualcun altro. Le due cose, però, assieme non stanno bene.

