



MONT BLANC

FONDAZIONE
CENTRO INTERNAZIONALE SU
DIRITTO, SOCIETÀ E ECONOMIA
OSSERVATORIO SUL SISTEMA MONTAGNA
"LAURENT FERRETTI"



PROGETTO SKIALP@GSB

Studio Giuridico Comparato Italia - Svizzera sulla promozione della pratica dello Scialpinismo
TRA LA VALLE DEL GRAN SAN BERNARDO E LA LOCALITÀ SVIZZERA DI VERBIER

N. 24



Enti fondatori
Censis
CENTRO NAZIONALE
di PREVENZIONE
E difesa sociale
COMUNE di COURMAYEUR
REGIONE AUTONOMA
Valle d'AOSTA

COORDINATO E DIRETTO dall'Avv. WALDEMARO FLICK
CURA REDAZIONALE di CAMILLA BERIA di ARGENTINE

PUBBLICAZIONI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR
PUBLICATIONS DE LA FONDATION COURMAYEUR

ANNALI

1. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1992
2. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1993
3. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1994
4. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1995
5. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1996
6. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1997
7. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1998
8. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 1999
9. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2000
10. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2001
11. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2002
12. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2003
13. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2004
14. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2005
15. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2006
16. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2007
17. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2008
18. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2009
19. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2010
20. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2011
21. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2012
22. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2013
23. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2014
24. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2015
25. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2016
26. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2017
27. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2018
28. ANNALI DELLA FONDAZIONE COURMAYEUR ANNO 2019

COLLANA “MONTAGNA RISCHIO E RESPONSABILITÀ”

1. UNA RICOGNIZIONE GENERALE DEI PROBLEMI
2. LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA
3. I LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ DEL MAESTRO DI SCI E DELLA GUIDA
4. LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE PUBBLICO
5. LA RESPONSABILITÀ DELL'ALPINISTA, DELLO SCIATORE E DEL SOCCORSO ALPINO
6. LA VIA ASSICURATIVA
7. CODICE DELLA MONTAGNA – LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA
8. CODE DE LA MONTAGNE – LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA FRANCESE
9. CODIGO DE LOS PIRINEOS – LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA SPAGNOLA
10. CODICE DELLA MONTAGNA – 1994–2004 IL PUNTO SULLA LEGISLAZIONE, LA GIURISPRUDENZA, LA DOTTRINA
11. IL PUNTO SULLA LEGISLAZIONE, LA GIURISPRUDENZA E LA DOTTRINA 1994 – 2004 (Atti del Convegno)
12. GIORNATE DELLA PREVENZIONE E DEL SOCCORSO IN MONTAGNA
13. CODICE SVIZZERO DELLA MONTAGNA. LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA SVIZZERA
14. GIORNATE DELLA PREVENZIONE E DEL SOCCORSO IN MONTAGNA SU “COMUNICAZIONE E MONTAGNA”
15. CODICE AUSTRIACO DELLA MONTAGNA. LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA AUSTRIACA
16. GIORNATE DELLA PREVENZIONE E DEL SOCCORSO IN MONTAGNA SU “EDUCARE E RIEDUCARE ALLA MONTAGNA”

17. CD - LE INDICAZIONI DELLA LEGISLAZIONE, DELLA GIURISPRUDENZA E DELLA DOTTRINA ITALIANA, FRANCESE, SPAGNOLA, SVIZZERA E AUSTRIACA
18. GIORNATE DELLA PREVENZIONE E DEL SOCCORSO IN MONTAGNA SU “*DOMAINES SKIABLES* E SCI FUORI PISTA”
19. LA RESPONSABILITÀ DELL’ENTE PUBBLICO E DEGLI AMMINISTRATORI NELLA GESTIONE DEL TERRITORIO E DEI RISCHI NATURALI IN MONTAGNA
20. DU PIOLET À INTERNET. APPLICAZIONI TRANSFRONTALIERE DI TELEMEDICINA IN MONTAGNA
21. DU PIOLET À INTERNET. APPLICATIONS TRANSFRONTALIÈRES DE TÉLÉMÉDECINE EN MONTAGNE
22. RISCHI DERIVANTI DALL’EVOLUZIONE DELL’AMBIENTE DI ALTA MONTAGNA
23. MONTAGNA, RISCHIO E ASSICURAZIONE
24. STUDIO GIURIDICO COMPARATO ITALIA - SVIZZERA **SKIAlp@GSB**

QUADERNI

1. MINORANZE, CULTURALISMO CULTURA DELLA MONDIALITÀ
2. IL TARGET FAMIGLIA
3. LES ALPAGES: HIER, AUJOURD'HUI, DEMAIN – L'ENTRETIEN DU PAYSAGE MONTAGNARD: UNE APPROCHE TRANSFRONTALIÈRE
4. MEMORIE E IDENTITÀ: PROSPETTIVE NEI PERCORSI DEL MUTAMENTO
5. L'INAFFERRABILE ÉLITE
6. SISTEMA SCOLASTICO: PLURALISMO CULTURALE E PROCESSI DI GLOBALIZZAZIONE ECONOMICA E TECNOLOGICA
7. LE NUOVE TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE
8. ARCHITETTURA NEL PAESAGGIO RISORSA PER IL TURISMO? – 1
9. ARCHITETTURA NEL PAESAGGIO RISORSA PER IL TURISMO? – 2
10. LOCALE E GLOBALE. DIFFERENZE CULTURALI E CONTESTI EDUCATIVI NELLA COMPLESSITÀ DEI MONDI CONTEMPORANEI
11. I GHIACCIAI QUALI EVIDENZIATORI DELLE VARIAZIONI CLIMATICHE
12. DROIT INTERNATIONAL ET PROTECTION DES REGIONS DE MONTAGNE/*INTERNATIONAL LAW AND PROTECTION OF MOUNTAIN AREAS* – 1
13. DEVELOPPEMENT DURABLE DES REGIONS DE MONTAGNE – LES PERSPECTIVES JURIDIQUES À PARTIR DE RIO ET JOHANNESBURG/*SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF MOUNTAIN AREAS – LEGAL PERSPECTIVES BEYOND RIO AND JOHANNESBURG* – 2
14. CULTURE E CONFLITTO
15. COSTRUIRE A CERVINIA... E ALTROVE/*CONSTRUIRE À CERVINIA... ET AILLEURS*
16. LA RESIDENZA E LE POLITICHE URBANISTICHE IN AREA ALPINA
17. ARCHITETTURA MODERNA ALPINA 1°: I RIFUGI/*ARCHITECTURE MODERNE ALPINE: LES RIFUGES*

18. RICORDANDO LAURENT FERRETTI
19. ARCHITETTURA MODERNA ALPINA: I CAMPI DI GOLF
20. ARCHITETTURA MODERNA ALPINA: 2° I RIFUGI/*ARCHITECTURE MODERNE ALPINE: LES RIFUGES*
21. I SERVIZI SOCIO-SANITARI NELLE AREE DI MONTAGNA: IL CASO DELLA COMUNITÀ MONTANA VALDIGNE-MONT BLANC - RICERCA SU “SISTEMI REGIONALI E SISTEMI LOCALI DI *WELFARE*: UN’ANALISI DI SCENARIO NELLA COMUNITÀ MONTANA VALDIGNE-MONT BLANC”
22. IL TURISMO DIFFUSO IN MONTAGNA, QUALI PROSPETTIVE?
23. ARCHITETTURA DEI SERVIZI IN MONTAGNA - 1
24. AGRICOLTURA E TURISMO: QUALI LE POSSIBILI INTEGRAZIONI? RICERCA SU “INTEGRAZIONE TRA AGRICOLTURA E GLI ALTRI SETTORI DELL’ECONOMIA DI MONTAGNA NELLA COMUNITÀ MONTANA VALDIGNE-MONT BLANC”
25. IL TURISMO ACCESSIBILE NELLE LOCALITÀ DI MONTAGNA
26. LA SPECIFICITÀ DELL’ARCHITETTURA IN MONTAGNA
27. LA SICUREZZA ECONOMICA NELL’ETÀ ANZIANA: STRUMENTI, ATTORI, RISCHI E POSSIBILI GARANZIE
28. L’ARCHITETTURA DEI SERVIZI IN MONTAGNA – 2°
29. UN TURISMO PER TUTTI
30. ARCHITETTURA E SVILUPPO ALPINO
31. TURISMO ACCESSIBILE IN MONTAGNA
32. ECONOMIA DI MONTAGNA: COLLABORAZIONE TRA AGRICOLTURA E ALTRI SETTORI / *ÉCONOMIE DE MONTAGNE: COOPÉRATIONS ENTRE AGRICULTURE ET AUTRES SECTEURS*
33. ARCHITETTURA E TURISMO. STRUTTURE RICETTIVE E SERVIZI
34. FORTI E CASTELLI. ARCHITETTURA, PATRIMONIO, CULTURA E SVILUPPO
35. TURISMO ACCESSIBILE IN MONTAGNA – 1°

36. TURISMO ACCESSIBILE IN MONTAGNA – 2°
37. L'AGRICOLTURA DI MONTAGNA E GLI ONERI BUROCRATICI
38. VIVERE LE ALPI I° - ARCHITETTURA E AGRICOLTURA
39. CAMBIAMENTI E CONTINUITÀ NELLA SOCIETÀ VALDOSTANA. RAPPORTO SULLA SITUAZIONE SOCIALE DELLA VALLE D'AOSTA
40. TURISMO, SALUTE E BENESSERE IN MONTAGNA
41. VIVERE LE ALPI II° - INFRASTRUTTURE NEL TERRITORIO
42. VIVERE LE ALPI III° -ABITARE IN CITTÀ, ABITARE IN MONTAGNA
43. IL TURISMO ACCESSIBILE IN MONTAGNA: CAMMINI E PERCORSI *SLOW*
44. SUPERQUADERNO DI ARCHITETTURA ALPINA
45. IL TURISMO ACCESSIBILE NEI PARCHI E NEGLI AMBIENTI NATURALI DI MONTAGNA
46. TURISMO ACCESSIBILE DI MONTAGNA E PATRIMONIO CULTURALE
47. ALPI IN DIVENIRE. ARCHITETTURE, COMUNITÀ, TERRITORI
48. ARCHITETTI E TERRITORI (*in preparazione*)
49. ALPI PARTECIPATE (*in preparazione*)

ORGANI DELLA FONDAZIONE
LES ORGANES DE LA FONDATION

CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

Giuseppe DE RITA, *presidente*; Camilla BERIA di ARGENTINE, *vice presidente*;
Roberto RUFFIER; Sandro SAPIA; Alessandro TRENTO

COMITATO SCIENTIFICO

Lodovico PASSERIN d'ENTREVES, *presidente*; Enrico FILIPPI, *vice presidente*;
Alberto ALESSANDRI; Marco BALDI; Stefania BARIATTI; René BENZO;
Giorgio BIANCARDI; Guido BRIGNONE; Dario CECCARELLI; Mario
DEAGLIO; Pierluigi DELLA VALLE; Gianluca FERRERO; Maurizio FLICK;
Elsa FORNERO; Roberto FRANCESCONI; Paolo MONTALENTI; Giuseppe
NEBBIA; Guido NEPPI MODONA; Mario NOTARI; Francesco PASTORINO;
Lukas PLATTNER; Maria SEBREGONDI; Giuseppe SENA; Lorenzo SOMMO;
Anthony SPATARO; Camillo VENESIO; Enrico VETTORATO

COMITATO di REVISIONE

Giuseppe PIAGGIO, *presidente*; Giorgio BIANCARDI; Alessandro ROSSI
Massimo TERRANOVA, *supplente*

Elise CHAMPVILLAIR, *segretario generale*

Barbara SCARPARI, *assistente del Presidente*



PROGETTO SKIALP@GSB

Studio Giuridico Comparato Italia - Svizzera
sulla promozione della pratica dello Scialpinismo tra la valle del
GRAN SAN BERNARDO e la località svizzera di VERBIER

COORDINATO E DIRETTO DA WALDEMARO FLICK
FONDAZIONE COURMAYEUR MONT BLANC

N. 24

INDICE

PROFILI DI DIRITTO CIVILE

Antropizzazione di una valle alpina e responsabilità in caso di caricamento online di tracciati scialpinistici in Italia

a cura di MAURIZIO FLICK

*avvocato in Genova; componente, Comitato scientifico,
Fondazione Courmayeur Mont Blanc*

1. Il progetto Skialp: caricare itinerari scialpinistici su piattaforme onlinepag.	15
2. L'evoluzione della montagna, dei suoi fruitori e della giurisprudenza. Il contesto in cui andrebbe a collocarsi il progetto Skialppag.	16
3. Diritto penale vs diritto civile: il lento passaggio da una visione panpenalistica a una civilisticapag.	21
4. Il gestore delle aree sciabili attrezzate: sinistro in pista e fuoripistapag.	24
4.1 Responsabilità del gestore delle aree sciabili in caso di sinistro su pista.....pag.	27
4.2 Responsabilità in caso di sinistro fuori pista.....pag.	31
4.3 Responsabilità e fattispecie ibride: il caso delle piste di fatto.....pag.	36
4.4 La colpa omissiva.....pag.	37
4.5 Considerazioni di sintesi.....pag.	39
5. Il pubblico amministratorepag.	42
5.1 Le responsabilità del pubblico amministratore in montagna.....pag.	42
5.2 Responsabilità oggettiva.....pag.	43
5.3 Responsabilità extracontrattuale.....pag.	45
5.4 La Direttiva valanghe (Direttiva PCM 12 agosto 2019).....pag.	46
5.5 Le tracce di ascensioni caricate online, realtà assimilabili ai sentieri?.....pag.	47
5.6 Gestione dei sentieri e responsabilità in caso di sinistro verificatosi nelle vicinanze di un sentiero: il punto di vista della recente giurisprudenza.....pag.	50
5.7 Caduta massi su sentiero.....pag.	52
5.8 Possibili disclaimer per esenzione responsabilità da caricamento della traccia.....pag.	53
5.9 Considerazioni conclusive.....pag.	59
6. Responsabilità dello sciatore o scialpinista fuoripista: il concorso di colpapag.	55
7. I professionisti della montagna: la guida alpina e il maestro di scipag.	58
7.1 La guida alpina.....pag.	59
7.1.1 La legge n. 6 del 2 gennaio 1989 recante il titolo "Ordinamento della professione di guida alpina".....pag.	59

7.1.2 Le responsabilità della guida alpina.....	pag. 60
7.1.3 Ipotesi di responsabilità della guida alpina in caso di aggiornamento delle condizioni della traccia caricata <i>online</i> ...	pag. 65
7.2 L'accompagnatore del CAI	pag. 65
7.3 Il maestro di sci	pag. 66
7.4 Considerazioni conclusive. Maestro di sci e guida alpina a confronto: chi, quando e come può effettuare lo scialpinismo e il <i>freeride</i>	pag. 70

PROFILI DI DIRITTO PENALE

a cura di RICCARDO CRUCIOLI
giudice, Tribunale di Genova

Premessa	pag. 75
1. I reati: valanga; omicidio; lesione	pag. 76
2. Il reato colposo	pag. 79
3. La responsabilità dei gestori di impianti sciistici	pag. 85
3.1 La legge statale 363/2003	pag. 86
3.2 I pericoli interni alla pista: i pericoli “tipici” e “atipici”.....	pag. 87
3.3 I pericoli esterni alla pista.....	pag. 90
3.4 Il fuori pista.....	pag. 93
3.5 La c.d. pista di fatto	pag. 95
3.6 La volontaria esposizione al pericolo: l'autodeterminazione	pag. 100
4. Una piccola digressione: l'accompagnatore di fatto	pag. 103
5. La responsabilità di chi crea o gestisce i percorsi in “territorio libero	pag. 107
5.1 Un caso di diritto civile con principi utili anche nel “territorio” penale ..	pag. 112
6. Le ordinanze	pag. 114
7. Conclusioni	pag. 116

SVIZZERA PARTE GENERALE

a cura di MICHELE GIUSO
avvocato in Genova

Introduzione	pag. 121
Il “sistema” svizzero	pag. 121
Alcuni dati statistici	pag. 122
Scialpinismo - escursionismo invernale: un'attività temeraria	pag. 123
Atti temerari assoluti	pag. 124
Atti temerari relativi	pag. 124
Scialpinismo e sci escursionismo transfrontalieri: quale diritto?	pag. 124
Il concetto di autoresponsabilità	pag. 125
Le fonti di riferimento per il “dovere di garantire la sicurezza” (<i>Verkehrssicherungspflicht</i>)	pag. 127
Infrastrutture per sport da neve	pag. 128
La responsabilità del gestore delle piste	pag. 128

Limiti spaziali del controllo sulle piste	pag. 129
Zona non controllata	pag. 130
La responsabilità penale “da valanga”	pag. 131
Valanghe e processi	pag. 131
Vietare lo scialpinismo e attività affini: una scelta possibile?	pag. 132
Sci escursionismo sulle piste e/o fuori orario: un fenomeno in crescita	pag. 132
Le cinque regole	pag. 132
La “Legge federale concernente l’attività di guida alpina e le offerte di altre attività a rischio”	pag. 133
Autorizzazione e assicurazione	pag. 136
Maestro di sport sulla neve o guida alpina?	pag. 136
Qualificazione del contratto	pag. 137
Clausole “liberatorie” di esclusione / limitazione della responsabilità	pag. 137
- I limiti alle clausole liberatorie	pag. 137
- Ulteriori limitazioni alle “clausole liberatorie”	pag. 138
Pubblicità e responsabilità	pag. 139
- Pubblicità generica o specifica	pag. 139
Escursionismo invernale	pag. 140
L’autoresponsabilità dell’escursionista invernale	pag. 141
Responsabilità civile del Cantone e dei Comuni	pag. 142
La responsabilità del proprietario dell’opera sentieri come “opera”?	pag. 143
Chi è il “proprietario” dell’opera?	pag. 143
Sintesi	pag. 144

PROFILS DE DROIT CIVIL

Anthropisation d’une vallée alpine et responsabilité en cas de mise en ligne d’itinéraires de ski-alpinisme en Italie

MAURIZIO FLICK

*avocat en Gêne ; membre du Comité scientifique,
Fondation Courmayeur Mont Blanc*

1. Le projet Skialp : mettre en ligne sur des plates-formes des itinéraires de ski-alpinisme	pag. 149
2. L’évolution de la montagne, de ses utilisateurs et de la jurisprudence. Le contexte où se situerait le projet Skialp	pag. 150
3. Droit pénal vs droit civil : le lent passage d’une vision entièrement pénale à une vision relevant du droit civil	pag. 155
4. L’exploitant des espaces skiables aménagés : sinistre en piste et hors-piste	pag. 159
4.1 Responsabilité de l’exploitant des espaces skiables en cas d’accident sur les pistes	pag. 161
4.2 Responsabilité en cas de sinistre hors-piste	pag. 165
4.3 Responsabilité et cas hybrides : les pistes de fait	pag. 171
4.4 La faute par omission	pag. 172

4.5 Considérations finales	pag. 174
5. L'administrateur public	pag. 177
5.1 Les responsabilités de l'administrateur public en montagne.....	pag. 177
5.2 Responsabilité objective	pag. 178
5.3 Responsabilité extracontractuelle	pag. 181
5.4 La Directive avalanches (Directive PCM 12 août 2019).....	pag. 182
5.5 Les traces d'ascension mises en ligne, des réalités assimilables aux sentiers ?	pag. 182
5.6 Gestion des sentiers et responsabilité en cas de sinistre à proximité d'un sentier : le point de vue de la jurisprudence récente ...	pag. 186
5.7 Chute de pierres sur sentier	pag. 187
5.8 Avertissements possibles pour décharge de responsabilité en cas de téléchargement de la trace	pag. 189
5.9 Considérations finales	pag. 190
6. Responsabilités du skieur ou du skieur d'alpinisme hors-piste : la négligence	pag. 191
7. Les professionnels de la montagne : le guide de montagne et le moniteur de ski	pag. 193
7.1 Le guide de montagne	pag. 194
7.1.1 La loi n° 6 du 2 janvier 1989 « Réglementation de la profession de guide de montagne »	pag. 194
7.1.2 Les responsabilités du guide de montagne	pag. 196
7.1.3 Hypothèses de responsabilité du guide de montagne en cas de mise à jour des conditions de la trace téléchargée en ligne.....	pag. 200
7.2 L'accompagnateur du CAI	pag. 201
7.3 Le moniteur de ski	pag. 202
7.4 Considérations finales. Une comparaison entre moniteur de ski et guide de montagne : qui, quand et comment il est possible d'effectuer ski-alpinisme et <i>freeride</i>	pag. 206

PROFILS DE DROIT PÉNAL

RICCARDO CRUCIOLI

juge, Tribunal de Gêne

Introduction.....	pag. 211
1. Les délits: avalanche, homicide, lésion	pag. 212
2. Le délit non intentionnel.....	pag. 215
3. La responsabilité des exploitants de remontées mécaniques	pag. 221
3.1 La loi italienne 363/2003.....	pag. 223
3.2 Les dangers sur la piste : les dangers « typiques » et « atypiques » ..	pag. 224
3.3 Les dangers en-dehors de la piste	pag. 227
3.4 Le hors-piste	pag. 231
3.5 La «piste de fait »	pag. 232
3.6 L'exposition volontaire au danger: l'autodétermination	pag. 237
4. Une petite digression: l'accompagnateur de fait	pag. 241
5. La responsabilité de celui qui crée ou gère les parcours en «territoire libre »	pag. 245

5.1 Un cas de droit civil avec des principes également utiles dans le « territoire » pénal	pag. 250
6. Les arrêtés	pag. 252
7. Conclusions	pag. 254

SUISSE PARTIE GÉNÉRALE

MICHELE GIUSO
avocat en Gêne

Introduction	pag. 259
Le « système » Suisse	pag. 259
Quelques données statistiques	pag. 260
Ski-alpinisme - randonnée d'hiver : une activité téméraire ?	pag. 261
Actes téméraires absolus	pag. 262
Actes téméraires relatifs	pag. 262
Ski-alpinisme et ski de randonnée transfrontaliers : quel droit ?	pag. 262
Le concept d'auto-responsabilité	pag. 264
Les sources de référence pour le « Devoir de garantir la sécurité » (Verkehrssicherungspflicht)	pag. 265
Infrastructures pour sports de neige	pag. 266
La responsabilité de l'exploitant des pistes	pag. 266
Limites spatiales du contrôle sur les pistes	pag. 268
Zone non contrôlée	pag. 268
La responsabilité pénale liée aux avalanches	pag. 269
Avalanches et procès	pag. 269
Interdire le ski-alpinisme et les activités proches : un choix possible ?	pag. 270
Ski de randonnée sur les pistes et/ou en-dehors des horaires : un phénomène croissant	pag. 270
Les cinq règles	pag. 271
La « Loi Fédérale concernant l'activité de guide de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque »	pag. 271
Autorisation et assurance	pag. 274
Professeur de sport de neige ou guide de montagne ?	pag. 275
Qualification du contrat	pag. 275
Clauses « libératoires » d'exclusion / limitation de la responsabilité	pag. 276
- Les limites aux clauses libératoires	pag. 276
- Limitations supplémentaires aux « clauses libératoires »	pag. 277
Publicité et responsabilité	pag. 277
- Publicité générique ou spécifique	pag. 278
Randonnée hivernale	pag. 279
L'auto-responsabilité du randonneur d'hiver	pag. 280
Responsabilité civile du Canton et des Communes	pag. 281
La responsabilité du propriétaire de l'ouvrage - Les chemins sont-ils des « ouvrages » ?	pag. 281
Qui est le « propriétaire » de l'ouvrage ?	pag. 282
Synthèse	pag. 282

ANALYSE JURIDIQUE

VALENTINE RODUIT-ROSSIER

avocate au barreau du Valais

I. Préambule	pag. 284
II. La notion d'administration publique et d'organisme public	pag. 284
III. La responsabilité de la collectivité publique	pag. 285
a. En général	pag. 285
b. La responsabilité - Acteur privé ou puissance publique	pag. 285
c. La responsabilité civile	pag. 286
d. Quant au pôle de ski-alpinisme	pag. 288
e. La collectivité propriétaire d'un ouvrage	pag. 289
f. Délimitation avec la responsabilité individuelle	pag. 289
IV. Conclusions - responsabilité civile	pag. 290
V. Responsabilité pénale	pag. 291
a. De l'organisme public	pag. 291
b. Individuelle	pag. 293
VI. Conclusions responsabilité pénal	pag. 293
VII. Publicité et responsabilité	pag. 294
VIII. Synthèse	pag. 295

STUDIO GIURIDICO COMPARATO
ITALIA-SVIZZERA
(PROGETTO SKIALP@GSB)

COORDINATO E DIRETTO DA WALDEMARO FLICK
Fondazione Courmayeur MONT BLANC

ITALIA

PROFILI DI DIRITTO CIVILE

**Antropizzazione di una valle alpina e responsabilità in caso
di caricamento *online* di tracciati scialpinistici in Italia**

A CURA DI MAURIZIO FLICK

avvocato in Genova

componente, Comitato scientifico, Fondazione Courmayeur Mont Blanc

1. Il progetto *Skialp*: caricare itinerari scialpinistici su piattaforme *online*

Il progetto *SKIALP@GSB* si pone l'ambizioso obiettivo di far diventare la Valle del Gran San Bernardo un punto di riferimento per lo scialpinismo. Si tratta di un progetto pilota, di un esperimento, considerato che lo scialpinismo è uno sport ancora poco strutturato a livello turistico e tendenzialmente lasciato alla libera organizzazione di chi lo pratica.

Per far diventare la Valle del Gran San Bernardo un punto di riferimento per lo scialpinismo, secondo le premesse indicate nel progetto, è necessaria una maggiore collaborazione transfrontaliera tra la Valle d'Aosta e il Vallese (Svizzera).

Qui viene a collocarsi il presente studio giuridico comparato che si propone di approfondire anzitutto la normativa vigente nei rispettivi Paesi – Italia e Svizzera – relativa allo scialpinismo, con particolare riferimento alla zona del Gran San Bernardo, la responsabilità di coloro che praticano lo scialpinismo, sia a livello amatoriale che professionale, nonché quelle del pubblico amministratore e del gestore delle aree sciabili attrezzate.

Nell'ambito del progetto, il Comune di Saint-Rhémy-En-Bosses (capofila) sta valutando l'opportunità di pubblicizzare 30 itinerari di scialpinismo su una piattaforma telematica denominata "Gulliver" ed eventualmente anche tramite altri strumenti. Ne discendono una serie di problemi nuovi, a quanto ci risulta mai trattati in letteratura. Uno dei temi che spicca maggiormente riguarda le eventuali responsabilità che potrebbero essere imputate al pubblico amministratore in caso di sinistro sul tracciato pubblicizzato *online*. Bisogna infatti chiedersi se lo scialpinista, a fronte di un itinerario caricato sulla piattaforma *online* da parte del Comune, possa fare affidamento sulla "sicurezza" dello stesso e quindi, in caso di eventuali danni patiti percorrendolo, possa imputare all'amministrazione comunale una qualche responsabilità, magari a fronte della valanga che lo ha colpito durante l'ascensione o del sinistro occorso con altro scialpinista.

Peraltro, il progetto prevede che le Guide Alpine locali siano fornite di una app che consenta a queste ultime di aggiornare lo stato di un tracciato non appena lo abbiano percorso. Però, anche in questo caso, potrebbe insorgere il rischio di renderle responsabili di reati colposi, o di responsabilità extracontrattuale, qualora si verificassero sinistri causati dalle informazioni fornite o da quelle omesse.

Ma i soggetti che possono potenzialmente essere chiamati a rispondere, qualora si giungesse alla realizzazione del progetto, sono i più svariati, in questa sede ci si limita a prendere in considerazione i principali. Lo scialpinista che utilizza la traccia per l'ascensione, il gestore delle aree sciabili attrezzate, il pubblico amministratore, la guida alpina, il maestro di sci e l'accompagnatore non professionale.

È chiaro che ogni fattispecie deve essere analizzata autonomamente partendo dal presupposto che, in primo luogo, il repentino cambiamento dei paesaggi montani rischia di rendere una traccia su internet inaffidabile già dopo poche ore.

E ancora, vi è da interrogarsi sul grado di affidamento che si possa attribuire ad una semplice traccia caricata su internet e cosa la differenzi da un sentiero tradizionale. Quali responsabilità siano imputabili al gestore del sentiero e se esse,

per analogia, possano essere addebitate anche a colui che carica una traccia su internet. Questi temi saranno oggetto del presente studio.

2. L'evoluzione della montagna, dei suoi fruitori e della giurisprudenza. Il contesto in cui andrebbe a collocarsi il progetto *Skialp*

Se trent'anni fa uno scialpinista avesse causato una valanga in uno spazio aperto e incontaminato durante un'ascensione, un'ipotetica corte chiamata a giudicarlo avrebbe circoscritto la responsabilità dell'atto a chi l'aveva perpetrato.

Oggi, l'ipotetica corte rifletterebbe anche sulla responsabilità di chi ha trasportato lo scialpinista nelle vicinanze della vetta con una funivia (magari per non avergli fornite le dovute informazioni sui rischi di quell'area), del Sindaco del Comune ove la valanga è caduta (per non aver inibito l'accesso a quell'area a fronte del rischio valanghe), della guida alpina che passava nelle vicinanze (per non essere intervenuta).

Fino a trenta, quarant'anni fa, il rapporto tra fruitore della montagna (sciatore, alpinista, scialpinista, escursionista) e operatore della montagna in senso lato (maestro di sci, guida alpina, gestore degli impianti e delle piste da sci e pubblico amministratore dei comuni montani) aveva dei connotati del tutto peculiari, determinati dal fatto che entrambi i soggetti del rapporto erano ben coscienti che gran parte del fascino dell'attività in montagna spesso consisteva proprio nell'affrontare la tensione generata dal pericolo e superarla con l'impiego delle proprie doti fisiche e morali¹.

Poche negli anni '60 e '70 sono state, ad esempio, le controversie tra guida alpina e cliente giunte in aule giudiziarie², ciò è strano considerato l'alto numero di sinistri che si registravano nella pratica dell'alpinismo³. La spiegazione più plausibile è da ricercarsi nel principio di autoresponsabilità, che comporta una forte assunzione del rischio da parte di colui che si approccia a una determinata attività, in questo caso colui che fruisce della montagna.

Tra quelle poche risalenti sentenze, la maggior parte erano assolutorie per le guide, escludevano ogni tentativo di inversione dell'onere della prova a suo sfavo-

¹ Osservazioni in questo senso venivano già formulate da M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza*, in *I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aosta, pp. 65-67. In dottrina pochi sono i contributi sulla responsabilità della guida alpina, tra questi si possono ricordare M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Milano, 2016, pp. 181-184; L. LENTI, *La responsabilità civile delle guide e degli accompagnatori non professionali nell'alpinismo e nell'escursionismo*, in G. FORNASARI, U. IZZO, L. LENTI, F. Morandi, *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. La Montagna*, Torino, 2013, pp. 379 ss.; G. CIURNELLI, *I contratti del tempo libero*, in CIURNELLI, MONTICELLI, ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Milano, 1994, pp. 299-300; A. SASSI, *Guida alpina*, ne *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, VIII, *Tempo libero*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Torino, 2004, p. 45; A. GAMBARO, *In tema di responsabilità della guida alpina* in *Riv. dir. sport.*, 1978, p. 459. R. CHABOD, *Il contratto di guida*, in *Riv. dir. sport.*, 1959, p. 270 ss.

² Pochissimi sono i precedenti giurisprudenziali in materia.

³ Il medesimo discorso vale anche per gli altri sport di montagna, l'andamento è simile.

re⁴. Sembrava sussistere nel rapporto guida-cliente una sorta di patto implicito di esonero della responsabilità per colpa della guida⁵.

Questo era particolarmente vero nel tempo in cui il mestiere di guida alpina aveva una connotazione turistico-elitaria, caratterizzata da un'accesa passione per la montagna, accompagnata spesso da una poderosa preparazione e capacità tecnica, da un forte spirito di rispetto e di solidarietà sia nella guida alpina che nel cliente. Il medesimo discorso valeva per il rapporto tra allievo e maestro di sci⁶.

Ancora, discorso simile si potrebbe fare con riferimento al mutato rapporto intercorrente tra gestore delle piste e degli impianti e sciatore. In questo caso, fino all'inizio del XXI secolo, lo sciatore infortunatosi aveva discrete probabilità di riuscire ad ottenere il risarcimento del danno per il sinistro verificatosi durante la risalita sugli impianti, difficilmente gli veniva invece riconosciuto un ristoro dei danni patiti se il sinistro si era verificato sulla pista⁷.

Non molto diverso è l'ampliamento delle maglie dei risarcimenti a cui si è assistito anche in tema di responsabilità del pubblico amministratore per danni verificatisi su beni demaniali. La giurisprudenza tendeva ad escludere l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. (responsabilità da cose in custodia) in caso di beni facenti parte del demanio pubblico. Tale norma non era applicata quando, a causa dell'estensione e dell'uso generalizzato e diretto da parte dei terzi, non era possibile svolgere i doveri di vigilanza posti a carico del custode⁸. La giurisprudenza è oggi radicalmente cambiata e si è orientata ad affermare un più pregnante dovere di custodia in capo alla P.A.

⁴ Cfr. Sul punto M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza*, in *I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, cit., p. 65. Si ricordano al riguardo alcune pronunce penali: T. Trento G.I. 6 dicembre 1949, imputati Merci e Endrizzi; T. Trento G.I. 11 ottobre 1968, imputato Stenico; T. Trento 9 novembre 1979, imputato Finetto; App. Trento 14 aprile 1980, imputato Finetto; App. Torino — Sezione istruttoria — 5 gennaio 1983, imputato Rosti.

⁵ Ciò pur nella consapevolezza che la vita e l'integrità fisica non sono diritti disponibili (art. 5 c.c.) e che quindi non possono essere oggetto di regolamentazione contrattuale Cfr. sul principio di auto-responsabilità in montagna le acute osservazioni di L. LENTI, *Montagna, libertà e responsabilità*, in G. Fornasari, U. IZZO, L. LENTI, F. MORANDI, *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. La Montagna*, Torino, 2013, p. 107.

⁶ Con riferimento all'applicabilità dell'art. 2236 c.c. al maestro di sci cfr. G. CHINÈ, «*Con la neve alta così*»: di sci, impianti di risalita e responsabilità civile, in *Riv. dir. sport.*, 1995, p. 594; M. AMBROSIO e M. BONA, *Responsabilità dei maestri di sci*, cit., pp. 905-906, i quali, richiamando l'inedita pronuncia del T. Torino, 28 maggio 1994, che ha dichiarato l'inapplicabilità della norma in discorso all'ipotesi in cui un allievo era stato travolto da una valanga sciando fuori pista sulla base del rilievo che, nel caso di specie, il maestro non era stato chiamato a risolvere problemi di particolare difficoltà, ma ad usare l'ordinaria prudenza, osservano, che, nell'applicazione giurisprudenziale, l'operatività della norma in parola è praticamente inesistente o comunque limitata ad ipotesi assolutamente marginali, perché nei fatti di difficile verifica; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, ne *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, collana diretta da P.G. MONATERI, Milano, 2002, p. 165; F. LORENZATO, *La responsabilità civile del maestro e della scuola di sci*, in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, a cura di IZZO e PASCUZZI, Torino, 2006, p. 132.

⁷ Certamente il riconoscimento del contratto di *skipass* ha ampliato l'ombrello delle responsabilità che ricadono sul gestore delle piste, *rectius* delle aree sciabili attrezzate a seguito della Legge n. 363/2003.

⁸ Si riteneva applicabile l'art. 2051 nei confronti della P.A. per le categorie di beni demaniali quali le strade pubbliche solamente quando, per le ridotte dimensioni, ne era possibile un efficace controllo ed una costante vigilanza da parte della P.A., tale da impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti (C. 20827/2006).

C'è un aspetto importante da prendere in considerazione per leggere questi dati: rispetto al passato, oggi, la realtà è mutata. L'aumento del benessere, il conseguente aumento delle capacità finanziarie e del tempo libero per strati sempre più larghi della popolazione, la facilità e la rapidità dei trasporti anche via fune, la scoperta dell'effetto salutare e terapeutico dello sport alpino, hanno portato sulle montagne – oramai tutte ampiamente scoperte e prive di segreti – masse enormi di turisti provenienti dalle città, mediamente privi non solo di cognizioni tecnico-alpinistiche, ma spesso anche di semplice spirito sportivo, o addirittura di senso ecologico, desiderosi di emulare i modelli imposti dai *media*, ma incapaci di valutare il rischio che vanno affrontando e quindi non in grado di assumersene consapevolmente la responsabilità⁹.

Molto è cambiato in questi anni e i casi ora brevemente illustrati sono solo la punta di un *iceberg* che non può essere oggetto di approfondimento del presente scritto, ma che permette di comprendere come attualmente vi sia una tendenza generale che non può essere ignorata.

In relazione a tale nuovo tipo di fruitore della montagna, l'ordinamento ha cercato di trovare forme di tutela più appropriate, aprendosi maggiormente alle pretese dei danneggiati, non volendo – o forse non potendo – più seguire pedissequamente la teoria dell'autoresponsabilità¹⁰ o quella del consenso dell'avente diritto¹¹, espressione di una mentalità individualistica che sembra mal conciliarsi con le nuove concezioni sociali¹².

Un più sviluppato senso della solidarietà porta oggi a proteggere l'uomo-massa dalla sua stessa volontà di esporsi al rischio da altri creato, anche a scopo di lucro, soprattutto quando vi sia sottovalutazione del pericolo a cui egli si espone, spesso semplicemente per ignoranza¹³.

E così, tornando ad uno dei casi che qui più interessa, la professione di guida alpina è andata perdendo il suo carattere etico-romantico per assumerne necessariamente uno più tipicamente pratico-economico: non più quello tradizionale di accompagnatore di alpinisti ardimentosi e già tecnicamente preparati verso la vetta, ma di "operatore turistico della montagna", garante del corretto atteggiamento dei suoi clienti verso la montagna.

La conseguenza è che il comportamento dei professionisti della montagna viene oggi valutato dai Tribunali con maggior rigore, spesso con l'esclusione dell'efficacia

⁹ Il tema è esaurientemente trattato da L. LENTI, *La responsabilità civile delle guide e degli accompagnatori non professionali nell'alpinismo e nell'escursionismo*, cit., pp. 379 ss.

¹⁰ Su tutti cfr. V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, p. 109 ss.

¹¹ Trattasi, come è noto, di causa di giustificazione prevista dall'art. 50 c.p. in base alla quale non è punibile chi lede o mette in pericolo un diritto con il consenso della persona offesa. Posta la rilevanza dell'autonomia privata, l'efficacia del consenso non è illimitata. L'illecito compiuto è infatti giustificato dal consenso del soggetto passivo solo se questi esercita tale facoltà in riferimento ai diritti disponibili.

¹² I «punti di frattura» fra i due paradigmi contrattuali, quello classico e quello del consumatore, a livello generale sono chiaramente individuati da V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in Roppo, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, 25 ss.; e ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss., specie 679 ss. Sulle specifiche caratteristiche che contraddistinguono il consumatore v., ex multis, F. BARTOLINI, *Il consumatore: chi era costui?*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 386-393.

¹³ V. a riguardo M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza, in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, cit., pp. 65-67.

scriminante a favore della guida dello stato di necessità (art. 54 cpv. c.p.) e talvolta con l'applicazione dell'istituto dell'inversione dell'onere della prova, ovvero col riconoscere che l'attività alpinistica è per sua natura attività pericolosa (art. 2050 c.c.)¹⁴.

Allo stesso modo, come si accennava, anche il pubblico amministratore nel corso degli anni è stato sempre più spesso coinvolto in processi, sia civili che penali e da ultimo anche contabili, proprio a fronte di questa nuova concezione solidaristica che trova sempre più riscontro.

Il pericolo che si può correre con una lettura in questi termini è, però, quello di addossare eccessiva responsabilità in capo ai soggetti che a diverso titolo operano in montagna, luogo ove il rischio rimane ineliminabile.

La montagna deve oggi misurarsi con dinamiche contraddittorie dove troppi chiedono più tutele, sicurezza, protezione, spesso senza ragionare minimamente sul concetto di auto-responsabilità e su una maggiore consapevolezza dei rischi.

La montagna è diventata sempre più un fenomeno di turismo di massa, favorito dallo sviluppo della tecnica, dei mezzi meccanici e delle stesse discipline sportive. Tutti interessi che sono prevalentemente positivi, perché portano benessere e progresso, ma contemporaneamente sono fonte continua di problematiche nuove, di domande su nodi ancora in parte irrisolti, causati proprio dall'accesso sempre più facilitato alla montagna e da ciò che ne consegue. E così, ci si interroga su quali siano i limiti, i ruoli e i confini oggi da rispettare.

Questi nodi da sciogliere derivano anche dalla perdita nella collettività della percezione dei rischi che, al tempo stesso, contemporaneamente e contraddittoriamente, alimenta domande di protezione a tutto campo.

La conseguenza è che quando un soggetto subisce un danno, troppo spesso, invoca a gran voce protezione, chiede tutela giuridica, civile e/o penale, chiede indennizzi e risarcimenti, chiede che venga individuato un colpevole di quel fatto a cui magari ha fortemente concorso.

È cresciuta in maniera esponenziale la convinzione che ad ogni rischio deve corrispondere per forza la responsabilità di qualcuno, così come è esplosa la cultura ben definita della "protezione attesa" a tutti i costi.

La tendenza odierna da parte dei consociati è sintetizzabile con la formula: "*minima autoresponsabilità, massima richiesta di autotutela*".

Le risposte da parte delle corti a queste richieste di tutela giungono e tendenzialmente sono di accoglimento. L'idea, in generale, e quasi a prescindere, è che più si risarcisce e meglio è; si giunge al paradosso che la disciplina della responsabilità in ambito civile sia tanto più avanzata e apprezzabile, tanto più moderna e progressiva, quanto più permette di espandere il complessivo "fatturato" dei risarcimenti contabilizzati nel sistema¹⁵.

¹⁴ Cfr. a riguardo la sentenza del Tribunale civile di Verbania, 17 febbraio 1994, Luigi Montani c/ Associazione Guide Alpine Italiane, la quale sostiene l'applicabilità dell'art. 2050 c.c., ove si afferma che: "*Sembra del tutto evidente, anche per chi non ha pratica della montagna e delle sue insidie, che l'arrampicamento e la risalita di pareti esposte, comportano inevitabilmente pericolo per la propria incolumità personale, essendo sempre possibile che incidenti di varia natura causino il distacco dell'alpinista e la caduta a valle*", con conseguente condanna della convenuta A.G.A.I., che non aveva potuto fornire la prova diabolica di aver "*adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*".

¹⁵ L'incisiva formula è utilizzata da V. ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018 sul sito internet www.questionegiustizia.it.

Secondo la migliore dottrina, la storia della responsabilità civile italiana è la storia di una traslazione progressiva dei danni: un sistema dove i principi cardine della responsabilità vengono resi flessibili per far sì che il danno non rimanga dove si è verificato¹⁶. Contro questa generalizzata bulimia risarcitoria anche in dottrina sono però poche le voci che si muovono in senso contrario¹⁷.

In ogni caso, un dato si può rilevare: nell'esperienza italiana si ha un passaggio un po' schizofrenico da una fase in cui si risarciva decisamente troppo poco a una fase in cui probabilmente si risarcisce troppo¹⁸.

Questo nuovo approccio in ambito montano rischia di comportare notevoli cambiamenti di tendenza rispetto al passato, dando spazio ad una deresponsabilizzazione dei fruitori della montagna e al contempo accollando eccessive responsabilità in capo alle guide alpine, ai maestri di sci, ai gestori delle aree sciabili attrezzate, nonché ai Sindaci dei Comuni di montagna.

È allora giusto oggi domandarsi se sia corretta la posizione del fruitore della montagna che in caso di danno cerchi sempre e comunque protezione e un soggetto a cui addossare la responsabilità.

Viste le premesse, si può comprendere meglio come queste dinamiche potrebbero portare a derive: ad esempio a emulare ciò che è accaduto per lungo tempo in ambito sanitario con la famigerata "medicina difensiva"¹⁹. Condotte miopi che, traslate in ambito montano, potremmo chiamare di "montagna difensiva": gli operatori della montagna, a diverso titolo, potrebbero adottare condotte di tal sorta perché mossi dalla paura di non potersi difendere adeguatamente in giudizio.

Un tale quadro di riferimento è da scongiurare. L'approccio dell'ordinamento verso queste dinamiche è come un pendolo che ciclicamente si muove da una parte all'altra. Per molto tempo il pendolo è rimasto inclinato verso una posizione quasi di sfavore per i danneggiati in montagna, ha poi avuto un brusco assestamento nel favorire il fruitore della montagna danneggiato, ora potrebbe smuoversi nuovamente trovando un giusto equilibrio se le corti sapranno leggere senza pregiudizi e in maniera corretta i numerosi cambiamenti che stanno caratterizzando gli sport e le svariate attività che si effettuano in montagna²⁰.

¹⁶ P. Trimarchi nei corsi istituzionali di diritto privato sin dagli anni '60 del secolo scorso, secondo quanto riportato da V. ROPPO, usava dire: *"Il risarcimento elimina il danno dal punto di vista (soggettivo) della vittima; ma non lo elimina dal punto di vista (oggettivo) della società nel suo insieme, che continua a soffrire per la risorsa distrutta. Per proteggere l'interesse della società alla conservazione delle risorse è dunque essenziale la funzione preventiva"*, cit.

¹⁷ In questo senso si possono citare V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi, in juscivile*, 2017, p. 6; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.

¹⁸ È questa la conclusione netta cui giunge V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, cit., p. 6 ss.

¹⁹ Sul punto è bene citare la *Legge Gelli-Bianco* (l. 8 marzo 2017, n. 24), che segue la dibattuta *Legge Balduzzi* (l. 8 novembre 2012, n. 189). Entrambi questi provvedimenti normativi hanno cercato di combattere la c.d. "medicina difensiva" alleggerendo l'onere probatorio a carico del personale sanitario. Nei paragrafi a seguire il tema sarà ulteriormente trattato, si rinvia pertanto a tale sede per eventuali approfondimenti.

²⁰ Tra le diverse novità che hanno toccato la professione della guida alpina negli ultimi anni, vi è la libertà di prestare servizi e la temporanea mobilità dei professionisti nel contesto del mercato interno europeo, senza che da ciò derivi lo stabilimento nello Stato membro ospitante. La Direttiva europea 2005/36/CE, aggiornata nel 2013 dalla Direttiva 2013/55/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche

Questo discorso è fondamentale per capire l'andamento generale, come il *trend* sia decisamente più rigoroso rispetto al passato per coloro che operano in montagna e come un progetto come quello ipotizzato per la Valle del Gran San Bernardo debba essere analizzato rispetto a realtà che sono in movimento, non solo nel pianeta montagna, ma anche e soprattutto relativamente all'intera materia della responsabilità, sia contrattuale che extracontrattuale. Di seguito cercheremo di tratteggiare le diverse responsabilità che potrebbero essere imputate in caso di realizzazione del progetto ai soggetti che a diverso titolo operano in montagna.

Partiremo dal gestore delle aree sciabili attrezzate passando per la P.A., toccando gli sciatori e gli scialpinisti per poi concludere coi professionisti della montagna (guida alpina e maestro di sci).

3. Diritto penale vs diritto civile: il lento passaggio da una visione panpenalistica a una civilistica

Una considerazione preliminare ulteriore la si vuole esprimere e ha ad oggetto i diversi bacini che l'ordinamento offre per tutelare le stesse posizioni giuridiche in montagna: in particolare, il diritto civile, il diritto penale e il diritto amministrativo.

Per troppo tempo, tra tutti i rimedi giuridici astrattamente utilizzabili per affrontare i rischi della montagna e gli altri rischi della modernità, è stato privilegiato il momento repressivo della sanzione penale, emarginando e rendendo in tal modo scarsamente appetibili e utilizzabili gli altri due serbatoi offerti dalla *responsabilità civile* e dalla variegata gamma degli strumenti propri del *diritto amministrativo*.

Anche in questo caso possiamo usare l'efficace immagine del pendolo che ciclicamente si muove da una parte all'altra. Per molto tempo è rimasto inclinato verso il diritto penale, a nostro avviso è ora di smuoverlo verso il diritto civile per svariate ragioni.

Questo è il problema di fondo: si passa sempre il testimone al processo penale come luogo di soluzione dei problemi di massa. Ma non ci sembra un buon modo di procedere per diversi motivi che brevemente cerchiamo di elencare nel prosieguo:

- 1) In primo luogo, perché si alimenta una visione "panpenalistica" dei problemi sociali, facendo confluire tutto nell'imbuto del penale con alla base una pericolosa illusione, che è la tipica illusione repressiva per cui si dice: privilegiamo il penale perché così i cittadini sanno che rischiano delle sanzioni penali e non commetteranno più certe azioni (funzione preventiva, repressiva, deterrente). Tante volte abbiamo letto sui giornali, sull'onda emotiva di un incidente da valanga, paventare soluzioni penalistiche come se questa strada fosse una panacea, un rimedio universale capace di risolvere qualsiasi problema.

professionali ha introdotto disposizioni volte ad agevolare la libera prestazione di servizi e al contempo salvaguardare la sicurezza pubblica e la tutela dei consumatori. In particolare, la professione di guida alpina è disciplinata in maniera molto diversa tra Stati membri e non sempre la normativa mira ad avere professionisti qualificati che sappiano garantire la sicurezza in montagna. La disparità di formazione può causare diversi problemi per l'amministrazione competente nel giudicare l'idoneità del titolo conseguito nel paese d'origine.

Si è capito invece da quel dì che l'evocazione di questa idea e la funzione del penale non funziona più come momento di prevenzione generale. Il rischio è che il richiamo al diritto penale assuma il valore di mera grida manzoniana.

Non serve paventare la galera per chi causa una valanga, o comunque ne è responsabile.

- 2) Il pubblico amministratore locale – e talvolta anche il gestore delle piste – nel caso di incidenti da valanga assume il ruolo di “parafulmine” cui addossare responsabilità per il sinistro occorso.
- 3) In caso di valanga che cosa può fare andare esente da responsabilità un sindaco? Non dobbiamo dimenticare la nozione tradizionale di “caso fortuito”, (ciò che alla fine può rendere non punibile una condotta umana). Essa poggia su due presupposti: *l'imprevedibilità* e *l'inevitabilità* (o non prevedibilità) dell'evento.
 - a. Certamente la tecnologia ha aumentato le possibilità di previsione. Però, le valanghe non sono certo prevedibili riguardo al punto esatto di verificaione, al giorno e all'ora, all'esatta quantità (potremmo parlare di una prevedibilità parziale). Tali eventi, sotto questi profili rimangono inevitabili: le piccole valanghe per la loro dimensione spesso sfuggono ai pur sofisticati apparecchi di monitoraggio installati nei luoghi più a rischio delle nostre montagne.
 - b. E qui, a tutela degli amministratori e dei gestori, interviene il limite dell'*esigibilità* nella valutazione della punibilità di certe condotte tenute dagli stessi amministratori. Questa tipologia di micro-valanghe, per quanto prevedibile, continua a essere inevitabile, perché non può essere evitata neanche con la normale diligenza, non potendosi certo ipotizzare (ci troveremmo nell'area infatti dell'inesigibilità) l'adozione di misure sproporzionate, ad esempio, di interdizione perpetua di una zona, di una strada, ovvero non può chiedersi al Comune di disporre una sentinella ogni 10 mt. per osservare il rischio di distacco di slavine dal pendio, e così via; mentre l'attività doverosa da porre in essere dall'amministrazione locale potrebbe sufficientemente tradursi nel segnalare ed informare adeguatamente. Non è vero che un evento che prima era imprevedibile e adesso è prevedibile debba essere automaticamente, se si realizza, fonte di responsabilità e di colpa, quando continua a essere inevitabile.

Nel caso fortuito c'è l'imprevedibilità e c'è l'inevitabilità. Occorrono tutti e due i requisiti perché si possa parlare di caso fortuito: anche se viene meno l'imprevedibilità, se resta l'inevitabilità, siamo sempre nel caso fortuito e non c'è responsabilità.

- 4) Proseguendo l'analisi dei serbatoi forniti dal diritto proponiamo un'ultima questione che fa ulteriormente propendere per aprire maggiormente alla responsabilità civile. Lo strumento penale non appare la strada migliore neppure per governare i fenomeni di cui ci occupiamo perché presenta tutta una serie di limiti anche in relazione alla pratica possibilità di arrivare, alla fine, alla condanna di un responsabile. Negli ultimi 15 anni c'è stato un radicale mutamento nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (seguita poi in massima parte dai giudici di merito) su quello che è lo *standard probatorio* richiesto nel nostro ordinamento per condannare penalmente una persona.

Dal 2002 (famosa sentenza Franzese delle Sezioni penali unite della Cassazione), la nostra giurisprudenza si è attestata sul fatto che non si può condannare in sede penale un soggetto, se la prova della sua colpevolezza non è emersa *“oltre ogni ragionevole dubbio”*.

Questo approdo della nostra giurisprudenza è stato favorito dalla parte migliore della dottrina penale e della dottrina civile, che da anni, discutendo proprio di quale fosse la sede in cui vanno tutelate al meglio le vittime della modernità, aveva ritenuto che in quella penale si dovesse elevare lo standard probatorio richiesto per la condanna a livelli prossimi alla certezza accettando, a compensazione di ciò, un parallelo allargamento dello standard occorrente in sede civile, individuato nella regola del *“più probabile che non”* (principio accolto dalle SSUU Cassazione civile nel 2008). E la Cassazione segue da quindici anni questo principio. Nel penale si è dato spazio ad un regime probatorio rigoroso che ha portato a stringere le maglie, al contrario nel civile le maglie si sono allargate. Cioè, si è detto che la condanna penale deve avere una forte contrazione, essendo il diritto penale incentrato sul *favor rei* verso l'imputato e sul fatto che, quindi, è molto meglio che un colpevole venga assolto o non venga neppure incriminato, piuttosto che un innocente venga condannato, mentre è nel processo civile – improntato al contrario al *favore per la vittima* – che deve avere molto più spazio di prima il risarcimento delle vittime (funzione compensativa della responsabilità civile). Questo è il bilanciamento, o se vogliamo il compromesso, che da quindici anni si è introdotto a livello giurisprudenziale, perlomeno a livello di giurisprudenza della Cassazione, ma che ogni giudice di merito avrebbe il dovere di rispettare e di seguire, cioè: riduzione dell'area di ciò che deve finire nel processo penale perché venga aumentata parallelamente l'area della responsabilità civile.

Questo approccio dovrebbe essere seguito maggiormente anche nel settore della montagna.

Di fatto, la dimensione civilistica della casualità è ancillare, perché le regole e la costruzione teorica appartengono alla scienza penalistica. Continuiamo a leggere che le regole causali sono contenute negli articoli 40 e 41 del codice penale, ma non è propriamente così.

La differenza fondamentale tra il diritto penale e quello civile risiede nel fatto che il primo si concentra sui fatti che provano la responsabilità del danneggiante; il secondo si concentra sui cambiamenti subiti dal danneggiato. Il che può portare ad esiti molto diversi perché il protagonista del processo penale è l'imputato, quello del processo civile è il danneggiato. L'esempio classico riportato è quello di due cacciatori che sparano ad un terzo simultaneamente, scambiandolo per una animale. Nel processo penale può capitare che vengano assolti se non è possibile stabilire quale delle due armi abbiano esploso il colpo che ha raggiunto il terzo cacciatore. Ma il processo civile può rintracciare una correlazione tra il comportamento di entrambi e il danno subito dalla vittima²¹.

²¹ È su questa linea di ragionamento che, negli anni, la giurisprudenza ha sviluppato un duplice piano probatorio: c'è una regola di struttura che consente un'indagine generale sul piano della causalità, e una regola probatoria che permette di scegliere tra le probabilità a seconda dei casi e dei singoli individui coinvolti. La probabilità di un'infezione a seguito di una trasfusione, per esempio, non è rigida, ma varia al variare dei comportamenti del danneggiato: maggiore in alcuni casi, minore nell'eventualità che la persona infettata adotti comportamenti in grado di veicolare l'infezione a prescindere dalla trasfusione. Per questo la responsabilità civile non può prescindere dalla storia e dall'individualità della persona e il processo che ne deriva diventa un'indagine che affronta tutti gli aspetti dell'esistenza: dalla salute fisica al dolore interiore.

- 5) L'opinione pubblica forse non è ancora preparata a comprendere come mai il medico o l'amministratore assolto in sede penale possa essere condannato per lo stesso fatto in sede civile. Sembra una cosa incredibile, che induce a dire *"ecco, la solita giustizia italiana che va a rotoli, che è sfasciata"*. No, non è vero: si applicano nei due processi criteri completamente diversi. È giusto che, se nel processo penale non si è raggiunta la prova *oltre ogni ragionevole dubbio* della colpevolezza si assolva e che, invece, nel processo civile, dove magari quell'amministratore si vede citato in giudizio ai sensi dell'art. 2051 del codice civile, sulla responsabilità da beni in custodia, venga condannato.

Un esempio concreto: se il Comune è proprietario di una strada che ha una buca o presenta altre situazioni di pericolo e se una persona si fa male cadendo nella buca stessa o subisce altri danni, quella persona ottiene molto facilmente il risarcimento in sede civile, mentre in sede penale non ottiene certo (o la ottiene in casi estremi) la condanna del Sindaco per reati colposi, perché nel civile la responsabilità è, come nel caso dell'art. 2051 c.c. oggettiva o comunque con l'onere della prova invertito (a carico del Sindaco), mentre nel penale è sempre l'accusa (il P.M.) che deve provare oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'imputato.

Pensiamo poi a quante volte capita il caso del medico assolto in sede penale dal reato di omicidio colposo e che poi in sede civile viene condannato per non aver dimostrato di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno...

Quindi, esistono altri serbatoi nel sistema giuridico troppo inutilizzati e che sono da sviluppare: il diritto civile, come si è appena visto, e il diritto amministrativo, cioè il luogo elettivo dell'azione, specie pubblica, di prevenzione.

Quello di *prevenire e programmare* è il ruolo che devono avere gli enti locali, che hanno una gamma di strumenti a disposizione molto ampia.

4. Il gestore delle aree sciabili attrezzate: sinistro in pista e fuoripista

Lo sci alpino coinvolge in Italia circa 4 milioni di appassionati, in Europa 20 milioni e nel mondo 60 milioni. La realtà odierna è decisamente differente rispetto agli inizi del ventesimo secolo, quando pochi gruppi di persone si avventuravano in montagna anche d'inverno, salendo con gli sci, muniti di pelli di foca, sulle cime.

L'elevato numero di praticanti, il preoccupante aumento di incidenti anche mortali in pista e fuoripista e il complicato intreccio di interessi che gravitano attorno al mondo dello sci hanno posto, con urgenza sempre maggiore, problemi di regole e, più in generale, di governo e disciplina del fenomeno. Questa materia è stata regolamentata per molto tempo dalla Legislazione Regionale, che ha legiferato in modo massiccio e talvolta improprio²².

La probabilità nella giurisprudenza agisce, perciò, nella scelta di un nesso causale ma è centrale anche nel valutare i cambiamenti nella vita del danneggiato che sono scaturiti dall'evento dannoso.

²² L'esposizione della normativa attinente alla condotta dello sciatore sulle piste e della sua evoluzione nel tempo può portare a due conclusioni. La prima si identifica con un sintetico principio valido per tutti i soggetti coinvolti nell'attività sciistica: il diritto dovere al "buon senso". Secondo tale principio, al di là delle prescrizioni normative e delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, ciò che più conta è che le persone che si trovano ad interagire in un ambiente naturalmente esposto ai pericoli quale è la montagna, si comportino

Al fine di risolvere tali questioni, è nata una richiesta di intervento del Legislatore nazionale, per fare sì che anche in Italia fosse presente una normativa omogenea che regolasse la pratica dello sci e degli altri sport invernali in modo uniforme. Queste richieste hanno portato all'emanazione della Legge 24 dicembre 2003, n.363.

La legge porta il titolo "*Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo*" ed è composta da 23 articoli raccolti in quattro capi.

Può dirsi, finalmente, che è presente una legge nazionale sulla montagna. Quello che preme notare è che la legge 363/03 è sicuramente un passo in avanti che, però, ha solo parzialmente armonizzato le disparate normative già presenti. Rimane da chiedersi se con questa legge si siano affrontate le questioni principali che dovrebbero essere poste a monte di tutte le problematiche relative allo sci su pista, in buona sostanza, se siano stati affrontati concretamente i problemi del risarcimento del danno con riguardo al diritto sostanziale e dell'onere della prova con riguardo al diritto processuale.

Il problema è stato da tempo affrontato, ed in parte risolto, dalla dottrina e dalla giurisprudenza più avvertita, che hanno elaborato la figura del cosiddetto "contratto di skipass" o "contratto bianco". Si tratta di un contratto atipico²³, figura questa non prevista dal nostro ordinamento e tanto meno dalla nuova legge²⁴.

In buona sostanza, la causa²⁵, in tale negozio non è tanto il trasporto, ma l'atti-

prima di tutto con autoreresponsabilità e raziocinio. La seconda conclusione, concerne lo strano *iter* percorso in ambito giuridico dalla normativa sciatoria. Infatti, l'autoregolamentazione attuata dalla F.I.S. tramite il Decalogo dello sciatore e soprattutto, la ricchissima e talvolta divergente normativa in ambito regionale, portano ad alcune riflessioni di estrema attualità riguardo alle fonti del diritto. L'auspicata legge nazionale sugli sport invernali n. 363 del 2003, come già accennato lascia alle regioni poteri decisamente ampi. Negli ultimi anni parte della dottrina civilistica ha iniziato ad occuparsi del rapporto tra diritto privato e diritto regionale, chiedendosi se il diritto privato può essere prodotto da leggi regionali. Su questi ultimi aspetti, in particolare cfr. in particolare V. ROPOPO, "*Diritto Privato Regionale*" in *Politica del Diritto* a. XXXIII, n. 4, 2002 pp. 553 e ss.

²³ L'art. 1322 comma 2 stabilisce che "*Le parti possono... concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare*". La possibilità di stipulare contratti atipici, "*consente ai privati di organizzare le proprie operazioni contrattuali nei modi più conformi alle proprie esigenze, e quindi più idonei a garantire l'efficienza della loro azione*", così, V. ROPOPO *Il contratto*, Milano, 2001 p.422 e ss. La libertà di stipulare contratti atipici può però incontrare limiti in relazione a determinati beni, attività o interessi. In questi casi la legge stabilisce determinati tipi contrattuali e vieta di fare contratti che non si possano ricondurre ad essi, ritenendo che, in tale settore regolamenti diversi da quelli tipizzati, non sistemerebbero in maniera adeguata gli interessi presenti. Il divieto di stipulazione di contratto atipico è presente, per le convenzioni matrimoniali atipiche e per i contratti agrari atipici, ma non discende dalla seconda parte dell'art. 1322. L'art. 1322 comma 2 stabilisce, infatti, che i privati possono concludere contratti atipici "*purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". Secondo tale disposizione, un contratto merita disapprovazione non in quanto socialmente indifferente, ma solo in quanto socialmente dannoso o pericoloso: cioè in quanto illecito. Di conseguenza i contratti atipici che non sono "*diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela*" e quindi vietati dall'art. 1322 secondo comma sono quei contratti che sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

²⁴ Uno degli indirizzi interpretativi di esclusione dei profili di responsabilità contrattuale o da inadempimento si basa sulla considerazione che la discesa è effettuata dallo sciatore con mezzi propri e con propria autonoma determinazione vedi V. CARBONE, *Il gestore dell'impianto risponde del danno allo sciatore inciampato in un ciuffo d'erba?* in *Danno e Resp.*, n.4/2001, p.377.

²⁵ Nel caso del contratto di "skipass" la causa deve essere riscontrata nel pagamento della somma dello skipass da parte dell'utente, finalizzata ad ottenere una prestazione di servizi che vanno dal trasporto dello sciatore da valle a monte, alla preparazione, innevamento e battitura delle piste, al servizio di pronto soccorso nel caso di incidente, si è dunque in presenza di un contratto di "utilizzo" di una struttura predisposta per permettere la pratica di una determinata attività sportiva, concluso attraverso un comportamento concludente. M. VIOLA, *La responsabilità civile nell'incidente sciistico*, 2002, Forlì, p.52.

vità complessiva che consiste nel poter “salire e scendere”, ovvero di “un trasporto funzionale all’attività sciistica su piste sicure”²⁶. La disciplina di questo contratto atipico va individuata nelle norme generali del contratto (art. 1323 e ss. c.c., tra cui rileva l’art. 1341) e sull’adempimento (artt. 1218 ss., 1175 e 1176 comma 1 c.c.), nelle norme di contratti specifici, applicabili per analogia (artt. 1678 ss. c.c.) come pure l’art. 1374 c.c., per l’integrazione²⁷. L’indirizzo del rapporto contrattuale unitario è stato in principio accolto dal Tribunale di Modena²⁸ il quale ha stabilito che il gestore di impianti di risalita che emette lo *skipass* assume la veste di vettore ed è contrattualmente responsabile anche per la fase di discesa sulle piste di cui abbia la manutenzione.

Le conseguenze di tale figura giuridica sono estremamente importanti, perché influiscono direttamente sulla possibilità di far valere concretamente o meno i diritti dello sciatore in sede processuale, e perché modificano direttamente le regole relative all’onere della prova.

Con riferimento alle potenziali responsabilità che potrebbero essere imputate al gestore di un’area sciabile attrezzata rispetto al progetto skialp, un’importante questione da affrontare riguarda i luoghi in cui può verificarsi il sinistro. In particolare, nel progetto di antropizzazione della Valle del Gran San Bernardo, uno dei problemi principali potrebbe essere quello della caduta di valanghe e se la valanga si sia verificata in un’area sciabile, ovvero al di fuori. L’utilizzo di strumenti meccanici, l’utilizzo di piste predisposte da un gestore in montagna segnano difatti uno spartiacque tra due concezioni opposte della montagna con ripercussioni anche sugli effetti giuridici.

È chiaro che, rispetto all’ipotesi del progetto oggetto di approfondimento, la responsabilità del gestore delle piste da sci può considerarsi marginale. O meglio, se il tracciato caricato dalla pubblica amministrazione *online* coincide, anche solo in parte, con una pista da sci, le responsabilità in capo al gestore rimarranno tendenzialmente quelle “tradizionali”, soprattutto qualora il sinistro si verifichi sulle piste. Il tema potrebbe ampliarsi qualora il gestore metta a disposizione i mezzi di risalita da cui potrebbe prendere piede un fuori pista tracciato e pubblicizzato tanto dal pubblico amministratore quanto dal gestore dell’area sciabile (v. *infra*).

Possiamo sostanzialmente distinguere tre ipotesi in cui il gestore delle aree sciabili potrebbe essere chiamato a rispondere: l’ipotesi di responsabilità per i sinistri che si sono verificati in pista, le ipotesi di responsabilità per sinistri che si sono verificati fuori pista e, infine, i casi ibridi, cioè al confine tra pista e fuoripista.

²⁶ Così si è espressa per la prima volta, ma solo *incidenter tantum*, la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza 2216 sez. III civile del 15/2/2001 est. Petti in *Danno e Resp.*, n.4/2001, nota di V. CARBONE, cit., p. 372.

²⁷ Cfr. VIOLA *op. cit.* p.52.

²⁸ T. Modena 12 novembre 1990 in *Dir. Trasporti* 1992, p.579. Il Tribunale per argomentare la propria decisione è partito dalla constatazione che il gestore si propone allo sciatore quale soggetto obbligato sia per la fase del trasporto, sia per la successiva discesa. È questa duplice posizione del gestore che, secondo il Tribunale induce “il contraente del contratto di trasporto a ritenere in buona fede la controparte obbligata non solo a garantire l’utilizzazione sicura dell’impianto di risalita, ma anche una pista priva di insidie non segnalate e difficilmente frangibili anche con una particolare perizia”. Come sostiene il Tribunale da ciò conseguirebbe che la violazione di tale obbligo comporterebbe, accanto ad una responsabilità extracontrattuale del gestore, ricollegabile al suo ruolo di custode della pista (art. 2051 c.c.) anche una responsabilità per inadempimento contrattuale.

4.1 Responsabilità del gestore delle aree sciabili in caso di sinistro su pista

Partiamo dal caso della valanga sulle piste da sci. La responsabilità per i danni causati dalla valanga potrebbe ricadere teoricamente sia sul gestore delle aree sciabili, che sullo sciatore, che sulla P.A., ovvero su tutti e tre i soggetti.

In casi come questo, la prima, la responsabilità in capo al gestore, è certamente la tesi che trova maggior seguito in dottrina e in giurisprudenza. Difatti, anche in assenza di norme specifiche (come quelle approvate ad esempio in Valle d'Aosta²⁹), è pacifico che il gestore delle piste è tenuto contrattualmente ad assicurare l'incolumità di coloro che frequentano le piste stesse. La Legge 363/03:

- i. all'art. 3 pone a carico dei gestori l'obbligo di assicurare *“agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza, provvedendo alla messa in sicurezza delle piste secondo quanto stabilito dalle regioni”* nonché *“di proteggere gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo”*;
- ii. all'art. 4 stabilisce che i gestori sono *“civilmente responsabili della regolarità e della sicurezza dell'esercizio delle piste”*.

Si tratta di una responsabilità contrattuale, per cui in un giudizio civile di risarcimento danni sarebbe onere del gestore ex art. 1218 c.c. dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile³⁰. In pratica, al malcapitato che si rivolgesse all'avvocato dopo esser stato sorpreso da una valanga in pista verrebbe facilmente suggerito, in primo luogo, di citare in giudizio il gestore delle aree sciabili³¹. In

²⁹ Sulla legislazione cfr. l'importante contributo fornito in dottrina dal recentissimo studio di P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO, *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino, 2020. Nello specifico, per quanto qui interessa, si rinvia alla legge Regione Val d'Aosta legge regionale 15 novembre 2004, n. 27, recante *«Disposizioni in materia di sicurezza sulle aree destinate alla pratica degli sport invernali. Modificazioni alla legge regionale 17 marzo 1992, n. 9 (Norme in materia di esercizio ad uso pubblico di piste di sci), da ultimo modificata dalla legge regionale 15 dicembre 2000, n. 34»*, prevede all'art. 7, rubricato *«Sci fuori pista e sci-alpinismo»*: *“1. Il concessionario degli impianti funiviari e il gestore delle piste di sci non sono responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi o al di fuori delle aree e delle piste individuate ai sensi dell'articolo 3 della presente legge e della L.R. n. 9/1992. 2. I soggetti che praticano lo sci-alpinismo devono sempre munirsi di appositi sistemi elettronici per garantire un idoneo e tempestivo intervento di soccorso”*.

³⁰ In caso di azione ex art. 2051 c.c. il gestore delle aree sciabili attrezzate per andare esente da responsabilità dovrebbe dimostrare il caso fortuito.

³¹ In ogni caso, al vettore-gestore non può non essere imposto un dovere di diligenza che ricomprenda ogni cautela, nonché la predisposizione di ogni mezzo idoneo a scongiurare il verificarsi di sinistri, anche in relazione alle specifiche circostanze del caso singolo. L'esigenza di osservare una stringente diligenza trascende l'interesse del singolo utente, poiché afferisce alla tutela di interessi collettivi, ricollegabili al diritto alla sicurezza e all'incolumità pubblica. In tale contesto, la portata concettuale dell'idoneità delle misure adottate per evitare il danno, nonché l'apprezzamento della normale diligenza osservata, che il vettore-gestore deve provare di aver usato, comporta un onere probatorio maggiormente gravoso, poiché occorre dimostrare di aver anche osservato i rigorosi principi dettati dalla disciplina pubblicistica (36) e dalla normativa comunitaria, ispirata dall'esigenza di garantire la piena sicurezza dell'esercizio. La disciplina tesa a garantire la sicurezza, infatti, è stringente; basti pensare che, nelle norme di progetto e di costruzione, è prevista, per la materia nivologica, non solamente la responsabilità dell'esercente per quanto attiene al piano di gestione della sicurezza, ma tutta una serie di imposizioni, tra cui la dichiarazione di immunità dal pericolo di valanga (art. 7, comma 6, n. 7, d.m. 4 agosto 1998 n. 400). Si tratta di dettagliate norme

giurisprudenza vi sono anche casi in cui viene addebitata al gestore delle piste una responsabilità *ex art. 2050 c.c. per esercizio da attività pericolosa* e *ex art. 2051 c.c., da cose in custodia*³².

Tendenzialmente, in questi casi, la responsabilità del gestore può essere esclusa solo in tre ipotesi:

- a) caso fortuito, ovvero un evento imprevedibile e inevitabile da parte del gestore (spesso è difficile definire “fortuita” una valanga in montagna... è il caso della valanga che cade in un luogo dove era assolutamente imprevedibile e negli anni mai si erano visti precedenti in tal senso);
- b) forza maggiore, (ad es. eventi naturali che si manifestano in qualità o quantità non prevedibili tipo una slavina, la valanga causata da un fortissimo terremoto), ovvero il fatto del terzo che causa una valanga (è il caso del soccorritore che causa la valanga mentre cerca di raggiungere un ferito);
- c) fatto del danneggiato stesso (ad esempio colui che si trova su una pista chiusa e causa una valanga di cui rimane vittima).

Nell'ipotesi di forza maggiore e di fatto del danneggiato, tuttavia, per escludere la responsabilità del gestore delle piste è necessario che il fatto del terzo o del danneggiato stesso siano causa esclusiva del danno, cioè, ad esempio, che la valanga non si sarebbe verificata senza il passaggio dello sciatore Tizio.

In generale, in caso di valanga su pista, lo sciatore vittima dell'incidente in un giudizio civile nella maggior parte dei casi dovrà esclusivamente dimostrare di essere titolare dello *skipass*, di aver subito un danno e che esso è stato causato dalla valanga caduta sulla pista. È chiaro che lo sciatore, in questo caso, si è affidato ai servizi offerti dal gestore dell'area sciabile.

di sicurezza, prescritte da una complessa disciplina specifica (ad esempio l'art. 3 r.d.l. 7 settembre 1938 n. 1696, conv. nella l. 5 gennaio 1939 n. 8 e mod. dal D.P.R. 28 giugno 1955 n. 771), la cui osservanza è assicurata anche da visite « di ricognizione » da parte di apposite Commissioni di controllo, volte ad accertare la costante sussistenza del rispetto delle sopra menzionate norme di sicurezza (per le funivie, v. l'art. 31 d.P.R. 19 ottobre 1957 n. 1367, come mod. dal d.P.R. 11 luglio 1980 n. 753 e dal d.P.R. 9 maggio 1994 n. 608), nonché i vari decreti ministeriali, costantemente adottati (tra i più recenti il d.m. 4 agosto 1998 n. 400 ed il d.m. 5 dicembre 2003 n. 392), con riguardo a tutti i tipi di impianti a fune (per le ferrovie e le tramvie in concessione, v. l'art. 102 t.u. 9 maggio 1912 n. 1447). A tutto ciò si aggiunga che — come già si è rilevato — le stesse concessioni dei servizi in esame si fondano su rigide valutazioni di pubblico interesse (37) e, in particolare, si ispirano alla norma, in concreto, dell'« incolumità pubblica ». come si evince, tra l'altro, dall'art. 6 r.d.l. 7 settembre 1938 n. 1696.

³² In questo senso, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21241, in *Pluris*, che ha ritenuto non imprevedibile la circostanza del formarsi di ghiaccio nei pressi di un cannone sparaneve; inoltre, Cass. civ., 10 febbraio 2005, n. 2706, in *Danno e resp.*, 2005, p. 837, con nota di M. CALABRESE, che ha ritenuto che l'eventuale condotta colposa dello sciatore (che aveva riportato lesioni a causa dell'urto, conseguente a caduta, contro un palo di legno non imbottito della recinzione) non potesse rivestire i caratteri della imprevedibilità ed escludere quindi la responsabilità *ex art. 2051 c.c.* del gestore: si legge, nella motivazione della sentenza citata che « *in una pista da sci frequentata da utenti dei più diversi livelli di capacità tecniche, la perdita dell'equilibrio, ed i movimenti incontrollati che essa comporta, è fatto prevedibile che rende pericolosi tutti gli ostacoli che vi siano eventualmente apposti e che è alla stregua di queste peculiari caratteristiche che, indipendentemente dalla previsione normativa di specifiche cautele, solo recentemente imposte dalla legge 24 dicembre 2003, n. 363, avrebbe dovuto essere verificata la presenza o meno di una colpa nella scelta operata sulla convenienza della costruzione artificiale e, soprattutto, sulla necessità o meno di particolari protezioni delle strutture rigide* ».

Viste le premesse, il gestore, ad oggi, sembrerebbe trovarsi in una situazione particolarmente gravosa, con un onere della prova che può definirsi “diabolico” per andare esente da responsabilità.

Per cautelarsi concretamente da incidenti da valanga, l'unica cosa che può fare, quando ne ricorrono i presupposti, è chiudere la pista (segnalandolo opportunamente) e stipulare un buon contratto di assicurazione³³.

Sotto il profilo della prova da fornire da parte dell'attore, a parte l'ipotesi remota in cui l'utente si limiti a fondare la propria azione sull'art. 2043 c.c. – ipotesi nella quale l'onere sarà interamente a suo carico – non molta differenza vi sarà, a seconda che questo decida invece di invocare l'art. 1681 c.c., piuttosto che la norma generale di cui all'art. 1218 c.c., ovvero le speciali regole di responsabilità extracontrattuale di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c., ove si concordi in merito alla loro applicabilità³⁴.

In tutti i casi citati, infatti, ove consti la sussistenza del nesso di causalità, il danneggiato non dovrà provare la colpa del gestore, che è presunta nell'art. 1681 c.c., così come, secondo l'orientamento della Suprema Corte³⁵, nell'art. 1218 c.c., e che neppure deve formare oggetto di dimostrazione nelle ipotesi in cui si invochi la responsabilità di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c.³⁶.

³³ Peraltro, è bene precisare che quella del gestore non è una responsabilità “automatica”. In una significativa – anche se isolata pronuncia – la Cassazione ha escluso la responsabilità del gestore di una funivia per i danni derivanti dal crollo di un edificio, adiacente alla stazione di partenza, che era stato travolto da una valanga di neve di proporzioni eccezionali, determinata dalla concomitanza di tre fattori, ciascuno dei quali di per sé insolito, quali un abnorme accumulo di neve, la bassa temperatura della stessa e la presenza di venti fortissimi (Cass. 14 ottobre 2005, n. 19974). È il caso fortuito di cui si faceva cenno poc'anzi.

³⁴ Cfr. in particolare M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Milano, 2016, p. 120.

³⁵ Cass., Sez.Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*.

³⁶ Sulla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 2051, si richiama Cass. civ. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, secondo la quale «la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 c.c. prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità prescinde, altresì, dall'accertamento della pericolosità della cosa stessa e sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, essendo esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato – con effetto liberatorio totale o parziale – anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale tale da interrompere del tutto il nesso eziologico tra la cosa e l'evento dannoso o da affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno». Si noti peraltro che, nella giurisprudenza della Suprema Corte, si riscontra anche la diversa opinione favorevole a ravvisare nella fattispecie delineata dall'art. 2051, non una ipotesi di responsabilità oggettiva, del tutto prescindente dalla colpa del custode (in tal senso, si v., ancora, fra le altre, Cass., 19 gennaio 2010, n. 713, in *Guida al dir.*, 2010, 13, p. 71; Cass., 19 novembre 2009, n. 24428, in *Guida al dir.*, 2009, 50, p. 57; Cass. civ., 17 gennaio 2001, n. 584, in *Danno e resp.*, 2001, p. 722, con nota di R. BREDI), bensì un'ipotesi di responsabilità per colpa presunta ovvero un'ipotesi di responsabilità presunta: in quest'ultimo senso, da ultimo, Cass. civ. 1 aprile 2010, n. 8055, in *Giust. civ. Mass.*, 2010 (secondo la quale, «la responsabilità prevista dall'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia presuppone la sussistenza di un rapporto di custodia della cosa e una relazione di fatto tra un soggetto e la cosa stessa, tale da consentire il potere di controllarla, di eliminare le situazioni di pericolo che siano insorte e di escludere i terzi dal contatto con la cosa; detta norma non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il nesso causale tra cosa in custodia e danno, ossia di dimostrare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, potenzialmente lesiva, posseduta dalla cosa, mentre resta a carico del custode offrire la prova contraria alla presunzione

Tali conclusioni sono state maggiormente esplicitate dalla Suprema Corte, che ha affermato che, in base al titolo contrattuale della responsabilità del gestore delle piste, spetta all'attore danneggiato provare unicamente la fonte del proprio diritto, potendosi limitare a lamentare l'inadempimento o il non esatto adempimento della controparte all'obbligo di mantenerle in sicurezza, mentre è onere del gestore convenuto dimostrare lo specifico fatto estintivo dell'altrui pretesa. Parimenti, sempre secondo la Cassazione, evocata la responsabilità del gestore ai sensi dell'art. 2051 c.c., sarà quest'ultimo a dover provare le modalità attraverso le quali aveva avviato alla situazione di pericolo ed eventualmente lo specifico caso fortuito che ha dato luogo all'evento lesivo³⁷.

L'unica vera e sostanziale differenza fra l'azione contrattuale e quella aquiliana, finisce per essere rappresentata – nelle particolari fattispecie che qui interessano – dal termine di prescrizione. Invocando infatti l'inadempimento delle obbligazioni correlate al trasporto (in relazione ad un incidente che abbia luogo nella fase di risalita), verranno in considerazione i brevi termini previsti dall'art. 2951 c.c., che stabilisce la prescrizione in un anno, decorrente dal giorno del sinistro, dei diritti derivanti dal contratto di trasporto; mentre ove si invochino le regole generali in materia di inadempimento, verrà in considerazione l'ordinario termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 2946 c.c.. Per contro, invocando la responsabilità da fatto illecito, verrà in considerazione l'art. 2947 c.c., che prevede il termine di prescrizione quinquennale, ma precisa anche (3 comma) che se il fatto è previsto dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga (nei casi che ci interessano si tratterà in particolar modo del reato di lesioni personali di cui all'art. 582 c.p., che soggiace al più lungo termine di prescrizione di sei anni), questa si applica anche all'azione civile; ed è importante sottolineare che tale ultima regola – come chiarito dalle Sezioni Unite³⁸ – vale anche nell'ipotesi in cui, pur essendo il reato perseguibile a querela della persona offesa (come accade per lo più per il reato di lesioni personali), la querela non sia stata in concreto presentata e il giudizio penale non sia stato quindi promosso; ciò, tuttavia, a condizione che il giudice, in sede civile, accerti *incidenter tantum*, e con gli strumenti probatori ed i criteri propri del procedimento civile, la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto-reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi.

iuris tantum della sua responsabilità, mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità»; nonché, fra le altre, Cass. civ., 20 novembre 2009, n. 24529, in *Giust. civ. Mass.*, 2009; Cass. civ., 19 novembre 2009, n. 24419, in *Guida al dir.*, 2009, 50, p. 59; Cass. civ., 10 marzo 2009, n. 5741, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 42; Cass. civ., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Giur. it.*, 2007, c. 1403; Cass., 17 maggio 2001, n. 6767, in *Giust. civ. Mass.*, 2001; Cass. civ., 14 giugno 1999, n. 5885, in *Giust. civ. Mass.*, 1999. Per un'ampia ricostruzione del dibattito avente ad oggetto la natura della responsabilità per danno da cose in custodia, si v. M. FRANZONI, *L'illecito*, 2010, Milano, p. 504 ss.

³⁷ Cass. civ., 10 dicembre 2012, n. 22383, in *Dir. & Giust.*, 2012, 11 dicembre, con nota di E. VINCENTI, in una fattispecie in cui i giudici di merito avevano ritenuto provato il fatto fortuito colposo del danneggiato, circostanza che ad avviso della Corte non era stata correttamente vagliata nei precedenti gradi di giudizio, di tal che la decisione di appello è stata cassata con rinvio ad altro giudice d'appello chiamato a decidere sulla base dei principi di cui si è detto.

³⁸ Cass., Sez. Un., 18 novembre 2008, n. 27337, in *Foro it.*, 2009, I, c. 737, con nota di S. LANDINI.

4.2 Responsabilità in caso di sinistro fuori pista

L'incidente da valanga fuori pista risponde a regole diverse, per non dire opposte: il danneggiato, qualora volesse dimostrare la responsabilità del gestore (difficile), ovvero della P.A., trattandosi di responsabilità extracontrattuale, dovrebbe non solo dimostrare di aver patito il danno, portando in giudizio tutte le relative prove. Dovrà altresì individuare un nesso causale che colleghi una condotta o omissione del gestore alla valanga. In questi casi, quelli che interessano il progetto skialp in cui si dà pubblicità della traccia su internet, è opportuno verificare come potrebbe prospettarsi una responsabilità del gestore dell'area sciabile attrezzata.

Rispetto al caso trattato nel paragrafo precedente della valanga su pista è bene precisare che assistiamo ad un'inversione dell'onere della prova.

Qui non è il gestore che deve "scagionarsi", ma è il danneggiato che ha l'onere di dimostrare la responsabilità del gestore.

Per queste fattispecie la giurisprudenza fornisce dei chiarimenti: è ormai riconosciuto, per quanto riguarda soprattutto lo sci fuoripista, che, praticando tale attività, lo sciatore si assume liberamente e consapevolmente il rischio. Ne deriverebbe dunque – quantomeno teoricamente – un totale esonero di responsabilità della pubblica amministrazione e dei gestori delle piste.

Una prima manifestazione legislativa, quasi una codificazione di questo principio, la troviamo nell'art. 17 della legge n. 363/2003, ove è espressamente previsto che è esclusa la responsabilità del gestore nel caso in cui lo sciatore subisca un infortunio al di fuori del tracciato battuto.

È chiaro che negli spazi al confine tra pista e fuoripista bisognerà valutare di volta in volta. È il caso, ad esempio, delle piste di fatto, di cui si dirà *infra*.

La responsabilità del gestore delle aree sciabili, nel caso di sci o scialpinismo fuoripista, tendenzialmente, non dovrebbe sussistere né quando egli abbia condotto la persona a monte, né, con le dovute precisazioni, ove lo stesso abbia promosso l'attività di *free riding*.

Per fare un esempio, qualora un esercente funiviario effettuasse una campagna promozionale per la pratica di *free riding*, non si dovrebbero in linea teorica poter addebitare responsabilità né al gestore degli impianti né alla pubblica amministrazione per i danni subiti dagli utenti che praticino tale attività: non sussiste, sempre in linea teorica, né un dovere né un obbligo di protezione, essendovi, al contrario, un'accettazione consapevole e volontaria di tali rischi da parte dell'utente. Questo discorso dovrebbe valere, lo si ribadisce, ancora una volta, quantomeno in linea teorica.

La legge Regione della Val d'Aosta³⁹ prevede all'art. 7, rubricato "«Sci fuori pista e sci-alpinismo»" che: "1. Il concessionario degli impianti funiviari e il gestore delle piste di sci non sono responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi o al di fuori delle aree e delle piste individuate ai sensi dell'articolo 3 della presente legge e

³⁹ Ci si riferisce alla Legge regionale Valle d'Aosta 15 novembre 2004, n. 27, recante «Disposizioni in materia di sicurezza sulle aree destinate alla pratica degli sport invernali. Modificazioni alla legge regionale 17 marzo 1992, n. 9 (Norme in materia di esercizio ad uso pubblico di piste di sci), da ultimo modificata dalla legge regionale 15 dicembre 2000, n. 34».

della L.R. n. 9/1992. 2. I soggetti che praticano lo sci-alpinismo devono sempre munirsi di appositi sistemi elettronici per garantire un idoneo e tempestivo intervento di soccorso⁴⁰. Tuttavia, questo principio di massima obbliga comunque a cautelarsi. Il gestore deve, soprattutto se pubblicizza l'area per scialpinismo o free ride, ben informare e mantenere una vigilanza sulle strutture che permettono l'accesso alla montagna.

Immaginiamo il caso in cui una funivia trasporti i propri clienti in una zona di alta montagna. All'uscita della stazione di arrivo dovranno essere segnalati sempre tutti i rischi all'alpinista, allo scialpinista, ma anche – e a maggior ragione – al turista inesperto che semplicemente vuole solo ammirare il panorama e si sta avvicinando a un territorio sconosciuto, a rischio e pieno di insidie. Vige, poi, sempre, in capo al gestore, un obbligo di vigilanza sulle strutture che permettono l'accesso al territorio di montagna: con riferimento a zone ad alto rischio – magari una scaletta scoscesa – il gestore dovrà vigilare su tali strutture, soprattutto se le ha predisposte, provvedendo alla loro manutenzione.

Questo dovrebbe essere il limite della responsabilità del gestore nel caso dello scialpinista e del *free rider*: *fornire le adeguate informazioni per rendere consapevole dei rischi il fruitore della montagna*. Una volta che vi sia stata un'assunzione consapevole del rischio da parte dell'utente per un'attività pericolosa, dovrebbe essere improbabile che possano estendersi ulteriormente le maglie della responsabilità civile.

Purtroppo, però, questo discorso si scontra con un approccio ancora molto lontano dal concetto di autoresponsabilità, così rendendo le ipotesi sopra prospettate teoricamente valide, ma passibili di essere smentite in un eventuale giudizio civile in nome di una tutela indiscriminata verso coloro che fanno appello sempre e comunque a quel concetto di protezione attesa di cui si accennava nelle premesse.

In caso di fuori pista, se comunicati correttamente i rischi, teoricamente, la formula che potrebbe sintetizzare lo stato dei fatti dovrebbe essere la seguente: *“Nessuna responsabilità del gestore, totale responsabilità individuale”*.

E così, colui che causa una valanga che travolge altri sciatori fuori pista ne dovrebbe rispondere civilmente e penalmente. Non ne dovrebbe invece teoricamente rispondere il gestore (che tendenzialmente nulla può o deve fare fuori dalle piste). Come già evidenziato sopra, la questione si gioca principalmente sull'informazione. Vi è allora da chiedersi se i gestori forniscano sempre informazioni corrette e segnalino il rischio con dovizia di particolari agli utenti.

Di seguito riportiamo alcuni casi selezionati da siti internet di primarie stazioni sciistiche.

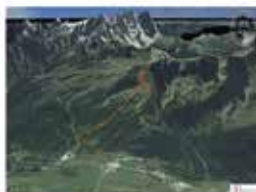
⁴⁰ Cfr. l'art. 2 della medesima normativa, rubricato «Individuazione delle aree sciabili», che prevede che: «1. La classificazione delle piste di sci effettuata ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale 17 marzo 1992, n. 9 (Norme in materia di esercizio ad uso pubblico di piste di sci) equivale ad ogni effetto all'individuazione delle aree sciabili attrezzate di cui all'articolo 2 della L. n. 363/2003».

IL COL MARGHERITA FREERIDE PARK

È l'unico parco dedicato al freeride nel Dolomiti Superski.

Paesaggio spettacolare, una linea tecnica di pendio e un terreno in grado di garantire sicurezza e massima libertà durante i nostri sci e il Col Margherita Freeride Park.

1000 metri sopra il vertice della valle, segnerai la partenza del Col Margherita Freeride Park dal fondovalle: il percorso della cima del Col Margherita che si ripercorre infatti possibilità di percorsi, partendo da una tratta più tecnica e facile a più difficoltà e in discesa, si può anche fare un tratto più tecnico e più divertente, con un supplemento di difficoltà.



Col Margherita SKI AREA
SAN PELLEGRINO
DOLOMITI

PASSO SAN PELLEGRINO

HOME SALIDA SERVIZI ATTIVITÀ OFFERTA NEWS EVENTI SAN PELLEGRINO CARD COME ARRIVARE



FREEDOM. PASSION. FREERIDE

Skiing continues outdoors. It's all about going down the mountain your way.

FREERIDE

Col Margherita Freeride Park: il Passo San Pellegrino dà spazio al freeride.

Sul versante nord del Col Margherita gli sciatori che amano avventurarsi sulla neve fresca, possono mettere alla prova il proprio stile e la propria tecnica lanciandosi in discesa mozzafiato nel Col Margherita Freeride Park, un tracciato controllato unico nel suo genere in tutto il Dolomiti Superski.

Il Col Margherita Freeride Park è dotato di idonea segnaletica, cancelli con prova ARVA, personale qualificato in grado di segnalare la presenza di rischio valanghe, insufficiente innevamento o scarsa visibilità tali da pregiudicare la discesa e un tempestivo servizio di soccorso gestito in collaborazione con la Polizia di Stato e il Soccorso Alpino. Cella cima del Col Margherita (2513 m) si scende fino a valle (1918 m) per un dislivello totale di circa 600 metri. Ottimo innevamento per buona parte dell'inverno.

Il Col Margherita Freeride Park è facilmente raggiungibile dal Passo San Pellegrino attraverso la veloce funivia Col Margherita. Tra una sciata e l'altra, ci si può fermare per una piacevole pausa al Husky Bar e al Diametro 64, due robot situati rispettivamente a monte e a valle dell'impianto di risalita.

KIT OBBLIGATORIO

Per fare freeride bisogna avere l'attrezzatura adeguata che, in caso di pericolo, consente di praticare l'autosoccorso in valanga: ARVA, sonda, pala e salve, sci da freeride o snowboard. Si consiglia di indossare il casco: anche se l'area molto nevosa e apparentemente sicura può nascondere un sacco di insidie come rocce e alberi nascosti.



Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Ola Trueslidesender - ven dic 21, 2012 3:18 pm



Non ci son mal stato, l'ho appena letto per caso su Internet e poi su fetsbuk.
Qualcuno di voi ci è già stato? (anche se è aperto dall'altro anno).
Sembra una pista in freeride controllato.

Qualche parere in merito?

A me è salita una scimmia fotonica 🙈



Re: Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Ola mekense - dom dic 30, 2012 2:40 pm

Sì, lo è sempre stato anche da prima che ci mettessero i cancelli.....giustamente i cancelli ce li han messi perchè la maggioranza delle persone scendeva quel pendio(che può essere abbastanza pericoloso) senza cognizione di causa e soprattutto senza dotazioni di primo soccorso(artva pala e sonda) quindi c'è un cancelletto dove controllano se sei dotato di tale attrezzatura....



Re: Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Ola chris X - mer gen 02, 2013 9:15 pm

hanno messo anche dei paletti su tutto il percorso per segnare il tracciato più sicuro.

Progetto Freeride Livigno dal sito www.valtellina.it



La città di Livigno si è aggiudicata il titolo di "Best Freeride Resort", confermando che non c'è altra migliore per i rider che vogliono scendere sulla neve fresca senza nessun freno.

Il progetto freeride nasce a Livigno. L'obiettivo è quello di rendere questo sport sempre più sicuro. Grazie a questa iniziativa ogni mattina viene aggiornato il registro alle condizioni meteorologiche, viene velocizzato il servizio sull'App Mio Livigno se è la giornata giusta per scendere nella neve pura.

Per non farvi mancare niente, il progetto freeride è in continua evoluzione: dalla creazione di una Freeride map per facilitare la navigazione al miglioramento del sistema di comunicazione tramite l'utilizzo di schermi e cancelli pubblici, oltre all'implementazione del servizio Hiski, l'installazione di punti di controllo per l'ARTVA e la gestione integrata del rischio tramite interventi per il distacco programmato di valanghe.

Per le prime sfide, sono state create delle zone a basso rischio, le Freeride Approaching Areas, dove è possibile scivolare in neve fresca senza l'obbligo di ARTVA, pala e sonda. È un primo decisivo passo verso avventure sempre più emozionanti.

Percorsi gestiti

Grazie ad adeguati segnalatori, potete avvicinarvi da soli ma muniti dell'attrezzatura necessaria al fuorigià. Importante ricordare e rispettare le regole per i gestori.

Li
G

Livigno ha adottato molte iniziative per evitare rischi e pericoli dello sci fuoripista. Il progetto freeride riguarda in primo luogo l'informazione: dal 26 dicembre, ogni giorno a partire dalle 8,30, dirama il bollettino neve e valanghe inerenti l'area sciistica di Livigno. In tal modo gli sciatori sono informati anche sulla qualità della neve, le condizioni dei tracciati, la possibilità di praticare il fuoripista o l'eventuale pericolosità. Il bollettino locale completa così quello regionale emesso dal centro Nivometeorologico Arpa di Bormio. Per vedere il bollettino:

<http://www.livigno.eu/it/inverno/bollettino-valanghe/bollettino-valanghe-progetto-freeride>.

Le preziose informazioni vengono diffuse oltre che dal sito di APT Livigno anche dagli hotel della località sciistica, dalle stazioni degli impianti di risalita e attraverso la televisione locale. Il Progetto Freeride prevede anche l'individuazione e la messa in sicurezza di itinerari dedicati all'avvicinamento al freeride, per renderlo sempre più sicuro. Inoltre sono stati allestiti due nuovi percorsi per le ciaspole, in Pemoni e nella zona dell'Alpe Vago, gestiti e individuabili da apposita segnaletica.

Novità anche per lo sci alpinismo, con due nuovi itinerari sempre segnalati e gestiti: uno che sale al Monte Crapene e l'altro verso Piascianet.

Inoltre, ogni domenica si tiene un incontro pubblico e gratuito tra le Guide Alpine e chi vuole avvicinarsi al freeride, per conoscere l'attrezzatura di auto-soccorso: Artva, pala e sonda e le regole per praticare in sicurezza il fuoripista.

L'unico modo per ridurre le vittime degli incidenti causati dalla valanghe è quello di aumentare la cultura della montagna e di fornire le informazioni più adeguate per la pratica in sicurezza dello sci fuoripista. "Le persone dovrebbero sciare fuori dalle piste battute solo se consapevoli dei pericoli che stanno per affrontare e, a quel punto, prendersi le proprie responsabilità. La consapevolezza avviene attraverso l'informazione e la conoscenza e chi non la possiede dovrebbe affidarsi a degli esperti, nella fattispecie alle Guide Alpine e ai Maestri di Sci esperti in fuoripista" così dichiara Fabiano Monti, Tecnico neve e valanghe - Progetto Freeride Livigno, e prosegue avvertendo: "In Lombardia il Soccorso Alpino è gratuito, ma questo non deve diventare un pretesto per comportarsi in modo irresponsabile nei confronti di se stessi e dei soccorritori. Lo sci fuoripista non è un'attività da bandire, può insegnare valori fondamentali come l'amore per la natura e il rispetto di se stessi e degli altri. Dobbiamo però riuscire a diffondere conoscenze e consapevolezza adeguate alla sua pratica in sicurezza".

Fuori delle piste attrezzate, come si accennava, chi scia lo fa con suo buon diritto, ma a suo rischio e pericolo. Pur valida in via generale, questa tesi viene messa immediatamente in crisi da particolari situazioni concrete. Come sopra si accennava, se un impianto di funivia porta utenti e sciatori in cima a una montagna dove non ci sono piste attrezzate per scendere, ma vi si svolge comunque una attività di segnalazione delle piste non battute, si verifica un'assunzione da parte del gestore di obblighi di sicurezza che non rientrerebbe nella Legge n. 363/03 e neanche nelle normative vigenti, assolutamente carenti al riguardo. Il gestore, mettendo a disposizione l'impianto da cui trae profitti, crea l'affidamento negli utenti di poter accedere e sciare su aree non attrezzate. Rispetto ad esse, escluso ogni onere di manutenzione, avrebbe comunque l'onere di segnalare agli utenti che si servono dell'impianto per accedervi, sia il tracciato, sia il grado di difficoltà, sia le insidie non evidenti.

Potremmo affermare che, la regola generale ormai consolidata è quella per cui il gestore, nelle aree fuori pista, qualora il fruitore abbia, volontariamente e coscientemente deciso di affrontare tale percorso, non sarà ritenuto responsabile nemmeno se in quelle aree lo scialpinista andrà a sbattere contro materiali artificiali posti in essere dal gestore stesso (ad esempio rampe, pali, reti, tubi di acciaio o altro)⁴¹.

⁴¹ App. Trento, 8 novembre 1986, confermata da T. Bolzano, 25 maggio 1985, e poi da T. Trento 18 gennaio 1993 in U. IZZO, M. FERRARI, (a cura di), *La responsabilità sciistica: banca dati di materiali normativi e giurisprudenziali*, Torino, 2006, CD Rom, inoltre Legge Reg. Piemonte 26 gennaio 2009, n. 2, confermata nella legge Reg. 18 febbraio 2010, n. 12, in cui si specifica che "in tali percorsi, ancorché serviti dagli impianti, i gestori dei *bike park* e delle piste non sono responsabili degli incidenti che possano verificarsi".

4.3 Responsabilità e fattispecie ibride: il caso delle piste di fatto

La giurisprudenza tuttavia non si è dimostrata così unanime per quanto riguarda gli infortuni verificatisi nelle c.d. “zone bretella” le zone cioè di confine, strettamente connesse alle piste custodite dal gestore⁴². In tali casi sarà necessaria una valutazione *case by case* per verificare se il fruitore sia entrato in fuori pista coscientemente o solamente a seguito di errore scusante derivante da mancata o scarsa segnalazione o da scarsa diligenza del gestore.

In questi casi la Cassazione ha ritenuto che, a seguito della natura atipica del contratto di fruizione, il gestore sarà tenuto ad una serie di prestazioni accessorie che vanno ben al di là del trasporto da valle a monte. Per cui egli sarà tenuto ad una diligenza adeguata, volta a prevedere determinati pericoli che possano sorgere in capo ai fruitori e sarà tenuto ad attivarsi per evitarne la materializzazione⁴³. Sarà così tenuto a porre delle reti di protezione in luoghi ove sia più facile e probabile la fuori uscita dalla pista, dovrà attivarsi inoltre ad apporre adeguata segnaletica, ben visibile, volta ad avvisare gli utenti di eventuali pericoli e ad avvisarli sul percorso corretto da seguire⁴⁴.

In questi casi, applicando la legge n. 363/2003, ricade in capo al gestore una responsabilità ex art. 2051 c.c.

La circostanza è quella nella quale viene a trovarsi lo sciatore che non si avveda di aver impostato la propria traiettoria in un tratto innevato posto al di là dal perimetro dell'area sciabile e come tale non soggetto agli obblighi di sicurezza del gestore⁴⁵. Se può a tal fine essere utile richiamare quanto detto poc'anzi in merito alla necessità che il fuoripista sia efficacemente segnalato, anche in relazione alle situazioni meteo che ci si può attendere interessino l'area sciabile, emerge l'importanza di appuntare l'attenzione sull'affidamento che lo stato dei luoghi può ingenerare nello sciatore⁴⁶.

Tuttavia, la delicatezza della questione e le possibili ricadute sociali intese in ambito turistico, non si prestano ad una presunzione di colpevolezza di questo genere: sarà piuttosto necessaria un'attenta valutazione del giudice per indagare sulla condotta del fruitore: se questi si è messo coscientemente in un tracciato fuori pista, al gestore non potrà essere mosso alcun rimprovero, e tale esonero si verificherà anche quando il gestore abbia agito con tutti i mezzi idonei ad evitare la verifica dei danni (per esempio il fatto che un soggetto esca dalla pista fortui-

⁴² PICCIN C., cit.

⁴³ Cass. Pen. Sez. IV, 21 giugno 2004, n. 27861, in U. IZZO, M. FERRARI., cit.

⁴⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 1160, in U. IZZO, M. FERRARI., cit.

⁴⁵ Cfr. sul punto U. IZZO, *I confini dell'area sciabile fra legge e affidamento: fuoripista e responsabilità civile*, in *Riv. dir. sport.*, 2018, n. 1, p. 188.

⁴⁶ Eloquentemente, sotto questo profilo è una sentenza di merito, la cui massima ha statuito che “*i gestori delle aree sciabili fra le quali insista un percorso di collegamento (ski weg) non possono invocare l'esclusione di responsabilità prevista dall'art. 17 l. n. 363/03 per i danni occorsi a uno sciatore precipitato in un dirupo transitando su detto percorso, ove, sebbene il percorso non fosse compreso nell'area sciabile descritta dalle planimetrie allegate alle autorizzazioni all'apertura dell'area sciabile ottenute dai gestori, risulti che, prima del sinistro, lo ski weg fosse regolarmente utilizzato da un numero consistente di sciatori e che gli stessi gestori avevano provveduto alla battitura dello ski weg per rendere più sicuro il transito dell'utenza*”. T. Sondrio, 17 ottobre 2013, in <http://dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it>.

tamente e subisca una forte collusione contro un albero sito a dieci metri dalla pista e non coperto da apposita protezione, non comporterà responsabilità nei confronti del gestore, il quale non può coprire tutti gli alberi della montagna. Inoltre, il fruitore sa, che a fianco delle piste vi sono degli ostacoli naturali e perciò dovrà attivarsi per non assumere condotte pericolose)⁴⁷.

4.4 La colpa omissiva

Si potrebbe, nei casi che potrebbero coinvolgere un gestore di aree sciabili attrezzate che mette a disposizione dello scialpinista o del *freerider* il mezzo di trasporto per raggiungere il percorso tramite la traccia caricata *online*, ragionare su ipotesi di illecito omissivo atipico. Si potrebbe cioè valutare l'eventuale inosservanza, da parte del gestore delle piste, di un dovere di protezione non previsto da una specifica norma o clausola contrattuale, ma ricavabile implicitamente in base a determinate circostanze, secondo l'orientamento che più si sta affermando in giurisprudenza. L'ipotesi sembrerebbe principalmente riguardare casi di responsabilità del gestore delle aree sciabili rispetto allo scontro avvenuto tra sciatori tendenzialmente su pista. Certo è che, coi dovuti accorgimenti, i principi di cui si farà ora cenno potrebbero essere mutuati dalle corti anche per ipotesi di responsabilità del gestore delle aree sciabili in caso di sinistro verificatosi su tratti non direttamente rientranti nel concetto di pista⁴⁸.

Se si esaminano sotto tale profilo i casi maggiormente significativi decisi dalle corti in ambito sciatorio, si può ricavare il principio per cui l'inerzia rileva quale condotta potenzialmente idonea a determinare una responsabilità civile per omissione, ogniquale si determini una situazione anche di semplice conoscibilità del pericolo del prodursi di danni⁴⁹, sulla base di specifici rapporti che si sia contribuito a porre in essere⁵⁰ e sui quali venga riposto affidamento⁵¹, o a fronte di informazioni ricevute⁵².

Particolarmente interessanti a questo proposito si rivelano alcune decisioni di merito rinvenute sull'argomento secondo cui⁵³: si segnala infatti quanto affermato, e cioè che «*in materia di responsabilità civile, il generale precetto del neminem laedere [...] opera pienamente tutte le volte in cui i terzi siano ragionevolmente indotti, sulla base di specifici rapporti pregressi, a fare affidamento su di una determinata situazione giuridica cosicché l'obbligo giuridico di impedire l'evento può nascere oltre che da una norma di legge o da una clausola contrattuale, anche*

⁴⁷ T. Trento, 10 maggio 1999, in U. IZZO, M. FERRARI, cit., "Posto che l'attività sciistica configura intrinsecamente un rischio accettato da chi la pratica, il gestore degli impianti sciistici non è responsabile per i danni subiti da uno sciatore causati dalla presenza di ostacoli normalmente percepibili con l'uso da parte dello sciatore della diligenza e della perizia commisurata al grado di difficoltà della pista".

⁴⁸ Cfr. M. PITTALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in *Dir. sport.*, 2015, p. 41.

⁴⁹ Cass. civ., 5.5.2009, n. 10285.

⁵⁰ Cass. civ., 23.5.2006, n. 12111.

⁵¹ Cass. civ., 23.5.2006, n. 12111, cit.; T. Firenze, 2.2.2015, n. 280, in *De Jure*; T. Marsala, 21.6.2005, in *De Jure*.

⁵² T. Firenze, 2.2.2015, n. 280.

⁵³ T. Firenze, 2.2.2015, n. 280.

da una specifica situazione che esiga una determinata attività a tutela di un diritto altrui; fattispecie configurabile quando il soggetto obbligato, pur consapevole del pericolo cui è esposta la situazione giuridica soggettiva vantata dal terzo, si astenga dall'intervenire per impedire che la situazione di pericolo si traduca in una concreta lesione».

Ancora, di particolare interesse si rivela la pronuncia di un'altra corte⁵⁴, per la quale «*nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento danni da infortunio sul lavoro in cui l'attore deduca la colpevole omissione delle misure antiinfortunistiche, occorre verificare su chi gravasse l'obbligo di impedire l'evento dannoso, non solo sulla base di una specifica norma o di un accordo negoziale, ma anche in ragione di una situazione concreta esigente una determinata attività a tutela del diritto altrui, laddove sia nella possibilità del soggetto, con un minimo di diligenza comune, elidere le potenzialità dannose della fonte di pericolo, ovvero laddove pregresse situazioni abbiano ingenerato un ragionevole principio di affidamento dei terzi nell'intervento altrui*».

Le decisioni appena riportate appaiono illuminanti per un civilista sotto un duplice profilo, e cioè: da un lato, emerge con chiarezza dalla prima, come la consapevolezza in base ad informazioni ricevute, ovvero la conoscibilità in base ad elementi univoci, della situazione di pericolo creatasi sulle piste di discesa a valle, esponga il gestore a potenziale responsabilità, rendendo rilevante la eventuale sua inerzia nell'attivarsi per fronteggiare e porre rimedio alla situazione; dalla seconda, invero, sembrerebbe di poter evincere la imprescindibilità del nesso causale fra detta ipotetica inerzia rilevante ed il danno eventualmente provocatosi in pista, laddove infatti la decisione di merito richiamata pone come condizione per affermare la responsabilità del gestore della pista, la «*possibilità del soggetto, con un minimo di diligenza comune*», di «*elidere le potenzialità dannose della fonte di pericolo*»⁵⁵.

È chiaro infatti che, agli effetti della configurabilità della – concorrente – responsabilità del gestore delle piste, sia che la si faccia derivare da un titolo extracontrattuale (ai sensi delle ricordate disposizioni di cui agli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c.), sia che invece la si ritenga inquadrabile nella responsabilità contrattuale (ex artt. 1218 ovvero 1681 c.c.), non è sufficiente che possa individuarsi una condotta omissiva del gestore giuridicamente rilevante perché in violazione di un precetto specifico ovvero generico di solidarietà sociale⁵⁶, ma occorre comunque che il sinistro verificatosi possa affermarsi come causato proprio o comunque anche da tale omissione giuridicamente rilevante⁵⁷. Soltanto in tal caso potrà invero ricondursi l'accaduto alla sfera di controllo della condotta – attiva od omissiva – del gestore⁵⁸.

⁵⁴ T. Marsala, 21.6.2005.

⁵⁵ M. PITALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in *Dir. sport.*, 2015, p. 42.

⁵⁶ Di attivarsi in forza di particolari informazioni ricevute e comunque in forza di una situazione oggettiva venute a creare e della quale il gestore sia consapevole.

⁵⁷ In tal senso sembra anche la già ricordata Cass. civ., 5.5.2009, n. 10285.

⁵⁸ Cfr. anche Cass. civ. Sez. III Sent., 22/10/2014, n. 22344 ad avviso della quale: "In tema di responsabilità da illecito omissivo del gestore di impianto sciistico, l'omittente risponde del danno derivato a terzi non solo quando debba attivarsi per impedire l'evento in base ad una norma specifica o ad un rapporto contrattuale, ma anche quando, secondo le circostanze del caso concreto, insorgano a suo carico, per i principi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., doveri e regole di azione la cui inosservanza integra un'omissione imputabile. Ne consegue che il medesimo non è tenuto, di norma, a vigilare

4.5 Considerazioni di sintesi

Con riferimento al progetto *Skialp*, tra i diversi scenari sopra prospettati, quello che maggiormente potrebbe realizzarsi è il sinistro fuoripista.

In dottrina si è cercato di enucleare tre tipi di fuori pista cui ci si può avvicinare. Tre diverse ipotesi di fuoripista per lo sciatore. Vengono così definiti: fuoripista cinetico, inconsapevole e volontario⁵⁹.

Il primo, il cinetico, identifica l'ipotesi in cui lo sciatore sia proiettato fuori dall'area sciabile per effetto del moto cinetico impresso dalla sua discesa sulla pista⁶⁰.

È obbligo del gestore valutare i comportamenti ragionevolmente attesi da parte degli utenti delle piste, e ipotizzare i possibili scenari di caduta. Da questa valutazione tecnica dipende l'obbligo di eliminare ostacoli naturali e/o artificiali posti oltre le palinature e di installare – nei tratti di pista che si reputano interessati dal rischio del fuori pista cinetico – adeguate precauzioni passive, protezioni fisiche e/o reti di contenimento in modo da mitigare il rischio di danno, senza costituire a loro volta un pericolo aggiuntivo per l'incolumità degli sciatori⁶¹.

sulla condotta dei singoli utenti, attesa la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività sportiva esercitata sulle piste da sci, le dimensioni solitamente ragguardevoli di queste ultime, nonché la normale imprevedibilità, anche per la contestuale incidenza di "fattori" naturali non governabili dal gestore, delle condotte degli utenti, salvo che alleggi e provi l'intervenuta segnalazione dell'anomalo comportamento dello sciatore, ovvero la diretta percezione di tale comportamento da parte degli addetti all'impianto (che avrebbero dovuto allertare un accorto titolare della struttura), la cui mancata considerazione costituisce omissione inescusabile. (Rigetta, App. Brescia, 04/12/2009)", in CED Cassazione, 2014.

⁵⁹ Il riferimento è a U. Izzo, "Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista" in Melchionda, Rossi (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva: attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, p. 95

⁶⁰ La giurisprudenza non ha mai nutrito dubbi sul fatto che, nell'assolvere i propri obblighi precauzionali, il gestore dell'area sciabile debba valutare il rischio che lo sciatore fronteggia per l'eventualità di cadute o perdite di controllo che ne determinino l'uscita di pista.

⁶¹ Interessante, a tal proposito, risulta la sentenza del Tribunale di Cuneo del 14 gennaio 2009, mediante la quale il Giudice ha rigettato la richiesta di risarcimento dei danni di uno sciatore finito fuori pista dopo una caduta e arrestatosi contro un albero posto al margine del tracciato.

Dopo avere affermato che la natura del negozio intercorrente tra l'utente e il gestore è contrattuale e che la causa dello stesso consiste non nel solo trasporto ma in un'attività ben più complessa, consistente nella risalita finalizzata alla discesa su piste sicure, il Tribunale ha puntualmente delimitato l'ambito di tale responsabilità distinguendo tra rischi naturali tipici, accettati dall'utente e inidonei a fondare la responsabilità del custode, e rischi atipici, che devono essere eliminati dal gestore pena la sua responsabilità.

Il Tribunale, in proposito, ha affermato che il comprensorio sciistico comprende componenti naturali quali i pendii, gli alberi, le rocce, la stessa neve e, comunque, subisce l'influsso della componente climatica tipicamente invernale.

Tali elementi, ineliminabili perché connessi alla stessa area sciistica, rappresentano altrettante situazioni di rischio naturale esterno, ordinariamente esistenti e ai quali lo sciatore, esercitando l'attività sportiva, accetta di esporsi non potendo trasferire ad altri il rischio summenzionato.

Perciò non può richiedersi al gestore l'eliminazione dei rischi naturali tipici, quali la presenza di zone alberate ai lati della pista, la presenza di tratti nevosi di differenze consistenza, la mutevole pendenza della pista. In questi casi, qualora la presenza di tali elementi non sia di immediata percezione, è sufficiente che il gestore provveda alla loro segnalazione.

Rappresenta un preciso obbligo del custode, invece, l'eliminazione di ostacoli artificiali o anomali (quali oggetti caduti sulla pista o arbusti cresciuti sulla stessa) ovvero la segnalazione e l'approntamento di misure di protezione, come la recinzione con reti, idonee a impedire incidenti. Cfr. sul punto le osservazioni di T. CANTARELLA, *Responsabilità del gestore della pista da sci*, in *Ventiquattrore Avvocato*, 5 dicembre 2018 n. 1, p. 22-29.

Diversamente, il fuoripista inconsapevole, spesso coincidente con la figura della pista di fatto, riguarda i casi in cui lo sciatore non si avveda di aver impostato la propria traiettoria in un tratto innevato posto al di là dal perimetro dell'area sciabile e come tale non soggetto agli obblighi di sicurezza del gestore. Ne consegue che il fuoripista deve essere efficacemente segnalato, anche in relazione alle situazioni meteo che ci si può attendere su quella determinata area sciabile: le informazioni indicano l'affidamento che lo stato dei luoghi può ingenerare nello sciatore.

Infine, il fuoripista vero e proprio, quello consapevolmente cercato dallo sciatore, quello su cui spesso preme il *marketing* e la comunicazione pubblicitaria delle località sciistiche invernali.

È questo il caso che verosimilmente può più interessare il progetto skialp. Difatti, si possono formulare ipotesi di responsabilità qualora il gestore, per attrarre utenti amanti del fuoripista, reclamizzi in modo esplicito la possibilità di servirsi dei propri impianti per raggiungere la quota e poi lanciarsi in itinerari fuoripista⁶².

Se il gestore induce lo sciatore a concludere il contratto di fruizione dell'area sciabile al fine di godere del fuoripista, può poi essere ritenuto contrattualmente responsabile di obblighi di controllo, ove lo sciatore, servendosi degli impianti, si immetta in fuoripista e, percorrendo un itinerario spazialmente non ricompreso nell'area sciabile, incorra in un infortunio o una disgrazia.

Non è sufficiente il semplice richiamo all'art. 17 della legge n. 363/2003 per chiudere ogni discussione in proposito. Difatti, si potrebbe replicare che, promettendo esplicitamente allo sciatore che l'accesso ai propri impianti di risalita consente di solcare bianche distese non trattate e anzi, facendo leva su questa attrattiva per incrementare i propri utenti, il gestore si assuma implicitamente in via negoziale un obbligo di controllo autonomo ed ulteriore rispetto a quello contemplato dalla legge n. 363/2003⁶³.

Per tentare di esorcizzare questo esito interpretativo si sono mossi alcuni legislatori regionali, fra cui quello piemontese⁶⁴, quello abruzzese⁶⁵, ma per il progetto

⁶² È questa l'acuta e condivisibile osservazione che propone U. Izzo, "Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista" in Melchionda, Rossi (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva: attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, pp. 97-98

⁶³ Cfr. ancora È questa l'acuta e condivisibile osservazione che propone U. Izzo, "Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista" in A. MELCHIONDA, S. ROSSI (a cura di), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva: attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, pp. 97-98

⁶⁴ L'art. 4, comma 2, lett. f) della l. reg. Piemonte 26 gennaio 2009, n. 2 e successive modifiche, definisce il «percorso fuoripista o misto» in questi termini: «itinerario sciistico, anche non compreso nell'area sciabile e di sviluppo montano attrezzata, che può essere segnalato con paletti indicatori di percorso e normalmente accessibile. Per tale itinerario valgono le disposizioni di cui all'articolo 30 e, pertanto, viene percorso dall'utente a suo esclusivo rischio e pericolo». A sua volta l'art. 30 della stessa legge al comma 1 prevede: «i gestori delle piste da sci, le pubbliche amministrazioni locali e la Regione non sono in alcun modo responsabili degli incidenti che possono verificarsi al di fuori delle piste da sci di cui all'articolo 4, comma 2, lettere a), b), c), d) ed e), anche se accaduti su percorsi fuori pista serviti dagli impianti di risalita, né degli incidenti che possono verificarsi sui percorsi di cui all'articolo 4, comma 2, lettera f)».

⁶⁵ Nel testo vigente l'art. 99 della l. reg. Abruzzo 8 marzo 2005, n. 24, reca: «Sci fuoripista, scialpino e alpinismo. 1. Fermo restando l'obbligo per il concessionario e gestore dell'area sciabile attrezzata di apporre idonea segnaletica di pericolo di frane o valanghe, per gli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuoripista accessibili dagli impianti o al di fuori delle piste individuate ai sensi della presente legge, si applica quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 17 della legge 24 dicembre 2003, n. 363 e

che qui interessa sembra opportuno richiamare la norma che riguarda la Valle d'Aosta. La legge della Regione Val d'Aosta⁶⁶ prevede all'art. 7, rubricato «*Sci fuori pista e sci-alpinismo*» che: «1. Il concessionario degli impianti funiviari e il gestore delle piste di sci non sono responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi o al di fuori delle aree e delle piste individuate ai sensi dell'articolo 3 della presente legge e della L.R. n. 9/1992. 2. I soggetti che praticano lo sci-alpinismo devono sempre munirsi di appositi sistemi elettronici per garantire un idoneo e tempestivo intervento di soccorso»⁶⁷.

È chiaro come a livello regionale la Valle d'Aosta abbia cercato di individuare una norma tesa a rendere il gestore delle aree sciabili difficilmente imputabile in caso di sinistri. Per altro verso, emerge come egli possa comunque essere chiamato negozialmente a rispondere qualora pubblicizzi l'attività fuori pista nelle zone limitrofe ai luoghi ove trasporta la propria clientela. Ciò evidenzia come, anche ai sensi dell'art. 41 Cost. sulla libertà di iniziativa economica privata, il fine di lucro dato dall'attività imprenditoriale del gestore delle aree sciabili, quantomeno ad avviso di chi scrive, possa comportare anche obblighi di protezione e informazione e ciò anche in presenza di norme che a prima vista sembrerebbero di totale chiusura rispetto a ipotesi di responsabilità.

A questo punto è opportuno concentrare l'attenzione sulle diverse conseguenze nascenti dalla scelta dell'una o dell'altra strategia processuale da parte dell'eventuale danneggiato, fermo il possibile concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁶⁸.

Nel caso che qui interessa, se la traccia caricata *online* fosse oggetto di pubblicità da parte del gestore delle aree sciabili, potrà ipoteticamente valutarsi una responsabilità in capo a costui qualora non venga fornita un'adeguata informazione.

Per quanto concerne l'onere probatorio posto a carico dell'attore/danneggiato, la scelta di invocare l'art. 1681 c.c. piuttosto che la norma generale di cui all'art. 1218 c.c., ovvero le speciali regole di responsabilità extracontrattuale di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c., non comporterà differenze sostanziali.

Qualora infatti venga accertata la sussistenza del nesso di causalità, il danneggiato non dovrà provare, in quanto presunta, la colpa del gestore ai sensi dell'art. 1681 c.c., ovvero, secondo l'orientamento della Suprema Corte⁶⁹, ai sensi dell'art.

successive modifiche e integrazioni. 2. I soggetti che praticano lo scialpinismo devono munirsi di Apparecchio di Ricerca dei Travolti in Valanga (ARTVA), Pala e Sonda per garantire un idoneo intervento di soccorso. 3. Le disposizioni del presente articolo sono riportate sulla documentazione di informazione all'utente ed indicate su cartelli esposti presso le stazioni di partenza ed arrivo degli impianti di risalita, come da Allegato B alla presente legge. La documentazione di informazione all'utente ed i cartelli sono predisposti dal concessionario e dal gestore dell'area sciabile attrezzata».

⁶⁶ Legge regionale 15 novembre 2004, n. 27, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza sulle aree destinate alla pratica degli sport in-vernali. Modificazioni alla legge regionale 17 marzo 1992, n. 9 (Norme in materia di esercizio ad uso pubblico di piste di sci), da ultimo modificata dalla legge regionale 15 dicembre 2000, n. 34*»,

⁶⁷ Cfr. l'art. 2 della medesima normativa, rubricato «*Individuazione delle aree sciabili*», che prevede che: «1. La classificazione delle piste di sci effettuata ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale 17 marzo 1992, n. 9 (Norme in materia di esercizio ad uso pubblico di piste di sci) equivale ad ogni effetto all'individuazione delle aree sciabili attrezzate di cui all'articolo 2 della L. n. 363/2003».

⁶⁸ M. PITALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in *Dir. sport.*, 2015, p. 38.

⁶⁹ Cfr. Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA.

1218 c.c., così come la colpa non deve formare oggetto di dimostrazione nelle ipotesi in cui si invochi la responsabilità di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c.⁷⁰

Nell'ipotesi che venga invece invocata da parte dell'attore la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., l'onere probatorio graverà, viceversa, esclusivamente sullo stesso sciatore fuoripista⁷¹.

5. Il pubblico amministratore

5.1 Le responsabilità del pubblico amministratore in montagna

In base all'analisi della giurisprudenza, risulta ormai chiaro che sussiste un dovere, in capo agli amministratori pubblici, di monitorare e vigilare in via continuativa il territorio montano a rischio di calamità naturali quali, ad esempio, frane, valanghe o esondazioni e, se del caso, intervenire per prevenire e/o contrastare i rischi legati alle calamità naturali. È questo forse l'aspetto più delicato delle possibili contestazioni che potrebbero essere mosse all'ente locale che ritenesse di caricare su internet tracce di itinerari scialpinistici. Difatti, i sindaci assumono con la loro elezione una serie di responsabilità ben precise.

Richiamiamo, in tal senso, alcuni dei casi riportati dall'art. 54 del D. Lgs. n. 267 del 2000, (Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti locali) su cui poi sarà opportuna una breve chiosa, dato che in quest'ambito è prassi, da parte della Pubblica Amministrazione, emanare ordinanze su base continua il cui fine è sostanzialmente quello di prevenire i pericoli ma che talora vengono emesse al di fuori dei presupposti previsti, una sorta di medicina difensiva della montagna assolutamente da contrastare.

Per quanto concerne il monitoraggio e la vigilanza, la Pubblica Amministrazione ha il dovere, tra gli altri, di:

- individuare e censire le zone antropizzate a rischio e identificare quelle potenziali a rischio;
- vietare la costruzione di abitazioni e infrastrutture in aree a rischio; realizzare opere di protezione rispetto alle zone antropizzate a rischio;
- adottare adeguati provvedimenti in situazioni nivometeorologiche critiche quali la chiusura di strade o l'evacuazione di centri abitati.

Il provvedimento dell'agosto 2019 (Direttiva Protezione civile del 12/08/19 c.d. Direttiva valanghe) è un primo passo per regolamentare una situazione allo stato

⁷⁰ Sulla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 2051, si richiama Cass. 7 aprile 2010, n. 8229, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010.

⁷¹ Cfr. Cass. 10 dicembre 2012, n. 22383, in *dir e giustizia*, 2012, con nota di E. VINCENTI. Tali conclusioni sono state espresse dalla Suprema Corte, secondo la quale, in base al titolo contrattuale della responsabilità del gestore, spetta all'attore danneggiato provare unicamente la fonte del proprio diritto, ben potendosi limitare ad allegare l'inadempimento ovvero il non esatto adempimento della controparte rispetto all'obbligo di garantire la sicurezza delle piste, essendo viceversa a carico del gestore l'onere di provare l'esistenza del fatto estintivo dell'altrui pretesa, nonché, qualora esistenti, le modalità attraverso le quali aveva avviato alla situazione di pericolo ed eventualmente lo specifico caso fortuito da cui sarebbe originato l'evento lesivo

insostenibile. Certamente, però, è bene considerare come tali obblighi di controllo debbano essere soppesati e calibrati con riferimento alle attività di tracciamento degli itinerari su internet di cui si occupa il presente studio.

Al dovere di attuare gli obblighi sopra descritti corrisponde una responsabilità del pubblico amministratore che può essere di due tipi:

- una responsabilità oggettiva del custode ex art. 2051 c.c., la pubblica amministrazione viene considerata custode dei beni demaniali (e allora, la p.a. ha ad esempio l'obbligo di controllare e monitorare scrupolosamente un pendio ripido sopra a una strada da cui quotidianamente cadono slavine);
- oppure una responsabilità civile ex art. 2043 c.c., ossia una responsabilità civile per così dire classica, che non integra una responsabilità oggettiva da parte della Pubblica Amministrazione (la p.a. non ha un particolare obbligo di controllo su un pendio in un bosco privo di accessi ove non si registra da anni alcun movimento).

Di seguito offriamo una breve disamina delle due ipotesi.

5.2 Responsabilità oggettiva

Per quanto riguarda la responsabilità oggettiva ex art. 2051 c.c. (sono i casi in cui la p.a. va esente da responsabilità solo provando il caso fortuito), la giurisprudenza, che sul punto è copiosa, ha stabilito che sussiste la responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione per le zone di montagna antropizzate a rischio ove, appunto, si ripetono con frequenza valanghe, frane o esondazioni: in altre parole, in quelle zone di montagna ove, attesa l'alta rischiosità delle stesse, vi è sicuramente un dovere di vigilanza continua del territorio⁷².

Quanto al regime probatorio, la giurisprudenza argomenta che le zone ove con frequenza cadono valanghe o frane debbano essere sottoposte a monitoraggio continuo e, quindi, spetti alla pubblica amministrazione provare il caso fortuito. In sostanza, si ha un'inversione dell'onere della prova rispetto alle regole ordinarie: il danneggiato dalla valanga che avvia un'azione giudiziale per ottenere il ristoro dei danni ai sensi dell'art. 2051 c.c. dovrà unicamente provare l'evento dannoso e il danno patito, ma non sarà tenuto a provare la colpa della p.a., la responsabilità è presunta e, pertanto, di carattere oggettivo⁷³.

Ai sensi dell'art. 2051 del c.c., *la c.d. "Responsabilità del custode"* si ritiene che sia presunta quando sussistono le seguenti due condizioni: l'esistenza di un rapporto di custodia, identificandosi lo stesso in una relazione tra la cosa e colui il quale ha un effettivo potere sulla stessa e il fatto che il danno lamentato sia provocato dalla cosa in custodia⁷⁴.

⁷² Posto che le zone in cui avvengono con frequenza valanghe e frane sono spesso ben conosciute, la giurisprudenza è orientata, in tali casi, ad attribuire una responsabilità aggravata nei confronti della pubblica amministrazione, prevedendo che quest'ultima, per liberarsi della responsabilità, debba provare il caso fortuito (e quindi l'imprevedibilità e l'inevitabilità dell'evento).

⁷³ Come è noto, la regola generale ai sensi dell'art. 2697 c.c., è che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

⁷⁴ In passato la giurisprudenza tendeva ad escludere l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei casi di beni, facenti parte del demanio pubblico (tra cui rientra ad es. il demanio stradale), rispetto ai quali,

Basandosi su una relazione, per l'appunto, tra cosa e custode, la responsabilità deve prescindere dal carattere colposo o dall'attività di quest'ultimo, nonché dalla pericolosità della cosa stessa.

Essendo di natura oggettiva, la responsabilità ex art. 2051 c.c. presuppone, per la sua configurabilità, esclusivamente l'esistenza del nesso eziologico fra cosa ed evento.

Occorre rilevare che, in materia di sinistri avvenuti su strada o suolo pubblico, ormai da alcuni anni la giurisprudenza ha abbandonato l'orientamento secondo cui sarebbe configurabile la responsabilità del custode pubblico soltanto in presenza della c.d. "insidia" o "trabocchetto", entrambe riconducibili all'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.⁷⁵, essendo, viceversa, consolidata l'applicazione dell'art. 2051 c.c.

Allo stesso tempo la Corte di Costituzionale⁷⁶ ha affermato anche che la "notevole estensione del bene" e "l'uso generale e diretto" non determinano di per sé l'impossibilità da parte della pubblica amministrazione di un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza sul bene medesimo; la quale dunque potrebbe essere ritenuta, non già in virtù di un puro e semplice riferimento alla natura demaniale e all'estensione del bene, ma solo a seguito di un'indagine condotta dal giudice con riferimento al caso singolo, e secondo criteri di normalità".

Spetta al giudice dunque valutare in concreto se il custode/gestore sia oggettivamente nelle condizioni di mantenere un controllo sul bene in custodia e se, in tal caso, abbia intrapreso tutte le operazioni idonee ad evitare il verificarsi o l'insorgere del pericolo oppure se, al contrario, non si sia adoperato con la necessaria diligenza al fine di scongiurare tale rischio.

Con la sentenza n. 15042/2008 la Corte di Cassazione ha poi affermato che peculiarità che in astratto possono rendere difficoltoso un effettivo controllo sul bene in custodia: *"vanno individuate non solo e non tanto nell'estensione territoriale del bene e nelle concrete possibilità di vigilanza su di esso e sul comportamento degli utenti, quanto piuttosto nella natura e nella tipologia delle cause che abbiano provocato il danno: secondo che esse siano intrinseche alla struttura del bene, si da costituire fattori di rischio conosciuti o conoscibili a priori dal custode (quali, in materia di strade, l'usura o il dissesto del fondo stradale, la presenza di buche, la segnaletica contraddittoria o ingannevole, ecc.), o che si tratti invece di situazioni di pericolo estemporaneamente create da terzi, non conoscibili né eliminabili*

a causa dell'estensione e dell'uso generalizzato e diretto da parte dei terzi, non è possibile svolgere i doveri di vigilanza posti a carico del custode (C., S.U., 8588/1997; C. 10040/2006; C. 11446/2003; C. 11366/2002; C. 16179/2001; C. 5990/1998; T. Piacenza 26.5.2011). Tale orientamento si basava sulla considerazione che tale categoria di beni non potesse essere sottoposta ad una idonea custodia della P.A.; di conseguenza, si poteva applicare l'art. 2051, soltanto se l'estensione dei beni demaniali è tale da consentire l'esercizio di un continuo ed efficace controllo che valga ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per i terzi (C. 1691/2009; C. 13114/1995; C. 5567/1984). Si riteneva applicabile l'art. 2051 nei confronti della P.A. per le categorie di beni demaniali quali le strade pubbliche solamente quando, per le ridotte dimensioni, ne era possibile un efficace controllo ed una costante vigilanza da parte della P.A., tale da impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti (C. 20827/2006). La giurisprudenza è oggi orientata ad affermare un più pregnante dovere di custodia sui beni demaniali (C. 4963/2019). Cfr. sul punto banca dati *Pluris Utet*.

⁷⁵ *Ex plurimis*, Cass. n. 366 del 2000, Cass. n. 7938 del 2001, Cass. n. 9092 del 2001, Cass. n. 11250 del 2002, Cass. n. 14993 del 2002, Cass. n. 15710 del 2002, Cass. n. 16356 del 2002, Cass. n. 17152 del 2002, Cass. n. 1571 del 2004, Cass. n. 22592 del 2004

⁷⁶ Cfr. Corte Cost. n. 156/1999.

*con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione. Nel primo caso è agevole individuare la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c., essendo il custode sicuramente obbligato a controllare lo stato della cosa e a mantenerla in condizioni ottimali di efficienza. Solo nel secondo caso l'emergere dell'agente dannoso può considerarsi fortuito, quanto meno finché non sia trascorso il tempo ragionevolmente sufficiente perché l'ente gestore acquisisca conoscenza del pericolo venutosi a creare e possa intervenire ad eliminarlo"*⁷⁷.

Tale orientamento è stato seguito e condiviso anche nel recente passato quando, nuovamente, la Cassazione⁷⁸ si è espressa sul punto, affermando che: *"la responsabilità ex articolo 2051 del c.c. sussiste in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l'insorgenza in essa di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito"* ed ha altresì ribadito che il caso fortuito si configura solo *"in relazione a quelle situazioni provocate dagli stessi utenti, ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa che, nonostante l'attività di controllo e la diligenza impiegata allo scopo di garantire un intervento tempestivo, non possa essere rimossa o segnalata, per difetto del tempo strettamente necessario a provvedere"*.

Tale ricostruzione è stata ribadita dalla Suprema Corte in una pronuncia in cui la stessa ha affermato che la responsabilità ex articolo 2051 c.c., per danni da cose in custodia, anche nell'ipotesi di beni demaniali in custodia della pubblica amministrazione, ha carattere oggettivo, ragion per cui si configura in concreto tutte le volte in cui sussiste nesso causale tra la cosa in custodia del danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza⁷⁹.

È chiaro come l'orientamento giurisprudenziale ora descritto possa risultare potenzialmente molto duro per il pubblico amministratore qualora venisse realizzato il progetto *skialp* in caso di sinistro.

5.3 Responsabilità extracontrattuale

Per quanto riguarda, invece, il dovere generalizzato (art. 2043 c.c.) della pubblica amministrazione di custodire un bene demaniale come la montagna in senso lato, occorre dire che il territorio montano è così vasto che le zone ove non vi è una frequenza di eventi calamitosi sono praticamente impossibili da sottoporre a un controllo su base continua. Quindi, quantomeno in linea teorica, dovrebbe essere impensabile addebitare una responsabilità oggettiva nei confronti della Pubblica Amministrazione in questi casi. Di conseguenza, in questo caso, il danneggiato, per ottenere il risarcimento dei danni dalla Pubblica Amministrazione, in caso di calamità naturale, dovrebbe provare che il danno era prevedibile e conoscibile da parte della Pubblica Amministrazione; se ciò viene provato, il risarcimento potrà essere concesso; in caso contrario, non potrà esserlo.

Nell'ipotesi di valanghe o frane che dovessero verificarsi in zone non sottoposte a controllo (in quanto in quei luoghi non antropizzati, ad esempio, non si sono

⁷⁷ Cassazione civile sez. III 2008 n. 15042; in tal senso anche Cass. 1691/2009, Cass. 4495/2011.

⁷⁸ Cfr. Cass. n. 14856/2013.

⁷⁹ Cfr. Cass. 8481/2015.

verificati in precedenza eventi dannosi o calamità naturali), o comunque in zone non conosciute come pericolose di per sé, al danneggiato spetta l'onere di provare che l'evento era prevedibile in quel momento, che la pubblica amministrazione era consapevole del rischio e nonostante ciò non è intervenuta al fine di eliminarlo o quanto meno di contenerlo.

Nel caso che qui interessa, predisporre una traccia *online* di un percorso di scialpinismo ove malauguratamente cada una valanga che cagiona un danno ad uno scialpinista sicuramente aumenta il rischio che una responsabilità gli venga addebitata.

Viste le premesse, si comprendono meglio quegli atteggiamenti che prima richiamavamo e che emulano ciò che accade in ambito sanitario con la famigerata "medicina difensiva". Si tratta di condotte miopi, che potremmo definire di "montagna difensiva" tenute da pubbliche amministrazioni tramite divieti e ordinanze varie.

Il ragionamento prende le mosse dalla paura che porta a predisporre cartelli di divieto o ordinanze contingibili e urgenti con cui si vietano l'accesso a intere vallate da metà novembre a primavera.

Dal punto di vista giuridico, però, (molti lo sostengono) tali ordinanze sono spesso illegittime perché, come si accennava, non delimitate nel tempo e, a ben vedere, neppure nello spazio⁸⁰.

L'autorità pubblica può vietare una determinata attività in uno spazio libero come la montagna per motivi di incolumità pubblica (ad es. pericoli per le strade o case, ma non per prevenire valanghe allo stato imprevedibili, dove non c'è nessuno salvo gli sciatori fuoripista o alpinisti, soggetti che dovrebbero assumersi il rischio insito nell'andare in montagna), ma, questo è importante, l'accesso può essere limitato solo finché dura il pericolo eccezionale e non ovunque.

Non si può cioè dire che tutta la montagna è pericolosa: si può e si deve dire che quel pendio in quelle date condizioni e in quel preciso momento è pericoloso.

5.4 La Direttiva valanghe (Direttiva PCM 12 agosto 2019)

Una novità è stata apportata con la recente direttiva del presidente del Consiglio dei ministri pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 231 il 2 ottobre 2019, meglio conosciuta come "direttiva valanghe".

Il documento vuole fornire gli indirizzi operativi non solo per l'organizzazione del sistema di allerta regionale ma anche per la pianificazione delle azioni di protezione civile territoriale nell'ambito del rischio valanghe. Vuole cioè indicare chi deve agire e come, in caso di un rischio grave di valanga.

Il testo si compone di due allegati: uno relativo alle procedure in capo a Stato e Regioni, e l'altro relativo ai Comuni e alle Province. Per la prima volta questa direttiva introduce due elementi nuovi che sono destinati a cambiare la vita dei primi cittadini. Da un lato, infatti, nell'elenco delle aree antropizzate, quelle cioè dove c'è la presenza dell'uomo, introduce anche le piste da sci. Dall'altro incarica

⁸⁰ È il caso di L. PLATTNER, *La responsabilità dell'amministratore pubblico e dei gestori degli impianti*, in *La responsabilità dell'ente pubblico e degli amministratori nella gestione del territorio e dei rischi naturali in montagna*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 19, 2009, Aosta, pp. 47 ss.

i sindaci di gestire le emergenze in queste aree. Insomma, con la direttiva 231 i primi cittadini dovranno decidere la chiusura delle piste da sci se c'è un pericolo imminente di slavina.

Così, mentre la normale vigilanza e la prevenzione da danni da valanga spettano ai gestori degli impianti, saranno invece di competenza dei Comuni, coadiuvati dalla commissione locale valanghe, gli interventi urgenti per pericolo immediato per incolumità pubblica. Praticamente i Comuni, tramite i loro tecnici (non è specificato quali) dovranno valutare le singole aree sciistiche e qualora i bollettini della neve siano particolarmente critici, dovranno decidere se vi sia il rischio di caduta di una massa nevosa e quindi stabilire la chiusura della pista. Qualora i Comuni non avessero al loro interno dei tecnici adeguatamente formati per comprendere il rischio valanghe, potranno chiedere l'aiuto di Provincia o Regione.

Tutto questo dovrà avvenire entro quattro anni. Infatti, mentre la Regione tramite la collaborazione con Arpav dovrà redigere e delimitare i siti valanghivi presenti in ogni territorio, entro due anni dall'entrata in vigore della direttiva, i sindaci avranno altri due anni per predisporre il loro piano di protezione civile che contempli le azioni da mettere in atto anche sulle aree sciistiche.

Anche questi aspetti, in futuro, potrebbero creare ulteriori ipotesi di responsabilità a carico dei Sindaci dei Comuni di montagna.

5.5 Le tracce di ascensioni caricate *online*, realtà assimilabili ai sentieri?

Se quello sopra prospettato è un quadro generale del perché possa essere chiamato a rispondere un pubblico amministratore in montagna, in questa sede si cercherà di entrare nello specifico della questione oggetto del presente studio: le conseguenze giuridiche in caso di sinistro a fronte del caricamento di una traccia scialpinistica *online* da parte del pubblico amministratore.

In primo luogo, sembra doversi procedere ad una breve disamina del concetto di sentiero e di tutte quelle figure affini che in qualche modo possono avere punti di contatto con la traccia di un itinerario su formato digitale.

Il sentiero è una via stretta, generalmente di larghezza non superiore a 2,50 mt, a fondo naturale e tracciato dal frequente passaggio di uomini e animali, tra terreni, boschi o rocce, in pianura, in collina o in montagna.

L'unica definizione giuridica di sentiero la troviamo nel Codice della strada il quale, all'art. 3 (Definizioni stradali e di traffico), comma primo, n. 48, lo definisce così: "*Sentiero (o mulattiera o tratturo): strada a fondo naturale formata per effetto del passaggio di pedoni e di animali*".

Dalla giurisprudenza emergono altre definizioni: il sentiero è individuato in quel tracciato che si forma naturalmente e gradualmente per effetto di calpestio continuo e prolungato⁸¹ ad opera dell'uomo o degli animali, in un percorso privo di incertezze e ambiguità, riportato nelle mappe catastali⁸².

⁸¹ Cfr. Cassazione, maggio 1996, n. 4265.

⁸² Cfr. Cassazione, 29 agosto 1998, n. 8633; Cassazione, 21 maggio 1987, n. 4623.

In caso di incidenti occorsi sui sentieri, la responsabilità giuridica può ricadere, tra gli altri, su progettisti, Enti gestori, accompagnatori e proprietari⁸³. È chiaro che la disciplina che riguarda i sentieri e quella relativa alle tracce caricate su internet sia differente. Tuttavia, come si cercherà di dare conto, punti di contatto vi sono e, trattandosi di materia altamente innovativa, vi sono possibili spunti e principi di diritto su cui ragionare valutando eventuali possibili accostamenti alla materia oggetto del presente approfondimento.

In tal senso, di seguito si richiamano una serie di soggetti che, a diverso titolo, possono essere chiamati a rispondere in caso di sinistro che si verifichi su un sentiero.

- a) **Il compilatore di mappe e guide.** A livello teorico è ipotizzabile la responsabilità di chi pubblica una cartina o una guida turistica che si rivelano poi errate o comunque causa di un evento dannoso subito da chi le avesse seguite. Difficile, in concreto, sarebbe però provare che proprio per quell'errore è avvenuto l'incidente, anche perché chiunque va in montagna non si deve limitare a seguire le istruzioni, ma deve verificare sul posto l'attendibilità di previsioni o consigli. Il rischio in questi casi è quello di arrivare al paradosso, ad esempio, di avviare un'azione legale perché i tempi di percorrenza indicati non corrispondono ai propri: in diverse occasioni i tempi di percorrenza indicati sul testo sono infinitamente inferiori e troppo ottimistici in confronto a quelli reali. Con riferimento a questi soggetti può dirsi che si tratta di ipotesi difficilmente sostenibili giuridicamente di cui non si è trovato alcun precedente né in giurisprudenza e tantomeno in dottrina, ma che rende bene l'idea di come siano fondamentali dei confini netti, precisi su quali siano i limiti invalicabili delle responsabilità che possano essere addebitate anche in questo ambito.

A riguardo, si possono comunque palesare alcuni tratti simili con la responsabilità che può assumere il pubblico amministratore che carica *online* la traccia sulla *community* di riferimento. In entrambi i casi viene fornita una traccia di un percorso. Tuttavia, lo strumento internet permette un continuo aggiornamento che non è invece tipico delle tradizionali guide cartacee. Ciò comporta un potenziale onere di aggiornamento in capo al pubblico amministratore che voglia pubblicizzare la traccia scialpinistica *online*. Sul punto è bene ribadire che l'ente comunale non è un soggetto qualsiasi, l'affidamento che il privato riporrà sulla traccia caricata da un ente comunale sarà certamente superiore rispetto a quello che riporrà sulla traccia caricata da un privato scialpinista. Peraltro, da una ricerca effettuata su massimario e repertorio, non sono emersi in passato casi di sinistri in cui compilatori di guide alpine (cartacee) o comunque mappatori siano stati chiamati in causa in quanto responsabili di aver fornito informazioni errate ai fruitori della montagna. Su questo ultimo aspetto si precisa però che, come anticipato nelle premesse di questo lavoro, la percezione della montagna a fronte del turismo di massa comporta una sempre maggiore protezione attesa – spesso concessa dalle Corti – a quelli che possiamo definire a tutti gli effetti *consumatori della montagna*.

⁸³ Cfr. sul punto *Responsabilità connesse ai sentieri*, a cura di Cai Toscana.

- b) **Il preparatore di sentieri, ferrate e vie di arrampicata.** Più facile e evidente è la potenziale responsabilità civile di chi ha allestito un sentiero (solitamente si tratta di persone legate a enti pubblici o all'ente del turismo), oppure in maniera ancora più marcata di chi ha realizzato una via ferrata o una via di arrampicata. Esistono appassionati che preparano queste vie su falesie o anche in alta montagna, chiodando dei percorsi. È naturale che i fruitori di questi tragitti debbano potersi fidare degli appigli creati artificialmente, come chiodi, spit, fittoni, anelli, catene, e quant'altro. In caso di non corretta applicazione o costruzione, è data la responsabilità di chi li ha messi in opera. Ovviamente sempre che si sappia di chi si tratta. Più ridotti sono i tratti simili che si possono scorgere tra pubblico amministratore che carica la traccia scialpinistica *online* e il preparatore di sentieri, ferrate e vie di arrampicata. Qui, ci troviamo in un caso limite. Lo scialpinista può utilizzare la traccia come punto di riferimento generico, può anche allontanarsi qualche metro da essa rimanendo, di massima, nell'area indicata dal tracciato. È invece ovvio che il passaggio su una ferrata o un sentiero comunque attrezzato è sostanzialmente obbligato, spesso si tratta dell'unica via che permette il raggiungimento della meta. Ciò rende gli obblighi in capo al gestore di una ferrata o comunque di una via attrezzata più incalzanti; certamente un monitoraggio di questi spazi sarà obbligatorio al fine di poter verificare che non si presentino situazioni di pericolo per chi frequenta tali spazi. Lo scialpinista che sfrutta la traccia pubblicizzata dal Comune, diversamente, come si accennava, avrà più libertà di movimento, non dovrà per forza curvare nello specifico punto indicato dalla traccia caricata digitalmente. Peraltro, su questo specifico aspetto, è bene precisare che la traccia caricata su un cellulare non sempre corrisponde in modo preciso e puntuale con quella che può venire visualizzata su un altro dispositivo. A volte lo stesso tracciato viene caricato con distanze anche di alcuni metri. Ciò non comporta problemi su una collina che si trova nel mezzo di una pianura, può invece crearne se il tracciato passa nelle vicinanze di un dirupo o di un burrone. Anche in questo senso è allora bene chiedersi che conseguenze (giuridiche) possa avere il caricamento sul dispositivo di una traccia che in realtà trasla di diversi metri la posizione. A parere di chi scrive dovrebbe sempre valere il principio dell'autoresponsabilità e dunque essere in capo a chi si avventura in alta montagna l'onere di verificare il corretto funzionamento delle apparecchiature oltre a disporre delle necessarie competenze per saper leggere i dati qui riprodotti. Peraltro, l'utilizzo di tali tecnologie dovrebbe essere sempre accompagnato dalla conoscenza anche degli strumenti cartacei tradizionali nel caso in cui le apparecchiature dovessero guastarsi. Pur tuttavia, l'impressione è che il turismo di massa, che accede sempre più di frequente all'alta montagna, stia portando all'inesorabile allargamento delle maglie dei confini delle responsabilità di chi svolge attività o comunque eroga servizi in alta quota.
- c) **Il responsabile della manutenzione.** Il medesimo discorso può valere per chi avrebbe dovuto fornire la dovuta manutenzione all'impianto e non l'ha fatto: se un Comune o un ente del turismo, o un ente Parco pubblicizza ad esempio una via ferrata, spingendo turisti o utenti a percorrerla, deve nel contempo garantire il perfetto stato della stessa, verificando regolarmente gli attacchi e le eventuali lacune o danneggiamenti: è sufficiente una scarica di sassi o la pressione della neve o un fulmine per danneggiare gravemente un punto della via. E le conseguenze possono essere tragiche.

Circa le responsabilità che possono essere imputate al responsabile della manutenzione e le possibili affinità che si possono rinvenire con il pubblico amministratore che carica una traccia telematicamente su una *community* internet si rileva come sia forse proprio questo il nodo della questione. In pratica, la domanda che dovrebbe essere a monte di tutti questi quesiti è se il pubblico amministratore, per il solo fatto di caricare la traccia *online*, sia di fatto obbligato a mantenere, verificare le condizioni del tracciato ciclicamente o, comunque, abbia un qualche obbligo di aggiornamento rispetto alla traccia caricata. Sul punto sembra più realistico fornire una risposta articolata. Ciò perché l'eventuale sinistro che si dovesse verificare proprio sul percorso oggetto della traccia dovrebbe essere sviscerato in giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di processo civile o penale. Difatti, in ogni caso, si dovrebbe andare a verificare le condotte e/o le omissioni tenute dai diversi soggetti chiamati in causa, come si dovrebbe andare a chiarire eventuali responsabilità dello stesso danneggiato.

- d) **Il proprietario dell'opera.** In generale, nel diritto civile il proprietario di un'opera, come ad esempio una casa, una miniera, un ponte o una strada, sono responsabili oggettivamente, ossia senza una colpa diretta, per i danni causati dall'edificio stesso. Si prenda il classico caso della tegola o della neve caduti dal tetto di una casa, che fanno scaturire la responsabilità del proprietario dello stabile (generalmente della sua assicurazione). Alla stessa stregua anche le costruzioni in montagna, che servono alla progressione su roccia o come riparo oppure in ogni caso invogliano la gente a recarsi in un certo posto, come ad esempio un sentiero, sono soggetti alla responsabilità oggettiva del loro proprietario.

Circa la posizione del proprietario dell'opera, con riferimento al pubblico amministratore che carica la traccia *online*, nella maggior parte dei casi il proprietario dei luoghi ove si verifica il sinistro è la stessa amministrazione comunale. Sul punto è chiaro che al Sindaco non si dovrebbe poter imputare un obbligo di custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c. su ogni centimetro del territorio comunale, si tratterebbe di una prestazione quantomeno inesigibile e il conseguente ipotetico sinistro sarebbe in molti casi inevitabile.

Tuttavia, come si avrà modo di rilevare in argomento *infra*, i confini sono abbastanza mobili.

5.6 Gestione dei sentieri e responsabilità in caso di sinistro verificatosi nelle vicinanze di un sentiero: il punto di vista della recente giurisprudenza

Alla luce del quadro sopra prospettato, assume particolare rilievo il panorama giurisprudenziale. Molto importante per il tema che si tratta nel presente studio è la sentenza della Corte d'Appello civile di Trento n. 214/19 (inedita), la quale ha inflitto una durissima condanna ad un Parco Naturale condannandolo a pagare un risarcimento di oltre un milione di euro alla famiglia di un turista morto cadendo in un pozzo di una trincea della Grande Guerra in inverno⁸⁴.

⁸⁴ Per un *excursus* storico sui fatti occorsi nel corso della Prima guerra mondiale e su una stimolante nuova lettura, si rinvia al bel libro di R. CRUCIOLI, *La grande guerra. Vittoria italiana*, 2017, Roma.

Sentenza importante, nel senso che costituisce un fondamentale precedente per tutte quelle amministrazioni, enti ed associazioni che gestiscono percorsi di montagna potenzialmente pericolosi.

Il caso affrontato dai giudici era quello di un escursionista il quale, il 6 marzo 2006, durante una escursione con le ciaspole, cadde nel pozzo di aerazione di in una trincea della Prima guerra mondiale ricoperta dalla neve, piena di ghiaccio ed acqua di fusione, precipitando per sei metri nel “camino”. L'uomo, ferito alle gambe, venne ritrovato cadavere solo venti giorni dopo: le fratture riportate e il tempo trascorso nell'acqua gelida gli avevano provocato una grave ipotermia, fino al decesso.

La moglie e il figlio del *de cuius* avevano denunciato sia il Cai (di cui però non erano emerse responsabilità nel corso del giudizio) che l'ente Parco, sostenendo che l'incidente si sarebbe potuto evitare se la trincea fosse stata adeguatamente segnalata. Nella vicenda giudiziaria, il Parco aveva replicato rilevando come la trincea, in realtà, si trovasse a circa 50 metri fuori dal sentiero e in posizione più elevata rispetto allo stesso di circa 15 metri. Per cadere nella trincea – di fatto – bisognava lasciare il sentiero ed andarci apposta, era la tesi difensiva. Tesi accolta nelle sentenze sia di primo che di secondo grado, asserendo più volte i giudici nei due provvedimenti l'impossibilità del Parco (e di ogni ente gestore) di controllare e rimuovere tutti i pericoli nell'area di competenza, in quanto insiti nel rischio che accetta chi va in montagna.

Tuttavia, nel terzo grado di giudizio, la Corte di Cassazione⁸⁵ annullava la sentenza, rinviando a un nuovo processo davanti alla Corte di Appello di Trento, sostenendo che la trincea, in quanto attrazione storica della Grande Guerra, aveva il suo fascino attrattivo come meta anche per altri escursionisti. In particolare, nella pronuncia si legge: *“Per i parchi naturali, l'oggettiva impossibilità della custodia non può affermarsi per i sentieri escursionistici segnati, in quanto destinati alla percorrenza da parte dei visitatori in condizioni di sicurezza, né per le zone immediatamente circostanti agli stessi che costituiscono la ragione di interesse della visita, almeno nei limiti in cui risulti sussistere uno stretto vincolo funzionale tra il percorso segnalato e le aree di interesse a questo circostanti”*⁸⁶.

La nuova sentenza della Corte d'Appello, depositata il 16 settembre 2019, è un precedente che pesa per il Parco e per tutti gli enti che operano in situazioni simili: oltre 1 milione di risarcimento da versare alla famiglia del defunto, poiché si stabilisce che l'evento mortale fu *“conseguenza diretta ed immediata di (...) dove-rose cautele”* a carico dell'ente gestore del Parco *“e non è in alcun modo collegato a comportamenti definibili come imprudenti della vittima”*. Affermando che *“quanto accaduto a [omissis] – dice la sentenza – (non) può essere paragonato, come pretende l'appellato [il Parco] ai pericoli della montagna che certamente espongono a rischi di caduta ma il camino di aerazione di una trincea, o ghiaccia[ia] per la conservazione dei cibi, profonda sei metri, risalente alla grande guerra in una zona in cui si trovano resti bellici, attrazione per i visitatori, integrava una vera e propria insidia non assimilabile ai pericoli, di altro genere, che il [omissis] era avvezzo ad affrontare”*.

⁸⁵ Cfr. Cass. n. 1257/2018.

⁸⁶ Testualmente Cass. civile sez. III, 19/01/2018 n. 1257.

La sentenza apre un fronte decisamente più esteso, soprattutto se rapportato con l'oggetto della presente ricerca: se un ente è responsabile per una caduta in montagna a 50 metri dal sentiero, diventa difficile pensare a un futuro di gestione in sicurezza di questi percorsi senza che possa essere sempre e comunque contestata una responsabilità a chi gestisce, mantiene o anche solo promuove percorsi di escursionismo, scialpinismo sul territorio.

Una sentenza come quella ora commentata può portare a porsi una serie di interrogativi, non ultimo verificare quali assicurazioni vorranno coprire una realtà simile o un qualsiasi altro ente gestore. Il rischio è quello che di qualsiasi cosa accada in un'area naturale sia sempre e comunque responsabilità del gestore. Nel caso di specie non si tratta di un sinistro avvenuto direttamente su un sentiero. È questo un dato importante rispetto all'ipotesi di caricamento di una traccia on-line e alle possibili responsabilità che potrebbero essere imputate a chi il caricamento lo effettua. Nel caso oggetto della sentenza ora citata, si tratta di una ghiacciaia di una trincea lontana oltre 50 metri dal sentiero, in una giornata d'inverno, con la neve che ricopre il parco. Vi è da domandarsi allora quale poteva essere il comportamento che si poteva richiedere al gestore non potendosi arrivare al paradosso, quantomeno secondo gli scriventi, di dover recitare e mettere cartelli di "attenzione" per ogni trincea, buca, apertura. In quelle zone ve ne sono migliaia. Queste domande si possono a cascata riformulare rispetto al caso oggetto del nostro approfondimento. In particolare, la giurisprudenza, nel caso di specie, sembra limitare fortemente il principio di autoresponsabilità che dovrebbe invece regnare in alta montagna.

5.7 Caduta massi su sentiero

Un ulteriore recente caso giurisprudenziale ben rappresenta lo stato di poca chiarezza che caratterizza il tema della responsabilità in montagna. Difatti, con sentenza del 20 settembre 2019, ancora la Corte d'appello di Trento ha stabilito che l'ente che gestisce la rete sentieristica⁸⁷ non è responsabile della caduta dei massi su un sentiero.

Nell'agosto del 2012 un turista, insieme ad alcuni familiari, stava percorrendo un sentiero. Ad un certo punto dal versante sinistro della montagna si è staccato un masso che ha colpito la gamba dell'escursionista, provocandogli una frattura.

Il turista ha quindi richiesto un risarcimento contro la società alpinistica e il Comune pari a circa 95.000,00 euro.

Secondo i legali della vittima, il sentiero andava assimilato alle strade vicinali, per le quali l'ente proprietario (in questo caso il Comune insieme alla Società di gestione della rete sentieristica) avrebbe dovuto monitorare la situazione.

Secondo la Corte, il sentiero è unicamente di competenza della Società di gestione, che ha il compito di curare la segnaletica e i segnavia e di mantenere la praticabilità del sentiero. Tale ente non è quindi responsabile di tutto quello che può accadere attorno.

⁸⁷ La Società degli alpinisti tridentini (SAT) è un'associazione alpinistica italiana operante nella provincia di Trento. È la più vasta sezione del Club Alpino Italiano.

Tuttavia, la sentenza rischia di apparire in contrasto rispetto alla pronuncia sopra citata, sempre della Corte di Appello di Trento, che ha invece condannato l'ente Parco a pagare un risarcimento di oltre un milione di euro alla famiglia di un turista trovato morto nel pozzo di una trincea della Prima guerra mondiale (cfr. il paragrafo precedente).

Vi è da dire che la Corte d'Appello di Trento, nel caso del ciaspolatore caduto nel pozzo, ha dovuto applicare i principi individuati dalla Corte di Cassazione a seguito di rinvio⁸⁸.

Le due pronunce non sembrano coerenti l'una con l'altra. È pur vero che si tratta di casi differenti tra cui possiamo rilevare: il tipo di attività sportiva posta in essere (escursionismo in un caso e ciaspole nell'altro), il periodo dell'anno (nel primo caso a marzo, pieno inverno, nel secondo ad agosto piena estate), diversi sono i soggetti chiamati a rispondere, diverse le conseguenze dannose, diverso, infine, il luogo in cui si è verificato il sinistro (fuori del sentiero nel primo caso, sul sentiero nel secondo). Tuttavia, ciò che desta un certo stupore, è che il risarcimento viene riconosciuto a chi il sentiero lo ha abbandonato mentre, invece, non viene riconosciuto a chi viene colpito da una caduta massi mentre si trova a percorrerlo.

Certo è che alla luce di due pronunce così incisive – e tra loro in antitesi – risulta difficile poter fornire suggerimenti netti agli operatori del settore. Ciò in quanto gli stessi giudicanti sembrano utilizzare di volta in volta principi distinti nelle loro valutazioni che non permettono di circoscrivere i reali confini di quali condotte e/o omissioni possano essere imputate e quali no in ambiente montano⁸⁹.

5.8 Possibili *disclaimer* per esenzione responsabilità da caricamento della traccia

Alla luce della giurisprudenza sopra citata, si può forse valutare solo una serie di suggerimenti di buon senso. Partire dal presupposto che qualsiasi attività posta in essere può creare un affidamento e dunque una corrispondente responsabilità in caso di sinistro. Allargare il quadro di insieme, e dunque informare il più possibile l'utente circa le circostanze, i diritti e i doveri che ricadono su chi frequenta la montagna, informare sempre dei rischi e delle responsabilità.

Ed allora, qualora si volesse comunque procedere con la pubblicizzazione delle tracce su internet bisognerebbe quantomeno fornire ampia informazione su come⁹⁰:

⁸⁸ In base alle motivazioni depositate, che qui si riportano nuovamente, «*il decesso fu una conseguenza diretta ed immediata di doverose cautele a carico dell'ente gestore del Parco di [...] e non è in alcun modo collegato a comportamenti definibili come imprudenti della vittima*».

La Cassazione aveva annullato le sentenze di primo e secondo grado, sostenendo che la trincea, in quanto attrazione storica della Grande Guerra, poteva rappresentare una meta per gli escursionisti. La difesa invece sosteneva che il Parco, come ente gestore, non poteva controllare e rimuovere tutti i pericoli nell'area di competenza, «*in quanto insiti nel rischio accettato di chi va in montagna*».

⁸⁹ «*Per i parchi naturali, l'oggettiva impossibilità della custodia non può affermarsi per i sentieri escursionistici segnati, in quanto destinati alla percorrenza da parte dei visitatori in condizioni di sicurezza, né per le zone immediatamente circostanti agli stessi che costituiscono la ragione di interesse della visita, almeno nei limiti in cui risulti sussistere uno stretto vincolo funzionale tra il percorso segnalato e le aree di interesse a questo circostanti*» (Cass. civile sez. III, 19/01/2018 n. 1257).

⁹⁰ Cfr. gli ottimi spunti rinvenibili sul sito internet della Regione Autonoma della Sardegna (a cura di), *Relazione su aspetti operativi e gestionali nel settore e proposta per la programmazione 2014 – 2020* in www.sardegnaambiente.it

- le tracce scaricabili *dalla piattaforma Gulliver* non sono da ritenersi in nessun caso precise, sono uno dei tanti strumenti che la tecnologia mette a disposizione per la promozione e la visualizzazione sul web dei percorsi proposti;
- in nessun caso sono tali da sostituire od integrare la conoscenza delle carte topografiche ed escursionistiche né sono sostitutive dei tipici strumenti per l'orientamento in montagna;
- sia importante per lo scialpinista la conoscenza del funzionamento del proprio dispositivo GPS, il test del funzionamento con i file gpx scaricati *dal sito internet Gulliver* per verificarne preliminarmente la compatibilità e la fruibilità con il proprio dispositivo GPS. Sono questi prerequisiti essenziali per l'escursionista/scialpinista che intenda usare le tracce GPS scaricabili quale mero ausilio (e non già unico strumento di orientamento) per l'escursione in programma;
- in nessun caso si risponde dell'esattezza delle tracce GPS scaricabili nel sito, né dei danni che possano derivare agli utenti e/o a terzi dall'utilizzo delle stesse;
- le tracce GPS disponibili nel sito hanno il solo scopo di arricchire le descrizioni degli itinerari, ma in nessun caso sostituiscono la conoscenza del luogo, la disponibilità delle mappe escursionistiche, la capacità di orientamento richiesti per programmare l'escursione, anche in rapporto alle condizioni ambientali e fisico-atletiche;
- Le tracce GPS sono da intendersi, pertanto, meramente quali informazioni aggiuntive e parte complementare delle descrizioni dei percorsi;
- La scelta di utilizzare le tracce GPS fornite nel sito ricade nella totale ed esclusiva responsabilità dell'utilizzatore.

5.9 Considerazioni conclusive

Si è dato conto di come la giurisprudenza nel corso degli anni sia giunta a modificare il criterio per imputare una responsabilità al pubblico amministratore con riferimento a responsabilità per danni occorsi su beni demaniali. In questo caso, lo si ribadisce, la giurisprudenza tendeva ad escludere l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei casi di beni facenti parte del demanio pubblico rispetto ai quali, a causa dell'estensione e dell'uso generalizzato e diretto da parte dei terzi, non era possibile svolgere i doveri di vigilanza posti a carico del custode⁹¹. La giurisprudenza è oggi mutata e si è orientata ad affermare un più pregnante dovere di custodia in capo alla P.A.

In secondo luogo, la direttiva valanghe (Direttiva PCM 12 agosto 2019) introduce due elementi nuovi che sono destinati a cambiare la vita dei primi cittadini. Da un lato, infatti, nell'elenco delle aree antropizzate, quelle cioè dove c'è la presenza dell'uomo, introduce anche le piste da sci. Dall'altro incarica i sindaci di gestire le emergenze in queste aree. Anche queste novità potrebbero comportare un ampliamento di responsabilità in capo alla p.a.

⁹¹ Si riteneva applicabile l'art. 2051 nei confronti della P.A. per le categorie di beni demaniali quali le strade pubbliche solamente quando, per le ridotte dimensioni, ne era possibile un efficace controllo ed una costante vigilanza da parte della P.A., tale da impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti (C. 20827/2006).

Nel caso si verifichi un sinistro, è ragionevole ipotizzare come la qualifica di colui che “posta” la traccia possa gradare il livello di affidamento che diligentemente si può attribuire ad una traccia rinvenuta su internet. Questa premessa porta alla conseguenza che un affidamento rilevante potrebbe riporsi in capo al tracciato “postato” dal Comune, invece un affidamento lieve potrebbe porsi in capo al soggetto privato – lo scialpinista, l’escursionista – che “posta” la propria escursione sulla piattaforma.

Infine, con riferimento alle citate pronunce in tema di sentieri, ciò che desta un certo stupore, è che il risarcimento venga riconosciuto a chi il sentiero lo ha abbandonato mentre, invece, non viene riconosciuto a chi viene colpito da una caduta massi mentre si trova a percorrerlo.

Certo è che alla luce di due pronunce così incisive – e tra loro in antitesi – risulta difficile poter fornire suggerimenti netti agli operatori del settore. Ciò in quanto gli stessi giudicanti sembrano utilizzare di volta in volta principi distinti nelle loro valutazioni che non permettono di circoscrivere i reali confini di quali condotte e/o omissioni possano essere imputate e quali no in ambiente montano⁹².

Il quadro di insieme porta a dover evidenziare come l’ipotesi di un progetto come *skialp* potrebbe, in caso di danni occorsi sui percorsi oggetto delle tracce, anche in forza del *trend* evidenziato in queste poche righe, ampliare notevolmente il quadro di responsabilità in capo al Sindaco che intenda concretamente realizzarlo.

6. Responsabilità dello sciatore o scialpinista fuoripista: il concorso di colpa

Quando si parla di sciatori e fuoripista è inevitabile evocare il concetto di auto-responsabilità o di assunzione del rischio (attività sciatoria o scialpinistica che sia), oggi così in voga sulle nostre montagne.

In caso di scontro fra sciatori fuori dall’area sciabile, o qualora uno sciatore in fuoripista sia travolto da una valanga determinata da un altro sciatore, la responsabilità civile torna a dimensionarsi nel suo assetto minimale, quello disciplinato dall’art. 2043 c.c., fronteggiando peraltro problemi probatori certamente maggiori di quelli, già non trascurabili, che si danno nel caso di sinistri occorsi all’interno dell’area sciabile.

Oramai è un dato di fatto che elementi quali la conoscenza delle regole, lo spirito sportivo e, soprattutto, l’autoassunzione del rischio tipico dell’attività, non sono più avvertiti non solo dalla maggioranza degli sciatori, ma anche di coloro che effettuano escursioni di scialpinismo o praticano il *free ride*.

La tematica del c.d. “rischio sportivo” alla quale si ricollega la questione dell’autoassunzione dello stesso, rappresenta un aspetto particolarmente complesso della responsabilità sportiva in generale e di conseguenza, della responsabilità civile in tema di incidente sciistico. Occorre evidenziare come la pericolosità per l’incolu-

⁹² “Per i parchi naturali, l’oggettiva impossibilità della custodia non può affermarsi per i sentieri escursionistici segnati, in quanto destinati alla percorrenza da parte dei visitatori in condizioni di sicurezza, né per le zone immediatamente circostanti agli stessi che costituiscono la ragione di interesse della visita, almeno nei limiti in cui risulti sussistere uno stretto vincolo funzionale tra il percorso segnalato e le aree di interesse a questo circostanti” (Cass. civile sez. III, 19/01/2018 n. 1257).

mità fisica dei partecipanti a determinate attività, sportive in particolare, costituisca innegabilmente il motivo della pratica delle stesse.

La volontaria esposizione a detto rischio di danno costituisce un elemento importante ai fini del giudizio di responsabilità. Viene definito "rischio sportivo", quel rischio di lesione (prevalentemente fisica) riconducibile all'alea normale connaturata al tipo di attività praticata, accettata preventivamente dal praticante come conseguenza normalmente prevedibile della pratica stessa⁹³.

Esaminando l'ambito che qui rileva, osserviamo che anche nello sci e nello sci fuoripista deve essere preventivato un certo rischio da chi decide di praticare detto sport. La discesa su pendii innevati costituisce, infatti, attività altamente rischiosa per l'incolumità fisica di chi la pratica.

Lo scopo dell'attività, ovviamente non in ambito agonistico, è anche quello di riuscire a conservare la propria integrità fisica e, anzi, migliorare le proprie prestazioni ed il proprio benessere psico-fisico, pur compiendo rischiose evoluzioni sulla neve grazie ad appositi strumenti che consentono di scivolare su di essa. Di conseguenza, il rischio di subire lesioni costituisce un aspetto non completamente eliminabile dell'attività in questione, ma anzi intrinseco, connaturato alla sua pratica. Ciò porta a ritenere che un rischio di danno sia necessariamente ed implicitamente assunto su di sé da colui il quale liberamente decide di svolgere detta attività.

La pratica dello sci, del *free ride* e dello scialpinismo non sono attività necessarie, ma solo eventuali; chi decide di cimentarvi deve essere conscio dei rischi per l'incolumità e può pretendere nel suo svolgimento il rispetto da parte degli altri del precetto del *neminem laedere*, non certo dei più severi canoni comportamentali imposti nel caso di attività che, pur essendo pericolose per la collettività, risultano essere necessarie e per questo motivo tollerate.

Non esiste, e non può esistere, una classificazione che possa anche analogicamente consentire una "scala della pericolosità", assoluta o relativa, delle discipline sportive; lo sport, nella sua autonomia, deve potersi autoregolamentare sia per il suo caratteristico tecnicismo, sia per il frequente mutare delle tecniche che gli sono proprie. La pericolosità dello sport può essere valutata solo con un concetto negativo: le discipline sportive non sono pericolose in senso "assoluto", quando siano praticate con mezzi tecnici propri, in luogo adatto, da atleti esperti. E, al contrario, ogni attività sportiva può essere pericolosa, in senso "relativo", se attuata con mezzi tecnici non propri, in luogo non adatto, da atleti inesperti.

Si può affermare quindi che la pericolosità di una disciplina sportiva è inversamente proporzionale ai mezzi tecnici, al luogo di esercizio e alla preparazione di un atleta impegnato in una competizione ⁹⁴. (Ed allo stesso modo, il turista che si presenti sui campi da sci occasionalmente, senza preparazione tecnica, né fisi-

⁹³ Cfr. R. FRAU «La responsabilità civile sportiva» in *La responsabilità civile*, collana *Diritto Privato nella Giurisprudenza* a cura di P. CENDON, vol. X, p. 307 e ss. Cfr. altresì sul "rischio sportivo" e la sua incidenza sul regime della Responsabilità Civile, G. DE MARZO «Accettazione del rischio e responsabilità sportiva» in R.D.S. 1992 p. 8, A.A.V.V. «Sport e rischio» VI 1985, F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI «Rischio sportivo e responsabilità civile» in *Resp. civ. e prev.* 1984, p. 283, P. SERRAVALLE «I cosiddetti atti di disposizione del proprio corpo e la tutela della persona umana», Napoli, 1984, L. SCARLATTINI «La responsabilità nell'attività sportiva» in *Riv. dir. e prat. nell'ass.*, 1980, p. 330, V. FRATTAROLO «In tema di responsabilità per l'esercizio di attività sportive» in *Foro Padano*, 1985, p. 375.

⁹⁴ P. DINI, *L'organizzatore e le competizioni: limiti della responsabilità*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1971, p.416.

ca, noncurante delle difficoltà e delle condizioni delle piste, e non rispettoso della segnaletica e delle regole di condotta dello sciatore, non solo sarà più esposto al rischio di procurare e procurarsi dei danni, anche gravi, ma anche a quello di essere ritenuto responsabile per i danni causati per colpa).

Ulteriore importante tematica riguarda il problema del concorso di colpa, esso è collegato al tema del nesso causale. Nel caso di concorso della vittima con il danneggiante, possono darsi luogo a diverse soluzioni: l'irrelevanza della colpa della vittima; la rilevanza tale da escludere la colpa dell'agente⁹⁵.

In primo luogo (art. 1227, 1° co., c.c.), il concorso di colpa della vittima nella produzione del danno determina una riduzione del risarcimento, tenuto conto della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. In secondo luogo (art. 1227, 2° co., c.c.), la vittima perde il diritto al risarcimento di quei danni che non si sarebbero prodotti se essa avesse tenuto una condotta diligente, vale a dire non colposa.

La norma posta all'art. 1227, 2° co., c.c. costituisce espressione del dovere di solidarietà sociale, il quale impone a ciascun soggetto di tenere una condotta che eviti di porre a carico di altri le conseguenze dannose che potevano evitarsi usando l'ordinaria diligenza: si esclude la risarcibilità dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, poiché se il danneggiato non può pretendere il risarcimento dei danni ulteriori che avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, a maggior ragione non può pretendere il risarcimento del danno che poteva evitare con tale diligenza⁹⁶.

Le ipotesi contemplate sono quindi due. Nel primo caso, la vittima concorre alla produzione del danno. Nel secondo, la vittima non evita conseguenze dannose che avrebbe potuto evitare con una condotta diligente.

Proprio facendo applicazione di tali principi, la Suprema Corte, in un sinistro ai confini della pista, ha escluso la responsabilità del gestore di un impianto sciistico, nella specie invocata ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché il sinistro aveva coinvolto uno sciatore di cui era risultata accertata la mancanza di ordinaria diligenza, in quanto procedeva a velocità non consona, lungo una pista di media difficoltà larga circa trenta metri, e che, dopo essere caduto, aveva urtato contro la staccionata in legno che delimitava la pista, in prossimità di una scarpata, in zona ad ampia visibilità, in assenza di curve e senza pendenza verso l'esterno, e, quindi, in assenza di quelle condizioni particolari che, secondo la normativa di settore, impongono misure protettive al gestore della pista. In tal caso, come si può notare, gli obblighi di prudenza a carico degli sciatori sono valsi ad addossare la responsabilità, anziché al gestore, allo sciatore infortunato (art. 1227 c.c.)⁹⁷.

In particolare, la Cassazione ha ritenuto che, «considerata la natura intrinsecamente pericolosa dell'attività sportiva esercitata sulle piste da sci, l'estensione delle stesse e la naturale possibile intrinseca anomalia delle piste, anche per fattori naturali», affinché si possa affermare la sussistenza di un comportamento colposo del gestore, tale da dar luogo a responsabilità ex art. 2043 c.c., «è ne-

⁹⁵ Cfr. M. PITTALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in *Dir. sport.*, 2015, p. 45. V. anche R. CAMPIONE, *Attività sciistica e responsabilità civile*, cit., p. 119.

⁹⁶ T. Bari, 9.5.2013.

⁹⁷ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4018, in *Rassegna di dir. econ. sport*, 2014, p. 165 ss. con nota di G. BERTI DE MARINIS.

cessario, sulla base dei principi generali, che il danneggiato provi l'esistenza di condizioni di pericolo della pista che rendano esigibile (sulla base della diligenza specifica richiesta) la protezione da possibili incidenti, in presenza delle quali è configurabile un comportamento colposo del gestore per la mancata predisposizione di protezioni e segnalazioni, mentre sul gestore ricade l'onere della prova di fatti impeditivi della propria responsabilità, quali la possibilità in cui l'utente si sia trovato di percepire o prevedere con l'ordinaria diligenza la suddetta situazione di pericolo»⁹⁸.

7. I professionisti della montagna: la guida alpina e il maestro di sci

I professionisti della montagna innevata sono le guide alpine ed i maestri di sci⁹⁹. Nell'ambito che qui si approfondisce si possono prefigurare due ipotesi di

⁹⁸ Analoghi principi ha espresso T. Avezzano, 23 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 9, p. 2146, con nota di G. D'ANGELO, che ha affermato che l'obbligo di controllo del gestore delle piste da sci riguarda i pericoli atipici, cioè quelli che lo sciatore non si attende di trovare, «*diversi quindi da quelli connotati da quel quid di pericolosità insito nell'attività sciistica*».

⁹⁹ La normativa è costituita dalle Leggi quadro n.6 del 2/1/1989 Ordinamento della professione di guida Alpina e dalla Legge quadro n 81 del 1991 per le professioni di maestro di sci e ulteriori disposizioni per la professione di guida alpina.

La Legge quadro n. 6 del 1989 all'art 2 stabilisce che:

“1. È guida alpina chi svolge professionalmente, anche in modo non esclusivo e non continuativo, le seguenti attività:

- a) accompagnamento di persone in ascensioni sia su roccia che su ghiaccio o in escursioni in montagna;*
- b) accompagnamento di persone in ascensioni sci-alpinistiche o in escursioni sciistiche;*
- c) insegnamento delle tecniche alpinistiche e sci-alpinistiche con esclusione delle tecniche sciistiche su piste di discesa e di fondo.*

2. Lo svolgimento a titolo professionale delle attività di cui al comma 1, su qualsiasi terreno e senza limiti di difficoltà e, per le escursioni sciistiche, fuori delle stazioni sciistiche attrezzate o delle piste di discesa o di fondo, e comunque laddove possa essere necessario l'uso di tecniche e di attrezzature alpinistiche, è riservato alle guide alpine abilitate all'esercizio professionale e iscritte nell'albo professionale delle guide alpine istituito dall'articolo 4, salvo quanto disposto dagli articoli 3 e 21.

3. Le regioni provvederanno a individuare e a delimitare le aree sciistiche ove è consentita l'attività dei maestri di sci.”

La Legge quadro Maestri di sci n. 81 del 1991 all'art. 2 definisce l'oggetto della professione di Maestro di sci come segue:

“1. È maestro di sci chi insegna professionalmente, anche in modo non esclusivo e non continuativo, a persone singole ed a gruppi di persone, le tecniche sciistiche in tutte le loro specializzazioni, esercitate con qualsiasi tipo di attrezzo, su piste di sci, itinerari sciistici, percorsi di sci fuori pista ed escursioni con gli sci che non comportino difficoltà richiedenti l'uso di tecniche e materiali alpinistici, quali corda, piccozza, ramponi.

2. Le regioni provvedono ad individuare e a delimitare le aree sciistiche ove è prevista l'attività dei maestri di sci.”

Dalla lettura delle norme che definiscono le due professioni emerge che il punto di vicinanza fra i due ambiti professionali riguarda *“le escursioni sciistiche, fuori delle stazioni sciistiche attrezzate o dalle piste di discesa”* (L. Guide Alpine) *“gli itinerari sciistici e i percorsi fuori pista ed escursioni”* L. Maestri sci. Tuttavia la normativa riserva alle Guide Alpine lo svolgimento delle attività di accompagnamento e insegnamento delle tecniche scialpinistiche *“per le escursioni sciistiche, fuori delle stazioni sciistiche attrezzate o delle piste di discesa o di fondo, e comunque laddove possa essere necessario l'uso di tecniche e di attrezzature alpinistiche,”* mentre consente al Maestro di sci di operare professionalmente lungo percorsi di sci fuori pista ed escursioni con gli sci che *“non comportino difficoltà richiedenti l'uso di tecniche e materiali alpinistici, quali corda, piccozza, ramponi.”*

responsabilità soprattutto con riferimento alla guida alpina. La prima relativa al sinistro che può verificarsi sul percorso indicato dalla traccia *online*, la seconda rispetto all'eventualità in cui la guida interagisca aggiornando le condizioni della traccia tramite la piattaforma *online*, magari fornendo informazioni che potrebbero poi rivelarsi incomplete, non di facile lettura, o addirittura errate.

7.1 La guida alpina

7.1.1 La legge n. 6 del 2 gennaio 1989 recante il titolo “Ordinamento della professione di guida alpina”

La legge n. 6 del 2 gennaio 1989 recante il titolo *Ordinamento della professione di guida alpina* detta i principi fondamentali per la legislazione regionale in materia di ordinamento della professione di guida alpina. La legge è composta da 26 articoli.

Ai sensi dell'art. 2, guida alpina è colui che svolge professionalmente, anche in modo non esclusivo, le seguenti attività:

- a) accompagnamento di persone in ascensioni sia su roccia che su ghiaccio oppure in escursioni in montagna;
- b) accompagnamento di persone in ascensioni sci-alpinistiche oppure in escursioni sciistiche;
- c) insegnamento delle tecniche alpinistiche e sci-alpinistiche con esclusione delle tecniche sciistiche su piste di discesa e di fondo.

L'art. 3 opera una distinzione tra “aspirante guida” e “guida alpina-maestro di alpinismo” individuando i diversi livelli di competenza¹⁰⁰.

L'esercizio abusivo della professione è punito ai sensi dell'art. 348 c.p. nonché dell'art. 18 della legge professionale di cui si tratta.

Oltre all'aspirante guida e alla guida alpina-maestro di alpinismo, sono previste

¹⁰⁰ L'aspirante guida può svolgere le attività indicate dall'art. 2, con esclusione delle ascensioni di maggiore impegno, come definite dalle leggi regionali con riguardo alle caratteristiche delle zone montuose. Tale esclusione non opera se l'aspirante guida fa parte di comitive condotte da una guida alpina-maestro di alpinismo; l'aspirante guida può esercitare l'insegnamento sistematico delle tecniche alpinistiche e sci-alpinistiche solo nell'ambito di una scuola di alpinismo; deve conseguire il grado di guida alpina-maestro di alpinismo entro il decimo anno successivo a quello in cui ha conseguito l'abilitazione tecnica all'esercizio della professione come aspirante guida. In mancanza decade di diritto dall'iscrizione all'albo professionale.

Per poter essere abilitati all'esercizio dell'attività è necessaria la frequentazione degli appositi corsi teorico-pratici ed il superamento dei relativi esami. L'esercizio professionale, invece, non comporta necessariamente la continuità e l'esclusività della professione, che può quindi essere svolta anche saltuariamente o stagionalmente.

L'esercizio stabile della professione di guida alpina, nei due gradi sopra descritti, è subordinato (art. 4) all'iscrizione in appositi albi professionali, articolati per Regione e tenuti, sotto la vigilanza della Regione stessa, dal rispettivo collegio regionale delle guide. L'iscrizione all'albo professionale delle guide alpine-maestri di alpinismo o degli aspiranti guida di una Regione, abilita all'esercizio della professione in tutto il territorio nazionale.

Le guide alpine e gli aspiranti guida possono, inoltre, conseguire, mediante la frequenza di appositi corsi e il superamento dei relativi esami, le specializzazioni di “arrampicata sportiva in roccia o ghiaccio” e “speleologia” (art.10), nonché di altre eventuali specializzazioni definite dal collegio nazionale delle guide alpine.

altre due figure professionali: gli accompagnatori di media montagna e le guide vulcanologiche.

L'art. 21 prevede la figura dell'accompagnatore di media montagna. Si tratta, in pratica, di una guida che svolge la medesima attività di accompagnamento della guida alpina – e, dunque, non quella di insegnamento, – ma in situazioni potremmo dire meno pericolose e che non richiedano l'utilizzo di attrezzature particolari (*“esclusione delle zone rocciose, dei ghiacciai, dei territori innevati e di quelli che richiedono comunque, per la progressione, l'uso di corda, piccozza e ramponi”*) (art. 21). Lo scopo dell'accompagnatore è di illustrare alle persone le caratteristiche dell'ambiente montano percorso.

La legge nazionale si limita, però, a dare una definizione dell'attività di accompagnatore di media montagna e a fissarne gli elementi tipici della libera professione, vale a dire l'obbligo di formazione, abilitazione e iscrizione all'Albo, demandando alle regioni non solo il compito di occuparsi della formazione e della abilitazione degli accompagnatori (devono frequentare anch'essi appositi corsi teorico-pratici e superare un esame che provi l'idoneità tecnica e la conoscenza delle zone in cui sarà esercitata l'attività), ma anche la scelta in merito alla previsione o meno di tale figura nel proprio ordinamento.

Le regioni, in altre parole, non sono obbligate a istituire tale figura professionale, ma qualora lo facciano devono rispettare le norme di principio contenute nella legislazione nazionale.

La dimensione regionale della professione è confermata dal fatto che l'iscrizione nell'elenco abilita all'esercizio della stessa limitatamente al territorio della Regione e che, qualora l'accompagnatore sia interessato, debba egli stesso chiedere l'iscrizione anche negli elenchi di altre regioni, previo conseguimento della relativa abilitazione tecnica.

Delle guide vulcanologiche si occupa l'art. 23, ma in questa sede non saranno oggetto di approfondimento.

I doveri della guida sono disciplinati dall'art. 11, il quale stabilisce che le guide alpine – maestri di alpinismo e gli aspiranti guida iscritti negli albi professionali, sono tenuti ad esercitare la professione con dignità e correttezza, conformemente alle norme della deontologia professionale. Essi sono altresì tenuti, in caso di infortuni in montagna o comunque di pericolo per alpinisti, escursionisti o sciatori, a prestare la loro opera individualmente o nell'ambito delle operazioni, compatibilmente con il dovere di mantenere le condizioni di massima sicurezza per i loro clienti.

7.1.2 Le responsabilità della guida alpina

Nell'ambito del contratto il problema più delicato e più importante è quello di far carico alla guida di garantire l'incolumità del cliente comprendendo fino a che punto debba rispondere dell'incidente e del danno subito dal cliente.

Si deve riconoscere, in termini del tutto generali, che una responsabilità esiste. Nel senso che, nell'ambito del contenuto del contratto che si stipula fra guida e cliente, vi è certamente anche un obbligo di “garantire” l'incolumità del cliente¹⁰¹. Il pro-

¹⁰¹ Cfr. G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aosta, pp. 35-36.

blema maggiore sta proprio nel comprendere quale sia il limite di questa garanzia di incolumità. Le norme del codice civile che possono aiutare a sciogliere questo nodo sono poche, si tratta di clausole generali, contenitori che devono essere “riempiti” in funzione della particolarità dell’attività posta in essere in montagna dalla guida.

Come è noto, l’articolo 1175 c.c. dispone che debitore e creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, un principio generico ma importante. Che cosa sia la correttezza astrattamente non è facile da spiegare, ma è possibile “riempire” questo concetto caso per caso, stabilendo se quel determinato comportamento della guida sia stato corretto o scorretto¹⁰².

L’articolo successivo, il 1176 c.c., stabilisce al primo comma che nell’adempimento delle obbligazioni il debitore — e quindi nel nostro caso la guida — deve usare la diligenza “del buon padre di famiglia”. Quindi una diligenza massima, sotto un certo profilo¹⁰³.

E l’articolo 1176, co II, c.c. è ancora più preciso in merito all’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di una attività professionale — come è quella della guida alpina — stabilendo che nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di una certa attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata¹⁰⁴.

Quindi, in sintesi, si può dire che già dalla mera lettura di due articoli del codice civile emerge come le guide, che sono dei professionisti, devono operare secondo le regole della correttezza, secondo la diligenza, e che questa diligenza deve

¹⁰² Il significato normativo del principio di correttezza coincide, sostanzialmente, con quello della buona fede in senso oggettivo (art. 1375 c.c.), anche se la regola di correttezza ha una portata più ampia, con riferimento alla generalità dei rapporti obbligatori e non solo a quelli derivanti da contratto cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 2a ed., p. 177.

¹⁰³ La «diligenza del buon padre di famiglia» costituisce un criterio generale di valutazione dell’esecuzione della prestazione riferibile soltanto al debitore, a differenza dell’altro criterio generale, quello della buona fede o correttezza (1176 e 1375 c.c.), che si applica, invece, sia al debitore che al creditore (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano, 1990, pp. 230, 356; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988, p. 230). La “diligenza” indica in astratto la misura dell’attenzione e della cura che il debitore deve adoperare per eseguire la prestazione esattamente nel modo stabilito (R. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XVI, Milano, 1984, p. 81). In base alla relazione al codice civile, la figura del *bonus pater familias* non si dovrebbe risolvere nel concetto di «uomo medio» «ricavabile dalla pratica della media statistica», ma dovrebbe essere l’espressione di un «concetto deontologico frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale»; più specificamente, la figura suddetta dovrebbe corrispondere al «modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico» (Relazione al codice civile, n. 559).

¹⁰⁴ Cfr. sul punto A. PREDIERI, *Introduzione in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aosta, pp. 12-15. La diligenza in senso tecnico di cui all’art. 1176, 2° co., si applica soprattutto nel settore del contratto d’opera professionale (ove vi è anche un riferimento normativo espresso all’art. 2236 c.c.), ed in questo ambito la diligenza viene in considerazione in particolare come misura dell’esattezza dell’adempimento contrattuale, nel senso che, pur di fronte all’avvenuta esecuzione della prestazione, il cliente può dimostrare che la prestazione è stata eseguita inesattamente, ossia non in conformità a quelle regole tecniche cui fa riferimento l’art. 1176, 2° co. (G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 191), salva peraltro in questo caso la prova del professionista che l’inesatto adempimento è dovuto ad impossibilità della prestazione per causa non imputabile (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 490; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 479).

valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. L'attività di accompagnamento della guida alpina comporta ontologicamente rischi per il cliente, con la conseguenza che alla guida deve per forza richiedersi un livello di diligenza estremamente alto per scongiurare il verificarsi di sinistri¹⁰⁵.

La terza regola fondamentale dettata dal nostro codice civile è rinvenibile nell'art. 1218 c.c. che, come è noto, tratta il problema dell'inadempimento. Cioè, che cosa succede se non si usano i dovuti metri di correttezza e se la diligenza non è adeguata all'importanza della prestazione.

L'articolo 1218 c.c. stabilisce che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta — è il caso della guida che non si è preoccupata di organizzare in modo adeguato l'ascensione — è tenuto al risarcimento del danno, ovviamente in quanto si sia verificato un incidente, e se non prova che l'inadempimento è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Partendo dal dato letterale della norma, bisogna stabilire quando la prestazione è impossibile, quando la causa del sinistro è imputabile o no. È una clausola generale, uno strumento che il giudice, ancora una volta, può riempire caso per caso verificando le prassi adottate nel settore di riferimento.

Perché la guida possa andare esente da responsabilità, bisogna che ci sia la possibilità di evitare l'incidente, sempre che non ci sia una causa a lui imputabile. E così, l'incidente avvenuto al cliente durante l'ascensione perché non segue le indicazioni della guida e cade rovinosamente dalla parete rompendosi una gamba, ci pare — a patto che non siano comunque riscontrabili responsabilità della guida — difficilmente imputabile alla guida: sarebbe per lui impossibile evitare incidenti di questo tipo. A meno che ciò non derivi da una causa a lui imputabile, cioè ad esempio aver utilizzato una corda difettosa che si è allentata autonomamente¹⁰⁶. Oppure l'aver portato nel corso di una bufera un numeroso gruppo di bambini su un ghiacciaio e in tale contesto si verifichi un sinistro. Questo evidentemente sarebbe motivo di responsabilità dettata da colpa grave della guida.

In altri termini, la valutazione della responsabilità della guida dovrebbe essere limitata a quelle ipotesi in cui, tenendo conto delle regole della correttezza, dei principi di diligenza relativi proprio a questo tipo di attività, si possa dire che la guida ha violato le c.d. buone pratiche, quelle norme di buon senso e di equilibrio, che garantiscono l'incolumità del cliente. Mentre è chiaro che la guida non dovrebbe rispondere se l'incidente non poteva essere da lui evitato e se non era a lui imputabile il suo verificarsi.

Per esempio, ci possono essere norme regionali, ovvero provvedimenti comunali che indicano il numero degli allievi che la guida può accompagnare per una

¹⁰⁵ G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aosta, pp. 37-38.

¹⁰⁶ Sotto quest'ultimo profilo può ricordarsi la sentenza emessa dal giudice istruttore di Trento il 6 dicembre 1949 (in *Riv. dir. sport.*, 1950, 119), con riferimento ad un'escursione organizzata dal CAI in alta montagna, durante la quale due partecipanti erano caduti in un crepaccio e uno di loro aveva perso la vita. "Gli imputati hanno potuto dimostrare che essi avevano posto in essere quanto era loro consentito di fare, mediante reiterati richiami ed avvertimenti, soprattutto in ordine al pericolo di fuoriuscita dalla pista percorsa in salita; che soprattutto i due giovani ebbero a rivelarsi i più indisciplinati ed insofferenti ai richiami suddetti e, non preoccupandosi degli stessi, procedettero per conto loro, staccando gli imputati che di necessità vennero a trovarsi arretrati con il grosso del gruppo. Fu così che i due giovani, percorrendo un tracciato diverso dalla suddetta pista, caddero in un crepaccio mascherato dalla neve, nel quale la ragazza trovò la morte".

determinata ascensione: certo, se le norme sono tali per cui la guida può accompagnare 4 allievi e invece ne accompagna 10, è la stessa guida che si mette in una posizione critica. Quindi, si può dire che, forse, se i clienti fossero stati meno si sarebbe potuto seguirli meglio. Ciò non toglie, in ogni caso, che ci deve essere anche un nesso di causalità tra l'incidente e queste particolari circostanze¹⁰⁷.

Altra questione riguarda il problema se la guida debba o non debba valutare le capacità del proprio cliente: evidentemente un certo tipo di controllo delle capacità ci deve essere, ma va interpretato, ancora una volta, con le regole della diligenza, della correttezza. Il problema dello stato di salute: in certi casi la situazione è evidente, ma spesso un infarto può colpire anche una persona che si presenta come un ottimo alpinista; peraltro anche la guida stessa potrebbe rimanerne vittima.

La responsabilità della guida è limitata – *rectius* dovrebbe essere limitata – a quello che egli può prevedere non certo a garantire che chiunque torni vivo da una spedizione in montagna. Certamente si tratta di una professione che comporta dei rischi. E così, il cliente che vuole salire sulla vetta del Monte Bianco, ad esempio dal Pilastro Rosso, o vuole “aprire” una nuova via delle Grandes Jorasses, compie un tipo di alpinismo che è diverso dall'ascensione sul Petit Capucin o anche sul Dente del Gigante per la via classica.

La componente rischio è insita nell'attività alpinistica, ma essa può notevolmente variare di gradazione e conseguentemente anche il livello di responsabilità addebitabile alla guida.

In passato, l'onere di provare l'adempimento della guida ricadeva sull'accompagnato e la colpa costituiva il criterio per giudicare la qualità della prestazione e, dunque, l'esistenza stessa dell'inadempimento¹⁰⁸.

Ciò significava che se non veniva fornita prova della colpa della guida, non poteva sorgere il diritto al risarcimento a favore del cliente.

Quindi, se durante un'escursione uno degli accompagnati subiva una lesione o, comunque, un danno, il cliente stesso, al fine di conseguire il relativo risarcimento, doveva dimostrare: a) di aver subito un danno; b) che la guida si era resa inadempiente al contratto tenendo un comportamento negligente od imprudente o di scarsa perizia o, comunque, colposo¹⁰⁹.

¹⁰⁷ G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aosta, p. 37.

¹⁰⁸ La distinzione è stata a lungo accolta dalla giurisprudenza, che aveva elaborato uno schema di distribuzione dell'onere della prova in forza del quale, muovendo dalla premessa per cui il mancato ottenimento del risultato atteso non concreta, in tale categoria di obbligazioni, di per sé inadempimento, si faceva gravare sul creditore dell'obbligazione di mezzi l'onere di provare il mancato dispiegamento, da parte del debitore della prestazione, della diligenza e della competenza tecnica necessarie in relazione all'attività svolta (Cass., 25 novembre 1994, n. 10014; Cass., n. 61091, 5 dicembre 1985; Cass., 5 agosto 1985, n. 4386). In tal modo veniva introdotto un differente regime giuridico della responsabilità debitoria, nel quale la responsabilità del debitore di una prestazione “di mezzi” veniva assimilata piuttosto al regime generale della responsabilità aquiliana, in cui la colpa rientrava tra gli elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria, e dunque ricadeva sul creditore l'onere del darne la prova. Il criterio anzidetto è stato in particolare applicato con riferimento al contratto d'opera professionale, inducendo parte della dottrina a ravvisare in ciò un residuo di un antico, e ormai immotivato, privilegio a favore degli esercenti le professioni liberali rispetto a prestatori di servizi organizzati in forma di impresa.

¹⁰⁹ Con la sentenza a Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n. 13533, la Cassazione civile ha definitivamente stabilito che in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca

Oggi il cliente danneggiato – che lamenta una lesione a seguito dell'inesatto adempimento da parte della guida – deve provare unicamente il danno subito, il nesso di causalità tra quest'ultimo e l'inesatto adempimento, la fonte del proprio diritto (l'esistenza del contratto), limitandosi ad allegare l'inadempimento della guida, cui graverà l'onere di provare il fatto estintivo della pretesa altrui rappresentato dall'avvenuto corretto adempimento, ovvero che l'inadempimento sia stato determinato, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione per fatto a lui non imputabile¹¹⁰.

La guida non potrà limitarsi a dimostrare la propria condotta diligente, sia pure qualificata, dovendo in aggiunta individuare la specifica causa che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione, quale, ad esempio, il fatto del cliente che ha riportato il danno (fatto del creditore), la caduta di pietre in parete causata in maniera imprevedibile da altro alpinista, ovvero la riconducibilità del sinistro ad esempio alle imperfette condizioni della parete di roccia dovute a scarsa o inadeguata manutenzione da parte dell'ente predisponente (fatto del terzo). Solo la dimostrazione di uno di tali fattori, unitamente alla prova della diligenza, varrà infatti ad esonerare il debitore da responsabilità, consentendo di acclarare con certezza che l'impossibilità della prestazione esulava dalla sua sfera di controllo.

Il grado di diligenza della guida, trattandosi infatti di un professionista, andrà valutato ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata¹¹¹.

Lo *standard* di diligenza richiesto, pertanto, non potendosi predeterminare *ex ante*, dovrà essere valutato caso per caso ed in base ad alcuni fondamentali indici di valutazione, quali l'età e l'esperienza dei clienti, la natura delle vie che si intendeva percorrere, le condizioni meteorologiche etc...

per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione).

¹¹⁰ Conseguenza di questo orientamento lo si può scorgere nella pronuncia del Tribunale di Udine, 19 novembre 2015, n. 58 il cui testo è rinvenibile sul sito internet www.lawtech.jus.unitn.it secondo cui «È onere della guida alpina professionista, impegnatasi contrattualmente all'accompagnamento nell'escursione, dimostrare di aver adempiuto alla sua prestazione con diligenza, prudenza e perizia, ovvero che l'eventuale incidente è dovuto a fatto a lui non imputabile o a caso fortuito o forza maggiore. La guida alpina professionista, obbligata contrattualmente ad accompagnare in un'escursione alpinistica delle persone, risponde del danno occorso a queste ultime durante l'escursione, ove il verificarsi dell'incidente sia causalmente ascrivibile a un errore tecnico da lui compiuto nel curare l'accompagnamento (nella specie, l'incidente occorso alle persone accompagnate era determinato dal cedimento di un sistema di ancoraggio, allestito dalla guida, che aveva collocato un "friend" nella roccia e aveva sfruttato un chiodo rinvenuto in loco già infisso nella roccia, senza ribatterlo adeguatamente, perché il professionista non risultava provvisto di un martello da roccia).

¹¹¹ In questo senso, pertanto, «l'inadempimento dell'avvocato o del medico non è configurabile nella perdita di una causa o nell'esito negativo di una cura, bensì nell'inadeguatezza della difesa o nella deficiente assistenza». Cfr., in proposito, L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Sub artt. 2222-2238, Bologna-Roma, 1963, p. 241; C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, pp. 842 e 853 ss.

Ai fini di tale indagine, verrà in rilievo l'osservanza delle regole di condotta previste da eventuali protocolli, le c.d. *good practice*, nonché le prescrizioni contenute nella legge professionale, ove acquista particolare rilievo l'art. 11, rubricato "Doveri della guida alpina" secondo cui *"Le guide alpine-maestri di alpinismo e gli aspiranti guida iscritti negli albi professionali sono tenuti ad esercitare la professione con dignità e correttezza, conformemente alle norme della deontologia professionale."* e ancora, la norma al secondo comma prevede che: *"Tutte le guide alpine-maestri di alpinismo e gli aspiranti guida iscritti negli albi sono tenuti, in caso di infortuni in montagna o comunque di pericolo per alpinisti, escursionisti o sciatori, a prestare la loro opera individualmente o nell'ambito delle operazioni di soccorso, compatibilmente con il dovere di mantenere le condizioni di massima sicurezza per i propri clienti"*.

7.1.3 Ipotesi di responsabilità della guida alpina in caso di aggiornamento delle condizioni della traccia caricata *online*

Il comportamento maggiormente esposto a rischio informativo riguarda soprattutto i soggetti la cui particolare posizione professionale (c.d. status) suscita di per sé affidamento in ordine alle situazioni da essi rappresentate.

La giurisprudenza riconduce tra le fonti innominate di obbligazione anche i rapporti contrattuali di fatto o da "contatto sociale qualificato" v. Cass. 13 ottobre 2017, n. 24071, che si hanno allorché un'attività normalmente prestata in esecuzione di un contratto viene effettuata in assenza di esso (si pensi ad es., all'attività di istruzione e vigilanza svolta dall'istituto scolastico e dall'insegnante nei confronti dell'alunno, seppure quest'ultimo non abbia stipulato con essi alcun contratto, mentre un accordo negoziale si ha solo tra i suoi genitori e la scuola, cui, per di più, rimane totalmente estraneo l'insegnante.¹¹²

Potrebbe essere il caso della guida alpina che aggiorna le condizioni del tracciato sulla app dopo averlo percorso. Al contatto sociale è stata ancorata la responsabilità della guida in sede penale per la morte di un partecipante ad una cena notturna in un rifugio, invocando la posizione giuridica di garanzia della guida¹¹³, ed è stato poi adoperato in sede civile per espandere l'area della responsabilità agendo sull'elemento della colpa¹¹⁴.

7.2 L'accompagnatore del CAI

La l. n. 6/1989 all'art. 20 ha riservato al CAI la facoltà di organizzare scuole e corsi di addestramento per attività alpinistiche, sci alpinistiche, escursionistiche, per la formazione dei relativi istruttori, purché "a carattere non professionale". Si tratta delle medesime attività riservate tassativamente alle guide alpine, demandate anche al CAI a patto che non vengano esercitate professionalmente.

¹¹² Cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10516.

¹¹³ Cass. pen., 4 luglio 2007, n. 25527, in Cass. pen., 2008, pp. 995 ss., e in *Dir. pen. Proc.*, 2008, 748 ss., con commento di C. PIEMONTESE, *Fonti dell'obbligo giuridico di garanzia: un caso enigmatico, tra contratto e fatto*.

¹¹⁴ Cfr. Cass. 25 gennaio 2011, n. 1737.

Ciò significa che vi sono attività alpinistiche riservate (art. 2) alle guide professioniste, che però possono essere svolte anche da altri soggetti purché operanti senza il carattere della professionalità (art. 20).

Si è introdotta una deroga ad una professione protetta che consente, dunque, lo svolgimento parallelo delle medesime attività alpinistiche da parte di soggetti sia inseriti in un ordinamento professionale, sia estranei ad esso di difficile comprensione giuridica.

Di fatto, colui che organizza e svolge corsi di formazione alpinistica esercita un'attività del tutto corrispondente a quella della guida alpina che svolga il medesimo incarico. Si tratta, in entrambi i casi, di trasmettere ad allievi nozioni tecniche di alpinismo sul territorio o ambiente montano; il che avviene presumibilmente con i metodi e i contenuti di insegnamento utilizzati dalle stesse guide.

Tuttavia, soltanto lo svolgimento di tali attività a titolo professionale comporta l'iscrizione all'Albo, ma è ben difficile svolgere corsi di alpinismo "a carattere non professionale" (art. 20), cioè in modo non professionale.

È il genere stesso di attività, ad alto contenuto tecnico, che impone anche per il CAI l'adozione dei metodi e delle forme della libera professione o lavoro autonomo, come la predisposizione di programmi didattici, l'insegnamento nei corsi con allievi esterni, la corresponsione di una quota d'iscrizione, la predisposizione stabile di un elenco di istruttori, di un programma esteso a varie discipline, con aspetti teorici e pratici, la previsione di direttive e responsabilità interne, l'organizzazione di gite aperte anche a non soci con l'accompagnamento su ambiente alpinistico, anche severo di un numero elevato di persone dietro pagamento di una quota¹¹⁵. Questa previsione, se forse è comprensibile sotto l'aspetto di favorire l'attività del CAI di avvicinamento alla montagna di un maggior numero di persone, si presta tuttavia dal punto di vista giuridico a critiche, e ciò senza considerare i possibili abusi da parte di soggetti qualificati istruttori del CAI nell'accompagnamento ed insegnamento.

7.3 Il maestro di sci

Per il maestro di sci il discorso non si discosta molto da quello proposto per la guida alpina, i criteri di imputazione sono pressoché i medesimi e in questa sede si cercherà di approfondirli calandoli nelle specifiche attività che gli competono.

La Legge quadro 8 marzo 1991 n. 81 denominata "*Legge quadro per la professione del maestro di sci (...)*" ha regolamentato in maniera coerente la professione del maestro di sci, eliminando i vari dubbi che dottrina e giurisprudenza nutrivano, facendo venir meno la necessità della licenza di P.S. di cui all'art. 123 t.u. cit.(art. 19 L.q. n. 81/1991 cit.).

Secondo la legge quadro del 1991, è maestro di sci chi insegna professionalmente, anche in modo non esclusivo e non continuativo, a persone singole o a gruppi di persone, le tecniche sciistiche in tutte le loro applicazioni, esercitate con qualsiasi tipo di attrezzo, su piste di sci, itinerari sciistici, percorsi di sci fuori pista ed escursioni con gli sci che non comportino difficoltà richiedenti l'uso di tecniche e materiali alpinistici, quali corda, piccozza, ramponi (art. 2 L.q. cit.).

¹¹⁵ Cfr. M.U. PORTA, *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6.

La professionalità e la retribuzione (onerosità della prestazione a carico del singolo) sono gli elementi che distinguono i maestri di sci e gli “accompagnatori”, dagli istruttori del C.A.I. (Club Alpino Italiano) che, precisa la legge all’art. 21, “*svolgono la loro opera a carattere non professionale e non possono ricevere retribuzioni*”¹¹⁶. Come ha sottolineato la Corte Costituzionale, si tratta di un’attività differente da quella di guida alpina. Il maestro di sci, diversamente dalla guida alpina, svolge funzioni prevalentemente circoscritte al campo in cui il suo insegnamento si esplica, prevalendo il “*profilo didattico e ricreativo, legato al corretto insegnamento della sicurezza e incolumità personale di quanti intendano ricorrere alle prestazioni della guida.*” Per l’attività di maestro è comunque necessario assicurare (con norme che, per l’interesse generale che mirano a soddisfare, si impongano anche alle regioni e province autonome) “*standards minimi di bagaglio tecnico-culturale e condizioni basilari per l’accesso ad attività di larga diffusione*”: a maggior ragione se si considera sia “*l’importanza turistica dello sci, divenuto sport di massa che implica non trascurabili interessi economici*”, sia la necessità di “*contatto tra maestri e giovani che, per la possibile pratica agonistica, richiede ai primi una spiccata capacità di selezionare le attitudini*”¹¹⁷.

La responsabilità attribuibile ai maestri di sci, per gli eventi lesivi subiti dagli allievi nel corso della lezione, può avere un fondamento sia contrattuale che extracontrattuale.

È evidente che un maestro di sci può rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. sulla base del principio del *neminem laedere* anche se investe casualmente un soggetto che sta sciando per proprio conto, che non ha nulla a che fare con la sua scuola, e dovrà risarcire il danno del quale sarà responsabile, ma non in virtù della sua qualifica professionale di maestro di sci, bensì per il fatto di essere semplicemente uno sciatore.

Il maestro di sci però può rispondere anche di responsabilità contrattuale nei confronti dell’allievo o del cliente in quanto soggetto legato da un rapporto giuridico secondo il contenuto e la disciplina giuridica del contratto che si instaura nel momento in cui il cliente decide di prendere lezioni di sci.

Con il contratto che il maestro di sci stipula con il proprio allievo o cliente, vengono assunti essenzialmente due tipi di obbligazioni: *in primis* l’insegnare a sciare al proprio cliente e cioè un’obbligazione di mezzi, in cui il maestro si impegna a dedicare il tempo e le energie necessarie per un certo risultato, ma non può garantirne il raggiungimento. In giurisprudenza non vi sono casi in cui il cliente si sia lamentato della scarsa professionalità del suo maestro di sci perché non gli ha impartito sufficienti nozioni. La ragione che spinge più frequentemente il cliente a far causa al maestro o alla scuola di sci è il fatto che sia stata messa a rischio la sua incolumità. E proprio quello dell’incolumità del cliente è il problema più delicato e importante¹¹⁸.

¹¹⁶ Per un esame della legislazione nazionale e regionale, sulle guide e portatori alpini, sulle competenze del C.A.I. vedi M. PRADI, *Guide e portatori alpini*, voce in *Digesto disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, p. 58 ss.

¹¹⁷ Cfr. Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 360, in *Riv. Dir. sport.*, 1991, p. 319.

¹¹⁸ Suprema Corte di Cassazione III Sezione Civile – Sentenza del 2014, n. 3612 – nella quale ha affermato che è di tutta evidenza che l’affidamento di un minore ad una scuola di sci perché gli siano impartite lezioni – il che concretizza la ricorrenza di un contratto – comporti a carico della scuola l’assunzione di obbligazioni di protezione volte a garantirne l’incolumità. La scuola, ed il maestro devono adempiere le obbligazioni volte a garantire la sicurezza dell’allievo, tenuto, in ogni caso conto delle peculiarità dell’oggetto del contratto, v. anche Cass.3.2.2011 n. 2559.

Fino a che punto il maestro risponde dell'incidente o del danno subito dalla persona che si è affidata a lui per imparare a sciare? L'opinione maggioritaria sostiene che una certa responsabilità esista almeno nei termini generali. Nel senso che nell'ambito del contratto che viene stipulato tra maestro e allievo, vi è certamente anche un obbligo di "garantire" l'incolumità del cliente. Bisogna però stabilire se quest'obbligo sia di tipo morale, personale o anche un problema di tipo giuridico. Il contenuto del contratto presuppone un certo obbligo di garanzia prima e di assistenza poi, ma bisogna stabilire il limite di questa incolumità.

Nel momento in cui un cliente prende una lezione di sci, stipula un contratto con il maestro che si assume l'obbligo di impartire l'insegnamento tecnico verso un corrispettivo pagato dal cliente.

È necessaria un'indagine caso per caso, per stabilire se un determinato comportamento di un maestro di sci sia stato corretto o meno, che accerti l'eventuale violazione di quei criteri di buona fede e correttezza ai quali dovrebbe essere informata la sua attività, nell'adempimento dell'obbligazione che il maestro stesso si è assunto. L'art. 1175 c.c. non impone al solo debitore (maestro di sci) di comportarsi secondo le regole della correttezza, bensì anche al creditore (cliente). La rilevanza data alla natura dell'attività esercitata nella valutazione della condotta del debitore fa sì che il diligente adempimento, da parte del maestro di sci, alle proprie obbligazioni sia analizzato tenendo conto del fatto che lo sci è uno sport e come tale esso presenta rischi ineliminabili, necessariamente accettati da chi lo pratica¹¹⁹. Il danno subito dall'allievo sciatore non potrà essere imputato al maestro in tutti quei casi in cui questo appaia come conseguenza di un evento che si sarebbe potuto verificare comunque, a prescindere o meno dalla presenza del maestro¹²⁰. Se è vero che il maestro deve essere competente, corretto, diligente e preparato, è anche vero che il cliente deve essere persona seria, in qualche modo preparata, corretta nei confronti della guida e deve avere l'attrezzatura adeguata. Sotto tre aspetti in particolare è necessaria una certa correttezza del cliente: i problemi di salute del cliente, che devono essere conosciuti dal maestro, le capacità o le eventuali paure (è il cliente che conosce i suoi limiti), e l'attrezzatura, che deve essere adeguata. È certo che il maestro debba informarsi e controllare che l'allievo sia preparato ad affrontare la lezione, ma deve sempre esserci la collaborazione del cliente, proprio in virtù di quella correttezza imposta ad entrambi i contraenti (anche perché l'art. 1227 c.c. prescrive una diminuzione del risarcimento del danno cagionato al creditore qualora il creditore stesso abbia concorso nella produzione del danno, secondo l'entità della colpa e delle conseguenze che ne sono derivate). Nel giudizio di responsabilità del maestro di sci si devono evidenziare le regole di creazio-

¹¹⁹ M. VIOLA *op. cit.* p. 89.

¹²⁰ Usando le parole di P. TRIMARCHI si potrebbe dire che il danno non sarà imputato al maestro qualora, "eliminando o modificando taluni elementi nella descrizione della condotta, senza introdurre cause di giustificazione e senza modificare sostanzialmente gli elementi rilevanti nel processo causale che ha determinato il danno, è possibile ottenere un atto lecito che avrebbe ugualmente cagionato l'evento dannoso", così P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 72. Di conseguenza "deve escludersi la responsabilità contrattuale di una scuola di sci per le lesioni che un allievo subisca nel corso di una lezione ad opera di terzi che lo investa su una pista aperta a tutti ove il maestro del quale la scuola si avvale, si trovi nella materiale impossibilità di evitare l'evento dannoso e nel suo comportamento esulino profili di colpa" Cass. Civ. Sez. III, 25 maggio 2000 n. 6866.

ne legislativa che disciplinano lo svolgimento dell'attività professionale, cosiddette norme deontologiche, sia quelle relative alla metodologia d'insegnamento ed alle tecniche da utilizzare nelle varie situazioni, quelle relative alla condotta da tenere in pista, sugli impianti. Spesso nelle sentenze si fa riferimento al modello ideale del "buon professionista" e nel caso di specie del "maestro di sci", o del professionista mediamente accorto, prudente e diligente¹²¹.

Riguardo alla cosiddetta colpa professionale del maestro di sci si evidenzia il fatto di come la diligenza richiesta per l'adempimento, data l'atipicità del contratto d'insegnamento sciistico, vada valutata, in prima approssimazione, secondo i criteri indicati dagli articoli 1218 e 1176 comma 2 c.c. La responsabilità sarà dunque individuata comparando il comportamento che il professionista (in questo caso il maestro di sci) avrebbe dovuto tenere in relazione alla natura della sua prestazione ed alla particolare situazione considerata con il comportamento effettivamente tenuto. Nel caso in cui, a seguito di detta comparazione, si riscontri una difformità, un'inesattezza nell'adempimento della prestazione professionalmente dovuta, si avrà responsabilità del professionista e spetterà a quest'ultimo provare che l'esatto adempimento della prestazione è divenuto impossibile per causa a lui non imputabile. Questi obblighi accessori vanno ad aggiungersi alle tre figure di inadempimento che obbligano il debitore a risarcire i danni causati al creditore: l'inadempimento *tout court*, l'adempimento inesatto e il ritardo nell'adempimento.

Se un maestro di sci non si presenta alla lezione, si presenta in ritardo, o per qualunque ragione non tiene la lezione come da contratto, dovrà risarcire il danno al cliente *ex art.* 1218 c.c.; e tutte le volte in cui violi i suddetti obblighi di protezione accessori sarà soggetto alla medesima disciplina.

Poniamo il caso in cui un maestro di sci durante la lezione convinca il cliente a sostare per qualche momento al rifugio sulle piste, ed una volta lì si trattenga, nonostante le sollecitazioni del cliente, a chiacchierare oltre il tempo pattuito: potrebbe configurarsi un'ipotesi di violazione della buona fede. Se il maestro trascura il cliente, non gli fornisce informazioni sufficienti per espletare gli esercizi che gli consentono di progredire, non tiene una velocità adeguata alle capacità del cliente, tanto da impedirgli di osservare quale sia la maniera corretta di esecuzione dell'esercizio, rischia di incorrere nella responsabilità per inadempimento *ex art.* 1218 c.c., e di dover risarcire il danno eventualmente causato al cliente¹²².

Oltre a queste ipotesi estreme di inadempimento, però, è molto difficile determinare in che limiti la lezione risponda a canoni dell'adempimento esatto, in quanto l'obbligazione del maestro di sci, in qualità di professionista, è un'obbligazione di

¹²¹ M. VIOLA «La responsabilità civile nell'incidente sciistico» 2002, Forlì, p. 89.

¹²² Un quadro sufficientemente preciso delle specifiche regole in cui si deve sostanziare la diligenza richiesta al maestro di sci è stato delineato dall'inedita sentenza del T. Torino, 28 maggio 1994, n. 3824, richiamata da R. AMBROSIO – M. BONA, *Responsabilità dei maestri di sci*, cit., p. 906, secondo la quale il maestro di sci: è tenuto a garantire, per la sua stessa funzione, l'incolumità degli allievi; deve risultare in possesso di quelle cognizioni tecniche che sono richieste per l'esercizio della sua attività; deve agire con prudenza; deve essere in grado di valutare la preparazione, la capacità e la resistenza fisica dei suoi allievi ad affrontare una determinata discesa; è tenuto a valutare le condizioni atmosferiche in relazione alla capacità dei suoi allievi; deve valutare l'opportunità, in particolari situazioni, di astenersi dalla lezione.

mezzi e non di risultato. Non è possibile determinare il contenuto preciso dell'obbligazione e di conseguenza neppure il limite tra adempimento esatto ed inesatto.

Anche a questo soccorre la buona fede, insieme agli obblighi accessori: se il maestro si comporta, comunque, secondo buona fede, dedicando al cliente il tempo adeguato alla situazione, nella maniera che a lui sembra più corretta per le caratteristiche psicofisiche del soggetto, non potrà in questo caso parlarsi di inadempimento o di violazione del dovere di correttezza.

Ma siccome l'attività del maestro è attività che può comportare dei rischi per il cliente o per lui e per il cliente, è necessario stabilire fino a che punto sia tenuto all'incolumità del cliente sulla base del contratto che con questi abbia stipulato.

È il giudice che, caso per caso, deve stabilire quando vi sia una responsabilità, quando, cioè, ci sia stata la possibilità di evitare l'incidente. Il maestro di sci non può rispondere di un incidente, di un avvenimento che non poteva evitare, che esula completamente da quelli che sono i suoi compiti nell'espletamento della attività che esercita.

Il maestro, ad esempio, è tenuto a valutare il livello tecnico e le capacità di apprendimento del cliente, la sua conformazione fisica, è tenuto ad informarsi su eventuali incidenti subito precedentemente dall'allievo e, sulla base di una valutazione globale di queste informazioni, può decidere come organizzare la sua lezione, quali piste scegliere, che esercizi fare eseguire agli allievi, che velocità tenere quando scia con i clienti al seguito. Non rientra nei suoi obblighi evitare che l'allievo cada, perché questo è un rischio insito nell'attività sciistica che il cliente decide liberamente di intraprendere, assumendosene il rischio.

Quindi, ad esempio, l'incidente accaduto ad uno sciatore durante una lezione di sci perché questo cade e si procura una lesione, difficilmente potrebbe essere imputato al maestro, perché sarebbe per lui impossibile evitare incidenti di questo tipo.

7.4 Considerazioni conclusive. Maestro di sci e guida alpina a confronto: chi, quando e come può effettuare lo scialpinismo e il *freeride*.

Il progetto oggetto del presente approfondimento porta a doversi chiedere se possano accompagnare i propri clienti sui percorsi tracciati *online* dal Comune sia le guide alpine che i maestri di sci.

Il criterio differenziale principale ed evidente fra le competenze della guida alpina e del maestro di sci è dato dalla riserva in favore delle guide alpine e dalla corrispondente espressa esclusione per i maestri di sci, della necessità "*dell'uso di tecniche e di materiali alpinistici*".

L'art. 2 Legge quadro Maestri di sci elenca fra i materiali alpinistici tre strumenti tipici della Guida Alpina e cioè corda, piccozza e ramponi, ma si tratta evidentemente di elencazione esemplificativa e non tassativa sia perché preceduta da "*quali*", sia perché deve essere letta in relazione al corrispondente art. 2 Legge quadro guide alpine, che richiama le tecniche e attrezzature alpinistiche¹²³.

¹²³ Sul punto si richiama il bel pezzo di M.U. PORTA, *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6.

Quindi deve intendersi che anche l'uso di altri materiali tradizionalmente legati all'ascensione, quali ad esempio le pelli di foca o i *rampant* (che sono ramponi da fissare agli sci nel caso le pelli di foca non fossero sufficienti per la progressione in salita) sia di competenza delle Guide Alpine e precluso ai maestri di sci nello svolgimento dell'attività professionale.

Non così per le attrezzature di sicurezza quali artva pala e sonda o altri ausili quali zaino airbag posto che si tratta di dispositivi necessari anche solo nella fase di discesa.

Ma vi è un'altra differenza, forse meno evidente, che è quella che consente (art. 2 c.1 lett. b L. 6/89) l'*accompagnamento* solo alle Guide Alpine, mentre l'attività del Maestro di sci è comunque limitata (art. 2 L. 81/1991) all'*insegnamento* delle tecniche: a volte può essere difficile distinguere in fatto l'*accompagnamento* dall'*insegnamento* in quanto anche durante l'accompagnamento può avvenire l'insegnamento della tecnica o il suo perfezionamento, ma deve escludersi che il Maestro di sci possa solo accompagnare ad esempio in una gita senza insegnare al cliente le tecniche di discesa.

La Guida invece può oltre che insegnare anche "solo" accompagnare il proprio cliente in ascensioni e/o escursioni.

Del resto sotto tale profilo la differenza è evidente dalla stessa terminologia che distingue le due professioni.

Deve anche escludersi che il Maestro di sci possa risalire i pendii coi propri clienti, posto che da una parte non può accompagnare e dall'altra non gli compete l'insegnamento delle tecniche scialpinistiche o alpinistiche fra cui rientra tutto ciò che è necessario per l'ascensione, e quindi la sua attività sia limitata alla sola discesa, e per la risalita debba fare affidamento sugli impianti di risalita.

Solo la Legge Regionale della Valle d'Aosta consente al Maestro di sci, con disposizione dubbia ed in contrasto con la Legge quadro nazionale, la risalita di pendii anche su nevi perenni, con pelli di foca o racchette da neve, purchè tale risalita non comporti l'uso di tecniche ed attrezzature alpinistiche quali corda piccozza e ramponi. Ma appare evidente che la risalita di pendii con pelli di foca o racchette da neve possa essere effettuata solo con l'utilizzo delle tecniche alpinistiche, che sono di competenza delle Guide Alpine. Per di più se su nevi perenni!

Concludendo, il *freeride* è certamente sempre di competenza della Guida Alpina, mentre il Maestro di sci può esercitarlo per l'insegnamento delle tecniche sciistiche solo ed esclusivamente ove non sia richiesto l'uso di tecniche e materiali alpinistici; ed è evidente che fra le tecniche alpinistiche rientri principalmente la capacità di valutazione delle condizioni del manto nevoso e la conoscenza approfondita di tutta la materia riguardante la nivologia e ricerca di sepolti da valanga, che rappresentano materie di insegnamento e di esame specifiche della professione delle Guide Alpine, e non di quella di maestro di sci che deve invece conoscerne solo le nozioni di base.

Il Maestro di sci quindi proprio per le ridotte competenze professionali, potrà insegnare da solo le tecniche di discesa in *freeride* in casi piuttosto limitati e residuali, mentre lo potrà fare negli altri casi, se a sua volta accompagnato dalla Guida Alpina¹²⁴.

¹²⁴ Il comma sopra citato è stato così modificato dall'art. 1, comma 1, della L.R. 13 novembre 2007, n. 29.

Sul punto si precisa come in Valle d'Aosta la Legge regionale 31 dicembre 1999, n. 44, che disciplina la professione di maestro di sci e delle scuole di sci, all'art. 2 prevede che: *"È maestro di sci chi, per professione, accompagna e/o insegna, anche in modo non esclusivo e non continuativo, a persone singole o a gruppi di persone la pratica dello sci nelle varie discipline, esercitate con qualsiasi tipo di attrezzo, nell'ambito di comprensori sciistici attrezzati, piste di sci, itinerari sciistici, pendii e percorsi sciabili, anche di neve perenne ed anche se non serviti da impianti di risalita, percorsi di sci fuori pista ed escursioni con gli sci, con risalita dei pendii anche mediante l'uso di pelli di foca o racchette da neve; la suddetta attività non deve comunque comportare di "coltà richiedenti l'uso di tecniche ed attrezzature alpinistiche, quali corde, piccozze e ramponi"* (nostro il grassetto).

Da ultimo, un accenno all'*eliski* che, per le sue caratteristiche, non può che essere di competenza della Guida Alpina involgendo difficili valutazioni nivologiche e di scelta del percorso più sicuro, anche per i cambiamenti delle condizioni della neve che possono trovarsi lungo il percorso, nonché per la possibilità di dover affrontare situazioni critiche (passaggi su rocce, calate ecc.) che si trovassero impreviste sul percorso, tutte rientranti nelle competenze e nella specifica formazione della Guida Alpina¹²⁵.

Tanto che la stessa Legge Regionale Valle d'Aosta¹²⁶, pur più permissiva nei confronti dei Maestri di sci avendo consentito loro la risalita di pendii con pelli di foca o racchette da neve, ha stabilito espressamente la competenza delle Guide Alpine per l'*eliski*¹²⁷.

¹²⁵ V., anche per questo aspetto, le considerazioni formulate da M.U. PORTA, *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6.

¹²⁶ Cfr. Legge regionale Valle d'Aosta 31 dicembre 1999, n. 44.

¹²⁷ L'art. 1 c. 1 della Legge regionale Valle d'Aosta 31 dicembre 1999, (come sostituito dall'art. 1, c. 1, della L.R. 12 ottobre 2009, n. 33), tra le diverse competenze, prevede quella esclusiva delle Guide alpine per l'*"accompagnamento di persone in escursioni sciistiche, sci-alpinistiche e in itinerari eli-escursionistici"*.

PROFILI DI DIRITTO PENALE

A CURA DI RICCARDO CRUCIOLI
*giudice, Tribunale di Genova**

* Il presente elaborato è redatto dal Dr. Riccardo Crucioli per "Fondazione Courmayeur Mont Blanc – centro internazionale su diritto, società e economia" esclusivamente quale contributo scientifico all'attività dell'ente, nell'ambito della collaborazione di carattere istituzionale con "Fondazione Montagna Sicura", anch'essa istituita dalla Regione Autonoma Valle d'Aosta.

In particolare costituisce contributo, senza alcun compenso, all'analisi del compendio dottrinario e giurisprudenziale al fine di diffondere la conoscenza dei temi giuridici dello specifico settore anche con riferimento al progetto Skialp@Gsb ed all'accordo specialistico sottoscritto tra le predette fondazioni.

Oggi è una bella giornata, qui in città. Domani lo sarà anche lassù, in valle. Diamo un'occhiata al bollettino valanghe, al meteo e all'attrezzatura. Ci prepariamo per invadere la casa di Arturo, che ci ospiterà nel centro del paese; l'obiettivo è un'escursione programmata in un "territorio aperto": ci hanno indicato un sito internet con mappe, descrizioni, link ad applicazioni di previsioni meteo. Tutto organizzato; rischio mitigato.

Abbiamo deciso di seguire le indicazioni e di provare. Arriviamo in serata, una bella cena, un'occhiata alla mappa scaricata dal sito istituzionale del comune.

Sveglia presto, il sole splende. Attacchiamo il sentiero, con le ciaspole, poi con i ramponi seguiamo la traccia. Saliamo verso la vetta, il pendio aumenta, il caldo anche.

È un attimo.

La valanga scende sugli ultimi, che vengono presi in pieno. Alla fine siamo tutti salvi, ma qualcuno si è fatto male.

Ci raggiunge il Sagf.

Danno i numeri: 590, 426 e 449.

Scopriamo cosa sono i delitti di valanga e di lesione colposa.

Ma noi non vogliamo essere imputati.

Noi siamo le vittime.

Noi vogliamo accusare.

Chi ci ha dato quelle tracce, quelle previsioni, quella possibilità.

Premessa

Per poter comprendere la realtà che ci circonda è necessario avere conoscenze. Più è complessa la prima, maggiori devono essere le seconde.

Da tale ovvia valutazione deriva la necessità di spiegare come si è giunti a teorizzare la responsabilità in casi che parrebbero completamente estranei all'area dell'illecito penale.

Si tratta – citando esempi da una lunga lista – dell' "accompagnatore di fatto", di chi provoca una valanga lontano da zone abitate, di chi indica ad amici un tracciato da seguire in zone pericolose (e lo convince ad affrontare l'escursione) ma anche del gestore di aree sciistiche che non fornisce adeguate informazioni ai clienti che scelgono di seguire percorsi fuori dai tracciati gestiti e, per giungere al tema centrale del presente lavoro, degli amministratori degli enti locali che pubblicizzano una zona sciabile per il free ride.

Solo seguendo un tracciato dottrinario e giurisprudenziale certamente non agile sarà possibile comprendere le ragioni – in parte anche non condivisibili, ma giudizialmente accertate – che hanno condotto alla condanna di molti imputati nei casi sopra citati.

Cercherò dunque di condurre – come un accompagnatore di fatto, appunto – il lettore lungo le tortuose curve del diritto penale, principiando dalla definizione terminologica di "valanga", passando (o meglio dire: volando) sulla tematica della colpa, dell'omissione, della posizione di garanzia per poi giungere, toccando la complessa tematica delle ordinanze, al profilo della responsabilità dei gestori di aree sciistiche e degli amministratori pubblici.

Preciso però che verranno trattati unicamente questioni di diritto penale¹²⁸. Le tematiche della colpa, della prova liberatoria, delle presunzioni e soprattutto delle

¹²⁸ Molti elementi rendono differenti i due rami del diritto. Solo per citarne alcune:

- in ambito civile l'onere della prova incombe normalmente su chi aziona il diritto, pretendendo un risarcimento del danno basato sulla prova di determinati fatti (*onus probandi incumbit ei qui dicit*); il principio cardine del diritto civile è quello della c.d. vicinanza della prova che spesso sconfina in alcune presunzioni.
- per il nesso di causa (e cioè del criterio materiale prima ancora che logico in base al quale un evento di danno discende da un fatto o da una omissione, che ne costituisce appunto la causa), in ambito civile si è soliti parlare di "*criterio del più probabile che non*" mentre in ambito penale è noto il principio per il quale anche il nesso di causa deve essere provato "*oltre ogni ragionevole dubbio*".
- la prova liberatoria in ambito di danno civile è spesso limitata al "*non aver potuto impedire il fatto*" che viene a sua volta declinato nella ardua prova di aver fatto tutto il possibile e di aver adottato tutte le precauzioni volte ad evitare la causazione del danno. Inoltre in ambito penale la valutazione da parte del Giudice è sempre libera mentre in ambito civile sono presenti presunzioni, vincoli e prove a fede privilegiata che imbrigliano la discrezionalità del giudicante.
- la competenza territoriale degli organi giudicanti in ambito civile appartiene normalmente alla residenza del danneggiato o comunque del consumatore (tale essendo il cliente degli impianti sciistici cfr Cass. 6.2.2007 n. 2563), mentre in ambito penale le regole – dettate dall'art. 8 cpp – impongono la competenza territoriale del luogo in cui il reato è stato consumato. Da ciò discende una notevole specializzazione dei Tribunali e delle Procure siti in prossimità delle piste da sci o delle montagne.
- la fonte dell'obbligo di garanzia spesso discende da elementi di diritto civile, come si vedrà in seguito. È cioè il codice civile che indica alcuni principi, generali e fondamentali, nell'ambito di nostro interesse ad es. gli artt. 2050 e 2051 cc. Tali norme indicano dunque una specifica fonte di responsabilità che travalica i limiti del diritto civile per creare un obbligo rilevante anche per il diritto penale.

regole di giudizio di responsabilità nel diritto civile (più probabile che non, nel civile, oltre ogni ragionevole dubbio, nel penale), solo per citare alcuni ambiti di discrasia, rendono differenti gli angoli prospettici del giudice civile e di quello penale.

1. I reati: valanga; omicidio; lesione

I reati che possono essere commessi in montagna non differiscono da quelli realizzabili in ogni altro contesto umano.

Pertanto le lesioni colpose e l'omicidio (dolosi o colposi) non presentano particolari problematiche se non in relazione al profilo della colpa ed in particolare di quella omissiva, soprattutto in rapporto ai soggetti sui quali graverebbe la c.d. "posizione di garanzia". Ma di ciò si dirà *infra*.

Un solo delitto è "tipico" della montagna: il reato di valanga.

Trattasi di un *unicum* nel panorama legislativo europeo. Solo la legislazione italiana prevede i reati di valanga, doloso all'articolo 426¹²⁹ cp (e dunque prevista e voluta come conseguenza della propria azione) e colposo all'articolo 449 cp¹³⁰ (e dunque un "delitto colposo di danno", modellato sul richiamo ai casi dell'art. 426).

Al riguardo, nel richiamare quanto detto nei numerosi scritti che trattano la materia¹³¹, si deve ricordare che per "*valanga*", in lingua italiana, si intende una massa di neve che, staccatasi dall'alto di un pendio e rotolando verso il basso, assume dimensioni sempre maggiori trascinando e sommergendo quanto incontra lungo il percorso. Il termine ben definisce un concetto che non è però corretto dal punto di vista giuridico.

Se è infatti vero che il codice non spiega cosa si debba intendere con il termine "*valanga*", si deve notare che l'art. 449 cp parla espressamente di "*disastro*": un evento che deve necessariamente assumere dimensioni notevoli (si deve trattare di una caduta di neve significativa).

Non solo: il Titolo VI del libro II nel quale è inserito il reato reca la dicitura "delitti contro l'incolumità pubblica". Il bene giuridico (e cioè il valore fondamentale) che si vuole tutelare è dunque chiaramente individuato: si tratta di preservare l'integrità fisica di un numero indeterminato e rilevante di persone¹³², considerate non nella loro individualità ma in una dimensione collettiva.

Si tratta dunque di un reato di pericolo astratto (anche se non presunto¹³³) per

¹²⁹ Chiunque cagiona un'inondazione o una frana, ovvero la caduta di una valanga è punito con la reclusione da cinque a dodici anni.

¹³⁰ Chiunque...cagiona per colpa ... un altro disastro preveduto dal cpo primo di questo titolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Trattasi del capo I (dei delitti di comune pericolo mediante violenza), Titolo VI (dei delitti contro l'incolumità pubblica) del libro II (dei delitti).

¹³¹ Cfr ad es. S. ROSSI e C. BUSATO "sinistri in fuori pista e responsabilità penale" in Rivista di Diritto sportivo 1/18.

¹³² Cass. 18 gennaio 2012 n. 15444

¹³³ Sul punto si veda la recente Cass. sez IV n. 14263/19 del 14.11.2018 dep. Il 2.4.2019 secondo la quale il reato non è da considerare di pericolo concreto, non essendo necessario accertare il sorgere di una situazione di effettivo pericolo per la incolumità pubblica derivante da uno degli accadimenti. Non è però corretto neanche parlare di pericolo presunto, poiché tali reati si pongono in irrimediabile contrasto con il principio di offensività e correlativamente con il principio di colpevolezza.

l'esistenza del quale è richiesto un evento potenzialmente in grado di esporre al pericolo un numero indeterminato di persone con effetti gravi.

Non è invece necessario né che il danno si verifichi né che sia accertato in concreto il pericolo per la vita o per l'incolumità di un numero rilevante di persone: è sufficiente che tale pericolo sia astrattamente configurabile. Dunque per valanga, dal punto di vista giuridico, si intende:

- un evento anche non eccezionale o immane ma tale da comportare conseguenze gravi, complesse ed estese; un *“macroevento di immediata manifestazione esteriore, che si verifica in un arco di tempo ristretto”*¹³⁴;
- *“un accadimento macroscopico, dirompente e quindi caratterizzato, nella comune esperienza, per il fatto di recare con sé una rilevante possibilità di danno alla vita o all'incolumità di numerose persone, in un modo che non è precisamente definibile o calcolabile”*¹³⁵.

Proprio tale ultimo elemento assume un notevole valore, poiché il reato – sia doloso¹³⁶ che colposo¹³⁷ – ricorre unicamente nel caso in cui la massa nevosa coinvolge o rischia di coinvolgere zone antropizzate, nelle quali cioè si svolgono usualmente attività umane ovvero in luoghi nei quali transitano normalmente esseri umani. Per tale motivo è certamente “valanga” giuridicamente intesa quella che coglie o rischia di cogliere una zona abitata o una strada o ancora un tracciato delle piste da sci; non lo è invece quella che cade in zone montuose disabitate e non frequentate.

La questione è di notevole rilievo per la soluzione del quesito posto dallo sciatore all'inizio del presente lavoro.

Se infatti la valanga è stata causata da altri scialpinisti che stavano precedendo il suo gruppo, è necessario chiedersi se per il nostro ordinamento si può parlare di “valanga” oppure no.

In altri termini, è ben possibile ipotizzare che il passaggio di escursionisti, irrispettosi delle regole cautelari, abbia provocato il distacco di una valanga. Se però tale massa nevosa non è caduta in luogo antropizzato, nessuno sarebbe chiamato a risponderne dal punto di vista del diritto penale.

Come è agile comprendere, il problema (non solo semantico) si sposta sull'antropizzazione dell'area interessata, essendo possibile secondo alcune sentenze

za. È allora necessario individuare elementi che diano concreta attitudine offensiva alla condotta. Si giunge così a parlare di pericolo astratto *“nel senso che il pericolo non può essere insindacabilmente ritenuto solo che si realizzi il fatto conforme al tipo ma è conforme al tipo solo il fatto che esprima davvero una potenzialità offensiva dei beni tutelati...dovrà essere il giudice ordinario a garantire che il fatto concreto esprima almeno una minima offensività sicché il pericolo va accertato, alla luce degli elementi concretamente determinatisi, dell'espansività e della potenza del danno materiale, verificando se fosse o non fosse in grado di esporre a pericolo per l'integrità fisica di un numero potenzialmente indeterminato di persone. Siffatto giudizio va condotto secondo una prospettiva ex ante, ovvero verificando se alla luce dei fattori conosciuti e conoscibili da parte dell'agente al momento del compiersi della condotta o a quello del verificarsi dell'evento, quest'ultimo si presentava, ove realizzato, in grado di esporre a pericolo la pubblica incolumità”*.

¹³⁴ cfr. Cass. 19 novembre 2014 n. 7941

¹³⁵ Cass. 13 marzo 2015 n. 14859

¹³⁶ Art. 426 cp.

¹³⁷ Art. 449 cp.

enucleare tale elemento dalla frequentazione abituale da parte di escursionisti o dalla possibilità che siano presenti altre persone¹³⁸.

Seguendo le motivazioni di alcune decisioni di merito, inoltre, l'antropizzazione sarebbe fornita dal fatto che sul luogo erano presenti gli stessi soggetti che hanno provocato la valanga; si tratta di decisioni che suscitano più di una perplessità dando per provato un elemento essenziale del reato (il pericolo anche solo astratto per una pluralità di persone) sulla base della semplice causazione della valanga da parte del soggetto agente che finisce per essere punito sulla base di una presunzione legata però alla sua presenza¹³⁹.

Sul punto è dunque bene proporre una soluzione chiara, per quanto derivante da una opinione personale suffragata unicamente da una parte della copiosa giurisprudenza.

Punto rilevante può al proposito essere la recente "direttiva valanghe" (DPCM 12.8.2019¹⁴⁰) che reca una definizione di area antropizzata: *"per aree antropizzate si intende l'insieme dei contesti territoriali in cui sia rilevabile la presenza di significative forme di antropizzazione, quali:*

- la viabilità pubblica ordinaria (strade in cui la circolazione è garantita anche nei periodi di innevamento);*
- le altre infrastrutture di trasporto pubblico (es. ferrovie e linee funiviarie),*
- le aree urbanizzate (aree edificate o parzialmente edificate, insediamenti produttivi, commerciali e turistici) asservite comunque da una viabilità pubblica ordinaria,*
- singoli edifici abitati permanentemente (ancorché non asserviti da viabilità pubblica ordinaria)*
- aree sciabili attrezzate come definite dall'art. 2 della legge 24 dicembre 2003, n. 363, di seguito «aree sciabili» (contesti appositamente gestiti per la pratica di attività sportive e ricreative invernali)".*

Alla luce di tale testo normativo e delle sentenze sopra citate si può affermare con ragionevole certezza che il reato di valanga sussiste nel caso in cui una massa nevosa di ragguardevoli proporzioni cada:

- su cittadine, borghi, rifugi;
- su aree sciabili come sopra definite;
- su strade, ferrovie e altre vie di trasporto.

Non sussiste invece il reato allorché la valanga viene causata in luoghi lontani da ogni insediamento umano, come sopra descritti.

¹³⁸ Per casi di assoluzione basati sull'assenza di antropizzazione, cfr Trib. Bolzano 9 novembre 2010 n.529 e Trib. Modena 7 aprile 2011 n. 16

¹³⁹ Scelta peraltro in linea con quella di alcune sentenze (cfr tra tutte Trib. Bolzano, sez. distaccata di Silandro 25 marzo 2002 n. 23) che ritengono superflua la effettiva pericolosità per le persone, classificando il delitto in esame come di pericolo presunto, per il quale dunque non potrebbe essere ammissibile la prova contraria sulla insussistenza del pericolo.

¹⁴⁰ Avente lo scopo di "delineare gli «Indirizzi operativi per la gestione organizzativa e funzionale del sistema di allertamento nazionale e regionale e per la pianificazione di protezione civile territoriale nell'ambito del rischio valanghe». Il documento include due allegati tecnici che ne costituiscono parte integrante: il primo allegato attiene alle procedure operative del sistema di allertamento nazionale e regionale per il rischio valanghe ed il secondo definisce le procedure operative per la predisposizione degli indirizzi regionali finalizzati alla pianificazione di protezione civile locale, nell'ambito del rischio valanghe" cfr articolo 1.

Rimane invece il dubbio per la caduta della massa nevosa lungo pendii montani non del tutto disabitati o situati in zone assolutamente non frequentate.

Per tali ambiti, non valutati espressamente dalla direttiva valanghe, pare corretto distinguere:

- 1) sono comunque zone antropizzate i percorsi abitualmente frequentati da appassionati della montagna (scialpinisti, ciaspolatori, escursionisti, ecc...); recentemente la Suprema Corte¹⁴¹ ha affermato che per valanga si deve intender anche la massa nevosa che cade lungo zone potenzialmente frequentate da sciatori: *“a nulla rileva la circostanza secondo cui il versante dove si produsse la valanga non era antropizzato, il che avrebbe comunque impedito anche la sola eventualità di recare danno ad altri. E ciò perché una siffatta possibilità non è esclusa dall’assenza di costruzioni, strade o altre piste, posto che altri sciatori o praticanti altri sport o semplici passeggiate sulla neve, che avessero, come gli imputati, impegnato il pendio fuori pista, avrebbero potuto subire gravi danni, trovandosi al di sotto del livello di distacco della neve”*.
- 2) non sono zone antropizzate i percorsi estranei a tratte usualmente frequentate a meno che l’escursionista non si avveda della presenza (evidentemente eccezionale) di altre persone.

Dalla suddivisione di cui sopra resta estranea la presenza della persona che provoca la valanga, che non può rientrare nel concetto di antropizzazione.

Resta da osservare che con il delitto di valanga colposa concorrono certamente i reati di omicidio colposo e lesioni colpose, trattandosi di reati che tutelano beni giuridici differenti, con oggettività giuridica distinta.

Si può avere valanga senza lesioni od omicidio: è sufficiente provocare una caduta di neve (con le modalità di cui sopra) in una zona antropizzata per consumare il reato di valanga. Se la massa nevosa non colpisce alcun individuo, non vi saranno altri reati ipotizzabili. Se invece un essere umano riporta lesioni o muore in conseguenza della valanga, il reato p. e p. dall’art. 449 cp concorrerà con quello di lesioni o di omicidio colposo.

2. Il reato colposo

Appurato dunque che chi provoca una valanga, nel senso sopra inteso, risponde di un reato ben preciso, eventualmente in concorso con altri delitti, è ora il caso di notare che non si sta parlando di reati dolosi.

È astrattamente ipotizzabile che qualcuno possa prevedere e volere come conseguenza delle proprie azioni la causazione di una valanga (ed il reato è stato inserito nel nostro codice proprio per tale ragione¹⁴²) e persino che possa

¹⁴¹ Cass. 4 sez pen. sentenza n. 14263 del 14.11.2018 dep. 2.4.2019.

¹⁴² Ed infatti il delitto di valanga è stato inserito nel codice penale “Rocco” proprio dopo l’osservazione dei cannoneggiamenti austroungarici nelle zone di montagna: impossibilitati a colpire le nostre trincee, i soldati dell’esercito imperialregio miravano ai pendii siti sopra le prime linee, causando la caduta della neve che copriva le nostre truppe. Del resto è noto che l’inverno 196/1917 è stato uno dei più rigidi del secolo XIX e che la caduta delle valanghe ha causato più morti di quanti ne hanno provocato gli eserciti in lotta. È la c.d. “morte bianca” che reso praticamente impossibile mantenere postazioni sulle vette più elevate, ma non di lasciare presidi fissi in luoghi magnifici ed al tempo stesso terribili come l’Adamello (con Cresta Croce, il Corno di Cavento, cima Payer) o il massiccio dell’Ortles e il Cevedale (con il Vioz, scavato per consentire il passaggio delle teleferiche).

volere che dalla caduta del manto nevoso derivi la morte o la lesione di qualche persona. In tali casi si tratterà di delitti dolosi, come tali puniti dagli artt. 429, 575 e 582-585 cp.

Si tratta però, come comprensibile, di aspetti che non riguardano il presente lavoro, concentrato unicamente sulla colpa: id est sulla condotta violativa di regole cautelari (generiche o specifiche) oppure sull'assenza di condotta doverosa dalle quali è derivato un evento previsto dalla legge come reato.

Non è in questa sede possibile né opportuno esporre tutte le problematiche proprie dei delitti colposi¹⁴³. Sia sufficiente richiamare la necessità di individuare un nesso di causalità tra una condotta o un'omissione colposa (la guida inattenta di una vettura, l'uso imperito di uno strumento medico, la conduzione negligente di un gruppo di escursionisti sul pendio innevato prossimo al distacco o l'assenza di intervento perito, diligente e prudente) ed un evento di danno (la morte o la lesione del passante, del paziente, dell'escursionista).

In ordine alle cause dell'evento sono enucleabili problematiche connesse a:

- la causalità omissiva (allorché viene violato un comando) e commissiva (allorché viene violato un divieto): non ho tenuto la condotta doverosa (ho omesso la condotta) o ho agito in un certo modo (ho tenuto la condotta) violando le regole cautelari;
- l'obbligo di garanzia, riguardante unicamente la causalità omissiva: ero tenuto a porre in essere la condotta doverosa, impeditiva dell'evento;
- i poteri impeditivi: avevo il dovere ma anche il potere di impedire l'evento; perché se avevo il dovere di impedire un evento ma non ne avevo i poteri, non posso rispondere dell'evento;
- la causa sopravvenuta ex art. 41,2 cp: se la causa sopravvenuta è stata da sola sufficiente a determinare l'evento, ciò che è avvenuto prima non si inserisce nel rapporto causale o meglio, anche se è collegata a tale rapporto, non rileva dal punto di vista penale a meno che non costituisca di per sé reato;
- l'individuazione, in concreto, del nesso eziologico.

Si tratta, come intuitivo, di questioni giuridiche tra le più complesse e studiate di tutto il diritto penale.

In ordine, invece, all'elemento soggettivo si deve valutare:

- la violazione delle regole cautelari (che promanano da fonti speciali o da fonte generica) in relazione anche alla figura del c.d. agente modello;
- la prevedibilità dell'evento (con una valutazione necessariamente ex ante, attenendo quella ex post alla corretta ricostruzione eziologica dell'evento);
- la possibilità di un comportamento alternativo lecito con conseguente evitabilità dell'evento dannoso.

Da tempo la giurisprudenza ha abbandonato la qualificazione della colpa come "condotta antidoverosa della volontà" per giungere ad una connotazione più concreta dell'elemento soggettivo, individuando la colpa in violazione di regole di pru-

¹⁴³ Cfr, tra le varie impostazioni dei manuali di diritto penale, G. FIANDACA ed E. MUSCO, op. cit. pag. 563 ss.

denza¹⁴⁴, diligenza¹⁴⁵, perizia¹⁴⁶ o nell'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini¹⁴⁷ o discipline¹⁴⁸.

Sarà dunque necessario non solo valutare l'animo del soggetto agente ma soprattutto il risultato della volizione e del pensiero nel mondo reale, verificando se le azioni (o le omissioni) siano colpose nel senso anzidetto.

A tutte tali problematiche hanno fornito risposte alcune sentenze davvero pregevoli e ben argomentate alle quali si rimanda per una lettura preziosa¹⁴⁹.

Le questioni connesse a tali delitti sono assai numerose ed impossibili da vagliare in questa sede. Ad esempio è molto interessante l'esame delle condotte tenute dagli sciatori e/o escursionisti in rapporto alla causazione di valanghe e di lesioni ad altri soggetti. In questi casi si è in presenza di condotte e dunque di colpa commissiva.

Pare però doveroso concentrarsi unicamente sugli aspetti connessi alla responsabilità dei gestori di impianti sciistici e degli amministratori pubblici. In particolare dei profili derivanti dalla conoscenza dei luoghi e da tutto ciò che riguarda gli ambienti da loro gestiti o ad essi prossimi.

Innanzitutto bisogna chiedersi se si è in presenza di colpa commissiva od omissiva.

Normalmente si afferma che la colpa è commissiva quando l'agente viola un divieto (agisce ugualmente o agisce trasgredendo regole cautelari) mentre è omissiva quando viola un comando (non agisce, lasciando che l'evento si compia).

La Cassazione più volte affermato¹⁵⁰ che in tema di reati colposi, quando l'agente non viola un comando (omette di attivarsi quando il suo intervento era necessario) ma trasgredisce ad un divieto (agendo quindi in maniera difforme dal comportamento impostogli dalla regola cautelare) la condotta assume natura commissiva e non omissiva.

La distinzione non deve essere sopravvalutata, dal momento che è ormai pacificamente riconosciuto che i due tipi di comportamento sono in realtà strettamente connessi e per così dire l'uno speculare all'altro, dato che nel violare le regole di comune prudenza il soggetto non è evidentemente inerte ma tiene un comportamento diverso da quello dovuto; peraltro essi sono sottoposti a regole identiche in ordine all'accer-

¹⁴⁴ Per imprudenza si intende l'avventatezza, la scarsa ponderazione: ad esempio percorrere un pendio esposto a placche a vento o notevolmente sovraccaricato, pur essendo consapevole di tali fatti; oppure la scelta di un percorso più breve ma maggiormente rischioso; si ha imprudenza quando si agisce pur in presenza di una regola di condotta che impone di non agire o di farlo adottando particolari cautele invece omesse.

¹⁴⁵ Per negligenza si intende la trascuratezza, la scarsa attenzione (non porsi neppure il problema se un sentiero è scivoloso a causa del ghiaccio); si ha negligenza se la regola di condotta prescriveva una regola positiva.

¹⁴⁶ Per imperizia si intende carenza nelle capacità tecniche o nelle nozioni indispensabili per svolgere una determinata attività (ad es. non essere in grado di interpretare bollettini livello meteorologici); per imperizia si intende una forma di negligenza o imprudenza qualificata nello svolgimento di attività che esigono particolari conoscenze tecniche.

¹⁴⁷ Si pensi alle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti che vietano lo sci fuori pista; od ancora i divieti posti a bordo pista dai gestori degli impianti.

¹⁴⁸ Come ad esempio i disciplinari del CAI.

¹⁴⁹ In particolare Cass. 11 marzo 2010 n. 16761 (sulle c.d. "colate di fango" a Sarno) e la ormai notissima Cass. SSUU 10 luglio 2002 n. 27, Franzese.

¹⁵⁰ Cfr ad esempio Sez. 4, Sentenza n. 15002 del 01/03/2011 Ud. (dep. 13/04/2011) Rv. 250268 – 01 in *Italgireweb*.

tamento della responsabilità e la distinzione attiene soltanto alla necessità, in caso di comportamento omissivo, di fare ricorso per verificare la sussistenza del nesso di causalità, ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico (dandosi per verificato il comportamento invece omesso), anziché fondato sui dati della realtà nonché alla necessità di individuare la posizione di garanzia come fonte dell'obbligo di attivarsi.

Appurato quanto sopra, la risposta è ovvia: i reati che ci occupano sono di natura colposa, omissiva per i gestori e mista per gli amministratori.

Ai gestori viene sempre addebitata la mancata assunzione di cautele volte ad evitare l'evento¹⁵¹: tipicamente l'assenza di paline che segnalano il dirupo o le rocce oppure il mancato posizionamento di protezioni.

Agli amministratori di enti pubblici invece non risultano ancora addebitati eventi in questo particolare ambito, ragione per la quale si può solo cercare di applicare i principi generali in tema di colpa approfonditamente esaminati in casi analoghi (alluvioni e frane).

Certo è che per entrambi è necessario individuare la c.d. posizione di garanzia.

Infatti per i reati colposi commissivi è sufficiente individuare la condotta che ha causato (o concorso a causare) l'evento. La difficoltà consiste unicamente nell'individuare la condotta e provare che l'evento è stato causato proprio dall'azione individuata. Si tratta di approfondire la questione del c.d. "nesso di causa".

Per i reati colposi omissivi, invece, è necessario valutare – preliminarmente – se il soggetto che non ha posto in essere l'azione doverosa avesse l'obbligo di attivarsi. Solo in caso di risposta positiva sarà poi necessario esaminare il "nesso di causa", con la particolarità però che il giudizio dovrà necessariamente essere controfattuale; cioè contro i fatti: se il soggetto avesse agito, l'evento sarebbe stato evitato?

La posizione di garanzia ed il giudizio controfattuale sono i due elementi tipizzanti il reato colposo omissivo.

Limitiamoci al primo dei due aspetti, essendo il secondo assai complesso e comunque molto studiato in giurisprudenza¹⁵².

Secondo il capoverso dell'art. 40 c.p., non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo¹⁵³. Per poter ritenere un sogget-

¹⁵¹ Cfr da ultimo Cass. Sez. IV 8110/19 ud.13.12.2018 (dep. 25.2.2019) in Ced Cassazione.

¹⁵² Cfr da ultimo Cass. Sez. 4, Sentenza n. 17491 del 29/03/2019 Ud. (dep. 24/04/2019) Rv. 275875 – 02 in Italggiureweb: *"In tema di reati colposi omissivi, la condotta alternativa diligente ha funzione preventiva e non deve assicurare "ex ante" alcuna certezza di evitare l'evento, purché sia certo che una condotta appropriata abbia significative probabilità di evitarlo; pertanto, la sua mancata adozione da parte dell'agente è idonea a determinarne la responsabilità, senza che occorra stabilire il momento esatto in cui l'evento si è prodotto in modo irreversibile, essendo sufficiente che il dato scientifico affermi che il decorso del tempo ha inciso, aggravandolo, sulle conseguenze della condotta omissiva"* (Fattispecie in tema di lesioni conseguenti alla mancata tempestiva esecuzione di parto cesareo, in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza di condanna del medico ostetrico di turno ospedaliero che aveva omesso di attivarsi tempestivamente per il parto cesareo, nonostante il tracciato cardiocografico fosse indicativo di sofferenza fetale, essendo invece irrilevante accertare in quale momento le lesioni da ipossia avessero assunto carattere irreversibile).

¹⁵³ Spesso peraltro i problemi connessi all'esistenza di una posizione di garanzia fondata sul precedente agire illecito o nello svolgimento di una precedente attività pericolosa sono privi di rilievo concreto perché, anche se si escludesse l'assunzione di una posizione di garanzia, l'agente non andrebbe comunque esente da responsabilità, mutando unicamente la natura della causalità da omissiva a commissiva; si potrebbe dunque trattare di causalità attiva dato che l'agente, con la propria condotta inosservante, ha cagionato l'evento dannoso (ed anche se non fosse suo obbligo rimuovere successivamente la situazione di pericolo).

to responsabile di un evento in conseguenza di una sua omissione è necessario individuare, a suo carico, un obbligo giuridico di impedire l'evento o, se si vuole, per accertare su quale soggetto gravava l'onere di agire per impedire il verificarsi dell'evento (e non l'ha fatto) è necessario determinare la "posizione di garanzia".

Con tale termine si intende l'obbligo giuridico, che grava su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di adeguatamente proteggerli¹⁵⁴.

Secondo una prima teoria, gli obblighi del terzo possono derivare unicamente da una fonte formale¹⁵⁵. L'art. 40,2 cp individuerrebbe la fonte dell'obbligo esclusivamente nella legge e nel contratto (sia tipico che atipico).

Secondo altre teorie¹⁵⁶, invece, gli obblighi possono derivare anche da criteri sostanzialistici, essendo possibile individuare come fonte anche la precedente condotta illecita o pericolosa, la negotiorum gestio e la consuetudine.

Ciò che però accomuna le varie teorie è il necessario rispetto dei principi di tassatività e determinatezza (individuazione certa dei titolari dell'obbligo di garanzia e determinazione oggettiva degli obblighi, con esclusione dei doveri morali) nonché la fondamentale presenza in capo all'onerato dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi.

Sotto il primo profilo la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la posizione di garanzia non deve avere necessariamente una base normativa di diritto pubblico essendo possibile rinvenire l'origine dell'obbligo anche in una fonte di natura privatistica, per quanto non scritta. È, anzi, possibile che l'obbligo tragga origine da una situazione di fatto, da un atto di volontaria determinazione¹⁵⁷ e da una precedente condotta illegittima. Tali situazioni di mero fatto fondano il dovere di intervento e il corrispondente potere giuridico, o di fatto, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Si veda G. GRASSO il reato omissivo improprio, Milano, 1983; F. MANTOVANI diritto penale, pt gen. Padova 2001; F. PALAZZO, corso di diritto penale, pt. Gen., Torino, 2006; C.F. GROSSO, M. PELLISERO, D. PETRINI, P. PISA Manuale di diritto penale Giuffrè 2013 pag. 228 ss; G. FIANDACA, E. MUSCO Diritto Penale pt gen. VII ed Pag. 615 ss.

¹⁵⁵ Tenuto conto del fatto che l'art. 40,2 cp indica "l'obbligo giuridico" di impedire l'evento.

¹⁵⁶ Cf ad es. C.F. GROSSO e altri cit. Cfr anche Cassazione 29 gennaio 2013, n. 18569 nella quale viene effettuata una pregevolissima disamina delle questioni, non solo giuridiche, sottese all'individuazione della fonte dell'obbligo di garanzia (richiamando anche la nota sentenza Cass. 22 maggio 2007 n. 25527, Conzatti, Rv. 236852 nella quale veniva affrontato il caso di una guida, cliente di un rifugio, che accettava di condurre a valle alcuni altri clienti con slittini; nel corso della discesa uno dei clienti moriva, dopo l'impatto con un albero, avendo imboccato una pista sbagliata.

¹⁵⁷ Cfr Cass. Sez. 4 Sentenza n. 24372 del 09/04/2019 Ud. (dep. 31/05/2019) Rv. 276292 – 01: *"In tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può derivare, oltre che da una fonte normativa, sia di diritto pubblico che di natura privatistica, anche da una situazione di fatto, cioè dall'esercizio delle funzioni tipiche del garante, mediante un comportamento concludente consistente nella presa in carico del bene protetto"* (Fattispecie di affermata sussistenza della posizione di garanzia in capo ai medici sportivi di due squadre di calcio, estranei all'apparato di soccorso presente sul campo e tuttavia intervenuti durante una partita in soccorso di un giocatore colpito da malore, in ragione della materiale instaurazione della relazione terapeutica consistita nel prestare i primi soccorsi ripristinando la pervietà delle vie aeree).

¹⁵⁸ cfr. Cass., 22 ottobre 2008 n. 45698, Fomesu, rv. 241759-60, con riferimento al caso dell'ospite di un albergo annegato nel corso di un bagno in piscina in orario in cui non era garantita l'assistenza; 12 ottobre 2000 n. 12781, Avallone, rv. 217904; 1 ottobre 1993 n. 11356, Cocco, rv. 197354; 21 maggio 1998 n. 8217, Fornari, rv.

Come si vede, vengono utilizzati sia i criteri sostanziali che quelli formali: la posizione di garanzia può nascere non solo in forza di un contratto ma anche da una assunzione volontaria ed unilaterale di compiti di tutela al di fuori di un preesistente obbligo giuridico con la presa in carico del bene accrescendone la possibilità di salvezza¹⁵⁹.

Sotto il secondo profilo è indispensabile che il garante sia dotato di poteri impositivi tali da consentire di influenzare il corso degli eventi. L'“influenza” può essere anche diversa rispetto a quella di evitare il verificarsi dell'evento, essendo sufficiente che a carico del garante fossero presenti, ed esigibili, anche meri obblighi di attivazione.

Come acutamente osservato¹⁶⁰: *“l'agente non può rispondere del verificarsi dell'evento se, pur titolare di una posizione di garanzia, non dispone della possibilità di influenzare il corso degli eventi. Per converso chi ha questa possibilità non risponde se non ha un obbligo giuridico di intervenire per operare la modifica del decorso degli avvenimenti”*.

Appurato quanto sopra è possibile operare una distinzione abbastanza netta.

Il gestore degli impianti sciistici ha certamente una posizione di garanzia in forza della quale può essere chiamato a rispondere dei reati di omicidio o lesioni colpose, per non aver impedito il verificarsi di un evento lesivo che aveva l'obbligo giuridico di impedire, sempre che sia possibile muovergli un rimprovero a titolo di colpa, derivante dalla violazione di una o più norme cautelari sia generiche che specifiche, queste ultime da individuare anche sulla base delle due direttrici di cui all'art. 3, comma 1, della legge 24 dicembre 2003 n. 363, rappresentate dall'obbligo di consentire lo svolgimento delle attività sportive e ludiche in condizioni di sicurezza e dall'obbligo di utilizzare adeguate protezioni e segnalare situazioni di pericolo¹⁶¹.

Si vedrà nel capitolo seguente se tale posizione di garanzia copre solo gli eventi accaduti all'interno delle piste (e quali) o anche quelli occorsi fuori dalla pista.

Per gli amministratori, invece, il discorso è assai più complesso e poco scandagliato. Per tale ragione verrà esaminato nei § 5 e 6.

Traiamo allora le conclusioni connesse alla natura del reato colposo omissivo. Perché sia configurabile la responsabilità è necessario:

- aver omesso una condotta attiva indicata come doverosa da norme positive o da regole generali;
- la presenza di obbligo giuridico in capo al soggetto che non ha tenuto tale condotta;

¹⁵⁹ Cfr Cass. 29 gennaio 2013 n. 18569 *“si esclude 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, anziché rinviare, affronta la scalata in solitaria...la mancata presa in carico del bene o della cosa fonte di pericolo costituisce inadempimento del contratto ma non dell'obbligo di garanzia giacché tale obbligo insorge al momento del trasferimento di fatto dei poteri impositivi. Quindi la guida alpina risponde dell'inadempimento ma non della morte dello scalatore. Sulla base del medesimo ordine concettuale, 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”*.

¹⁶⁰ Cfr Cass. 11 marzo 2010 n.16761.

¹⁶¹ Cfr in termini la recente Cass. Sez. 4, Sentenza n. 18333 del 18/01/2019 Ud. (dep. 03/05/2019) Rv. 275801 – 02 in Italgireweb.

- la prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo;
- la presenza di un nesso di causa tra l'omissione e l'evento, da provarsi mediante il c.d. giudizio controfattuale.

3. La responsabilità dei gestori di impianti sciistici

L'attività sciistica è stata normata dal legislatore statale e da quello regionale. È sufficiente scorrere brevemente la legge 363/2003 e le varie leggi regionali (ad es. la L.R. Liguria 40/2009) per enucleare la sussistenza di doveri in capo ai gestori, espressamente indicati dalle norme.

Negli ultimi anni la situazione di maggior pericolosità concreta non è però più quella prevista dalla legislazione statale, riguardante sostanzialmente lo sci in pista. L'aumento esponenziale delle attività connesse ad una esasperata ricerca di libertà di movimento, in zone che non competono affatto al gestore degli impianti, ha portato nelle aule dei Tribunali penali questioni riguardanti le attività effettuate fuori dalle piste o dai tracciati ufficiali¹⁶².

Si pensi allo sciatore-alpinista che intende raggiungere alcune vette sfruttando una funivia oppure il free rider che utilizza gli impianti di risalita con gli altri sciatori ma poi si allontana dalle piste tracciate o, ancora, l'appassionato di down hill che scende a forte velocità i sentieri od anche i tracciati appositi o pretende di segnare lui stesso nuove tracce di discesa.

Sul gestore degli impianti sportivi gravano particolari obblighi e doveri, alcuni dei quali assai singolari (mi riferisco ad esempio alle problematiche connesse alla c.d. pista di fatto).

L'esame di tali obblighi è dunque al tempo stesso semplice ed assai arduo.

Semplice perchè i principi generali sono i medesimi già sopra indicati: si tratta di obblighi di impedire eventi dannosi connessi ai macchinari in sua dotazione; di garantire la sicurezza degli impianti ed anche delle aree connesse (ad esempio i servizi igienici).

L'esame degli obblighi è anche complesso perchè con essi possono interferire agenti esterni non riscontrabili in altri settori dell'ordinamento sportivo. Anzi: è proprio la presenza di un ambiente ostile che invoglia gli sportivi ad affrontare i pendii, proprio per misurarsi con essi.

In line generale (e di prima approssimazione) è possibile affermare che la responsabilità dei gestori di impianti sciistici era prevista dal legislatore unicamente per gli infortuni occorsi all'interno delle piste sciabili per i pericoli atipici (quelli cioè che lo sciatore non si aspetta di trovare nel tracciato). Il punto verrà esaminato al §3.2 con distinzione rispetto ai pericoli tipici.

La giurisprudenza ha però iniziato ad esaminare casi nei quali la particolare tipologia della pista e/o delle situazioni esistenti al momento del sinistro hanno condotto ad eventi dannosi anche nelle zone poste immediatamente a ridosso della pista.

¹⁶² Nel periodo 2001-2015 si sono contate 312 vittime per incidenti in valanga. Il 51% di esse stava praticando lo sci alpinismo; il 24% lo sci fuori pista; il 10% l'alpinismo. Nessuna vittima, invece, è stata causata da valanghe all'interno dei comprensori sciistici o nelle abitazioni. Le uniche vittime in abitazione (in numero di 30) si sono riscontrate il 18.1.2017 a seguito della catastrofica situazione creatasi in Abruzzo.

Si è iniziato dunque a trattare dei sinistri occorsi all'esterno delle piste. Il punto verrà esaminato al § 3.3.

Partendo dall'accertata responsabilità anche per alcuni eventi occorsi fuori dalle piste, si è iniziato ad ipotizzare l'addebito colposo per il c.d. "fuori pista". Il punto verrà esaminato al § 3.4.

Infine si è giunti ad addebitare al gestore anche i sinistri occorsi nella c.d. "pista di fatto", una pista cioè che per la ripetitività del passaggio degli utenti e per la diretta conoscenza di tale fatto in capo ai gestori è considerata come una vera e propria pista gestita. Il punto verrà esaminato al § 3.5.

In questa sede, e giusto per inquadrare il problema cercando di dare una catalogazione, è possibile affermare che il fuori pista può essere:

1) consapevole e volontario.

Lo sciatore sceglie consapevolmente di effettuare una discesa fuori dal comprensorio, accettando il rischio conseguente; la responsabilità è normalmente da escludersi; si tratterà il punto (fondamentale per la tematica di interesse) al § 3.6.

2) inconsapevole ed involontario.

È il caso – classico e più studiato – dello sciatore che finisce fuori dalla pista a causa di una caduta, di un malore, di una incapacità a gestire la direzione dei propri sci. In questi casi lo sciatore non solo non sa di finire fuori dalla pista, ma non lo vuole neppure. Se la conformazione dei luoghi rendeva probabile la fuoriuscita dalla pista, il gestore avrebbe dovuto assumere le cautele necessarie; è quindi probabile la sua responsabilità penale;

3) inconsapevole ma volontario.

Lo sciatore sceglie di transitare in un percorso ben individuato, credendo di essere all'interno del comprensorio sciistico gestito. È il caso trattato dalla recente sentenza 8110/19 che (essendo il punto di arrivo della giurisprudenza in materia) verrà esaminata nel dettaglio: a causa della mancata segnalazione del fine pista e della tracciatura del bordo pista, lo sciatore crede di proseguire lungo il percorso gestito ed è inconsapevole di impegnare il fuori pista. In questo caso la volontà di seguire una via gestita sussiste ma è viziata dalla mancanza di informazione corretta.

La responsabilità del gestore è probabile, poiché lo sciatore ha optato per un percorso che non è stato segnalato in modo adeguato.

È proprio in tale ambito che è sorta la teorica della c.d. pista di fatto.

3.1 La legge statale 363/2003

Per comprendere i termini della questione è doveroso iniziare ad esaminare le definizioni date dalla legge statale, che – come per gli impianti sportivi in generale – fornisce la specificazione dei termini lessicali.

L'art.2 della l. 363/2003 afferma che per "*aree sciabili attrezzate*" si devono intendere le superfici innevate, anche artificialmente, aperte al pubblico.

Tali aree comprendono:

- piste;
- impianti di risalita;
- impianti di innevamento;

e sono abitualmente riservate alla pratica degli sport sulla neve quali:

- lo sci, nelle sue varie articolazioni;
- la tavola da neve, denominata «snowboard»;
- lo sci di fondo;
- la slitta e lo slittino;
- altri sport individuati dalle singole normative regionali.

Il Comune (e dunque non il gestore) individua i tratti di pista da riservare agli allenamenti (qualora le aree abbiano più di tre piste servite da almeno tre impianti di risalita) e lo snowpark (area da riservare alle evoluzioni acrobatiche) qualora vi siano più di venti piste servite da almeno dieci impianti di risalita.

La legge è poi esplicita dell'escludere che il concessionario (normalmente il comune) e il gestore degli impianti siano responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi (cfr art. 17).

Gli sciatori che pagano lo ski pass ed usano gli impianti per effettuare percorsi fuori dalla pista, non possono dunque confidare sulla gestione dei tratti non indicati e non tracciati.

Al gestore delle aree sciabili di cui all'art. 2 sono invece riservati gli obblighi indicati dall'art. 3 della l. 363/03; essi devono:

- assicurare agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza, provvedendo alla messa in sicurezza delle piste secondo quanto stabilito dalle regioni;
- proteggere gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo;
- assicurare il soccorso e il trasporto degli infortunati lungo le piste in luoghi accessibili dai più vicini centri di assistenza sanitaria o di pronto soccorso;
- fornire annualmente all'ente regionale competente in materia l'elenco analitico degli infortuni verificatisi sulle piste da sci e indicare, ove possibile, anche la dinamica degli incidenti stessi. I dati raccolti dalle regioni sono poi trasmessi annualmente al Ministero della salute a fini scientifici e di studio.

Alla legge statale sono poi seguite le leggi regionali (o delle province autonome di Trento e Bolzano) che inseriscono temi di dettaglio ma comunque rilevanti. Basti pensare alla legge della provincia di Bolzano che espressamente definisce come pericoli tipici i cumuli di neve artificiali. La precisazione assume certamente importanza poiché lo sciatore che cade su tale ostacolo (data anche la diversa consistenza della neve artificiale) non può dolersi di alcunché, essendo indicato come pericolo tipico dallo stesso legislatore provinciale e dunque come posto a carico dello sciatore medesimo.

Trattasi di esempio illuminante sulle conseguenze (assolutamente consapevoli e basate su valutazioni anche economiche) delle norme in questo specifico ambito.

3.2 I pericoli interni alla pista: i pericoli “tipici” e “atipici”

La responsabilità penale parrebbe dunque limitata a ciò che avviene all'interno dei tracciati ufficialmente indicati.

Anche in tale ambito, inoltre, si deve effettuare una distinzione tra i pericoli conaturati ai luoghi nei quali si effettua l'attività sportiva e quelli invece non attesi, non tipicamente ed usualmente presenti in tali luoghi.

Si è già visto che il gestore ha una posizione di garanzia, connessa non solo ad una norma dettata da fonte pubblicistica o privatistica ma anche, più in generale, alla stessa natura dell'attività da lui esercitata, in quanto generatrice di pericolo¹⁶³.

Al proposito il gestore potrebbe essere chiamato a rispondere sulla base anche del solo art. 2050 cc¹⁶⁴, a condizione che sia fornita specifica indicazione sul perchè, nel caso concreto, si debba considerare pericolosa l'attività; infatti l'accertamento della potenzialità lesiva di una attività va compiuto "ex ante" e cioè senza riferimento al fatto dannoso concretamente verificatosi, ma con riguardo alle ordinarie modalità di esercizio dell'attività considerata; la giurisprudenza civile della Corte ha reiteratamente affermato che non costituisce attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., la gestione di un impianto sciistico mentre è notoriamente pericolosa è l'attività sciistica in sè, ossia la pratica sportiva dello sci, che è, tuttavia, attività ben diversa e distinta da quella di gestione dei relativi impianti¹⁶⁵.

Pare allora più corretto individuare la fonte della posizione di garanzia non tanto nell'art. 2050 cc quanto nella responsabilità contrattuale, diversa da quella extra-contrattuale di cui all'art. 2050 c.c. sotto molteplici aspetti, non ultimo quello connesso alla prova liberatoria per l'onere.

L'individuazione della fonte dell'obbligo nella norma generale ed anche nel contratto che lega i singoli soggetti pone in sintonia la Suprema Corte penale con quella civile¹⁶⁶.

Si è infatti visto che gli obblighi indicati dalla l. 363/03 e dalle leggi regionali sono assai generici; come tali, debbono essere riempiti di contenuto dall'opera giurisprudenziale. Descrivere in concreto quali siano le "condizioni di sicurezza" che il gestore deve osservare è una operazione ermeneutica non neutra.

Ai sensi dell'art. 7 i gestori sono responsabili della manutenzione ordinaria e straordinaria delle aree. Un'altra differenza, e non da poco, rispetto agli altri soggetti gestori. A loro carico dunque – prescindendo dalla titolarità del diritto di proprietà dei terreni – è posta la manutenzione straordinaria dell'intera area sciabile.

I gestori debbono infatti curare "*che (le aree) possiedano i necessari requisiti di sicurezza e che siano munite della prescritta segnaletica*".

¹⁶³ Ex plurimis cfr. Cass. Sez. 3 Civ., n. 5341 del 29/05/1998, Rv. 515946, Casalino contro Ferma: nella fattispecie è stato ribadito che "*costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c., non solo quelle che tali sono qualificate dalla legge di pubblica sicurezza e da altre leggi speciali, ma anche quelle che per la loro stessa natura o per caratteristiche dei mezzi adoperate comportino una rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva*".

¹⁶⁴ Art. 2050. (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose): chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

¹⁶⁵ al riguardo, cfr. Sez. 3 Civ., n. 6113 del 12/05/2000, Rv. 536456, Tomaselli contro Panarotta

¹⁶⁶ basti ricordare la sentenza n. 2563 del 6 febbraio 2002, della Seconda Sez. Civile (RV. 594375, Carbo-gnin contro Paganella) con la quale è stato precisato che il contratto di "ski-pass" (che consente allo sciatore l'accesso, dietro corrispettivo, ad un complesso sciistico al fine di utilizzarlo liberamente ed illimitatamente per il tempo convenzionalmente stabilito) presenta i caratteri propri di un contratto atipico nella misura in cui il gestore dell'impianto assume anche, come di regola, il ruolo di gestore delle piste servite dall'impianto di risalita, con derivante obbligo a suo carico della manutenzione in sicurezza della pista medesima e la possibilità che lo stesso gestore sia chiamato a rispondere dei danni prodotti ai contraenti determinati da una cattiva gestione (manutenzione) della pista, sulla scorta delle norme che governano la responsabilità contrattuale per inadempimento sempre che l'evento dannoso sia eziologicamente dipendente dalla suddetta violazione e non, invece, ascrivibile al caso fortuito art. 2051 c.c., riconducibile ad un fatto esterno al sinallagma contrattuale.

Si è allora in presenza di un ulteriore obbligo, separato da quella della gestione pura e semplice, di protezione verso i clienti, che si spinge fino al posizionamento di cartelli e segnali idonei a garantire la sicurezza della pratica sportiva.

Ma non solo.

Il comma 2 dell'art. 7 prevede che i gestori debbono segnalare anche le cattive condizioni del fondo e che *“qualora le condizioni presentino pericoli oggettivi dipendenti dallo stato del fondo o altri pericoli atipici, gli stessi devono essere rimossi, ovvero la pista deve essere chiusa”*.

Si noti che il gestore è tenuto addirittura a chiudere la pista in caso di pericolo e comunque a rimuovere i pericoli atipici. Tale dizione rimanda ad un concetto già citato e verrà approfondito nel prosieguo.

Si deve però fin d'ora evidenziare l'estremo rigore del legislatore che evidentemente ritiene che lo sci sia uno sport pericoloso ancora più della gestione degli impianti. Tale evidenza (sottolineata anche dagli articoli della legge dedicati alla sicurezza dell'attività sportiva in sé e per sé considerata) è stata ben colta dalla giurisprudenza più recente.

Si segnalano poi ancora due obblighi:

- 1) quello di porre le segnalazioni dello stato della pista o la chiusura della stessa in modo ben visibile al pubblico sia all'inizio della pista sia presso la stazione a valle dell'impianto; si noti: in modo ben visibile; all'inizio della pista e (in aggiunta) nella stazione; principi che troveranno una importanza dirimente per risolvere alcuni casi concreti esaminati nel prosieguo;
- 2) quello di chiudere la pista non solo per pericoli inerenti al fondo (sulla base dell'art. 7 comma 2) ma per qualsiasi altro pericolo o di inagibilità (articolo 7 comma 3).

Da un lato è infatti ovvio che la messa in sicurezza delle piste deve prevedere il posizionamento di elementi di tutela e di protezione dai pericoli interni alla pista (pilastrini, cunette, incroci, sopraelevazioni come il passaggio di seggiovie, pali degli impianti ed anche tunnel).

Parimenti ovvio è il riferimento ai pericoli posti nelle immediate vicinanze della pista, come alberi, impianti per l'innevamento artificiale e tutti gli oggetti fissi, infissi o anche mobili che sono o vengono posizionati ai bordi delle piste sciabili.

Per alcuni di tali pericoli si parla di tipicità: lo sciatore è ben consapevole che all'interno della pista possono essere presenti alcuni ostacoli o alcuni tratti con difficoltà di percorrenza. Si pensi ad esempio ai sassolini in condizioni di innevamento non perfette, ai tratti ghiacciati, alle curve in pendenza.

Si tratta insomma dei c.d. pericoli **tipici**; pericoli cioè che lo sciatore si aspetta di trovare impegnando una discesa all'interno della pista.

A fronte dell'individuazione di tale ambito, e per esclusione, è possibile individuare i c.d. pericoli **atipici**.

Con tale termine si intende riferirsi ai pericoli che lo sciatore non si attende di trovare all'interno delle piste. Ad esempio alberi, tralicci, buche, avvallamenti ed ogni altra insidia inusuale per una pista nella quale gli sciatori scendono anche ad alta velocità ed in situazioni meteo spesso tutt'altro che ottimali (basti pensare alle nuvole basse, alle nevicate, al vento ed alle altre situazioni nelle quali la visuale è impedita).

Ricapitolando le questioni connesse ai pericoli INTERNI alla pista:

- i gestori **non rispondono** per i pericoli **tipici**, essendo onere dello sciatore o comunque dello sportivo adottare le cautele volte ad evitare insidie che normal-

mente sono presenti nell'ambito di attività prescelto e comunque in esso insiti e connaturati;

- i gestori **rispondono** per i pericoli **atipici**, quelli cioè che lo sportivo non si attende di trovare nella pista e che devono essere eliminati o messi in sicurezza da chi gestisce la pista.

3.3 I pericoli esterni alla pista

Passiamo all'esame dei pericoli esterni alla pista.

Con il contratto di ski pass ed in forza delle norme speciali, il gestore degli impianti non mette a disposizione dello sciatore solo il trasporto da valle a monte: il reale contenuto dell'obbligazione contrattuale è infatti garantire una discesa scevra da pericoli.

La risposta alla domanda: perchè il cliente paga per salire con gli impianti? È senza dubbio: perchè vuole scendere le piste divertendosi.

Il sinallagma contrattuale e le norme cogenti comprendono ed impongono allora prestazioni accessorie, costituenti un pacchetto di servizi che trascendono il mero trasporto da valle a monte e riguardano l'intera attività dell'utente, quali la messa a disposizione di piste dotate delle necessarie misure di sicurezza.

Il gestore risponderà pertanto per tutte le insidie, per tutte le mancate protezione dei clienti dai rischi, per tutte le mancanze che generino un danno ai clienti.

Ciò che rileva sono i principi generali sopra indicati: un evento di danno (morte o lesione); una omissione (di controllo, di vigilanza, di azione); un obbligo giuridico di impedire l'evento (il contratto); la colpa (violazione di legge o di clausole generali, imprudenza, imperizia, negligenza); il nesso di causa tra l'omissione e l'evento di danno; la prevedibilità e l'evitabilità.

Se il gestore avesse posizionato un materasso a protezione del palo che era in mezzo alla pista, lo sciatore avrebbe evitato di rompersi un braccio?

Se il tratto ghiacciato fosse stato segnalato, lo slittino avrebbe curvato e non sarebbe finito nel fosso e il suo guidatore avrebbe evitato di spaccarsi la gamba?

E soprattutto: era prevedibile che lo sciatore o il guidatore di slittino si spingessero a quella velocità in quel punto preciso? Era prevedibile la causazione di quel preciso sinistro in base a quel preciso pericolo?

Sono queste le domande che si deve porre il Giudice e la risposta deve essere data sulla base della situazione che il gestore conosceva o avrebbe dovuto conoscere prima dell'evento lesivo.

Fino a questo punto, dunque, si è in presenza di una applicazione dei principi generali comuni agli altri gestori di impianti sportivi.

Il problema nasce però dal fatto che le piste da sci non sono come quelle i tracciati per le autovetture, i go-kart o le moto e neppure come le palestre: non sono delimitate da muri ed è materialmente impossibile impedire agli sciatori di uscire dalle piste tracciate lungo tutto il percorso.

Tale osservazione aveva inizialmente impedito l'addebito colposo degli eventi lesivi: se il gestore non è responsabile per gli eventi occorsi fuori dalla pista (art. 17 l. 363/03) e se è inesigibile l'obbligo di recintare le piste, non è possibile imputare alcunchè ai gestori.

Infatti gli artt. 3 e ss della l. 363/2003 debbono essere letti nel senso che al di fuori dell'ambito della pista, il gestore non ha alcun potere di dominio sulle possibili

fonti di pericolo per i terzi, né alcun potere di organizzazione, intervento e vigilanza su di esse, con la conseguenza che egli non ha alcun obbligo di attivarsi per impedire il verificarsi di eventi lesivi nei confronti di soggetti terzi.

Non è configurabile, quindi, in capo al gestore dell'area sciabile alcun obbligo di protezione nei confronti degli sciatori che abbiano abbandonato la pista battuta volontariamente.

Del pari, si sosteneva, la responsabilità del gestore non riguarda neppure i danni che lo sciatore si è provocato allorché sia uscito di pista anche solo erroneamente e inconsapevolmente, ad esempio per eccessiva velocità o per disattenzione.

Il terreno innevato che si trova fuori della pista da sci, infatti, è estraneo al controllo del gestore della stessa, con la conseguenza che questi non è garante dei beni giuridici esposti ad eventuali pericoli che quel terreno possa presentare.

Ne consegue che la protezione dello sciatore cessa ai bordi della pista, specie quando questa sia sufficientemente larga da consentire un percorso in sicurezza, non potendo certo ritenersi che tutto il percorso debba essere contornato da reti di protezione¹⁶⁷.

Dati tali presupposti, la giurisprudenza ha però iniziato ad esaminare casi nei quali lo sciatore cade sì all'interno della pista ma poi fuoriesce dal tracciato involontariamente, provocandosi lesioni in zone immediatamente contigue ad esso.

In questi casi si è iniziato ad affermare un principio perfettamente coerente con le premesse sopra esaminate: se la conformazione dei luoghi (dunque della pista in uno con ciò che la circonda) è tale da rendere presumibile la fuoriuscita dal tracciato, è allora onere del gestore porre in essere tutte le cautele necessarie ad evitare un evento che è perfettamente prevedibile.

Infatti, nel caso in cui la situazione naturale dei luoghi renda altamente probabile che si esca dalla pista, l'obbligo di protezione che è proiezione della posizione di garanzia non riguarda più unicamente i pericoli atipici (cioè quelli che lo sciatore non si attende di trovare, diversi quindi da quelli connaturati a quel quid di pericolosità insito nell'attività) ma si estende anche a quei pericoli che sono fisicamente esterni alle piste ma ai quali si può andare incontro in caso di uscita di pista.

La Suprema Corte ha affermato infatti che:

*"è sussistente, in capo al gestore di impianti sciistici, l'obbligo di porre in essere ogni cautela per prevenire i pericoli anche esterni alla pista ai quali lo sciatore può andare incontro in caso di uscita dalla pista medesima e ciò anche nel caso in cui la situazione dei luoghi può rendere probabile, per conformazione naturale del percorso, siffatta evenienza accidentale (nella fattispecie, la pista, battuta fino all'orlo, rendeva probabile, in mancanza di reti di protezione, lo scivolamento per il declivio al lato in caso di perdita di controllo da parte dello sciatore)"*¹⁶⁸.

Si gioca dunque tutto sul grado di prevedibilità dello specifico evento.

Un altro caso può essere utile a capire il concetto di estensione della responsabilità del gestore anche ai pericoli esterni alla pista che interferiscono con gli sciatori che usano normalmente la pista da sci.

Si tratta della fattispecie portata all'attenzione della Cass. 30.9.2015 n. 44796 avente ad oggetto la responsabilità del gestore per non aver apposto barriere ai lati delle piste.

¹⁶⁷ Cfr Cassazione Sez. 4, Sentenza n. 14606 del 15/02/2017

¹⁶⁸ Sez. 4, n. 27861 del 20/04/2004, Rv. 229073, Imputato: Marchelli.

Un minore, conoscendo i luoghi, aveva notato che uscendo per un breve tratto da una pista segnata era possibile rientrarvi sfruttando un piccolo avvallamento posto proprio sul bordo della pista, facendo così un salto; nel saltare, però, il minore non si avvedeva dell'arrivo di un'altra sciatrice, che veniva così investita, riportando la lesione dei legamenti del ginocchio destro.

Il Giudice di Pace di Bressanone assolveva il gestore e l'addetto alla sicurezza dell'impianto di risalita, assumendo che difettavano sia l'elemento soggettivo sia l'obbligo per gli imputati di proteggere le piste (ma solo di tutelare lo sciatore dalle uscite di pista e da collisioni con elementi esterni, non il contrario).

La Corte di Cassazione ha annullato la sentenza affermando che la legge provinciale di Bolzano indica come obbligo del gestore quello di garantire la sicurezza e prevedendo non solo l'obbligo di delimitazione delle piste ma anche quello di protezione (art. 3: l'area adiacente deve essere protetta da pericoli atipici).

Il gestore dell'impianto e delle piste servite ha infatti a suo carico l'obbligo della manutenzione in sicurezza della piste medesime che gli deriva altresì dal contratto concluso con lo sciatore che utilizza l'impianto¹⁶⁹.

Il pericolo da prevenire, oggetto della posizione di garanzia, non è quindi solo quello interno alla pista.

Pur affermando che un tale obbligo di protezione non si possa dilatare sino a comprendervi tutti i pericoli esterni, si afferma tuttavia che il gestore è tenuto a prevenire quei pericoli fisicamente esterni alle piste, ma cui si poteva andare incontro anche in caso di comportamento imprudente di terzi.

È stato evidenziato dal PM appellante che quel passaggio fuori pista era particolarmente pericoloso, stante la presenza del dente che ne consentiva l'utilizzo come trampolino per immettersi perpendicolarmente nella pista, con evidente (e prevedibile) rischio per gli sciatori ivi presenti.

La pericolosità di quel passaggio era nota agli imputati o comunque essi avevano l'obbligo di esserne a conoscenza in quanto afferente, comunque, alla gestione della pista, con la conseguente necessità di apprestare le dovute protezioni o comunque di segnalare la situazione di rischio che poteva determinarsi per i fruitori della pista stessa, attesa la particolare conformazione dei luoghi.

Il medesimo ragionamento è stato seguito anche da Cass Sez. 4, n. 27861 del 20/04/2004, Rv. 229073 che ha ritenuto sussistente, in capo al gestore di impianti sciistici, l'obbligo di porre in essere ogni cautela per prevenire i pericoli anche esterni alla pista ai quali lo sciatore può andare incontro.

Il gestore deve, allora, prevenire quei pericoli fisicamente esterni alle piste, ma a cui si può andare incontro in caso di uscita di pista solamente qualora la situazione dei luoghi renda altamente probabile che si fuoriesca dalla pista battuta, per la conformazione naturale del percorso.

Certo è che un tale obbligo di protezione può ricomprendere i pericoli esterni solo quando siano derivanti da una fuoriuscita "altamente probabile" dalla pista¹⁷⁰.

La sentenza così conclude:

"appare corretto riconoscere in capo al gestore l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o in alternativa rimuovere possibili fonti

¹⁶⁹ Cfr. anche Sez. 4, n. 39619, 11 luglio 2007, Bosticco ed altro, Rv. 237822

¹⁷⁰ Cfr. Cass. sez. fer., n. 37267 del 13/08/2015

di rischio, anche esterne al tracciato, ma solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore, mentre apparirebbe eccessivo (e concretamente inesigibile) pretendere dal gestore che tutta la pista sia recintata oppure che tutti i massi ed i pericoli situati nelle sue prossimità siano rimossi".

Un'altra sentenza¹⁷¹ che ha ritenuto la responsabilità penale del gestore (e delle figure professionali a lui prossime) è assai significativa avendo riguardato l'addebito di non aver fatto segnalare in maniera adeguata, stanti anche le condizioni di ridotta visibilità presenti il giorno dell'incidente, il margine battuto (tramite rete di protezione di tipo B ovvero intensificazione del numero di paline e di segnalazioni di pericolo) in maniera tale da impedire l'uscita di pista della vittima e la conseguente caduta sul masso con esito fatale.

La Difesa, tra le varie doglianze sollevate in sede di ricorso in Cassazione, ha rimarcato che l'uscita era stata volontaria e che il masso era esterno alla pista.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso affermando, con ampi richiami alla precedente giurisprudenza¹⁷², che la posizione di garanzia che assume il gestore di un impianto sciistico in ordine all'incolumità degli sciatori prevede l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o, in alternativa, rimuovere possibili fonti di rischio, in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore. Né pare seriamente discutibile che la presenza di una "scarpata" posta a margine di un tratto di pista in curva richieda particolari accorgimenti di sicurezza (di segnalazione e protezione) idonei a ridurre al minimo il rischio derivante da sempre possibili e non volute (per errore, stanchezza, incapacità tecnica, ecc...) uscite di pista da parte dello sciatore medio.

Concludendo sul punto:

- i gestori NON sono responsabili in modo generalizzato dei pericoli esterni alle piste, non essendo loro compito eliminare le insidie in un ambito, come quello montano, nel quale i pericoli sono innumerevoli e non gestibili;
- i gestori SONO responsabili dei pericoli esterni alle piste nel caso in cui sia probabile o anche solo possibile l'uscita di pista da parte degli utenti. In questo caso sono tenuti ad adottare le cautele rese necessarie dalla conformazione dei luoghi.

3.4 Il fuori pista

Con il termine "fuori pista" si indica un percorso esterno alle piste oggetto di gestione.

Il problema si pone perché il legislatore al capo III della legge 363, dopo aver affrontato il problema delle norme di comportamento degli utenti delle aree sciabili¹⁷³,

¹⁷¹ Cass. Sez. 4, Sentenza n. 8110 del 13/12/2018 Ud. (dep. 25/02/2019) Rv. 275214 – 01 in *Italiagiuweb*.

¹⁷² Ed in particolare alla Cass. sez. IV 14606 del 15.2.2017 Seber rv. 26985101.

¹⁷³ Ad esempio regole volte alla tutela dei minori di anni 14 (che debbono usare il casco), alla limitazione della velocità (che deve essere adeguata in relazione alle condizioni della pista ed alle situazioni concrete), alla precedenza, al sorpasso, agli incroci, allo stazionamento e ad altre situazioni concrete (soccorsi, transito e risalita con mezzi meccanici e/o diversi da quelli dello sci o dello snowboard)

all'art. 17 afferma: *“il concessionario ed il gestore degli impianti di risalita non sono responsabili degli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi”*.

La norma è chiarissima nell'escludere la responsabilità per ciò che avviene fuori dai tracciati gestiti espressamente. Sarà dunque responsabilità esclusiva dei c.d. free riders o degli scialpinisti qualunque incidente: sia quello autoprodotta (l'utente con lo snow board pratica una discesa fuoripista e cade in un torrente non segnalato, ferendosi) sia quello prodotto ad altri (provocando valanghe che colpiscono altri free riders o clienti che sciano nelle piste).

Medesima regola viene dettata dalla predetta “direttiva valanghe” che nell'allegato 1 afferma che chi percorre il “territorio libero” accetta il rischio in esso insito, senza potervi rivalere verso terzi né sotto il profilo civile né sotto il profilo penale.

Nonostante la espressa dizione normativa, la giurisprudenza è orientata, per alcuni ipotesi ben determinate, in senso diametralmente opposto.

Infatti il rispetto delle norme elide la colpa specifica ma può non rilevare ai fini della colpa generica: la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia possono certamente sussistere a prescindere dall'osservanza delle norme positive.

È tuttavia auto-evidente che la responsabilità del gestore può essere affermata unicamente in casi ben determinati, mentre è normalmente da escludere.

Vediamo il perché.

Il “fuori pista” meno problematico è quello effettuato da soggetti che effettuano la risalita con mezzi autonomi, ad esempio mediante lo scialpinismo. In questo caso i gestori degli impianti di risalita non possono essere chiamati a rispondere di nulla, non venendo coinvolti. In tali casi è invece possibile ipotizzare la responsabilità delle guide alpine o degli organizzatori ad esempio dell'accompagnamento mediante eliski o ancora di coloro che forniscono le tracce GPS del percorso o pubblicizzano l'area di *freeride*. Di tali aspetti si parlerà nei § 4 e 5.

Invece il “fuori pista” effettuato mediante gli impianti di risalita presenta maggiori aspetti problematici, poiché lo sciatore si affida al gestore per impegnare, in discesa, un tratto di montagna altrimenti difficilmente raggiungibile. Si pensi ad es. a Punta Indren o al ghiacciaio della “Valee Blanche” ma anche, molto più semplicemente, ai costoni del monte posti a fianco delle piste regolarmente tracciate in luoghi definiti dagli stessi gestori o dagli enti comunali (interessati ovviamente alla pubblicità presso il pubblico degli utenti) come “il paradiso del *freeride*”.

Ed è proprio in tali esternazioni che si annida il problema.

La responsabilità penale è infatti da escludersi nella misura in cui lo sciatore o comunque l'utente della montagna è posto nelle condizioni di **conoscere il pericolo e conseguentemente valutare il rischio** che sta affrontando.

Se viene fornita un'informazione completa circa il tracciato gestito e quello non gestito, l'utente sarà posto in grado di conformare la propria attività al grado di difficoltà indicato.

Se invece si crea una situazione di dubbio a causa di un'informazione superficiale o anche troppo generalista potrebbe essere difficile distinguere l'ambito gestito da quello non gestito ma situato proprio affianco delle piste regolarmente indicate nella ski map.

La responsabilità dei gestori in questi casi dipende dal grado di informazione che viene fornito al cliente.

Infatti non sarà possibile individuare alcun profilo di responsabilità nel caso in

cui il gestore dell'impianto usato per affrontare, poi, il fuori pista abbia comunicato al cliente che il tracciato è situato in una zona esterna al comprensorio gestito; che sono presenti pericoli connaturati al luogo; che non vi è alcun tracciato e/o battitura; che chi affronta la discesa deve essere dotato degli strumenti necessari per essere individuato dai soccorsi e per effettuare il c.d. auto soccorso (pala, sonda, artva in modalità passiva). Insomma: che abbia fornito una informazione piena ed esaustiva dei rischi ai quali l'utente si espone uscendo dal tracciato gestito.

Come si vedrà al § 3.6, il discrimine consiste proprio nella CONSAPEVOLE accettazione del rischio connaturato al percorso fuori pista.

Nel caso in cui, invece, non sia fornita una informazione compiuta o non siano individuati chiaramente i limiti della pista gestita, non si potrà parlare di fuori pista volontario e consapevole, con conseguente possibilità di individuare profili di responsabilità per il gestore.

Come si è avuto modo di spiegare, non si rientrerebbe più nel fuoripista consapevole e volontario bensì in quello volontario ma inconsapevole.

3.5 La c.d. pista di fatto

Abbiamo esaminato i pericoli interni alle piste (tipici ed atipici), quelli esterni e quelli derivanti dall'uscita volontaria.

Restano da esaminare eventuali responsabilità derivanti dal "fuori pista" che genera una pista di fatto.

Con tale dizione si intende un percorso inserito nell'area sciabile attrezzata che, pur non rientrando tra le piste tracciate e delimitate, viene per consuetudine utilizzata dagli sciatori¹⁷⁴.

Se, infatti, un gestore è pienamente consapevole che gli sciatori usano frequentemente un versante della collina o della montagna; se tale utilizzo non è sporadico ma ripetuto nel tempo; se le tracce lasciate nel corso degli anni, dei mesi o anche solo dei giorni sono tali da denotare una frequentazione assidua degli sciatori, ebbene, tale tracciato non è più un semplice fuori pista ma diviene a tutti gli effetti una pista.

Una pista di fatto.

Su tale pista il gestore è tenuto alla sorveglianza, in omaggio ai criteri della prudenza e diligenza, poiché in assenza di tale attività sarà chiamato a rispondere di lesioni o omicidio colposo sia nel caso di danno autoprodotta che di quello etero causato.

Cosa succede nel caso in cui sia proprio l'utente a scegliere di sciare fuori pista?

E cambia qualcosa se tale uscita – ripetuta nel tempo dai cc.dd. free rider – crea una pista parallela a quella tracciata?

Ed ancora: è possibile limitare la responsabilità del gestore degli impianti in presenza di una deliberata volontà dello sciatore che consapevolmente sceglie di affrontare il rischio di sciare in un punto pericoloso?

¹⁷⁴ È un fenomeno agilmente riscontrabile in ogni comprensorio sciistico: basti guardare i maestri delle scuole sci che portano i piccoli allievi in mezzo ai boschetti, o nello spazio esistente tra due piste tracciate o ancora in luoghi nei quali è possibile fare "salti" mozzafiato da mostrare agli amici o anche tali da mettere in risalto le doti atletiche e lo spezzo del pericolo.

A tutte queste domande ha dato risposta la giurisprudenza, con sentenze recenti che, pur dovendo ancora trovare consolidamento in orientamenti stabili, indicano principii del tutto condivisibili.

Principii che debbono tenere conto di due elementi cardine del nostro orientamento: quello di responsabilità per colpa e quello di auto-responsabilità.

Poiché le condotte umane sono infinite e spesso imprevedibili, il gestore di impianti di risalita non potrà essere chiamato a rispondere di quelle condotte (dei clienti sciatori o comunque fruitori della montagna) che sono del tutto imprevedibili o che rispondono ad una scelta rischiosa quanto consapevole di chi la compie.

Quando invece la loro condotta è prevedibile, reiterata e nota al gestore, quest'ultimo è chiamato all'osservanza dei doveri di cui si è già detto.

È infatti noto che, qualora molteplici sciatori utilizzino un percorso di "fuori pista" in modo reiterato, il gestore non può non esserne a conoscenza. Ed allora, se i clienti sono abitualmente portati ad utilizzare un tratto di monte come pista, il gestore deve porre in essere un'azione volta o ad impedirlo (vietando l'accesso, o materialmente o ponendo cartelli) oppure mettendo in sicurezza l'area.

Secondo una sentenza del Tribunale di Genova (14.1.2015) le "piste di fatto" sono *"percorsi inseriti nel comprensorio sciistico che, pur non rientrando tra le piste tracciate e delimitate, vengono per consuetudine utilizzate dagli sciatori e che imporrebbero, nella impostazione accusatoria, oneri cautelari a carico dei gestori delle piste aggiuntivi rispetto a quelli che la L. 363/03 limita alle piste, escludendo espressamente, all'art. 17, la responsabilità del concessionario e del gestore degli impianti di risalita per gli incidenti che possono verificarsi nei percorsi fuori pista serviti dagli impianti medesimi"*.

*Pur in mancanza di una definizione normativa di comprensorio sciistico, la giurisprudenza si è orientata a riconoscere una posizione di garanzia dei gestori delle piste anche all'interno di aree sciabili non propriamente definite piste che, per la loro collocazione in prossimità delle piste e perché è facile accedervi anche per disattenzione o imperizia, vengono **agevolmente e frequentemente** percorse dagli utenti"*.

Data la conformazione normale delle piste di sci (visibili da fondovalle, commentate dai fruitori e note ai clienti abituali) usualmente i gestori sono a conoscenza dei tratti utilizzati come fuori pista abituali e dunque come "piste di fatto".

Se non viene vietato l'accesso a tali tratti, il gestore è tenuto a farsi carico dei rischi in essi presenti.

Se così non avviene e se un cliente, uscendo dalla pista tracciata e usando la pista di fatto, riporta una lesione o muore, il gestore è chiamato a risponderne.

È proprio il caso trattato da Cass. sez. 4 n. 39619 del 26.10.2007 nell'ambito della quale si giudicava per omicidio colposo l'amministratore delegato della società che gestiva gli impianti di risalita ed il dipendente preposto.

In un tratto del monte erano presenti due piste, quasi parallele, che si ricongiungevano a valle. A mezza costa, però, era presente un torrente, con ripe alte alcuni metri. In condizione di innevamento normale, tale torrente era coperto dalla neve, ragione per la quale gli sciatori vi transitavano spesso, usandolo proprio come una pista.

Il giorno di cui si tratta, invece, la scarsa neve era appena sufficiente a coprire il bordo del fosso; lo sciatore usciva dalla pista (sfruttando un varco nella vegetazione che delimitava il tracciato), si avvicinava al bordo, cadeva nel torrente e moriva.

Due giorni prima del decesso dello sciatore, altri due clienti erano caduti in quel medesimo punto e i due imputati (assumendo scelte consapevoli) avevano deciso

di posizionare un cartello giallo e nero (con un omino che cade in un burrone) fuoriuscente dalla neve per circa un metro e mezzo.

Nelle stazioni di risalita erano inoltre presenti cartelli che invitavano gli sciatori a non uscire di pista e a non lasciare i percorsi tracciati.

Il Tribunale condannava per omicidio colposo affermando:

- a) i due imputati, avuto riguardo alle cariche dagli stessi ricoperte all'interno della società, erano venuti meno a doveri di sorveglianza in termini di sicurezza dell'impianto;
- b) il varco utilizzato dallo sciatore era un percorso fuori pista, e cioè una variante annessa alle piste gestite, e notoriamente utilizzato – malgrado i cartelli inibitori – persino dai maestri di sci con i loro scolari;
- c) la conoscenza da parte degli imputati di un tale pericolo, connesso alle piste gestite, era assolutamente concreto, e per giunta insidioso per l'utente (non essendo il torrente visibile), ed aveva fatto sorgere a loro carico l'obbligo di impedire l'evento dannoso;
- d) la colpa contestata non muoveva da una norma specifica ma dai principi generali: la responsabilità della società non avrebbe potuto certo estendersi a tutta la montagna, ma in presenza di un pericolo conosciuto ed attuale sussisteva l'obbligo di evitare l'evento;
- e) sia i cartelli di invito a non uscire dalle piste, sia quello specifico di rischio di caduta (apposto dopo gli infortuni verificatisi due giorni prima), non potevano considerarsi idonei ad inibire e prevenire il rischio: i primi perché troppo generici, l'altro perché era di mero pericolo e posto a valle del varco;
- f) la condotta doverosa sarebbe stata quella di chiudere il passaggio ovvero segnalare la pista come chiusa con un cartello, vigilando sull'osservanza del divieto;
- g) non appariva ravvisare un'interruzione del nesso causale per la condotta imprudente dello sciatore, posto che, proprio per l'abitudine con cui veniva utilizzato dall'utenza quel varco, si era verificata una situazione di affidamento dell'utente poi deceduto nei confronti dei gestori dell'impianto.

Ecco i principi della pista di fatto: l'affidamento del cliente nell'uso ripetuto di un fuori pista, inteso quale variante annessa alle piste gestite, conosciuta e tollerata dai gestori come abitualmente frequentata!

La Corte di Appello confermava la sentenza del Tribunale affermando:

- 1) il passaggio fra una pista e l'altra era, malgrado i generici inviti della società agli utenti di non lasciare la pista, di fatto permesso in altri tratti persino con un'apposita regolamentazione;
- 2) l'utilizzo di quello specifico collegamento fuori pista, percorso dallo sciatore poi morto, era conosciuto dai gestori dell'impianto, sia per la caduta degli sciatori avvenuta due giorni prima, sia per l'abitudine dei maestri di dare in quella zona lezioni di sci;
- 3) quel passaggio era altamente pericoloso perché intersecante con un torrente che, coperto in caso di innevamento copioso, era invece scoperto in caso di innevamento scarso;
- 4) la specifica pericolosità del passaggio, dovuta al torrente, era occulta allo sciatore, in quanto non sempre presente per innevamento ed in quanto non percepibile visivamente nel momento della decisione di abbandonare la pista;
- 5) consci di tale alto pericolo, entrambi gli imputati si erano attivati con la colloca-

zione di un segnale di pericolo di caduta in un dirupo: detto segnale, regolamentare per disegno e dimensioni, era stato collocato a due metri dall'uscita dalla pista, alla sua sinistra, e a dieci metri prima del torrente, ed era visibile per chi si accingesse a lasciare la pista utilizzando quel varco ma non quelli precedenti;

- 6) i gestori dovevano essere ben consapevoli di farsi carico della complessiva pericolosità dell'attività svolta, anche al di fuori delle piste battute ma riconnessa al loro utilizzo: in quanto gestore dell'impianto sportivo, la società era titolare di una speciale posizione di garanzia a tutela dell'incolumità degli utenti dell'impianto;
- 7) non era ravvisabile alcuna colpa per la mancata adeguata segnalazione della delimitazione della pista, sia perché la pista era ben segnalata, sia per la mancanza di nesso di causalità posto che lo sciatore era uscito dalla pista consapevolmente; rilevava piuttosto il profilo di colpa di **non aver segnalato adeguatamente** ai margini della pista lo specifico rischio nascente dall'esistenza del torrente occulto, gravando sugli imputati l'obbligo giuridico derivante dall'attività dagli stessi svolta in quanto generatrice di pericolo: ciò in base alla generale norma in tema di responsabilità dettata dall'art. 2050 c.c., relativa ad attività pericolose, che impone al gestore l'onere di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno e trova fondamento nel principio costituzionale di solidarietà sociale: dovendo intendersi per pericolo anche *"quello che involge l'altrui imprudente condotta"* (ed è su questo punto che la Suprema Corte preciserà che non si tratta di responsabilità extracontrattuale ma derivante da contratto);
- 8) la sola collocazione del segnale di pericolo di caduta non poteva ritenersi misura idonea a ritenere assolto l'obbligo di garanzia degli imputati; il gestore avrebbe dovuto farsi carico del comportamento dello sciatore medio che, specie nel caso di utenza giovane, è connotato da un certo tasso di imprudenza, *"qui tragicamente rappresentato dalla decisione con cui lo sciatore poi morto uscì di pista, e che lo portò a non fermarsi e dunque a non vedere il segnale di pericolo"*;
- 9) solo una evidente e fitta palinatura (meglio ancora una transennatura con apposite strisce zebra) avrebbe assolto in maniera adeguata all'obbligo di segnalazione del pericolo; detta misura sarebbe stata agevolmente approntabile dal gestore, e la sua omissione si era posta in nesso causale certo con l'evento: lo sciatore, attraverso i generici e contraddittori inviti a non lasciare la pista e ad utilizzare solo alcune connessioni fra le due piste, poteva dirsi sufficientemente avvisato dei generici pericoli riconnessi al fuori pista (presenza di ostacoli, asperità della neve, possibili smottamenti) ma non della presenza di un torrente, occulto alla sua vista, e con uno strapiombo di quattro metri;
- 10) se avesse ritrovato a sbarrargli il passo del varco un ostacolo fisso, lo sciatore poi morto avrebbe dovuto necessariamente arrestarsi, così vedendo il segnale esplicito di pericolo affisso, misura da sola inadeguata ad arrestare la sua condotta.

La Corte di Cassazione, pur ricordando che l'obbligo di impedire l'evento derivava da contratto e non da altre norme del c.c., ha confermato la sentenza di condanna (anni uno di reclusione per ciascun imputato oltre al risarcimento dei danni alle parti civili).

Dunque il gestore:

- risponde dei pericoli atipici presenti all'interno delle piste quando sono avulsi dal connotato naturale di pericolosità tipico della discesa (ad es. un palo posto dentro il tracciato, non segnalato e non protetto);

- risponde anche di quelli atipici che influiscono sul tracciato delle piste (ad es. la caduta di un masso ma anche la condotta di un altro sciatore che sfrutta il bordo pista come trampolino, come visto);
- risponde poi per tutti i pericoli anche esterni alla pista ai quali lo sciatore può prevedibilmente andare incontro;
- risponde infine per i rischi connessi alle piste di fatto e cioè alle piste che sono abitualmente utilizzate dagli sciatori, anche se non espressamente indicate come piste sciabili, alle condizioni sopra indicate.

È allora lecito chiedersi se il gestore risponde davvero di ogni evento, anche qualora il rischio sotteso sia stato deliberatamente scelto dal cliente degli impianti.

La risposta è – almeno questa – negativa.

Allorché lo sciatore dotato di esperienza e di conoscenza dello stato dei luoghi, benché avvertito del pericolo al quale va incontro, sceglie di correre il rischio, l'evento lesivo non potrà mai essere posto a carico del gestore delle piste.

Il caso è stato trattato dal Tribunale di Genova con la già citata sentenza del 14.1.2015.

Un maestro di sci, frequentatore abituale di una zona sciabile, aveva deciso di effettuare un percorso fuori pista proprio in un giorno di bufera di neve. I dipendenti addetti agli impianti lo avevano avvertito del rischio ma il maestro aveva scelto comunque di sciare e di affrontare un particolare percorso fuori dalle piste.

In quel caso si era in presenza di una pista di fatto, dotata addirittura di un nome conferitogli dagli sciatori. Ciò nonostante le situazioni meteo nivologiche presentavano evidenti segnali di pericolo per l'effettuazione di una uscita fuori pista, soprattutto per un soggetto dotato di alta esperienza come il maestro di sci.

Nel contempo, la situazione non presentava pericoli per le piste normalmente praticate, dato che tutti gli indici di pericolosità (e cioè: le previsioni Meteomont, dato che la Liguria non prende parte al sistema Aineva; la situazione riscontrata in loco) non indicavano un pericolo attuale per le piste gestite.

“Non poteva pertanto esigersi dal Sindaco un provvedimento di chiusura degli impianti e delle piste non interessate da alcun rischio. Neppure vi erano gli estremi per esigere un divieto indiscriminato di accesso al comprensorio atteso che vi erano tratti non interessati al pericolo di valanghe e comunque non era in atto una situazione di forte pericolo di distacchi spontanei che potesse mettere a repentaglio l'incolumità pubblica”.

È stata dunque una scelta deliberata dello sciatore di impegnare un tratto ad alta pericolosità valanghiva; l'evento successivo non può dunque essere posto a carico del gestore:

“Nel caso di specie la vittima, esperto ed appassionato di montagna ed ottimo conoscitore del comprensorio sciistico in quanto maestro di sci della scuola locale, ha affrontato con gli amici la discesa valutando la situazione contingente di pericolo, confidando nelle proprie capacità di analisi della situazione nevosa e del rischio valanghivo in un contesto che, come è stato successivamente valutato dal Meteomont, non aveva un grado di pericolo forte o molto forte, tale da precludere le discese secondo la scala di pericolo ben nota allo sciatore data la sua competenza ed esperienza, ma un grado di pericolo moderato che richiedeva buona capacità di valutazione”.

3.6 La volontaria esposizione al pericolo: l'autodeterminazione

Nell'esaminare i precedenti aspetti della responsabilità del gestore e degli amministratori pubblici abbiamo avuto modo di confrontarci, sebbene sottotraccia, con una domanda che riveste in realtà una importanza cruciale: è possibile conferire rilievo alla condotta imprudente della persona offesa?

In ambito civilistico, l'articolo 1227 c.c. espressamente prevede che il concorso del danneggiato nella causazione o nell'aggravamento del danno comporta una riduzione del risarcimento. Non solo: il comportamento negligente del danneggiato può condurre all'esclusione del risarcimento per tutti i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza.

Il comportamento imprudente del danneggiato potrà giungere ad escludere in toto il risarcimento allorché venga data dimostrazione che il pericolo era prevedibile, che l'uso di normali cautele avrebbe evitato la causazione del danno e che dunque il nesso di causalità (tra la condotta del danneggiante e l'evento dannoso) si è interrotto.

Anche nel diritto penale è percorribile tale percorso che si presenta però in modo assai più tortuoso.

L'articolo 41 cp (rubricato: "*concorso di cause*") accoglie infatti la c.d. teoria condizionalistica: il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione (od omissione) e l'evento.

In concreto: il soggetto che non ha tenuto la condotta alla quale era obbligato, non è liberato dalla propria responsabilità penale anche se il danneggiato ha a sua volta tenuto una condotta poco accorta.

Si è visto che è anche in ragione di tale norma che il gestore degli impianti risponde per gli incidenti occorsi fuori pista, ad esempio nel caso in cui non abbia fornito una informazione completa al free rider che decide di usare gli impianti per poi scendere in "territorio libero".

La teoria condizionalistica ha tuttavia un limite, indicato positivamente al comma 2 dell'art. 41 cp: "*le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*"; la limitazione è necessitata dall'esigenza di evitare la proliferazione indiscriminata dell'imputazione del fatto per effetto dell'eccessiva ampiezza del nesso di condizionamento determinato dal principio di equivalenza causale (causa cause est causae causati).

È proprio in tale ambito concettuale che la più recente (e condivisibile) giurisprudenza ha fatto rientrare la c.d. "volontaria esposizione al pericolo" da parte della vittima.

Infatti la Suprema Corte, elaborando i principi dell'equivalenza causale, della causalità umana e della presenza di limitazioni alla teoria della condicio sine qua non¹⁷⁵ ha avuto modo di precisare che la condotta della vittima, allorché sia del

¹⁷⁵ Cfr Cass. Pen. IV sez. 4.9.2014 n. 36920 pres. Sirena Est. Iannello in www.neldiritto.it, www.giurisprudenzapenale.com e www.altalex.com: "*la norma (art. 41,2 cp) intende svolgere una funzione limitativa rispetto al principio di equivalenza causale espresso nel comma precedente, alloudendo a concause qualificate, capaci di assumere su di sé, da un punto di vista normativo, la spiegazione dell'imputazione causale, e per ciò stesso ovviamente non esclude ma anzi presuppone l'esistenza di un collegamento condizionalistico con la condotta dell'agente (ossia per converso la non completa autonomia e indipendenza del percorso causale sopravvenuto, in presenza del quale l'esclusione del nesso causale, come detto, dovrebbe affermarsi già in ragione degli artt. 40,1 e 41,1 cp e rimarrebbe invece privo di significato il secondo comma di tale ultimo articolo)*".

tutto eccezionale ed imprevedibile oltre che altamente imprudente, rende ininfluenti le condotte anche colpose degli imputati, inserendosi in una serie causale come fattore determinante l'evento.

Dunque la volontaria esposizione al pericolo interrompe il nesso causale allorché la vittima sia stata:

- pienamente capace di intendere e volere¹⁷⁶;
- a conoscenza dei luoghi¹⁷⁷;
- consapevole del pericolo¹⁷⁸.

In presenza di tali condizioni, il nesso di causalità è escluso anche se fossero riscontrabili carenze nelle misure di prevenzione adottate dall'imputato.

In sostanza l'interruzione del nesso di causalità tra condotta (dell'imputato) ed evento (lesivo della persona offesa) si verifica in presenza di una causa sopravvenuta non solo del tutto autonoma ma anche non completamente avulsa dall'antecedente e tuttavia sufficiente a determinare l'evento¹⁷⁹; questo perché la causa sopravvenuta innesca un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto a quello originario, attivato dalla prima condotta¹⁸⁰.

È con la già citata sentenza sez. IV n. 36920 del 2.7.2014 che si è giunti ad **escludere la responsabilità** del gestore di un impianto sciistico: la dinamica dell'incidente¹⁸¹ escludeva l'evento come conseguenza della pericolosità in sé della cosa, ascrivendolo invece alla condotta consapevolmente e volontariamente rischiosa della vittima.

In tale pronuncia viene sancito il principio di **"libera autodeterminazione della vittima"** che *"impone di considerare l'evento come effetto della scelta da parte di un soggetto, che esclude la riferibilità anche ad altro agente"* in quanto *"la decisione di autoesporsi al pericolo...oltrepassa la condotta del primo agente esonerandolo in linea di principio dall'accollo dell'evento"*.

La Suprema Corte chiarisce anche che *"non si possono imputare ad un individuo le conseguenze di un gesto assunto da un terzo in piena coscienza e volontà e sul quale non si può influire...quando si postula una governabilità della scelta della vittima si fa riferimento alla libera determinazione della stessa nelle condizioni date"*.

¹⁷⁶ Cfr Cass. Sez IV n. 14198/1990

¹⁷⁷ Cfr Cass sez IV 11311/1985

¹⁷⁸ Cfr. Cass. Sez. 1 n. 11024/1998; sez. IV n. 1214/2005; sez. IV n. 20272/2006; sez IV n. 39617/2007; sez. IV n. 42502/2009

¹⁷⁹ Cass. Sez. IV 19.2.2013 n. 10626 Morgando, RV 256391.

¹⁸⁰ Cass. Sez. IV 3312 del 2.12.2016 Zarcone, Rv. 269001; sez. IV n. 53541 del 26.10.2017 Zantonello RV 271846.

¹⁸¹ Il conducente di una motoslitte, ben consapevole dello stato dei luoghi per averlo già in precedenza frequentato anche per ragioni professionali, impegnava a forte velocità un pianoro nel quale esistevano profonde buche (chiamate "inghiottitoi"); il suo scopo era saltarle per dimostrare la propria abilità anche alla donna che aveva condotto quale passeggera; il volo, però, finiva tragicamente, con la morte del conducente. Era rinviato a giudizio il proprietario del terreno, benché non prossimo alle piste da sci dalle quali era partita la motoslitte. Il primo ed il secondo grado di giudizio si concludevano con la condanna dell'imputato, *"titolare di un obbligo di garanzia rispetto a chiunque accedesse all'area predetta"* reo di aver colposamente omesso *"a fronte di una situazione di pericolo facilmente percepibile e rappresentagli anche dall'autorità comunale, di attivarsi adeguatamente predisponendo idonea recinzione ai margini delle depressioni o idonea segnalazione delle stesse"*. La Corte di Cassazione annullava senza rinvio la sentenza con le motivazioni di cui si darà conto.

Anche in Cass. IV sez. penale n. 5898 del 17.1.2019, riguardante un caso analogo¹⁸², si è giunti alle medesime conclusioni richiamando i predetti principi:

*“la persona offesa era ben consapevole del pericolo derivante dalla propria azione e la sua condotta si è rivelata del tutto anomala, eccezionale, atipica, imprevedibile e quindi assorbente e tale da interrompere il nesso di causalità rispetto alle eventuali carenze riscontrabili nelle misure di prevenzione adottate dagli imputati....la pericolosità del luogo può apprezzarsi, come fattore causale giuridicamente rilevante, solo nei confronti di chi non ne abbia conoscenza o di chi, pur avendola ben presente, si trovi nelle condizioni obbligate di doverla affrontare (es. percorso naturale che esponga al pericolo di cadute); ma **non anche nei confronti di chi vi si avventuri liberamente e volontariamente proprio allo scopo di affrontarla e misurarsi con essa**”.*

La Corte così afferma che il ruolo causale determinante la morte non è stata tanto la conformazione del luogo quanto la deliberata scelta della vittima di accettare il rischio insito nella conformazione del terreno da lui ben conosciuta e addirittura di misurarsi con la stessa. Il “*senso comune*” impedisce di considerare l’evento come conseguenza della pericolosità in sé della cosa e induce piuttosto ad ascriverlo alla condotta consapevolmente e volontariamente votata al rischio della vittima.

Viene dunque accolta la c.d. teoria del rischio.

Non può essere chiamato a rispondere dell’evento dannoso neppure il soggetto garante allorché si sia in presenza:

- di una libera scelta della vittima;
- di consapevolezza del rischio liberamente affrontato;
- di una vittima pienamente capace di intendere e volere;
- di un’assenza di influenza e di governo da parte del primo agente.

L’impermeabilità della libera sfera di azione della vittima determina una cesura, una separazione dei rischi, una distinzione delle sfere di responsabilità che esclude l’imputazione oggettiva al primo agente.

L’imputazione non sarebbe invece esclusa ove la determinazione di affrontare il rischio non possa ritenersi frutto di una deliberazione completamente libera e consapevole o quando chi esponga a pericolo altri non lo informi adeguatamente su circostanze particolari di rischio.

“La chiave di lettura è l’autodeterminazione della vittima, che agisce sulla base di una scelta compiuta con la piena consapevolezza dei rischi relativi”.

Tali sentenze, in modo condivisibile e condiviso, conferiscono rilievo dirimente alla decisione di auto-esporsi al pericolo: la pericolosità del luogo, non solo nota ma addirittura voluta come presupposto dell’azione sportiva (ed anche esibizionistica), non può assumere valore causale divenendo unicamente occasione del fatto o “fattore condizionante presupposto”.

Chi vuole, liberamente e consapevolmente, sfidare sé stesso in un ambiente

¹⁸² Si trattava di lesioni personali provocate ad un guidatore di moto da cross che, durante un corso di guida all’interno di un circuito, dopo aver assistito al breafing iniziale, al primo giro si immetteva all’interno di un’area non fettucciata, adibita a zona di sosta; invece che fermarsi, però, proseguiva nella marcia impegnando la parte della pista per il c.d. free style, cadendo poi da un terrapieno a scontrando una struttura metallica posta a sostegno di una rampa collocata dalla parte opposta. Erano rinviati a giudizio l’organizzatore del corso teorico pratico di enduro, il proprietario dell’impianto sportivo, l’istruttore tecnico; tutti condannati sia in primo che in secondo grado con sentenza annullata con rinvio.

pericoloso, facendo improvvido affidamento sulle proprie capacità, affrontando le insidie a lui note, non può poi dolersi delle caratteristiche del luogo.

La pericolosità diviene invece fattore causale rilevante solo nei confronti di chi non ne abbia conoscenza o di chi è costretto ad affrontarla pur non volendo.

Sarà allora essenziale dimostrare di aver fornito informazioni complete e chiare poiché solo in presenza di piena consapevolezza si potrà parlare di libera scelta da parte della vittima.

Infatti la responsabilità del garante sussiste allorché la scelta di affrontare il rischio non sia frutto di deliberazione completamente libera o consapevole.

Può inoltre sussistere la responsabilità anche di chi espone a pericolo altri senza informarlo adeguatamente su particolari circostanze di rischio: è questo il caso del c.d. accompagnatore di fatto.

4. Una piccola digressione: l'accompagnatore di fatto

Prima di passare ad esaminare il vero punto innovativo e problematico posto dal quesito iniziale, è necessario introdurre un ultimo profilo.

È ipotizzabile una responsabilità per morte o lesione a carico di chi volontariamente si assume un compito, ad esempio di accompagnare amici e conoscenti?

Se fosse presente un qualunque tipo di contratto (ad esempio quello che lega la Guida Alpina o il Maestro di sci) non vi sarebbe alcun dubbio: le lesioni che il cliente si procura nel corso dell'escursione, se addebitabili a colpa del professionista, ricadono su chi non ha vigilato, violando così l'obbligo assunto contrattualmente. Ai profili già visti della prevedibilità, evitabilità, causalità e colpa si aggiunge infatti l'esistenza della posizione di garanzia.

Il problema si complica, e non poco, in relazione ad alcune figure (non importa se professionali o meno) che non hanno alcun contratto vero e proprio con le persone che con loro si accompagnano o che in loro ripongono speranza e fiducia.

Si pensi al caso dell'autostoppista che entra nell'autovettura del conducente altruista; o dell'escursionista che si convince ad affrontare una salita confidando nella presenza dell'amico più esperto; o del medico che, pur non avendo alcun obbligo di intervenire per la contemporanea presenza di altri professionisti, cerca di rianimare un soggetto privo di sensi; o ancora del conoscitore delle piste che accetta, alla fine della cena e dunque in orario notturno, di far rientrare a fondo pista alcuni commensali di uno chalet usando slittini.

Ebbene: in tutti i casi sopra detti non vi è alcun vero e proprio contratto che lega i vari soggetti; semplicemente si assiste ad una "presa in carico" del bene altrui da parte di soggetti dotati di maggiore esperienza o di mezzi tecnici.

Sembrerebbe arduo individuare la figura del "garante" in queste ipotesi, parallelamente alla difficoltà di cogliere una "posizione di garanzia".

Ed invece, dopo alcune difficoltà¹⁸³, la ormai consolidata giurisprudenza ritiene che in tema di reati omissivi colposi, la posizione di garanzia può essere genera-

¹⁸³ Cfr il commento di Piemontese Carmela alla Cass. 22.5.2007 n. 25527 "fonti dell'obbligo giuridico di garanzia: un caso enigmatico, tra contratto e fatto" in *Dir. Pen. e Processo*, 2008, 6, 748 (nota a sentenza).

ta non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante **purchè l'agente assuma la gestione dello specifico rischio mediante un comportamento concludente, consistente nella presa in carico del bene protetto**¹⁸⁴.

La giurisprudenza di legittimità si è specificamente soffermata sulla nozione – e sui criteri di selezione – del soggetto che versa in posizione di garanzia osservando che essa sussiste a condizione che:

- a) un bene giuridico necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo;
- b) una fonte giuridica – anche negoziale¹⁸⁵ – abbia la predetta finalità di tutela;
- c) tale obbligo di protezione gravi su una o più persone specificamente individuate;
- d) queste ultime siano dotate di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito ovvero siano ad esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato.

Un soggetto può dirsi titolare di una posizione di garanzia se ha la possibilità, con la propria

condotta, di influenzare il decorso degli eventi, indirizzandoli verso uno sviluppo idoneo ad impedire la lesione del bene giuridico garantito¹⁸⁶.

La “teoria del garante” è stata elaborata anche valorizzando il principio solidaristico di matrice costituzionale (ex art. 2 Cost.) che deve riconoscersi agli “obblighi di garanzia”, discendenti dallo speciale vincolo di tutela che lega il soggetto garante, rispetto ad un determinato bene giuridico, per il caso in cui il titolare dello stesso bene sia incapace di proteggerlo autonomamente¹⁸⁷.

Pertanto, guardando la questione dal punto di vista dei reali destinatari degli obblighi di protezione, è necessario valutare quali siano in concreto le funzioni esercitate dal soggetto agente. Nel caso in cui il titolare del bene giuridico protetto versi in situazione di passività, sarà poi necessario selezionare le distinte posizioni di garanzia, riempiendole di contenuto in relazione agli obblighi impositivi specifici¹⁸⁸.

La predetta selezione può essere particolarmente complessa nel caso dell'intervento di più soggetti con aree di competenza autonome (specialmente nell'ambito della figura della cooperazione colposa).

Ai fini dell'operatività della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, cpv. cod. pen., nell'accertamento degli obblighi impeditivi gravanti sul soggetto che versa in posizione di garanzia, l'interprete deve tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta, o altra fonte obbligante; in tale ambito ricostruttivo, al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, si è in particolare chiarito che occorre valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei

¹⁸⁴ Cfr da ultimo Cass. Sez. 4, Sentenza n. 37224 del 05/06/2019 Ud. (dep. 06/09/2019) Rv. 277629 – 01 in *Italiureweb* Cassazione penale.

¹⁸⁵ Il profilo è assai complesso e si interseca con la teoria della c.d. *negotiorum gestio* oltre che con la responsabilità nascente dal contatto sociale. Non è certo possibile dilungarsi sul punto in questa sede.

¹⁸⁶ Cfr Cass. Sez. 4, n. 38991 del 10/06/2010, Quaglierini, Rv. 248849

¹⁸⁷ Cfr Cass. Sez. 4, n. 4793 del 06/12/1990, dep. 29/04/1991, Bonetti, Rv. 191792

¹⁸⁸ Cfr Cass. Sez. U, n. 9874 del 01/07/1992, Giuliani, Rv. 191185

beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza¹⁸⁹.

L'obbligo di protezione, inoltre, deve essere delimitato in relazione alle specifiche situazione pericolose che il garante ha l'obbligo di governare (la cosiddetta area di rischio)¹⁹⁰.

Il dato ormai certo è che i garanti non costituiscono un *numerus clausus* e che, in presenza della richiamata clausola di equivalenza e delle molteplici fattispecie ad evento naturalistico causalmente orientate, si assiste ad un costante ampliamento dell'area di responsabilità penale.

È proprio per tali motivi che dai primi anni duemila¹⁹¹ è stato affermato che la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto.

Si è dunque superata una concezione puramente formale della posizione di garanzia; il ruolo protettivo può avere una fonte normativa non necessariamente di diritto pubblico ma anche di natura privatistica, anche non scritta e addirittura trarre origine da una situazione di fatto, cioè da un atto di volontaria determinazione, che costituisca il dovere di intervento e il corrispondente potere giuridico, che consente al soggetto garante, attivandosi, di impedire l'evento¹⁹².

Applicando tali principi è stato affermato che due medici, ponendo in essere *“una istintiva, pratica attuazione dei doveri deontologici consacrati nel giuramento professionale, comprendenti il dovere di prestare soccorso nei casi di urgenza”*, assumono una posizione di garanzia nei confronti di un calciatore che si accascia al suolo durante una partita di calcio. Con il loro intervento volontario hanno infatti instaurato una relazione terapeutica¹⁹³.

Parimenti è stato condannato per omicidio colposo un soggetto che si era volontariamente assunto l'incarico di controllare il rientro notturno in slittino di alcuni clienti di un rifugio di montagna, seguendoli con una motoslitte; dopo una cena in rifugio tale soggetto, che ben conosceva i luoghi (ivi svolgendo attività professionale), aveva omesso di seguire uno di essi che aveva imboccato, a causa della neve ghiacciata e della ripidità della pista, un percorso errato, andandosi così a schiantare contro un albero. La sua responsabilità è stata affermata non solo per l'assunzione di un obbligo di tutela (affermato in grado di Appello sulla base di un accordo con il gestore del rifugio), ma anche – appunto – per la concreta presa in carico del bene protetto¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Cfr. Cass. Sez. 4, n. 9855 del 27/01/2015, Chiappa, Rv. 26244001

¹⁹⁰ Cfr. Cass. Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 26110701

¹⁹¹ Cfr. Cass. Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, cit.; Sez. 4, n. 2536 del 23/10/2015, dep. 2016, Bearzi, Rv. 26579701

¹⁹² Nel settore dell'attività medica, si è poi precisato che la posizione di garanzia è riferibile, sotto il profilo funzionale, ad entrambe le categorie in cui tradizionalmente si inquadrano gli obblighi in questione: la posizione di garanzia c.d. di **protezione**, che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano ledere l'integrità; e la posizione c.d. di **controllo**, che impone di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto (Sez. 4, n. 7967 del 29/01/2013, Fichera, Rv. 25443101, in motivazione; Sez. 4, n. 25310 del 07/04/2004, Ardovino, Rv. 228954).

¹⁹³ Cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 24372 del 09/04/2019 Ud. (dep. 31/05/2019) Rv. 276292 – 01 in Italgiureweb.

¹⁹⁴ Cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 25527 del 22/05/2007 Ud. (dep. 04/07/2007) Rv. 236852 – 01.

Viene allora da chiedersi se sono presenti limiti a tale estensione del penalmente illecito.

La risposta è certamente positiva.

Per potersi affermare la responsabilità penale di un “garante di fatto” è necessario:

- accertare che senza il suo intervento o senza la sua opera il “garantito in fatto” non avrebbe intrapreso ugualmente l’attività che lo ha poi condotto nella situazione di pericolo;
- escludere che vi sia stata una piena, consapevole accettazione del rischio con auto-esposizione al pericolo;
- individuare una effettiva presa in carico del bene da proteggere¹⁹⁵, con correlativi poteri di impedire l’evento.

Per meglio comprendere tali concetti può aiutare una recente sentenza della Suprema Corte¹⁹⁶ che ha assolto un soggetto che, assieme ad altri, aveva costruito un artigianale deltaplano (usando un’ala di sua proprietà) sul quale ha poi trovato la morte un amico che vi era salito. Quest’ultimo, meno esperto dell’imputato, era però “*ampiamente maggiorenne e capace di agire*” e “***si auto-espose volontariamente ad un significativo pericolo***. Pericolo che, a ben vedere, era immanente in tutta l’attività che ruotava attorno al campo” di volo “*se solo si porti l’attenzione alle seguenti, assolutamente pacifiche, circostanze: la macchina volante era stata artigianalmente costruita mediante pezzi comprati qua e là e poi assemblati; a nessun tipo di verifica o collaudo da parte di organo pubblico era stato mai sottoposto il velivolo, che in conseguenza era privo di qualsiasi omologa, certificazione, attestazione; nessuno dei piloti aveva un qualche brevetto per il volo a motore o nemmeno per il volo senza motore*”.

Tutto il gruppo, compresi l’imputato e il soggetto poi deceduto, si erano dunque volontariamente auto-esposti al pericolo; il secondo, inoltre, si era posto alla guida del velivolo in modo pienamente consapevole, sapendo bene di non poter fare affidamento sull’aiuto dell’altro e più esperto soggetto “*rilievo questo di centrale importanza perché rende palese che la **volontaria auto-esposizione al, non lieve, rischio il giorno del volo avvenne scientemente da parte di entrambi e, soprattutto, in posizione sostanzialmente paritetica**: infatti, l’oggettiva assenza di doppi comandi e la impossibilità, come si è detto, se non a costo di contorsioni estremamente ardue, da effettuarsi per di più in quota, da parte dell’imputato di agire sui comandi che erano affidati in via esclusiva*” al soggetto poi deceduto “***esclude radicalmente la possibilità di individuare in capo all’odierno imputato una effettiva posizione di garanzia, cioè di gestione del rischio, in accezione penalmente significativa, rispetto all’altro occupante, che indiscutibilmente rivestiva nella sciagurata occasione la posizione di conducente il velivolo***.”

¹⁹⁵ Cfr Cass. Sez. 4, Sentenza n. 48793 del 11/10/2016 Ud. (dep. 17/11/2016) Rv. 268216 – 01 in Italggiureweb nella quale si afferma che la posizione di garanzia – generata da investitura formale o dall’esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante – opera purchè l’agente assuma in concreto la gestione dei rischi connessi all’attività assunta, non estendendosi oltre la sua sfera di governo degli stessi. La Corte ha dunque escluso la responsabilità degli imputati per omicidio colposo in relazione al decesso di un giovane per annegamento in una piscina che, sebbene ubicata in adiacenza alla struttura ricreativa dagli stessi gestita, era separata ed autonoma nonchè gestita da altri soggetti, e dunque non rientrante nella loro sfera di controllo.

¹⁹⁶ Sez. 4, Sentenza n. 34975 del 29/01/2016 Ud. (dep. 18/08/2016) Rv. 267539 – 01 in Italggiureweb.

Una cosa, infatti, è sentirsi assicurati dalla vicinanza di un amico, magari più esperto in una determinata attività; altra e distinta cosa è, invece, essere giuridicamente garantiti, nell'accezione di cui si è detto, dal ruolo altrui.

Ragionare diversamente nella concreta fattispecie in esame equivarrebbe, in sostanza, ad aderire ad una teoria condizionalistica pura”.

Possiamo allora trarre alcune conseguenze da tali insegnamenti, onde evitare che si giunga all'inammissibile conclusione di identificare l'obbligo di garanzia con il dovere di diligenza.

La fonte della posizione di garanzia può essere l'assunzione in via di fatto della tutela del bene giuridico, ma unicamente se sussiste una presa in carico effettiva del bene.

Non è dunque sufficiente una mera, preventiva, assicurazione.

La presa in carico effettiva è a sua volta dipendente dalla tipologia di accordo esistente tra il garante ed il garantito e dalla tipologia di pericolo che si manifesta.

Riportando i predetti principi al caso della responsabilità in montagna è ipotizzabile la responsabilità dell'accompagnatore di fatto allorché egli:

- prenda in carico effettivamente escursionisti in una situazione di pericolo, in previsione di esso o dopo la sua verifica;
- fornisca non mere assicurazioni ma vere e proprie informazioni sulla tipologia di percorso da affrontare e sulla propria capacità a superare (e far superare) i rischi in esso insiti, ingenerando così un affidamento che concretamente spinge l'escursionista non esperto (o meno esperto) a scegliere elettivamente il rischio.

5. La responsabilità di chi crea o gestisce i percorsi in “territorio libero”

L'ultimo aspetto in esame deriva dalla sempre maggior frequenza di accessi in montagna sfruttando il c.d. “territorio libero”, lontano cioè dalle zone antropizzate e financo dai sentieri tracciati.

Si assiste infatti alla costante apertura di nuove “vie” per l'accesso a massicci montuosi mediante sentieri attrezzati o “ferrati”, per raggiungere vette in precedenza raggiungibili unicamente con l'ausilio di corde e con tecniche prettamente alpinistiche¹⁹⁷. L'ovvia conseguenza è che all'allargamento della platea dei fruitori si unisce un drastico abbassamento delle competenze specialistiche.

¹⁹⁷ Ad oggi – usando la terminologia adottata dalla l.p. Trentino 8/93 (L'art. 9 della l.p. 12 settembre 2008, n. 16 afferma che tale legge può essere citata usando solo il titolo breve “legge provinciale sui rifugi e sui sentieri alpini”), è possibile classificare tali tracciati alpini distinguendoli in:

- sentieri alpini: percorsi escursionistici appositamente segnalati che consentono il passaggio in zone di montagna e che conducono a rifugi, bivacchi o località di interesse alpinistico, naturalistico e ambientale; (in molte pubblicazioni noti come sentieri escursionistici: E);
- sentieri alpini attrezzati: tracciati appositamente segnalati che consentono il passaggio in zone di montagna, la cui percorribilità è parzialmente agevolata mediante idonee opere; (per escursionisti esperti: EE)
- vie ferrate: 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; (per escursionisti esperti con attrezzatura: EEA)
- vie alpinistiche: 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 (difficoltà alpinistica, con scala UIAA dalla I alla VII).

Nel contempo l'attività sportiva invernale, prima limitata a poche risalite su modesti pendii oppure al classico sci da discesa o da fondo, ha ricevuto un fortissimo impulso. Non si contano più i percorsi da affrontare mediante ciaspole, ramponi, piccozze e sci da alpinismo¹⁹⁸.

Ancora: il periodo per le attività in montagna non è più limitato ai mesi invernali, con esponenziale aumento di ascese nella stagione primaverile ed autunnale, allorché il manto nevoso è più instabile e dunque più pericoloso.

Infine il miglioramento dei materiali tecnici e l'organizzazione di gruppi numerosi espone sempre più persone ai pericoli della montagna.

È sempre più vero che lo sportivo affronta il percorso – estivo o invernale, poco cambia – basandosi su tracce reperite in internet in siti specializzati, oppure su pubblicità generaliste anche di comunità montane o di singoli comuni oppure ancora sulla base di informazioni ricevute da amici appassionati di escursioni o ancora fidando sul tracciato e sul materiale posto in loco dai vari enti, pubblici o meno (pioli, corde, ponti, ferri ma anche rifugi, bivacchi, ecc... ecc...).

Certo è che, nella stragrande maggioranza dei casi, la posizione del gestore degli impianti è marginale o inesistente, poiché lo sportivo non utilizza alcuno “strumento a fune” per risalire i pendii. Nel caso in cui, invece lo sportivo raggiunga il punto di partenza dell'escursione con tali mezzi, si dovranno osservare i principi di cui al precedente §3.4.

Si può allora partire – per esclusione – affermando che i gestori non sono coinvolti nel tema trattato dal presente paragrafo.

All'altro estremo, nessuno può essere chiamato a rispondere delle scelte, libere, volontarie e consapevoli degli escursionisti che in autonomia scelgono di salire determinati costoni di montagna e/o di seguire percorsi montani.

Si è visto al § 3.6 in cosa consistono la teoria del rischio e la libertà di autodeterminarsi e come in forza della libera scelta dell'escursionista siano da escludere responsabilità penali di terze persone.

Inoltre la c.d. direttiva valanghe (DPCM 12.8.2019 recante indirizzi operativi per la gestione organizzativa e funzionale del sistema di allertamento nazionale e regionale e per la pianificazione di protezione civile territoriale nell'ambito del rischio valanghe¹⁹⁹) espressamente fornisce la descrizione di aree antropizzate e di aree sciabili gestite, per poi affermare che il territorio aperto consiste nello spazio ad esse non riconducibile.

Il territorio aperto *“non è soggetto ai compiti di vigilanza e gestione, con finalità di prevenzione propri della Commissione locale valanghe o di analogo soggetto tecnico consultivo del comune.*

Pertanto il territorio aperto è percorribile dall'utente a suo esclusivo rischio e pericolo”.

¹⁹⁸ *Freeride*: nello sci alpino, nello snowboard e nel telemark, con il termine *freeride* si indica l'attività fuoripista in neve fresca, avente scopo ludico e la ricerca del senso di libertà. Per la risalita si utilizzano gli impianti di risalita e a volte, per brevi tratti, le ciaspole, le pelli di foca oppure l'elicottero. Sci alpinismo: una disciplina sciistica/alpinistica, che si pratica in montagna durante i periodi di innevamento, tipicamente al di fuori da impianti e piste attrezzate ovvero su pendii “fuoripista”, mediante l'utilizzo di sci opportuni e pelli di foca, permettendosi di muoversi sia in risalita che in discesa, come attività a sé stante oppure come modalità di avvicinamento invernale a percorsi prettamente alpinistici.

¹⁹⁹ In GU serie generale n. 231 del 2.10.2019

Non solo: la direttiva si preoccupa di affermare che le misure preventive applicate nei territori aperti coincidono con la sola attività informativa sulle condizioni di pericolo valanghe, rappresentate nei Bollettini neve e valanghe a favore dei frequentatori dell'ambiente innevato.

Sembrerebbe dunque assente la possibilità di enucleare profili di responsabilità penale nell'attività svolta in territorio aperto.

Così non è.

Innanzitutto perché la giurisprudenza indicata nei precedenti paragrafi non è certo consolidata, come possibile desumere dal fatto che (ad esempio) in entrambi i casi citati al paragrafo 3.6 riguardante la c.d. auto-responsabilità sono state emesse sentenze di condanna sia in primo che in secondo grado e solo in sede di legittimità si è giunti alla pronuncia assolutoria.

Inoltre perché chi è proprietario di terreni sui quali insistono "insidie o trabocchetti" e cioè pericoli non immediatamente percepibili dall'escursionista, deve essere consapevole della necessità di porli in sicurezza o quantomeno di fornire informazioni adeguate.

Infine perché gli escursionisti spesso seguono non tanto il proprio istinto o la via dettata dalla pregressa esperienza, quanto sentieri tracciati da altri, utilizzando attrezzi posti da altri, seguendo tracce inserite in internet da altri, consultando siti internet gestiti da altri (spesso anche enti pubblici).

Ed allora, poiché la fonte dell'obbligo di impedire l'evento (e dunque la posizione di garanzia) deriva anche dalle precedenti attività poste in essere e poiché coloro che affrontano un tracciato impegnativo ripongono il proprio affidamento sull'Ente o comunque sul soggetto che ha studiato il percorso, approntando anche le misure necessarie per superare determinati punti pericolosi, sulla base degli elementi sopra esaminati potrebbe sussistere responsabilità penale a carico di chi ha posto in essere un segmento di tali attività.

Si è infatti avuto modo di sottolineare che può sussistere la responsabilità anche di chi:

- espone a pericolo altri senza informarlo adeguatamente su particolari circostanze di rischio (§ 3.6);
- prende effettivamente in carico il bene giuridico altrui, divenendone garante in via di fatto (§ 4).

Si tratta di due profili distinti ma afferenti al medesimo problema: l'utente della montagna che affronta un tracciato e subisce un danno potrebbe dolersi dell'erronea informazione avuta e/o delle carenze riscontrate nel materiale presente in loco e necessariamente utilizzato per l'ascesa.

Non solo: maggiore è l'affidabilità astratta del garante in fatto o della fonte informativa, maggiore sarà anche la fiducia che l'utente riporrà nell'informazione ricevuta.

Nel caso in cui un tassello della ferrata cede mentre la sto percorrendo, o se il ponte di corde al termine di una salita impegnativa è interrotto, o ancora se il tracciato reperito sul sito istituzionale dell'Ente mi conduce direttamente in una profonda forra, certamente potrò intentare causa civile verso chi ha predisposto i predetti tracciati, li ha pubblicizzati ma non li ha poi mantenuti o non ha correttamente informato il pubblico sui pericoli esistenti.

Non solo citazione in giudizio, però.

Anche denuncia-querela, per le lesioni o per la morte che da tali omissioni sono derivate.

Non può tuttavia essere taciuto che i percorsi in esame (soprattutto quelli EEA e alpinistici) possiedono difficoltà intrinseche e rischi connaturati ad una attività qualificabile come “pericolosa”.

L'escursionista che affronta una “via ferrata” o un'ascensione con corda, ramponi, piccozze in alta montagna deve necessariamente affrontare rischi e deve (non può non) essere consapevole dell'attività che sta per compiere. In ciò consiste la base della “auto responsabilità” in montagna.

È allora possibile ipotizzare responsabilità unicamente in connessione a gravi negligenze o imperizie nella predisposizione dei tracciati e nell'apertura delle vie, nella manutenzione delle medesime e/o nelle informazioni fornite ai frequentatori.

Medesime valutazioni possono essere effettuate per la tracciatura dei sentieri, per le indicazioni di distanza e/o di orari di percorrenza ed ancora per la realizzazione di percorsi di gara.

Esemplificativa in tal senso è la l.p. Trentino 15.3.1993 n. 8; all'art. 8 comma 2 sono previsti l'elenco delle strutture alpinistiche provinciali e l'iscrizione dei tracciati alpini, in relazione ai quali sono stati individuati i soggetti impegnati a provvedere al relativo controllo ed alla manutenzione.

La legge specifica, in modo opportuno, che l'iscrizione e l'attività di controllo e manutenzione di tali tracciati non escludono i rischi connessi alla frequentazione dell'ambiente montano.

In buona sostanza si assiste alla medesima ripartizione esaminata al § 3.2 tra i pericoli “tipici” (quelli che l'escursionista si aspetta di trovare e connaturati alla tipologia di percorso che si è deciso di affrontare) ed “atipici” (estranei alla sfera di rischio accettata dall'escursionista).

Tutto ciò assume chiarezza mediante un esempio: il posizionamento di una scala a pioli sul ghiacciaio, da parte di guide alpine, può avvenire al fine di consentire il passaggio su tratti di pendio particolarmente impegnativi. I primi e principali fruitori della scala sono dunque i clienti delle Guide, verso i quali sussiste certamente un obbligo di protezione da parte della Guida medesima.

Quid iuris nei confronti degli altri consociati?

Da una lato, si può ipotizzare che gli utilizzatori della scala abbiano l'onere – in ragione soprattutto dell'ambiente nel quale l'oggetto è posizionato, con bassissimi periodi di invecchiamento tecnico e materiale – di accertare la persistente funzionalità dell'attrezzo, essendo evidente che chi lo ha posizionato non può valutare quotidianamente la sua sicurezza nel complesso. L'affidamento su materiali posizionati in alta montagna non può che essere sempre assai relativo.

D'altro canto, però, si deve notare che l'uso protratto di un tracciato, oppure di un particolare attrezzo (dalla scala al piolo o ancora alla corda di ferro nelle “fer-rate”) crea certamente un affidamento in tutti coloro che ne fruiscono soprattutto quando del percorso in montagna viene fatta una consistente pubblicità. Sotto tale angolo prospettico, colui che si assume l'onere di creare una nuova via o di mantenerla, non può dimenticarsi poi dell'affidamento che crea verso i consociati sulla sua persistente funzionalità.

La soluzione del problema pare da ricercarsi, come sempre, nel temperamento tra la auto-responsabilità del fruitore della montagna e l'obbligo di diligenza del professionista, da declinare soprattutto in obbligo di manutenzione e di informazione.

Mentre l'escursionista o l'alpinista hanno l'obbligo di accertarsi preventivamente della manutenzione delle vie da loro prescelte e della funzionalità dei manufatti, le

Guide Alpine o gli enti gestori debbono fornire in modo adeguato le informazioni necessarie per il corretto uso degli attrezzi da loro posizionati, delle vie da loro aperte e della manutenzione da loro prestata o assunta anche in via di fatto²⁰⁰.

Non solo: le Guide e gli Enti debbono vigilare sulla costante manutenzione del manufatto, in modo da evitare che sussistano pericoli derivanti dall'esposizione ad agenti atmosferici particolarmente usuranti.

Quando, invece, il posizionamento degli attrezzi (ad esempio una via che si conclude senza prosecuzione in luoghi sicuri o presenta pioli mancanti) o la scelta dei materiali utilizzati (ad esempio pioli in legno infissi nel ghiaccio) sono colposamente e gravemente errati, il professionista o l'Ente non potranno sottrarsi alla responsabilità per colpa in caso di eventi lesivi per gli utilizzatori di un tracciato da loro aperto o gestito.

Parimenti è ipotizzabile la responsabilità dell'ente gestore allorché, informato della presenza di punti pericolosi o pericolanti nel tracciato o da intervenute modifiche peggiorative nello stato degli stessi, non intervenga.

Per esperienza personale posso segnalare i seguenti casi:

- incendio boschivo che investe anche il tracciato di una via ferrata, danneggiando le strutture presenti in loco (avvenuto nella ferrata di Caprie in val di Susa);
- piolo infisso nella roccia in un punto particolarmente difficoltoso di una via ferrata che, all'ennesimo passaggio di un alpinista, si stacca dalla sede rendendo l'intero percorso arduo da percorrere ed essendo impossibile invertire il senso di marcia (avvenuto nella ferrata dell'orrido di Chianocco, dopo un ponte di corde e prima dell'ascesa finale, in un tratto della parete nel quale è impossibile doppiarsi);
- assi pericolanti che rendono inagibile un ponte tibetano situato al colmo di una complessa e faticosa via ferrata (monte Emilius).

Ebbene, in tutti questi casi ho personalmente riscontrato l'efficienza della Pubblica Amministrazione e dei siti internet che sono intervenuti con prontezza non già per ovviare ai problemi (spesso non di pronta e facile soluzione) quanto per fornire l'informazione adeguata. Nel primo caso, all'inizio della via, era stata posta un'ordinanza di chiusura del percorso, con esplicitazione delle ragioni e data di emissione; nel secondo caso, non appena presa conoscenza dell'evento, è stato chiuso l'accesso (dopo mia segnalazione); nel terzo, i siti internet specializzati hanno indicato, nel descrivere il tracciato, l'attuale inagibilità (ed ignoro se sul luogo siano stati affissi avvisi, non avendo neppure impegnato la via).

Tali condotte sono certamente adeguate rispetto agli eventi occorsi né è pensabile una chiusura "fisica" degli accessi. Ciò che rileva – come ho cercato di motivare – è la conoscenza, in capo agli escursionisti/alpinisti, dello stato dei luoghi e della presenza di pericoli; di talché ciascuno di essi possa essere in grado di assumere consapevolmente scelte, anche scellerate, che non possono che ricadere esclusivamente su loro stessi.

²⁰⁰ Ed in tale ottica le Guide possono certamente porre cartelli di divieto di accesso nel caso in cui la manutenzione della scala o degli attrezzi si riveli impossibile o problematica. Se è vero che non spetta alle Guide il potere di ordinanza innominata di competenza sindacale, è altresì vero che il cartello di divieto di accesso e l'avviso di pericolo costituiscono adempimento di quegli obblighi di informazione di cui si è detto.

5.1 un caso di diritto civile con principi utili anche nel “territorio” penale

Si è detto (cfr nota 1 § 1) che i principi di diritto civile (sia sostanziale che processuale) differiscono da quelli propri del diritto penale sotto molteplici aspetti.

Tuttavia l'ordinamento tiene in debito conto i principi generali che informano il diritto nel suo insieme. Un punto di contatto assolutamente rilevante tra i due sistemi è, ad esempio, la fonte dell'obbligo di garanzia ex art. 40,2 cp che ben può derivare, come detto, da norme di diritto civile.

Senza volersi addentrare in un ambito ricco di “insidie e trabocchetti”, sempre per rimanere nel tema che ci occupa, è doveroso fare un riferimento alla recentissima sentenza della CA di Trento sezione civile n.214/19 del 9.5.2019 dep. 16.9.2019 che giunge ad affermazioni di sicuro interesse non solo per il diritto penale ma anche – e precipuamente – per le questioni riguardanti il “territorio aperto”, la “autoresponsabilità” e il “dovere di informazione”.

Un escursionista, il 6 marzo del 2016, decide di recarsi sopra il passo San Pelleggrino, lungo un sentiero classificato “E” che si addentra in una zona molto nota per gli appassionati della Grande Guerra poiché il fronte (id est: le trincee) aveva lasciato sul luogo molti manufatti; l'ente parco Paneveggio – Pale di San Martino gestiva il luogo ed aveva apposto generici cartelli di non allontanarsi dai sentieri. In loco era presente un folto manto nevoso che copriva ed uniformava tutto il terreno, celando alla vista dell'escursionista una galleria di areazione (della profondità di sei metri) che distava dal sentiero circa 50 mt. L'escursionista si allontanava dal sentiero, peraltro non segnalato in modo evidente stante la presenza della neve, e cadeva dentro al buco, ivi rimanendo con conseguenze mortali.

Gli eredi dell'escursionista citavano in giudizio il CAI (subito estromesso) e l'ente parco, per vedersi risarciti i danni derivanti dal predetto evento.

Le sentenze di primo e secondo grado respingevano la richiesta, non ritenendo presenti i presupposti dell'art. 2051 cc: la rilevante estensione del bene demaniale (id est: il parco) escludeva la possibilità di esercitare un potere di fatto sulla cosa.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 1257 del 19.1.2018 annullava tale decisione affermando – dopo aver indicato nettamente le differenze probatorie e non solo tra l'art. 2043 cc e 2051 cc – che:

- la possibilità di effettiva custodia non deve essere valutata in relazione a tutto il bene demaniale in gestione, bensì unicamente i sentieri segnati (*“in merito ai quali non possono sussistere dubbi di sorta, data la loro estensione relativamente limitata e la loro destinazione alla percorrenza da parte dei visitatori in condizioni di sicurezza”*) e ***“le aree immediatamente limitrofe, in cui risultano allocati i reperti di interesse per gli escursionisti, che è ragionevole presumere che questi ultimi possano intendere raggiungere nel corso della visita (almeno in mancanza di espresse limitazioni in tal senso adeguatamente segnalate)”***; dunque le condizioni di sicurezza devono essere valutate sia per i sentieri segnalati sia per le zone ad essi immediatamente circostanti che *“costituiscono la ragione di interesse (turistico, naturale, storico o di altro tipo) della visita, almeno nei limiti in cui risulti sussistere uno stretto vincolo funzionale tra il percorso segnalato e le aree di interesse a questo circostanti”*;
- il caso fortuito, causa di esclusione della responsabilità ex art. 2051 cc, è connotato da imprevedibilità ed inevitabilità da intendersi dal punto di vista oggettivo senza alcuna rilevanza della diligenza del custode *“con la precisazione che, incidendo le*

modifiche improvvise della struttura della cosa in rapporto alle condizioni di tempo, esse divengono, col trascorrere del tempo dall'accadimento che le ha causate, nuove intrinseche condizioni della cosa, di cui il custode deve rispondere”;

- la condotta del danneggiato può escludere la responsabilità del custode: *“quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l’adizione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l’efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso”;*
- la condotta dell’utente deve però essere valutata anche alla luce **“dell’affidamento che questi ordinariamente ripone, in mancanza di espressi divieti generali idoneamente pubblicizzati o di adeguate specifiche segnalazioni in loco, sulla sicurezza dei sentieri escursionistici segnati e delle zone di interesse immediatamente circostanti agli stessi e a questi legate da uno stretto nesso funzionale ai fini della visita, secondo quanto è ragionevole prevedere in considerazione della natura dei luoghi”.**

Ecco nuovamente comparire la necessaria ed adeguata informazione come presupposto indefettibile dell’auto responsabilità.

Ed ecco che tale auto responsabilità è elemento che, con determinati presupposti, esclude la responsabilità persino del custode.

La Corte di Appello di Trento, chiamata a decidere a seguito del rinvio operato dalla Cassazione, ha applicato i principi di diritto di cui sopra. Con la sentenza 214/19 citata ha precisato – per quanto di interesse – che:

- in loco erano presenti evidenti manufatti della prima guerra mondiale;
- che l’escursionista era stato attratto da tali oggetti, infissi o scavati nel terreno, e che dunque l’area era certamente da considerarsi come legata da uno stretto nesso funzionale con il sentiero;
- che peraltro in loco erano presenti unicamente cartelli indicanti la direzione (evidentemente per il periodo estivo) senza individuare o fornire elementi leggibili per risalire al tracciato del sentiero;
- che i cartelli riportavano unicamente generiche avvertenze ma nessuna segnalazione, neanche generica, della presenza di manufatti risalenti al tempo della grande guerra e dei possibili pericoli dagli stessi rappresentati; non era apposto alcun avvertimento della presenza di opere o di buche;
- *“la particolare collocazione del sentiero...era tale da imporre i necessari oneri di manutenzione, in stagione invernale, per rendere visibile il tracciato del sentiero, per segnalare la porzione immediatamente circostante interessata dai resti bellici...e per mettere in sicurezza la stessa”;*
- tali oneri erano esigibili perché non riguardanti l’intero parco ma solo l’area che gli escursionisti sono indotti a percorrere proprio in ragione del predetto interesse storico; era dunque presente un obbligo di custodia: *“la descritta collocazione rendeva altamente probabile che sul posto, privo di ogni visibile rischio, vi si trovassero gli escursionisti”;*
- sarebbe stato necessario porre in essere opere idonee ad evitare cadute o almeno predisporre *“adeguate segnalazioni del pericolo, imporre specifico divieto di allontanarsi dai sentieri il cui tracciato avrebbe dovuto essere reso visibile anche in inverno o altrimenti nella detta stagione vietarne la percorribilità”.*

Come è agile desumere dalla lettura delle sentenze, si tratta esattamente dei medesimi principi già esaminati:

- 1) stato dei luoghi che rende altamente probabile un evento lesivo;
- 2) dovere di messa in sicurezza o almeno di informazione adeguata.

6. Le ordinanze

Abbiamo avuto modo di osservare che nel “territorio aperto” ciascuno può assumere i comportamenti dettati dalla propria volontà, a condizione di non mettere in pericolo altri soggetti o zone antropizzate. È la direttiva valanghe (il più volte citato DPCM 12.8.2019) a stabilire che con il termine territorio aperto si intende *“tutto quanto non riconducibile alle aree antropizzate... ed alle aree sciabili gestite... non soggette ai compiti di vigilanza e gestione”*; il territorio aperto è dunque *“percorribile dall'utente a suo esclusivo rischio e pericolo”*.

Da ciò deriva l'ovvia conseguenza che il Comune non risponde per i rischi assunti dal gestore o dall'esercente, i quali hanno comunque l'obbligo di predisporre il c.d. piano valanga.

Il Comune deve invece (con la CLV) intervenire urgentemente per le fattispecie di pericolo immediato per l'incolumità pubblica, originato da potenziali valanghe.

Tale obbligo è in realtà generalizzato, competendo al Comune – rectius: al Sindaco – la tutela della pubblica incolumità dei cittadini che insistono sul territorio.

Se il Sindaco è a conoscenza del fatto che una porzione di territorio comunale abitualmente frequentata da sportivi:

- è di per sé pericolosa;
 - pur non essendo di per sé pericolosa, lo diviene in relazione all'utilizzo che alcuni sportivi ne fanno;
 - in ragione di particolari ed eccezionali eventi atmosferici (o di altro tipo), è pericolosa per chi la frequenta o – in generale – per la pubblica incolumità;
- ha il DOVERE di prendere i provvedimenti conseguenti e cioè metterla in sicurezza oppure, se non possibile, disporre il divieto di accesso.

Tale complessa rete di principi – in questa sede schematizzata al massimo – deriva da numerose sentenze della Suprema Corte che sono giunte a condannare il Sindaco di alcuni comuni in seguito al verificarsi di eventi naturali (frane, esondazioni di torrenti).

In particolare la Cassazione ha condannato il sindaco nel caso della frana a Cala Rossano (Ventotene), nel caso delle colate di fango a Sarno (Cass. Sez. IV 12.3.2010 n. 16761), nel caso dell'alluvione di Genova (Cass. 22214/19 del 12.4.2019) e financo nel caso del terremoto dell'Aquila (Cass. 12478/16).

Si tratta di sentenze di assoluto rilievo per il caso che ci occupa e che dovrebbero essere conosciute da ogni amministratore pubblico che riveste funzioni apicali.

Principi generali sono:

- che gli amministratori hanno doveri di informazione verso la cittadinanza e che debbono fornire comunicazione chiara dei pericoli, senza indulgere in paternalismi e senza celare la gravità della situazione, se esistente;
- il sindaco è autorità preposta alla protezione civile e deve compiere un giudizio di prevedibilità non in riferimento a quanto avvenuto in passato ma a quanto può avvenire in futuro con rappresentabilità di possibili, ulteriori e più gravi eventi

dannosi; è esigibile una maggior cautela per affrontare i rischi collegati ad un fenomeno naturale già verificatosi di cui non si conoscono le cause, le possibilità di evoluzione e gli effetti;

- l'ordinanza contingibile ed urgente ex 54,4 Dlgs 267/00 e 15,3 l. 225/1992 deve essere emessa allorchè sussista la necessità di neutralizzare una eccezionale, imminente ed improcrastinabile situazione di pericolo per un pubblico interesse, non fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento giuridico. Non è azionabile se la situazione può essere fronteggiata con gli ordinari mezzi in dotazione. Inoltre ex art. 147 dpr 554/99 il responsabile del procedimento e il tecnico che per primi accorrono sul luogo, possono adottare gli interventi urgenti per rimuovere lo stato di pregiudizio per la pubblica incolumità. In attuazione del 107 TUEL si deve definire la responsabilità politica e quella tecnica. Alla prima compete solo poteri di indirizzo e controllo, mentre ai dirigenti dei vari settori spetta l'adozione dei diversi atti amministrativi, fra cui quelli concernenti la protezione civile assegnati a un dirigente individuato dal sindaco (cfr Cass. 33857 del 7.5.2014).

Certo è che l'ordinanza contingibile ed urgente non può essere utilizzata in via general preventiva, essendo possibile ricorrere a tale strumento solo in presenza dei presupposti indicati dalla legge, dipendendo dunque dai singoli casi e dalla loro continua evoluzione.

Sia al proposito consentito un breve rilievo critico alla più volte citata direttiva valanghe (DPCM 12.8.2019).

Tale provvedimento (ripetesi: un decreto ministeriale) parrebbe stabilire che *“non hanno i requisiti di legittimità tutte quelle ordinanze sindacali che vietano e limitano attività ed accessi verso aree potenzialmente pericolose se tali prescrizioni non sono controllabili e gestibili.*

Ai sensi della sentenza del Consiglio di Stato (n.2109 8 maggio 2007) sono illegittime le ordinanze contingibili ed urgenti che non presentino consistenza ed evidenza univoca e rilevante (specifiche per l'area oggetto del provvedimento) comprovate da una attenta valutazione da parte di tecnici esperti attraverso idonei accertamenti istruttori volti a dimostrare l'effettiva sussistenza dei presupposti per adottare l'anzidetta ordinanza (vd. anche Tribunale amministrativo regionale Campania – Napoli sez. V, sentenza 11 maggio 2007 n.4992; Tribunale amministrativo regionale Lazio, sentenza 28 novembre 2007 n. 11914; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 28 giugno 2004 n. 4767).

Per idonei accertamenti istruttori s'intende un'indagine, in loco, sulle reali condizioni di instabilità del manto nevoso e non una valutazione desunta dal BNV”.

È chiaro l'intento del provvedimento: scoraggiare l'emissione di ordinanze che in via generalizzata e senza adeguata istruttoria amministrativa impediscono l'accesso a determinate zone pericolose.

Se con tale dizione la direttiva intendesse semplicemente affermare i principi dettati dalle richiamate sentenze del Giudice Amministrativo, non vi sarebbe nulla da obiettare.

Ben diverso, invece, sarebbe il giudizio se con ciò si volesse porre un qualunque limite all'operato degli amministratori pubblici che – lo si ripete – assumono anche responsabilità penali in ragione delle scelte operate nel delicato ambito di riferimento.

7. Conclusioni

Possiamo provare a trarre alcune conclusioni dal percorso seguito.

Nei **tracciati "ufficiali"** è ormai chiaro che il **gestore** non risponde penalmente per i pericoli tipici; risponde solo per i pericoli atipici da lui conosciuti o conoscibili e non eliminati per colpa.

Le valanghe, ad esempio, sono eventi ben prevedibili in ambiente montano e il rischio di una loro caduta sulle piste non può mai essere accettato.

Il **gestore** risponde poi per ciò che avviene **fuori dalle piste** solo in casi ben delimitati e connotati, in sostanza, da prevedibilità ed evitabilità. Si tratta dunque degli incidenti insistenti sulle c.d. piste di fatto o su tratti di montagna laddove la fuoriuscita dalla pista sia prevedibile data la conformazione dei luoghi.

Gli **enti o gli altri professionisti** della montagna possono essere chiamati a rispondere di eventuali incidenti allorché la loro condotta configuri una presa in carico effettiva del bene giuridico da proteggere oppure allorché vengano fornite informazioni colposamente (e aggiungerei: gravemente) errate tali da porre in pericolo l'integrità fisica degli utenti. Rispondono anche degli eventi dannosi occorsi nei tracciati da loro creati o gestiti, allorché siano consapevoli dei pericoli (genetici o sopravvenuti) e non agiscano di conseguenza, eliminandoli o fornendo idonea e completa informazione all'utenza.

Vista da un diverso angolo prospettico:

- per il **freeride** si usano gli impianti: il gestore deve indicare in modo chiaro, completo ed esauriente quali sono i pericoli, in modo che l'utente sia consapevole del pericolo e della conseguente auto-esposizione al rischio. Poiché per la risalita vengono utilizzati gli impianti sciistici, nel sinallagma contrattuale rientra anche la tutela dello sciatore inesperto: il gestore deve dimostrare di aver dato una informazione tale da consentire al cliente di effettuare scelte volontarie e consapevoli;
- per lo **sci alpinismo** nessun gestore potrà essere chiamato a rispondere, poiché la pratica – per sua natura – si svolge in luoghi non antropizzati oppure posti esternamente a qualunque area attrezzata. Anzi: la 363/03 e le leggi regionali vietano espressamente agli scialpinisti la risalita sulle piste attrezzate. Problemi possono porsi invece solo per gli amministratori pubblici, poiché l'attività ludica si svolge nel territorio comunale. Si tratta di questioni comuni all'ambito connesso, ad esempio, alle «ferrate» o al «torrentismo» o ancora al «down hill». Al riguardo posso cercare di fornire risposte che sono, però, assolutamente opinabili.

Il mio parere è che:

- ciò che non è vietato deve intendersi come liberamente praticabile;
- chi svolge attività in ambiente per sua natura «libero» e pericoloso non può poi dolersi delle proprie scelte, cercando un ristoro (economico o di altro tipo) ad ogni costo;
- i gestori, gli enti pubblici o comunque i professionisti della montagna che vengono interpellati hanno il dovere di fornire risposte adeguate, complete e tali da porre lo sportivo in grado di conoscere la pericolosità dei luoghi nei quali intende svolgere la propria attività;
- il limite della libertà di ciascuno è costituito da quella degli altri; se l'attività spor-

tiva incide, anche solo potenzialmente, sull'incolumità individuale altrui o su quella pubblica, non si può più parlare di autoresponsabilità e di libertà;

- le Autorità Pubbliche hanno il potere/dovere di intervenire in tali casi, emettendo ordinanze di chiusura dei luoghi pericolosi o per loro natura o per le condizioni contingenti.

Il vero punto rilevante, il punto di approdo di tutto il percorso è – come ho cercato di sottolineare più volte – **l'informazione**: per essere esenti da colpa l'amministratore pubblico, il gestore di un sito internet specializzato in montagna (per escursioni estive o invernali), il professionista della montagna deve fornire dati precisi, aggiornati e chiari, tali da porre l'utente, lo sciatore, l'alpinista, lo sportivo in condizione di operare scelte consapevoli.

Come suggestione, a fronte dei problemi giuridici, sociali e culturali che si è cercato di tratteggiare, possono infine proporre alcune idee:

informare in modo capillare gli utenti non solo con il bollettino valanghe ma con indici di pericolosità puntuali, aggiornati ad horas, specifici per aree omogenee e contenenti messaggi chiari anche per sportivi non esperti (il tutto da declinare mediante veicoli accattivanti per il pubblico più giovane, inesperto ed al tempo stesso audace);

- inserire nella legislazione regionale (o anche di settore) un codice di autodisciplina o di comportamento per le nuove e diffusissime discipline alpine;
- gestire il nuovo: non è la proliferazione dei divieti che impedirà l'uso dei pendii montani; al contrario: solo "cavalcando la tigre" si potrà condurre nel porto della maggior sicurezza gli sportivi più recalcitranti. Con la consapevolezza dei rischi giuridici insiti nell'operazione, sarebbe possibile creare percorsi segnalati, concretamente regolamentati e descritti, con l'accompagnamento di una informazione al pubblico il più completa ed aggiornata possibile, in modo da stimolare la pratica consapevole e rispettosa dell'attività sportiva in montagna.

La colpa nel diritto penale non è un concetto mobile. Segue regole precise, non l'opinione di chi è coinvolto nelle vicende che lo riguardano.

Gli escursionisti potranno essere indagati per il reato di valanga; non a causa della loro presenza in loco quanto per l'evidente frequentazione della via, pubblicizzata e divulgata anche in internet da siti istituzionali; l'assenza di altri escursionisti non dovrebbe eliminare la qualifica di luogo antropizzato e dunque l'esistenza del delitto di cui all'art. 449 cp.

Non pare invece possibile ipotizzare altri reati, né a carico degli escursionisti né di soggetti non coinvolti nell'escursione.

È ben vero che non è indicata la tipologia di informazione fornita agli sciatori e da essi posta a base della scelta del percorso, ma in un caso del genere (il distacco spontaneo di una valanga su "territorio libero") sarebbe ipotizzabile una responsabilità di soggetti terzi unicamente in caso di informazioni gravemente errate o caratterizzate da macroscopiche negligenze o imperizie.

STUDIO GIURIDICO COMPARATO
ITALIA-SVIZZERA
(PROGETTO SKIALP@GSB)

A CURA DI MICHELE GIUSO
*avvocato in Genova**

SVIZZERA - PARTE GENERALE

* Genova , 28.7.2020.

Introduzione

Posta al centro dell'Europa, la Svizzera, o meglio la Confederazione Elvetica, può ritenersi a buon diritto lo Stato Alpino per eccellenza vantando le più alte cime del continente: ben 48 superano i 4000 metri!

Non a caso proprio in Svizzera nacque nel 1846 lo sci inteso come sport invernale allorquando un albergatore di S. Moritz pubblicizzò le bellezze e potenzialità dell'Engadina presso alcuni amici/clienti inglesi che rimasero impressionati dai paesaggi invernali incontaminati e gettarono così le basi del turismo invernale

La Montagna costituisce per la popolazione elvetica una ricchezza ed una risorsa economica ed occupazionale di primaria rilevanza

La Svizzera al pari delle altre Nazioni dell'arco alpino propone oggi nell'ambito degli sport "da neve" una sempre più diversificata offerta di possibili attività al fine di soddisfare una domanda sempre più pressante ed esigente. La ricerca di forti emozioni e di sensazioni sempre nuove e sempre più "challenging" ha comportato un progressivo "allontanamento" dalle piste tradizionalmente intese per trovare appagamento e soddisfazione "oltre" o "al di là" dei comprensori sciistici demarcati.

Il "sistema" svizzero

La regolamentazione di questa particolare materia tiene necessariamente conto della struttura federale del Paese i cui 26 Cantoni dispongono autonoma potestà legislativa e regolamentare.

Ciò che merita di essere evidenziato nel "modello Svizzera" in relazione alla disciplina dello ski in tutte le sue declinazioni, è la circostanza che la materia trovi principale regolamentazione in un articolato insieme di direttive, suggerimenti, buone pratiche dettate da numerosi enti, organismi e associazioni di categoria.

A titolo meramente esemplificativo sia fatta menzione della:

- 1) SKUS – ovvero la *Commissione svizzera per la prevenzione degli infortuni su discese da sport sulla neve*

Fondata nel 1960 e divenuta nel 1989 una fondazione di utilità pubblica, la SKUS persegue l'obiettivo di prevenire gli infortuni sulle "discese per sport sulla neve", sulle piste da ski di fondo e sulle piste per lo sci escursionismo.

Da decenni ormai il Tribunale Federale ha riconosciuto alle norme o direttive della SKUS il ruolo di principale riferimento per la valutazione di condotte e indicazione di parametri di sicurezza e ciò:

- Per la realizzazione e la manutenzione delle discese per sport sulla neve
- Per il comportamento degli sciatori e degli snowboarder

- 2) "*Commissione per le questioni giuridiche relative alle infrastrutture per sport da neve*" operante in seno alle Funivie Svizzere e le cui direttive da ultimo rielaborate nel 2019 costituiscono parimenti costante "punto di riferimento" di dottrina e giurisprudenza.

Per quanto concerne il fuori pista, lo scialpinismo e l'escursionismo invernale le due commissioni pongono i seguenti principi:

"*Gli utenti si muovono a loro rischio e pericolo sul terreno al di fuori delle discese da sport sulla neve e delle installazioni speciali pianificate secondo le presenti direttive*" (2. Direttiva SKUS).

“Il terreno al di fuori delle piste, degli itinerari e delle installazioni speciali (snowpark, slowslope, kidspark) è da considerare come zona non controllata degli sport sulla neve (zona non controllata) che non viene né demarcata né protetta dai pericoli alpini. In particolare non viene assicurata la sicurezza delle “piste selvagge” e delle varianti.

“Sul terreno che non fa parte delle infrastrutture allestite secondo le presenti direttive l'utente si muove a suo rischio e pericolo” (3. Direttiva FUS sulle infrastrutture per sport da neve edizione 2019).

“L'obbligo di garantire la sicurezza della circolazione non si estende alla zona non controllata” (direttiva 44.b Fus).

Come detto, se in Italia la disciplina della materia è ampiamente rimessa a fonti normative primarie siano esse a livello nazionale che regionale, in Svizzera si è preferito valorizzare e indicare a parametro di riferimento i suggerimenti e le direttive elaborate da coloro i quali possono dirsi, a buon diritto, “addetti ai lavori”.

In quest'ottica, il riferimento costante operato dalla giurisprudenza è alle “buone pratiche” poste da organismi che possono vantare una pluridecennale esperienza specifica nel settore.

Oltre e accanto ai “grandi numeri” che registra lo sci alpino tradizionale si evidenzia il fenomeno in crescita costante di coloro i quali, anche in Svizzera, optano per la pratica dell'escursionismo invernale, dello sci alpinismo del semplice ski fuori pista e altre attività similari tutte accomunate per l'appunto dal particolare ambito spaziale in cui si svolgono.

Preliminarmente si pone pertanto la domanda se tali attività si svolgano o meno in un “vacuum giuridico” vale a dire in uno spazio senza regole e responsabilità per la mera circostanza che detta attività si svolge per l'appunto “al di là” delle aree demarcate e controllate.

La problematica non riguarda tanto e non solo colui il quale affronta scientemente e individualmente – privo di guida/ accompagnatore qualificato – tali ambienti spaziali.

Nelle aree “non protette o demarcate” sarà il concetto di auto responsabilità (“Eigenverantwortung” in tedesco) tanto caro ai giuristi elvetici, a dettare disciplina esclusiva di un ipotetico infortunio o altra disavventura di cui è rimasto vittima lo sventurato escursionista o sci alpinista.

Al più, qualora il malcapitato si sia trovato ad affrontare inconsapevolmente aree non demarcate o fuori pista accedendovi “casualmente” da zone soggette a controllo da parte dei gestori delle piste, si può configurare una responsabilità da parte del personale preposto per non avere sufficientemente scongiurato tale evenienza di “sconfinamento inconsapevole”.

Altro tema è la responsabilità in capo al singolo sci escursionista – sci alpinista per danni arrecati a terzi.

Si pensi al caso scolastico del distacco di valanga provocato dallo sci alpinista e i danni che da ciò possono derivare a terze persone e/o cose in zone demarcate.

Alcuni dati statistici

Giova introdurre questa breve relazione con alcuni dati statistici tratti dai periodici resoconti dell'Istituto Studi Valanghe di Davos e dall'UPI – Ufficio prevenzione infortuni.

Fino alla fine del mese di Marzo 2020 sono state complessivamente segnalate all' “Istituto per lo Studio della neve e delle valanghe” 112 valanghe con danni a

persone e materiali. Di queste, 89 sono state provocate da persone con un totale di 128 persone travolte.

Questa cifra è inferiore di circa un terzo rispetto alla media degli ultimi 20 anni pari a 158 valanghe con danni e 175 persone travolte nello stesso periodo.

Nell'inverno 2019/20 e fino al 31.3.2020 cinque persone hanno perso la vita a causa delle valanghe.

Si tratta del valore più basso registrato dall'inverno 1959/60 ed è di gran lunga inferiore alla media pluriennale pari a circa 18 vittime (alla fine di Marzo).

Le vittime dell'inverno 2019/2020 sono costituite da appassionati di sport invernali che stavano praticando attività fuoripista: tre persone stavano praticando un'escursione, due erano in discese fuoripista.

Tre incidenti si sono verificati nel Dicembre 2019 e hanno causato ciascuno una vittima mentre nel corso di un ulteriore incidente a Febbraio 2020 hanno perso la vita due persone.

L'incidente mortale con due vittime si è verificato con grado di pericolo 2 (moderato), gli altri con grado di pericolo 3 (Marcato).

Ma se l'inverno 2019/2020 ha registrato dati "confortanti", non si può dire altrettanto degli inverni precedenti.

Analogamente all'anno precedente anche l'anno 2018/2019 ha registrato un sensibile incremento di valanghe con esiti infausti per persone e cose: 384 contro una media dell'ultimo ventennio di 214.

Delle 384 valanghe menzionate 138 hanno interessato persone e 246 hanno comportato danni a cose, strade, impianti e altre vie di comunicazione.

Le 138 valanghe hanno coinvolto complessivamente 219 individui

Nel corso degli ultimi venti anni più del 90% di tutti gli incidenti da valanga si è verificato durante escursioni o comunque fuori pista.

Nella media pluriennale la maggior parte degli incidenti con esiti mortali si è verificato con un grado di pericolo "3 – marcato".

Scialpinismo – escursionismo invernale: un'attività temeraria?

Nell'ambito assicurativo svizzero, e delle cd assicurazioni sociali in particolare, la violazione grave di norme di prudenza e sicurezza nel fuoripista /scialpinismo comporta una decurtazione del 50% delle prestazioni in denaro da parte dell'assicuratore a favore dell'assicurato-infortunato.

Alla base di tale apparente "ingiustizia assicurativa" vi è l'avvertita esigenza di temperare le esigenze della collettività ad un impiego prudente e avveduto delle risorse economiche costituite dai premi assicurativi versati da tutti i cittadini con le esigenze di singoli a soddisfare attività ludico sportive considerate "rischiose".

La menzionata riduzione, riguarda principalmente le prestazioni dell'assicuratore sociale il quale, sostituendosi al datore di lavoro, è chiamato per legge a corrispondere all'assicurato – infortunato la retribuzione allo stesso dovuta durante la sua assenza dal lavoro a seguito dell'infortunio.

Tale riduzione della prestazione assicurativa è espressamente prevista dalla Legge, in particolare dall'art. 50 della OAINF -Ordinanza sull'Assicurazione contro gli infortuni che al contempo ci fornisce la definizione normativa di "*atto temerario*".

Articolo 50 OAINF

“Nel caso di infortuni non professionali dovuti ad un atto temerario le prestazioni in contanti sono ridotte della metà, esse sono rifiutate nei casi particolarmente gravi.

Vi è atto temerario se l'assicurato si espone a un pericolo particolarmente grave senza prendere o poter prendere le precauzioni per limitarlo a proporzioni ragionevoli. Sono tuttavia assicurati gli atti di salvataggio di persone, anche se si possono considerare temerari”.

Per quanto concerne gli sport che presentano una componente di rischio o pericolo, la dottrina e giurisprudenza distinguono tra:

Atti temerari assoluti

Si parla di atto temerario assoluto quando un'azione pericolosa non appare meritevole di protezione o quando per la vita e l'integrità della persona l'azione comporta un pericolo talmente elevato da non poter essere limitato a proporzioni ragionevoli nemmeno in circostanze favorevoli.

Atti temerari relativi

Si parla di atto temerario relativo quando la persona assicurata pur avendone la possibilità non ha ridotto in maniera accettabile un'attività degna di protezione in sé ma oggettivamente rischiosa e pericolosa (ad esempio sport invernali al di fuori delle piste demarcate).

La motivazione della decurtazione delle prestazioni assicurative risiede pertanto nel caso dei cd “atti temerari relativi” non nella particolarità o tipologia dello sport praticato bensì nell'inosservanza da parte dello sportivo delle regole di prudenza e sicurezza che egli è tenuto ad osservare nella pratica della disciplina sportiva.

Scialpinismo e sciescursionismo transfrontalieri: quale diritto?

Negli ultimi anni l'offerta turistica nell'ambito dello scialpinismo e dello sciescursionismo ha registrato un sensibile aumento degli “itinerari transfrontalieri” nella duplice accezione di:

- percorsi che iniziano e terminano in diverse Nazioni confinanti;
- itinerari escursionistici nazionali proposti ad una clientela prevalentemente straniera.

Si pone in entrambe le ipotesi la questione di quale diritto applicare a possibili vertenze e controversie giuridiche che si caratterizzano per la presenza di elementi di “estraneità”, sia per i soggetti coinvolti che possono avere cittadinanze e residenze diverse sia per la Nazione estera in cui si sono verificati i fatti.

Per esempio: Quale diritto applicherà un Tribunale italiano chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità derivante da un'escursione sciistica avvenuta in Svizzera?

E quale normativa potrà invocare una comitiva di scialpinisti svizzeri che si è affidata alla guida e organizzazione di una guida italiana?

Le implicazioni derivanti dal diritto nazionale di volta in volta applicabile possono essere rilevanti

Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che infrequente, di un incidente nel corso di un'escursione di scialpinismo in Svizzera dal quale sono derivate ad un nostro connazionale lesioni imputabili alla responsabilità di un determinato soggetto.

Ebbene, l'applicazione del diritto svizzero o quello italiano si riflette in modo decisivo sull'aspetto risarcitorio delle lesioni subite.

Infatti, qualora sia invocabile il diritto italiano, potrà configurarsi un cd "danno biologico" con relativa (generosa) liquidazione del relativo risarcimento; per contro se dovesse essere applicabile il diritto svizzero, un risarcimento di questo tipo sarebbe precluso o ammesso con importi decisamente inferiori

Lo stesso dicasi per i sinistri con esito mortale per i quali il diritto italiano conosce e riconosce il risarcimento da "perdita del rapporto parentale", istituto sconosciuto negli Stati confinanti quantomeno nell'accezione ed estensione vigente nel nostro Paese.

Nell'ambito della responsabilità civile, la materia è disciplinata, a livello europeo, dal Regolamento 864/2007 del 11.7.2007 meglio conosciuto come "Roma II".

In base all'art 4 di detto Regolamento:

- Si applica il diritto del Paese in cui si è verificato il danno
- Se il presunto responsabile e la parte lesa risiedono nel medesimo Stato si applica il diritto dello Stato stesso

Occorre peraltro tenere presente che

"Nel valutare il comportamento del presunto responsabile del danno prodotto, si tiene conto, quale dato di fatto e ove opportuno, delle norme di sicurezza e di condotta in vigore nel luogo e nel momento in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità" (art 17).

I Tribunali dei Paesi membri dell'Unione europea applicano le norme del Regolamento anche nei rapporti con Paesi non aderenti.

Qualora la pratica dello scialpinismo /sciescursionismo in ambito transfrontaliero avvenga nel contesto di un vero e proprio rapporto contrattuale instaurato con un soggetto "guida" (in senso lato), alla responsabilità extracontrattuale si affianca quella contrattuale.

In ambito contrattuale trova applicazione il Regolamento UE 593/2008 detto "Roma I" il cui art 3 stabilisce che il contratto è disciplinato dalla Legge scelta dalle parti.

Il rapporto contrattuale che si instaura fra il cliente scialpinista e il professionista della montagna (guida alpina maestro di sci, accompagnatore escursionista) rientra nell'ambito dei contratti che hanno ad oggetto, genericamente, una "prestazione di servizi".

In mancanza di una scelta comune delle parti, l'art 4 del Regolamento stabilisce che:

"il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del Paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale"

Nel caso in cui la condotta / vicenda assuma una connotazione penalmente rilevante, trova applicazione la legge del luogo in cui l'illecito si è consumato e dove verrà celebrato il relativo processo (*lex loci commissi delicti*).

Il concetto di autoresponsabilità

Nella Confederazione Elvetica il concetto di "autoresponsabilità" ("Eigenverantwortung" in tedesco) trae origine e fondamento normativo dalla stessa Costituzione

Federale laddove l'art. 10 testualmente dispone *“ognuno ha diritto alla libertà personale, in particolare all'integrità fisica e psichica e alla libertà di movimento”*.

Punto di partenza nell'affrontare la tematica della responsabilità nel diritto elvetico è il concetto di derivazione romanistica *“damnum sentit dominus”* vale a dire: è lo stesso danneggiato a farsi carico del danno e delle conseguenze dallo stesso a lui derivate.

Ogni deroga da tale principio richiede una attenta disamina se e in che misura tale deroga sia giustificabile.

Secondo il Tribunale amministrativo Federale di Berna, in sostanza ogni singolo individuo è responsabile della sicurezza e protezione della propria persona e dei propri averi. Il proprietario della cosa e/o il titolare del diritto è tenuto ad assumere le iniziative e misure più idonee per scongiurare il verificarsi di danni che possono interessare il singolo.

In caso di inosservanza di tali misure preventive opera il principio sopra espresso secondo il quale il danneggiato si fa carico delle conseguenze dannose.

In questo contesto, sempre secondo la massima istanza di giustizia amministrativa elvetica, non sarebbe possibile invocare una responsabilità dello Stato.

Ciò vale, in particolare, per i danni derivanti dalla “Natura” e dai rischi alla stessa correlati.

Secondo questo orientamento, lo Stato non sarebbe tenuto ad adoperarsi per contrastare tali “minacce” giammai ogni qualvolta non sia stato lo Stato a porre in essere la fonte di pericolo.

Nella materia che ci occupa lo scialpinista e/o l'escursionista invernale intraprende l'escursione stessa a proprio rischio e pericolo eccettuato il caso in cui detta escursione avvenga nell'ambito di un rapporto professionale / contrattuale attraverso il quale lo sportivo “si affida” alla competenza ed esperienza di un professionista della montagna.

Si tratta in sostanza del medesimo concetto di autoresponsabilità e di accettazione del rischio che ha lungamente caratterizzato anche nel nostro Paese tanto l'approccio alla montagna da parte del singolo sciatore/escursionista quanto il rapporto che si instaurava in allora fra lo sportivo / utente della montagna e i diversi “professionisti”.

In Svizzera, pur nel pieno rispetto delle normative, o meglio delle “buone pratiche” universalmente accettate, il concetto basilare dell'autoresponsabilità continua a costituire l'architrave “dell'andar per monti”.

Non vi è insomma in Svizzera, almeno ad avviso di chi scrive, la spasmodica ricerca – spesso al di là di ogni ragionevolezza – di un responsabile al quale rivolgere cospicue richieste risarcitorie.

Si tratta forse di una filosofia della montagna che ha dato buona prova di sé per molto tempo ma che oggi appare sempre più minacciata da una massificazione turistica spesso incontrollata.

Fortunatamente, il ricorso allo strumento assicurativo – pubblico e privato – consente di circoscrivere la “corsa” alle aule di giustizia e a favorire soluzioni transattive ed extra giudiziali.

Il concetto di autoresponsabilità si estende:

- alla pianificazione e programmazione dell'escursione
- alle proprie condizioni fisiche e capacità individuali
- all'attrezzatura e approvvigionamento
- alla scelta del percorso
- alla valutazione delle condizioni meteo e nivologia

Le fonti di riferimento per il “dovere di garantire la sicurezza” (*Verkehrssicherungspflicht*)

All'autoresponsabilità del singolo viene riconosciuta un'importanza centrale in particolare nell'ambito della cd “freie Natur” – un territorio non controllato né demarcato.

Per conciliare i diritti costituzionalmente garantiti alla libertà personale e di movimento, il legislatore elvetico si è astenuto dal dare una disciplina normativa all'attività sciistica su pista come invece avvenuto in Italia con la L 363/2003.

Il principio di autoresponsabilità cessa laddove lo sciatore, pur prudente, si deve confrontare con pericoli atipici ed insidiosi che esulano da ciò che egli ragionevolmente “si aspetta”, tenuto conto del contesto ambientale.

La giurisprudenza elvetica, ad ogni livello ed istanza, nel valutare in concreto i possibili profili di responsabilità e la diligenza richiesta nel caso specifico, si avvale di fonti meta giuridiche le quali comprendono oltre al cd decalogo della FIS:

- Le direttive SKUS emanate dalla “Commissione Svizzera per la prevenzione degli infortuni sulle piste per sport da neve.
- Le direttive SBS emanate dalla “Commissione per le questioni giuridiche relative alle discese da sport sulla neve

Al di fuori dei manufatti e delle strutture e degli impianti che vedono in primo piano l'opera dell'uomo non operano le cd “obbligazioni di sicurezza e protezione”.

In questo ambito spaziale “libero” gli utenti e frequentatori devono necessariamente prendere atto e tenere conto – a proprio esclusivo rischio e pericolo – delle particolarità legate alla topografia alle condizioni meteo e stagionali

La “Commissione per le questioni giuridiche relative agli sport da neve” organismo interno delle “Funivie Svizzere” ha tracciato per il 2019 le nuove “Direttive” integranti il cd “obbligo di garantire la sicurezza della circolazione sulle infrastrutture per sport da neve”.

Il primo capitolo intitolato “*Obiettivo delle direttive e responsabilità individuale dell'utente*” richiama con forza il concetto di autoresponsabilità e di limitazione spaziale dell'obbligo di garantire la sicurezza:

“L'utente percorre le infrastrutture per sport da neve a suo rischio e pericolo. Le misure adottate sulla base delle presenti direttive non possono eliminare tutti i rischi che incombono sull'utente e che sono legati alla prassi sportiva. L'utente deve sciare in modo conforme alle sue capacità e alle condizioni del terreno, della visibilità e della neve.

In particolare, deve essere in grado di affrontare in modo autonomo tutte le difficoltà che può presentare il terreno, gli ostacoli sul pendio, le condizioni atmosferiche e quelle della neve. L'utente sa che anche la più attenta valutazione del pericolo e le misure adottate di conseguenza non possono offrirgli una protezione assoluta dalle valanghe. Rispetta i segnali di indicazione di pericolo, di avvertimento e di sbarramento.

Sul terreno che non fa parte delle infrastrutture allestite secondo le presenti direttive l'utente si muove esclusivamente a suo rischio e pericolo.”

Da quanto sopra esposto discende la necessità di operare una prima importante distinzione – ricca di conseguenze in punto “responsabilità” fra le cd “*infrastrutture per sport da neve*” da un lato e “*zone non controllate*” dall'altro.

Tale distinzione infatti, non solo lessicale o terminologica, assume primaria importanza poiché da essa derivano importanti conseguenze in punto responsabilità ed obblighi in particolare quelli di garantire le condizioni di sicurezza.

Infrastrutture per sport da neve

Tutte le cd “infrastrutture per sport da neve” presentano due caratteristiche comuni: sono demarcate e sono protette dai cd “pericoli alpini” *in primis* il pericolo di valanghe e il pericolo di caduta (precipitazione) fra esse si annoverano:

- 1) **Le piste:** superfici innevate, battute e preparate meccanicamente e controllate
- 2) **Itinerari:** superfici non battute, controllate e protette dai pericoli alpini;
- 3) **Sentieri:** facenti parte di piste o itinerari o costituenti raccordi di collegamento fra gli stessi;
- 4) **Installazioni speciali:** sono aree separate destinate a scopi precisi (principianti, snowpark, parchi per bambini, competizione, allenamento) – sono demarcate, protette da pericoli alpini e devono essere separate e il relativo utilizzo segnalato;

La responsabilità del gestore delle piste

Con l’apertura e l’esercizio delle piste unitamente allo sfruttamento commerciale delle stesse, il gestore pone in essere una potenziale fonte di rischio e pericolo per l’utenza.

Da tale circostanza deriva una posizione di garanzia e protezione in capo all’esercente l’impianto il quale è tenuto ad assumere le iniziative e misure più opportune per preservare la collettività da quei pericoli che rappresentano per lo sciatore una vera e propria insidia assumendo i connotati della imprevedibilità.

Esulano pertanto dall’obbligo di protezione e garanzia del gestore quei rischi che rientrano nella normalità o “tipicità” dell’attività svolta e di ciò che, ragionevolmente, caratterizza una pista da sci, in montagna, nei mesi invernali.

In questo contesto gli utenti delle piste possono efficacemente confidare nel fatto che le piste messe a loro disposizione siano demarcate, preparate anche meccanicamente, controllate e protette.

Rientra in questo ambito la protezione dal più insidioso dei pericoli montani vale a dire il possibile distacco di una valanga con interessamento della pista.

Sulle piste, gli itinerari e sulle installazioni speciali si applicano le dieci regole FIS e vale il principio di auto responsabilità dell’utente.

Regole FIS:

1) Rispetto degli altri

Ogni sciatore o snowboarder deve comportarsi in modo da non mettere mai in pericolo o danneggiare altre persone

2) Padronanza della velocità e del comportamento

Ogni sciatore o snowboarder deve discendere a vista. Egli deve tenere una velocità e un comportamento adeguati alle proprie capacità, nonché alle condizioni generali del terreno, della neve, del tempo e del traffico sulle piste

3) Padronanza del percorso

Lo sciatore e lo snowboarder a monte essendo in posizione dominante ha possibilità di scelta del percorso. Egli è quindi obbligato a prevedere una direzione che garantisca la sicurezza e che eviti il pericolo di collisione con lo sciatore o lo snowboarder a valle

4) Sorpasso

Il sorpasso può essere effettuato tanto a monte quanto a valle sulla destra o sul-

la sinistra ma sempre ad una distanza tale da consentire le evoluzioni e i movimenti volontari ed involontari dello sciatore o dello snowboarder sorpassato.

5) Immettersi, ripartire sulla pista e curvare a monte

Ogni sciatore o snowboarder che si immette su una pista da discesa, che riparte dopo una fermata o che esegue una curva verso monte, deve assicurarsi mediante controllo visivo a monte e a valle di poterlo fare senza pericolo per sé e per gli altri;

6) Sosta

eccezion fatta per circostanze di assoluta necessità, ogni sciatore e snowboarder deve evitare di fermarsi in mezzo alla pista, nei passaggi obbligati e dove manca buona e ampia visibilità

In caso di caduta esso deve sgomberare velocemente la pista, cercando di raggiungere un bordo della stessa nel più breve tempo possibile

7) Salita e discesa a piedi lungo la pista

Lo sciatore o snowboarder che risale una pista a piedi deve procedere rigorosamente lungo i bordi della stessa. Deve osservare un comportamento analogo ogni sciatore o snowboarder che scende a piedi

8) Rispetto della segnaletica

Sciatori e snowboarder sono tenuti al massimo rispetto della segnaletica e delle indicazioni esposte sulle piste da sci

9) Assistenza

In caso di incidente chiunque deve prestarsi al soccorso, prestare assistenza è un dovere morale che impegna ogni sportivo

10 Identificazione

Chiunque, sciatore o snowboarder sia coinvolto in un incidente in pista, avendo o non avendo responsabilità oppure ne sia stato testimone è tenuto a fornire le proprie generalità

L'obbligo di garantire la sicurezza delle piste ha sicuramente natura contrattuale alla quale si può peraltro affiancare una responsabilità extra – contrattuale come indicato dalla sentenza 206/2014 pronunciata il 18.9.2014 dal Tribunale Federale:

“Gli esercenti le funivie e gli skilift i quali predispongono le piste per l'accesso degli utenti, devono adottare le misure di sicurezza e protezione idonee per prevenire e contrastare i pericoli.

Questo obbligo ha, da un lato, natura contrattuale. Gli esercenti le funivie e gli ski lift sono tenuti in forza di un obbligo accessorio derivante dal contratto di trasporto stipulato con gli utenti (sciatori e snowboarder) a garantire la sicurezza delle piste e il servizio di soccorso.

I costi derivanti da tali obblighi devono intendersi ricompresi nel prezzo del biglietto giornaliero o settimanale.

L'obbligo di assicurare la sicurezza della circolazione ha altresì un suo fondamento nell'ambito della responsabilità civile (extra contrattuale) e deriva dall'obbligo di protezione in capo a colui il quale pone in essere e/o mantiene uno stato dal quale possa potenzialmente derivare un danno.”

Limiti spaziali del controllo sulle piste

L'obbligo di garantire le condizioni di sicurezza si estendono, di norma, per due metri oltre il bordo/margine della pista.

In conformità alla giurisprudenza del Tribunale Federale, in caso di pericoli particolarmente insidiosi, la fascia di due metri può estendersi –eccezionalmente – anche oltre ma pur sempre in prossimità della pista. Questa eccezione presuppone in primo luogo un rischio particolarmente grave per la vita e per l'integrità dell'utente (ad es. precipizio, crepaccio).

In secondo luogo, la possibilità di finire fuori pista deve risultare notevole a causa della conformazione della pista associata alla forte pendenza nelle immediate adiacenze del bordo pista e fino al punto pericoloso.

Ricorrendo queste condizioni infatti, l'utente che cade e scivola oltre il bordo pista, scivola senza arrestare la propria corsa oltre il bordo della pista per raggiungere la zona dove incombe il pericolo esterno.

Sebbene l'ambito spaziale degli obblighi di sicurezza e protezione gravanti sul gestore della pista/impianto siano circoscritti alla sola pista ed al margine della medesima, sussiste purtuttavia un obbligo informativo e di avvertimento in capo al gestore affinché lo sciatore /utente non si trovi erroneamente "fuoripista" nella convinzione contraria.

L'introduzione del sistema di demarcazione su entrambi i lati della pista consente una chiara delimitazione della pista e del relativo tracciato rendendo così tale eventualità alquanto remota.

Zona non controllata

Il terreno che non fa parte delle infrastrutture per sport da neve è considerato zona non controllata e non viene né demarcato né protetto dai pericoli alpini, ciò vale in particolare per le "piste selvagge" e le cd "varianti" nonché per tutta l'"area alpina libera" interessata da scialpinismo e dall'escursionismo invernale.

L'obbligo di garantire la sicurezza non si estende alla zona non controllata per cui chi la percorre lo fa esclusivamente a proprio rischio e pericolo. Tale area non è demarcata né preparata né controllata né protetta dai pericoli alpini.

In questa area il principio di autoresponsabilità si esprime al massimo livello:

"i Freeride Checkpoint "ricordano agli utenti che praticano il loro sport al di fuori delle discese demarcate e rese sicure, vale a dire nella zona non controllata, esclusivamente a proprio rischio e pericolo"

"L'obbligo di garantire la sicurezza" della circolazione non si estende alla zona non controllata. Chi percorre la zona non controllata lo fa esclusivamente a proprio rischio e pericolo."

Ciò nondimeno tale area non può dirsi certo "area franca e libera dal diritto" che invece continua a operare e vigere specie laddove la condotta dello scialpinista abbia arrecato nocumento a terzi, persone a cose.

Per quanto concerne la responsabilità civile, troverà quindi applicazione l'art 41 del Codice delle obbligazioni elvetico il quale, specularmente al "nostro" articolo 2043 del codice civile dispone:

Articolo 41

"Chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imperizia"

La responsabilità penale “da valanga”

Dispone l'art. 237 del codice penale svizzero che:

“chiunque intenzionalmente impedisce, perturba o pone in pericolo la circolazione pubblica, in modo particolare la circolazione sulle strade, sull'acqua o nell'aria e mette con ciò scientemente in pericolo la vita o l'integrità delle persone è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

Se il colpevole mette scientemente in pericolo la vita o l'integrità di molte persone, può essere pronunciata una pena detentiva da uno a dieci anni.

La pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria se il colpevole ha agito per negligenza”

Valanghe e processi

Non sono frequenti i casi in cui in Svizzera le valanghe e le loro conseguenze giungono al termine di un iter processuale vale a dire ad una sentenza.

In numerosi casi l'archiviazione del procedimento avviene in fase di indagini preliminari.

Diverso in caso della “Valanga di Anzère” nel Vallese che ha visto un articolato iter processuale giunto fino al Tribunale Federale.

Il 27.12.2009 tre sciatori in fuori pista vennero accusati di avere determinato il distacco di una valanga che investì due sciatori sulla sottostante pista nel comprensorio sciistico di Anzère, fortunatamente senza esiti mortali.

Il 23.5.2014 il Giudice distrettuale di Hérens e Conthey riconobbe la responsabilità penale degli imputati ai sensi dell'art 237 del codice penale svizzero.

La sentenza di condanna veniva impugnata davanti al Tribunale Cantonale del Vallese il quale con sentenza del 14.3.2016 proscioglieva i “freeriders” dal reato contestato sul presupposto che – in concreto – la valanga non fosse “prevedibile”.

Su ricorso della Procura Cantonale il Tribunale Federale ha confermato la responsabilità penale degli imputati “fissando” alcuni punti:

- Le piste fanno parte del concetto di “strada” ai sensi dell'art 237 cod. penale;
- Una condanna ai sensi dell'art 237 presuppone che il soggetto abbia determinato l'evento violando il proprio dovere di prudenza /diligenza;
- La condotta viola il dovere di prudenza /diligenza ogni qualvolta il soggetto, al momento del fatto, avrebbe potuto e dovuto rendersi conto – tenuto conto delle sue conoscenze e delle sue capacità – che la sua condotta esponeva a rischio l'incolumità di terzi;
- Condizione essenziale per una violazione di diligenza è la prevedibilità dell'evento secondo criteri di causalità adeguata;
- Le direttive della SKUS indicano che a partire da un pericolo di valanghe “3 marcato” è opportuno non lasciare le piste demarcate.

Pertanto

“tenuto conto della loro esperienza e delle informazioni tratte dai bollettini valanghe e dalle segnalazioni di pericolo in loco, gli imputati avrebbero dovuto astenersi dall'affrontare l'attraversamento del pendio sovrastante la pista. Non tenendo conto degli avvisi di pericolo essi hanno colposamente violato il loro dovere di prudenza /diligenza.”

Vietare lo scialpinismo e attività affini – una scelta possibile?

Non mancano le voci di coloro i quali sostengono l'opportunità di un divieto generalizzato delle pratiche sportive praticate nelle "aree alpine libere" (freies Gelände) in quanto eccessivamente pericolose

Un divieto siffatto si porrebbe in contrasto con la già menzionata libertà di movimento garantita dall'art. 10 della Costituzione Federale.

Anche a voler ipotizzare una limitazione all'esercizio di tale diritto fondamentale tale limitazione dovrebbe, in ogni caso rispettare i parametri della ragionevolezza e proporzionalità.

In quest'ottica il divieto dovrebbe essere non solo nell'interesse pubblico ma anche idoneo e necessario allo scopo eventualmente ipotizzato.

In linea astratta si potrebbe ipotizzare un divieto finalizzato al contenimento degli infortuni spesso mortali che dovrebbe peraltro trovare un equo bilanciamento con lo stesso diritto "al movimento" costituzionalmente garantito e con l'esigenza di un offerta turistica sempre più articolata.

Se la possibilità di un divieto generalizzato si risolve in un "nulla di fatto" rimane pur sempre la possibilità per le autorità territoriali competenti di adottare – nell'interesse della pubblica incolumità – provvedimenti con i quali si preclude o limita l'accesso a determinate aree.

Questi divieti devono peraltro avere una loro specifica connotazione temporale e spaziale.

Sciescursionismo sulle piste e/o fuori orario: un fenomeno in crescita

Sebbene lo scialpinismo propriamente e tradizionalmente inteso si svolga "oltre" le piste e le aree demarcate e in orari diurni, si assiste in Svizzera ad un progressivo aumento di attività che potremmo definire ibride che vedono scialpinisti o sciescursionisti "incrociare" le piste demarcate in orari di esercizio degli impianti o addirittura in orari serali o notturni.

Il fenomeno ha assunto un'importanza e una frequenza tali da indurre il Club Alpino Svizzero – CAS, le Funivie Svizzere e l'UPI – Ufficio Prevenzione Infortuni, ad elaborare regole di comportamento per gli sci escursionisti

Le cinque regole

- 1) *Al di fuori dell'orario di esercizio degli impianti le piste sono chiuse. Anche gli sciescursionisti devono rispettare l'orario di apertura. Attenzione: pericolo di vita! Solo piste esplicitamente aperte per chi sta effettuando un'escursione con gli sci possono essere utilizzate al di fuori degli orari di apertura del comprensorio.*
- 2) *Durante l'orario di esercizio degli impianti valgono per tutti gli utilizzatori delle piste le regole FIS.*
Gli sciescursionisti devono in particolare rispettare le seguenti regole:
 - *Salire solo rimanendo al margine della pista*
 - *Muoversi in fila indiana e non affiancati*

- *Non attraversare la pista in punti dove la visibilità è scarsa*
 - *Usare particolare prudenza in caso di cunette, passaggi stretti, pendii ripidi o ghiacciati*
 - *Rispettare gli utenti delle piste, hanno la precedenza*
- 3) *Le istruzioni del servizio piste e soccorso devono essere assolutamente rispettate. Se le imprese che gestiscono gli impianti di risalita chiedono un contributo per l'utilizzo delle piste. Tale contributo va versato*
- 4) *In determinate circostanze l'impresa che gestisce gli impianti di risalita può vietare agli escursionisti l'utilizzo delle piste anche durante l'orario di apertura.*
- 5) *Le zone di tranquillità per la fauna selvatica devono sempre essere rispettate. Evitare di attraversare zone di bosco al tramonto o di notte.*

La “Legge federale concernente l'attività di guida alpina e le offerte di altre attività a rischio”

All'indomani dell'entrata in vigore nel nostro Paese della Legge 363/2003 del 24.12.2003 intitolata “*Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa*”, il legislatore e l'Esecutivo della vicina Svizzera venivano da più parti sensibilizzati, con scarso successo, alla necessità di garantire anche nella Confederazione Elvetica maggiore sicurezza all'utenza delle piste.

Il 14.9.2005 il Governo Federale nel respingere una mozione in tale senso, così motivava il diniego:

“In linea di massima il Consiglio Federale condivide, con l'autore della mozione, la preoccupazione riguardo all'aumento del numero di incidenti gravi sulle piste da sci. In effetti, è necessario fare tutto il possibile per migliorare la sicurezza e ridurre l'incidenza degli incidenti stessi.

Per raggiungere questo obiettivo però, non servono nuove prescrizioni di legge o nuove competenze. La direttiva della Commissione Svizzera per la prevenzione degli infortuni sulle piste adibite alla pratica degli sport sulla neve (SKUS) obbliga sin d'ora i gestori delle piste all'adozione di misure preventive.

Dal canto loro, gli utenti delle piste devono osservare le regole di condotta della Federazione internazionale di sci (FIS). L'Ufficio svizzero per la prevenzione degli infortuni (UPI) e la SKUS organizzano regolarmente campagne di informazione.

*Per i suddetti motivi, **il comportamento sulle piste da sci non deve essere oggetto di ulteriori regolamentazioni da parte della Confederazione.** Non è necessaria l'introduzione di una polizia operante sulle piste autorizzata a infliggere pene o multe. **Le basi giuridiche in ambito civile e penale sono sufficienti.**”*

Negli anni successivi la pratica dello sci ha subito, ovunque e non solo in Svizzera; importanti mutamenti o trasformazioni

La progressiva commercializzazione dell'attività sportiva “da neve” non ha interessato unicamente lo sci alpino su pista ma ha visto un sensibile aumento nella richiesta di coloro i quali ambiscono a cimentarsi in attività sportive a rischio da svolgersi nelle zone non demarcate.

In questa cornice temporale e sociale si pone la “Legge federale concernente l’attività di guida alpina e l’offerta di altre attività a rischio” (la Legge, per brevità), entrata in vigore il 1.1.2014 ha subito alcune modifiche per giungere il 1.5.2019 alla sua versione definitiva.

Essa si applica

“alle attività a rischio offerte a titolo professionale in zone montagnose, rocciose, di torrenti o di fiumi”:

- a) *dove vi è il rischio di cadere o scivolare o esiste un rischio elevato di piene, cadute e di ghiaccio o valanghe e*
- b) *per accedere alle quali sono necessarie conoscenze o misure di sicurezza particolari (Art 1)*

Già dall’articolo introduttivo e di presentazione della “Legge” si evidenziano le sostanziali differenze rispetto alla “nostra” Legge 363/2003

Mentre il legislatore italiano ha inteso principalmente disciplinare gli sport invernali sostanzialmente “su pista” individuando le aree sciabili attrezzate “i relativi responsabili dell’area e fornendo infine “norme di comportamento” all’utenza, il legislatore elvetico ha – schematicamente – rivolto la sua attenzione a:

1) **Oggetto**

- Le attività a rischio
- In zone montagnose
- offerte a titolo professionale

Fra le attività a rischio che rilevano ai nostri fini rientrano quelle in cui:

2) **Caratteristiche**

- vi è il rischio di cadere o scivolare o esiste un rischio elevato di piene, cadute di massi, di ghiaccio o valanghe
- per accedere alle quali sono necessarie conoscenze o misure di sicurezza particolari
- si svolga, per quanto concerne l’attività di maestro di sport sulla neve, “fuori dell’ambito di responsabilità dei gestori di impianti di risalita”

3) **Attività**

- guida alpina
- maestro di sport sulla neve
- accompagnatori di escursionismo
- canyoning
- rafting e discese in acque vive
- il bungee jumping

Per la qualificazione di “attività a rischio” è irrilevante che il rischio derivi dal fattore natura-ambiente piuttosto che dall’apporto dell’uomo.

In ogni caso, proprio allo scopo di valorizzare la particolare disciplina predisposta per determinate attività “a rischio”, non deve trattarsi di un rischio “standard” bensì di un rischio elevato.

In questo senso le attività sciistiche su piste demarcate esulano espressamente dall’ambito di applicazione della Legge.

La struttura “aperta” della Legge consente il recepimento di nuove attività a rischio in conformità all’evoluzione della società delle “mode” e delle tendenze.

Beninteso, la “Legge” non introduce nuovi criteri e principi in punto responsabilità; la responsabilità civile derivante dalla violazione delle disposizioni della “Legge” è disciplinata dai principi di portata generale fissati dal codice delle obbligazioni.

Fino all’entrata in vigore della Legge sugli sport “a rischio” i singoli Cantoni (in particolari quelli montani del Vallese, Grigioni e Berna) disciplinavano la materia in assoluta autonomia con risultati spesso incoerenti al punto da consentire l’offerta dell’attività sportiva a rischio “con o senza autorizzazione” a seconda del Cantone.

La “Legge” ha posto termine a tale variegata disciplina ponendo una disciplina quadro a livello unitario e federale consentendo ai singoli Cantoni più circoscritte integrazioni o modifiche in ragione della specificità del singolo territorio.

Il Consiglio Federale ha pertanto facoltà di “sottoporre alla presente Legge altre attività a rischio analoghe, a tal proposito tiene conto dei pericoli oggettivi che esse comportano” (art1, ultimo periodo);

4) **Ambito spaziale**

Per quanto attiene l’attività che maggiormente ci interessa, vale a dire l’attività sportiva di scialpinismo e di escursionismo invernale, La legge si caratterizza per il suo ambito spaziale così circoscritto e definito:

- A) “fuori dall’ambito di responsabilità dei gestori di impianti di risalita” vale a dire al di fuori degli impianti e degli edifici, comprese le zone circostanti di impianti di risalita, compresi Skilift, funivie e discese demarcate.
- B) se e quando l’attività si svolge – anche solo parzialmente – in Svizzera o quantomeno la località di partenza o quella di arrivo si trovano in Svizzera.

Quindi sarà soggetta alla legge svizzera l’escursione che ha inizio in Svizzera e termina in Austria, ma non l’escursione organizzata da un operatore svizzero – con partenza e rientro in Svizzera – che prevede lo svolgimento dell’attività a rischio (escursione, arrampicata ...) all’estero.

Riassumendo la Legge e la relativa Ordinanza si applicano alle attività a rischio offerte a titolo professionale che iniziano, terminano o si svolgono almeno in parte sul territorio della Confederazione Elvetica.

Ai fini di una possibile responsabilità dei professionisti della montagna, l’articolo 2 della Legge pone le seguenti prescrizioni ed obblighi informativi la cui violazione espone a responsabilità:

1. informare i clienti sui particolari rischi che possono derivare dalla specifica attività
2. verificare che i clienti possiedano le attitudini necessarie per praticare l’attività scelta
3. provvedere affinché il materiale non presenti difetti e le installazioni siano in buono stato
4. verificare le condizioni meteo e di innevamento
5. provvedere affinché il personale impiegato sia qualificato
6. provvedere affinché il numero di accompagnatori sia commisurato al grado di difficoltà e al pericolo
7. rispettare l’ambiente e, in particolare gli spazi vitali della fauna e della flora

Autorizzazione e assicurazione

Per poter offrire a livello professionale le attività sportive contemplate dalla “Legge” i singoli professionisti – siano essi persone fisiche o imprese – devono disporre di un’autorizzazione il cui rilascio da parte di enti cantonali certificati è subordinato al conseguimento dell’attesto di abilitazione all’esercizio della rispettiva attività professionale al termine di un corso di formazione.

A tutela dell’utenza è istituita una banca dati da tutti consultabile nella quale sono riportati i nominativi dei professionisti, in forma individuale o di impresa, che hanno ottenuto l’autorizzazione cantonale con validità quadriennale.

L’esercizio professionale delle attività in assenza di valida autorizzazione costituisce illecito penale sanzionabile con una multa fino a franchi svizzeri 10.000,00.

L’art.13 della “Legge” impone al professionista una copertura assicurativa per la responsabilità civile professionale “*commisurata al genere e all’entità dei rischi connessi con l’attività*” con una copertura minima di cinque milioni di franchi.

I professionisti della Montagna:

1) Maestro di Sport sulla neve:

L’attività di maestri di sport sulla neve rientra anch’essa nella disciplina predisposta dalla Legge Federale di cui trattasi e dalla relativa ordinanza.

Coloro i quali hanno conseguito un titolo professionale all’estero devono ottenere, per poter svolgere la relativa attività professionale in Svizzera, un previo riconoscimento da parte delle autorità elvetiche.

Le disposizioni dettate dalla Legge Federale relativamente alla professione di “Maestro di Sport sulla neve” si intende limitata all’attività di insegnamento fuori dall’ambito spaziale di responsabilità dei gestori di impianti di risalita.

Rientrano nell’insegnamento di sport sulla neve “a sensi di legge”:

- Lo sci alpino
- Lo snowboard
- Lo sci di fondo
- L’escursionismo con le racchette da neve

Maestro di sport sulla neve o guida alpina?

In considerazione del particolare grado di difficoltà e/o del contesto ambientale determinate attività sono espressamente sottratte all’insegnamento-accompagnamento da parte dei maestri di sport sulla neve risultando riservate alle guide alpine.

I maestri possono pertanto svolgere la loro attività fuori dall’ambito di responsabilità dei gestori di impianti di risalita a condizione che:

- Non vengano attraversati ghiacciai
- Non sia necessario l’uso di materiale tecnico ausiliario (piccozze, ramponi o corde per garantire la sicurezza dei clienti)
- L’attività presenti **al massimo** i seguenti gradi di difficoltà:
 - 1) Per le escursioni con gli sci e lo snowboard: “poco difficile” (PD);
 - 2) Per escursioni con le racchette da neve il grado di difficoltà WT 3, ad eccezione delle escursioni con racchette da neve su sentieri escursionistici invernali segnalati e aperti;

3) Per le discese fuori pista “difficili”, a condizione che non ci sia pericolo di caduta nel vuoto;

Per contro i Cantoni possono a loro volta disciplinare con propri atti normativi non solo l’attività di insegnamento su fuori pista ma anche su pista.

Qualificazione del contratto

Con la conclusione del contratto avente ad oggetto la specifica “attività a rischio” prescelta, le parti contrattuali (cd “offerente” e cliente) si accordano sui molteplici aspetti dell’attività medesima: durata, meta, caratteristiche, prezzo...

Tali prestazioni si pongono in termini di cd “corrispettività”: l’offerente si fa carico della corretta esecuzione della prestazione convenuta e il cliente del relativo onere finanziario (prezzo)

Il contratto in questione, a prescindere dalla specifica “attività a rischio” prescelta, è riconducibile al contratto di mandato disciplinato dall’art 394 del Codice delle Obbligazioni svizzero:

“con l’accettazione del mandato, il mandatario si obbliga a compiere, a norma del contratto, gli affari o servizi di cui viene incaricato.

I contratti relativi ad una prestazione di lavoro non compresi in una determinata specie di contratto di questo codice sono soggetti alla regole del mandato.”

Clausole “liberatorie” di esclusione / limitazione della responsabilità

Fra l’offerente – che opera a livello professionale – e il cliente, vi è – di norma – un notevole divario in termini di esperienza e conoscenza specifica del settore.

Proprio in tale esperienza e capacità il cliente confida “affidandosi” al professionista della montagna.

Frequentemente la posizione di “forza” dell’ offerente-professionista si traduce nel tentativo da parte del predetto di modificare, a proprio vantaggio e a detrimento del cliente, l’assetto e la disciplina posta dall’ordinamento relativamente alla materia della responsabilità e del risarcimento.

Tale modifica si rende possibile in considerazione della natura dispositiva della normativa civilistica sulla responsabilità e conseguente possibilità per le parti contrattuali di derogare e/o modificare la disciplina normativa in materia.

Il ricorso alle cd “clausole liberatorie” costituisce per l’appunto la concretizzazione di questa deroga alla “normale” disciplina della responsabilità con la quale il soggetto “forte” persegue lo scopo di limitare il più possibile la propria responsabilità a fronte del “cliente debole” che invoca protezione e tutela

– I limiti alle clausole liberatorie

Al fine di scongiurare e prevenire un possibile uso indiscriminato delle cd “clausole liberatorie”, il Legislatore elvetico ha posto alcune importanti limitazioni che comportano la nullità della clausola stessa come disposto dal Codice delle Obbligazioni:

“È nullo il patto avente lo scopo di liberare preventivamente dalla responsabilità dipendente da dolo o colpa grave”

“Anche la preventiva rinuncia alla responsabilità dipendente da colpa leggera può essere considerata nulla, secondo il prudente criterio del giudice qualora al momento della rinuncia la parte rinunciante fosse al servizio dell'altra o qualora la responsabilità consegua dall'esercizio di una industria sottoposta a pubblica concessione” (art 100 Codice delle Obbligazioni)

Attraverso tale norma vengono posti dei chiari limiti all'ammissibilità di tali clausole incidenti sulla responsabilità e viene riconosciuto un controllo da parte del Giudice affinché venga rispettata quella “buona fede” che deve caratterizzare i rapporti fra le parti in ogni fase del contatto.

La censura di inammissibilità della clausola da parte del Giudice può estendersi anche alla “colpa leggera” nell'ipotesi – frequente nella materia che ci occupa – in cui “la responsabilità consegua dall'esercizio di un'industria sottoposta a pubblica concessione”

Fra queste “industrie” rientrano quelle imprese private che attraverso pubblica concessione conseguono un posizione di stampo monopolistico in un determinato ambito di attività.

Secondo la migliore dottrina vi sono ricomprese quelle attività che richiedono un'autorizzazione a tutela della pubblica incolumità e sicurezza della collettività.

Nella casistica della “pubblica concessione” rientrano funivie, impianti di risalita in genere, le scuole di ski, l'attività di guida alpina.

La necessità di disporre di regolare concessione o autorizzazione ha come conseguenza la limitazione del numero delle imprese operanti in questi settori e, di conseguenza, la potenziale clientela si viene a trovare nella situazione per la quale essa si rapporta ad un soggetto che vede accresciuta la sua forza contrattuale che esercita “imponendo” le proprie condizioni.

Per contro, la stessa utenza è portata a riporre maggiore fiducia e affidamento proprio in coloro i quali offrono quelle attività per l'esercizio delle quali è richiesta una concessione o autorizzazione il cui rilascio dovrebbe garantire le migliori condizioni di sicurezza.

Si ritiene che con l'entrata in vigore della “*Legge fondamentale concernente l'attività di guida alpina e l'offerta di altre attività a rischio*” e la necessaria autorizzazione prevista dall'art 3 della Legge medesima, il richiamo all'art 100 del Codice delle Obbligazioni appaia oltremodo pertinente potendo dette attività essere ricomprese fra le “industrie soggette a pubblica concessione”

Conseguentemente, il Giudice può pronunciarsi dichiarando la nullità di una clausola di esonero da responsabilità anche in caso di “colpa leggera”.

I clienti che si affidano ai professionisti che propongono loro determinate attività a rischio devono poter contare su uno standard di sicurezza massimo senza limitazioni precostituite.

– Ulteriori limitazioni alle “clausole liberatorie”

Nella materia che ci occupa, la categoria di “danno” maggiormente rappresentata è certamente quella delle lesioni.

Una liberazione o limitazione della responsabilità in caso di lesioni è da ritenersi nulla tanto in Svizzera quanto in Italia.

L'incolumità personale del partecipante / cliente costituisce un diritto assoluto e irrinunciabile e come tale non soggetto a limitazioni negoziali stante l'art 27 del codice civile svizzero secondo il quale:

“nessuno può alienare la propria libertà né assoggettarsi nell'uso della medesima ad una limitazione incompatibile con il diritto o con la morale”.

Pertanto, in caso di lesioni, l'“offerente” l'attività a rischio, risponderà senza limitazione alcuna e un'eventuale clausola in senso contrario sarebbe affetta da nullità.

Pubblicità e responsabilità

La crescita esponenziale del “fenomeno fuori pista-scialpinismo” non sarebbe stato forse possibile senza il contributo decisivo della pubblicità attraverso i molteplici canali di diffusione non ultime le nuove piattaforme tecnologiche.

Sorge pertanto spontanea fra gli addetti ai lavori la domanda se, e in caso affermativo in che misura, una pubblicità “aggressiva” o spesso parziale se non addirittura inveritiera possa comportare una responsabilità in capo a colui il quale utilizza il canale pubblicitario con la finalità di conseguire un profitto in termini monetari o di altra utilità.

– Pubblicità generica o specifica

La dottrina che ha affrontato questa specifica tematica è solita operare una distinzione di massima che vede contrapposta una forma di pubblicità “generica” del fuori pista – scialpinismo ad una pubblicità specifica o “mirata”.

La pubblicità generica che si sostanzia in una “*laudatio*” di interi comprensori o aree utilizzando toni ed espressioni mirabolanti non costituisce fonte di responsabilità.

Ciò in considerazione della genericità del messaggio pubblicitario che ha ad oggetto un'area vasta e difficilmente individuabile nella sua estensione e nei suoi confini.

Tale genericità ed oggettiva impossibilità di circoscrivere l'area oggetto di pubblicità si traduce – proprio per questa indeterminatezza spaziale – nell'impossibilità pratica di approntare le relative misure di sicurezza e protezione.

Diversa l'ipotesi in cui la pubblicità abbia ad oggetto aree ben determinate, individuate ed eventualmente venga riportata su cartine o digitalizzata su supporti telematici.

In questo caso infatti la pubblicità, essendo “mirata” e specifica, individua con maggiore chiarezza uno o più itinerari spesso “garantendone” la sicurezza e agevole percorribilità.

In questo contesto il concetto di autoresponsabilità come sopra tratteggiato viene affiancato da quello di “affidamento” “riposto dallo sportivo/utente nella veridicità ed attendibilità delle informazioni trasmesse.

Ciò con particolare riferimento non certo ad informazioni sulla “bellezza dei luoghi” bensì a dati e indicazioni sulla sicurezza di un itinerario determinato.

Ad avviso di chi scrive ciò vale tanto per “il detto” quanto “per il non detto”

In questo senso, tacere caratteristiche potenzialmente pericolose assume la medesima rilevanza in termini di responsabilità della trasmissione (attiva) di informazioni rivelatesi inveritiere.

Il fondamento di questa particolare responsabilità è duplice:

- La pubblicità non avviene in modo “disinteressato” e si propone un risultato in termini di affluenza turistico – sportiva e quindi un'utilità
Costituisce principio universalmente accolto nell'ambito della “allocazione del rischio” quello che vuole il soggetto che da un'attività trae un vantaggio farsi carico delle responsabilità che da tale attività possano derivare
- Tanto maggiore è la credibilità e professionalità del soggetto che propone e pubblicizza, tanto maggiore è l'affidamento ingenerato nel soggetto destinatario di tali informazioni
Il “pericolo” di incappare in qualche forma di responsabilità deve essere ben chiaro alla categoria degli esercenti e/o gestori se la Commissione giuridica delle Funivie Svizzere ha inteso dedicare ampio spazio alla problematica nelle sue Direttive:

“Messaggi pubblicitari concernenti le possibilità di praticare il fuori pista / freeride nel comprensorio sciistico (ad es. “mecca del freeride”, “avventura fuori pista”, “meravigliose discese di neve fresca” ecc.) non implicano alcuna responsabilità dell'impresa di trasporto sulla zona non controllata. Si tratta di messaggi pubblicitari generali, che non si prestano ad alcuna interpretazione, in particolare non consentono di credere che le varianti e le aree freeride fuori dalle infrastrutture per sport da neve siano tenute sotto controllo e protette dai pericoli” (Direttiva n. 48)

Per evitare aspettative errate in merito alla sicurezza, le varianti e le aree freeride non devono figurare né sulle tavole di orientamento né sulle tavole panoramiche. Analogamente, presso i checkpoint freeride vanno evitate rappresentazioni grafiche che indicano dove praticare il fuori pista / freeride nel comprensorio sciistico” (Direttiva 49)

Escursionismo invernale

Da sempre l'escursionismo, tanto estivo quanto invernale rappresenta in Svizzera una delle attività ludico – sportive più praticate.

Non a caso la Confederazione dispone complessivamente di 65.000 chilometri di sentieri di cui circa 22.000 in montagna.

I sentieri e la rete escursionistica in generale sono espressamente contemplati dalla Costituzione Federale la quale, all'art 88. prospetta una vera e propria sinergia Confederazione – Cantoni:

Articolo 88

- 1) *La Confederazione emana principi sulle reti di sentieri, percorsi pedonali e vie ciclabili*
- 2) *Può sostenere e coordinare i provvedimenti dei Cantoni e di terzi per la realizzazione e la manutenzione di tali reti nonché per informare sulle medesime. In tale contesto rispetta le competenze dei Cantoni;*
- 3) *Nell'adempimento dei suoi compiti, prende in considerazione tali reti. Sostituisce i sentieri, i percorsi pedonali e le vie ciclabili che deve sopprimere;*

La Legge Federale del 4.10.1985 sui percorsi pedonali e sentieri (LPS) stabilisce i principi di pianificazione, realizzazione e manutenzione dei sentieri escursionistici limitandosi peraltro a formulare le linee guida la cui fase attuativa è deman-

data ai Cantoni ed organizzazioni di varia natura (imprese di trasporto, associazioni turistiche locali, club alpino Svizzero).

In particolare, i Cantoni:

*“assicurano su questi percorsi e sentieri la libera circolazione **possibilmente senza pericoli**”* art. 6

Il riferimento testuale ad un obbligo di garantire la circolazione sui sentieri – **possibilmente** – senza pericoli denota in principio un dovere di protezione che non può, è evidente, assumere portata assoluta e incontra dei limiti nella:

- effettiva realizzabilità delle misure di prevenzione e protezione
- la destinazione d'uso dei sentieri
- l'auto responsabilità

La fonte dell'obbligo di garantire le condizioni di sicurezza e protezione deriva dal principio consuetudinario ricorrente non solo nel Diritto elvetico in base al quale il soggetto che pone in essere o mantiene una fonte di pericolo o rischio è tenuto ad adottare tutte le misure idonee e necessarie al fine di evitare danni a terzi (“Gefahrensatz” in lingua tedesca).

Nella maggior parte dei Cantoni l'attività di pianificazione, demarcazione e manutenzione è demandata ai Comuni e a diversi enti ed associazioni di settore.

Le misure di prevenzione e protezione sono definite in base alla categoria e alla destinazione d'uso dei sentieri nonché al principio di autoresponsabilità degli utenti.

L'autoresponsabilità dell'escursionista invernale

Nell'affrontare la tematica della responsabilità derivante dalla frequentazione della rete escursionistica svizzera occorre, ancora una volta, fare primario riferimento al concetto di autoresponsabilità.

Nella misura in cui l'escursionista non intenda affidarsi alla competenza di una guida professionale egli affronta il percorso “a proprio rischio e pericolo”.

Tale concetto di auto responsabilità o di “scelta consapevole” risulta di tale ampiezza da ricomprendere

- la valutazione della propria idoneità fisica e delle proprie capacità
- l'attrezzatura
- la scelta del percorso
- le condizioni meteo e del terreno

Nella maggior parte degli eventi infortunistici la causa degli stessi è da ricercarsi in una mancata o errata valutazione di uno o più degli aspetti sopra elencati.

L'utilizzo della rete escursionistica avviene – salvo ipotesi residuali in cui il sentiero costituisca parte integrante di una proprietà privata – a titolo gratuito e gli escursionisti non sono legati ai soggetti della cui responsabilità si tratta da vincoli di natura contrattuale.

Qualora l'escursionista abbia contribuito con la propria condotta (attiva o omissiva) a determinare l'infortunio, l'obbligo risarcitorio degli enti responsabili (Comuni, Cantoni) verrà ridotto proporzionalmente in base all'art 44 del codice delle obbligazioni; nel caso in cui la responsabilità dello stesso infortunato dovesse risultare prevalente, l'obbligo risarcitorio degli enti preposti alla vigilanza /manutenzione verrebbe meno per interruzione del nesso causale.

I sentieri escursionistici – in particolare quelli invernali – trovandosi per definizione in un ambito territoriale di “aperta natura” dovrebbero – proprio per mantenere intatti i loro tratti caratterizzanti – essere liberi da interventi, impianti e strutture dell’uomo.

Fatta questa premessa, l’obbligo di garanzia e protezione dei sentieri i quali devono potersi percorrere “possibilmente senza pericoli” come dispone l’art 6 non può, necessariamente, assumere una valenza assoluta.

Qual è dunque il livello di sicurezza richiesto, da quali rischi dovranno essere protetti gli escursionisti?

Da una decisione del Tribunale Cantonale del Vallese (Dicembre 2017):

“I pericoli intrinseci degli sport sulla neve nelle escursioni invernali comprendono il rischio di perdere il controllo o di cadere su passaggi scivolosi o ghiacciati. Non è insolito che alcuni tratti del percorso presentino punti scivolosi o ghiacciati a causa delle condizioni meteorologiche, nonostante siano state preparate con un battipista. Se non vi è alcun rischio particolarmente elevato o atipico, i responsabili non devono adottare ulteriori misure precauzionali. L’obbligo di protezione delle pendenze esiste solo nell’ambito di ciò che è necessario e ragionevole.

Sarebbe sproporzionato se le persone responsabili della sicurezza garantissero ogni punto scivoloso o ghiacciato sul terreno escursionistico invernale con misure di sicurezza aggiuntive”

L’obbligo di protezione deve tenere conto della proporzionalità e concreta attuabilità delle misure protettive, deve essere ragionevole ossia considerare aspetti quali la gravità del rischio, la probabilità che si verifichi, l’entità dei possibili danni, la responsabilità individuale.

Le misure di sicurezza adottate sono sempre il risultato di un’attenta ponderazione dei rischi, degli interessi delle parti e dell’autoresponsabilità degli utenti.

Nell’ambito dei sentieri “invernali” si è soliti distinguere fra

- sentieri escursionistici
- sentieri per ciaspolatori

Entrambi devono essere protetti e messi in sicurezza rispetto ai due principali rischi alpini: le valanghe e il rischio di caduta / precipitazione.

In tale ambito, il Cantone, Il Comune o gli organismi appositamente delegati assumono un ruolo di garanzia e protezione.

I sentieri escursionistici sono soggetti a molteplici rischi naturali ma non per tutti vige l’obbligo di “garantire la sicurezza”. Ad esempio i rischi meteorologici ricadono sotto la responsabilità degli utenti che sono tenuti a tutelarsi pianificando e informandosi nonché equipaggiandosi e assumendo un comportamento prudente.

Responsabilità civile del cantone e dei comuni

Il fondamento giuridico della responsabilità dei cantoni e dei Comuni è costituito dai seguenti articoli della “Legge Federale sui percorsi pedonali e sentieri”

Articolo 6

I Cantoni

- a) *provvedono alla sistemazione, alla manutenzione ed alla segnalazione di percorsi pedonali e sentieri*

- b) assicurano su questi percorsi e sentieri libera circolazione **possibilmente senza pericoli**

Articolo 8

Per la pianificazione, la sistemazione e la preservazione delle reti di percorsi pedonali e sentieri, Confederazione e Cantoni si rivolgono ad organizzazioni private che promuovono soprattutto percorsi pedonali e sentieri (organizzazioni private specializzate).

I Cantoni possono pertanto operare in autonomia oppure delegare a Comuni o altri enti locali che ne assumono la piena responsabilità.

La responsabilità del proprietario dell'opera sentieri come "opera"?

L'articolo 58 del Codice delle Obbligazioni stabilisce:

"il proprietario di un edificio o di un'altra opera è tenuto a risarcire i danni cagionati da vizio di costruzione o da difetto di manutenzione"

Per quanto concerne i sentieri escursionistici è lecito domandarsi se detti sentieri siano "opere" ai sensi dell'art 58 CO

Sono opere ai sensi dell'art 58 CO tutti i manufatti direttamente o indirettamente ancorati al suolo.

I sentieri sono dunque considerati opere nel momento in cui cessano di essere percorsi battuti per diventare tracciati comportanti una modifica "intenzionale" del terreno

Per consolidata giurisprudenza federale, l'art 58 del Codice delle Obbligazioni trova applicazione anche nel caso in cui l'opera sia riconducibile ad un ente territoriale ogni qualvolta detta opera di proprietà del Comune ed in uso alla collettività provochi danni a terzi.

A tal proposito:

- è sufficiente che il tracciato sia chiaramente riconoscibile e delimitato con o senza strutture di consolidamento
- la modifica del suolo deve essere di una certa portata per cui un percorso semplicemente falciato o battuto non è assimilabile ad un'opera
- le infrastrutture del sentiero (parapetto, corrimani, passerelle) sono considerate opere indipendentemente dal fatto che il tratto interessato abbia carattere di opera o meno.

Secondo la giurisprudenza federale la qualifica di "opera" risulta pertinente ogni qualvolta la predisposizione del sentiero abbia richiesto importanti spostamenti o sbancamenti di terreno e laddove il sentiero stesso sia caratterizzato da manufatti o elementi di sicurezza (corrimano, ponti, recinzioni)

Chi è il "proprietario" dell'opera?

Se il sentiero costituisce un "opera" ai sensi dell'art 58 del codice delle obbligazioni il medesimo articolo individua nel proprietario dell'opera il soggetto eventualmente responsabile.

In caso di incidenti o infortuni si pone pertanto il problema di individuare il soggetto proprietario del sentiero.

Si tratta di operazione non sempre di pronta soluzione poiché la giurisprudenza federale non sempre si “accontenta” di individuare il soggetto formalmente proprietario prediligendo piuttosto “*colui il quale ha eretto/costruito l’opera, chi la utilizza o ne dispone essendo così investito degli obblighi di manutenzione*”.

Sintesi

La scelta operata dalla Svizzera di affidarsi a “buone pratiche” consolidate nell’arco di decenni ed elaborate da organismi altamente qualificati e specializzati ha dato, fino ad oggi, ottima prova di sé al punto da costituire costante punto di riferimento di dottrina e giurisprudenza.

Se le aree demarcate sono così caratterizzate da un articolato obbligo di garantire la sicurezza (Verkehrssicherungspflicht “in tedesco) in capo ai gestori/ esercenti, l’area “non controllata” è in larga misura rimessa al concetto di autoresponsabilità.

L’autoresponsabilità, pur costituendo l’ architrave dell’ “andar per monti” convive con il principio dell’affidamento che ricorre ogni qual volta un soggetto per legge, per contratto o per “ingerenza” assume una posizione di garanzia e protezione con i limiti della ragionevolezza e fattibilità.

ÉTUDE JURIDIQUE COMPARÉE
ITALIE-SUISSE
(PROJET SKIALP@GSB)

COORDONNÉE ET DIRIGÉE PAR WALDEMARO FLICK
Fondation Courmayeur Mont Blanc

ITALIE

PROFILS DE DROIT CIVIL

**Anthropisation d'une vallée alpine et responsabilité en cas
de mise en ligne d'itinéraires de ski-alpinisme en Italie**

MAURIZIO FLICK

avocat en Gêne

membre du Comité scientifique, Fondation Courmayeur Mont Blanc

1. Le projet *Skialp* : mettre en ligne sur des plates-formes des itinéraires de ski-alpinisme

Le projet SKIALP@GSB se pose l'objectif ambitieux de faire devenir la Vallée du Grand-Saint-Bernard une référence pour le ski-alpinisme. Il s'agit d'un projet pilote, d'une expérience, compte tenu du fait que le ski-alpinisme est un sport encore peu structuré au niveau touristique et que, en général, les personnes qui le pratiquent s'organisent librement.

Pour faire devenir la Vallée du Grand-Saint-Bernard une référence pour le ski-alpinisme, d'après les considérations introductives du projet, une plus grande collaboration transfrontalière entre la Vallée d'Aoste et le Valais (Suisse) est nécessaire.

C'est ici que se situe la présente étude juridique comparée, qui se propose d'approfondir, tout d'abord, les normes en vigueur en Italie et en Suisse pour ce qui est du ski-alpinisme, avec une attention particulière pour la zone du Grand-Saint-Bernard, la responsabilité de ceux qui pratiquent le ski-alpinisme, aussi bien comme amateurs que comme professionnels, ainsi que celles de l'administrateur public et de l'exploitant des espaces skiables aménagés.

Dans le cadre du projet, la Commune de Saint-Rhémy-en-Bosses (chef de file) est en train d'évaluer s'il serait opportun de publiciser 30 itinéraires de ski-alpinisme sur la plate-forme télématique « Gulliver » et, éventuellement, par le biais d'autres instruments aussi. Il en découle une série de problèmes nouveaux, qui n'ont apparemment jamais été traités. L'un des thèmes les plus évidents concerne les responsabilités éventuelles qui pourraient retomber sur l'administrateur public en cas de sinistre survenu le long de la trace publicisée *en ligne*. Il faut, en effet, se demander si – devant un itinéraire mis sur la plate-forme *en ligne* par la Commune – le skieur d'alpinisme peut se fier à la « sécurité » dudit itinéraire et, s'il peut, en cas de dommages subis le long du parcours, imputer une responsabilité à l'administration communale, par exemple s'il est touché par une avalanche au cours de l'ascension ou s'il a un accident avec un autre skieur d'alpinisme.

Par ailleurs, le projet prévoit que les guides de montagne locaux devraient être dotés d'une application qui leur consentirait de mettre à jour l'état d'un itinéraire dès qu'ils l'ont parcouru. Toutefois, dans ce cas aussi, il pourrait y avoir le risque qu'ils deviennent responsables de délits non intentionnels, ou qu'une responsabilité extracontractuelle leur soit attribuée, si des accidents sont causés par des renseignements fournis ou omis.

Si l'on arrive à la réalisation du projet, les sujets qui peuvent potentiellement devoir répondre sont les plus divers. Nous nous limiterons ici à considérer les principaux : le skieur d'alpinisme qui se sert de l'itinéraire pour son ascension, l'exploitant des espaces skiables aménagés, l'administrateur public, le guide de montagne, le moniteur de ski et l'accompagnateur non professionnel.

Il est clair que chaque situation doit être analysée de façon autonome, en tenant compte du fait que, tout d'abord, le changement rapide des paysages montagnards risque de rendre un itinéraire mis en ligne sur internet peu fiable après quelques heures seulement.

De plus, il faut s'interroger sur le degré de fiabilité que l'on peut attribuer à une simple trace téléchargée sur internet et ce qui la différencie d'un sentier traditionnel. Quelles responsabilités peut avoir l'exploitant du sentier ? Celles-ci peuvent-

elles être attribuées, par analogie, à celui qui met une trace en ligne sur internet ? Ces thèmes feront l'objet de la présente étude.

2. L'évolution de la montagne, de ses utilisateurs et de la jurisprudence. Le contexte où se situerait le projet *Skialp*

Il y a trente ans, si un skieur d'alpinisme avait causé une avalanche dans un espace ouvert et intact pendant une ascension, un tribunal hypothétique chargé du jugement aurait circonscrit la responsabilité de l'acte à celui qui l'avait perpétré.

Aujourd'hui, ce même tribunal hypothétique se pencherait également sur la responsabilité de celui qui a transporté le skieur d'alpinisme non loin du sommet par téléphérique (peut-être parce qu'il ne lui aurait pas dûment fourni les renseignements sur les risques de la zone), du Maire de la commune (appelé « syndic » en Vallée d'Aoste) où l'avalanche est descendue (pour ne pas avoir interdit l'accès à la zone, compte tenu du risque avalanches), du guide de montagne qui passait non loin de là (parce qu'il ne serait pas intervenu).

Jusqu'à il y a trente ou quarante ans, le rapport entre l'utilisateur de la montagne (skieur, alpiniste, skieur d'alpinisme, randonneur) et l'opérateur de la montagne au sens large (moniteur de ski, guide de montagne, exploitant des remontées mécaniques et des pistes de ski et administrateur public des communes de montagne) avait des caractéristiques particulières, déterminées par le fait que les deux sujets du rapport étaient bien conscients qu'une grande partie du charme de l'activité en montagne consistait souvent dans l'affrontement de la tension engendrée par le danger et dans leur capacité de la surmonter grâce à des capacités physiques et morales¹.

Dans les années soixante et soixante-dix, les controverses entre le guide de montagne et le client qui aboutissent au tribunal sont rares² ; cela est étrange si l'on considère le nombre élevé de sinistres que l'on enregistrerait alors dans le domaine de l'alpinisme³. L'explication la plus plausible réside probablement dans le principe d'auto-responsabilité, qui comporte une forte prise de risque de la part de celui qui effectue une activité, dans ce cas l'utilisateur de la montagne. Parmi les rares jugements

¹ Des observations dans ce sens avaient déjà été formulées par M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza*, in *I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aoste, pages 65-67. Dans les manuels, il y a peu de contributions sur la responsabilité du guide de montagne : voir M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Milano, 2016, pages 181-184 ; L. LENTI, *La responsabilità civile delle guide e degli accompagnatori non professionali nell'alpinismo e nell'escursionismo*, in G. FORNASARI, U. IZZO, L. LENTI, F. Morandi, *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. La Montagna*, Torino, 2013, pages 379 et suivantes ; G. CIURNELLI, *I contratti del tempo libero*, in CIURNELLI, MONTICELLI, ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Milano, 1994, pages 299-300 ; A. SASSI, *Guida alpina*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, VIII, *Tempo libero*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, sous la direction de P. CENDON, Torino, 2004, p. 45 ; A. JAMBERO, *IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLA GUIDA ALPINA* in *Riv. dir. sport.*, 1978, p. 459 ; R. CHABOD, *Il contratto di guida*, in *Riv. dir. sport.*, 1959, p. 270 et suivantes.

² Dans la jurisprudence, il y a très peu de précédents en la matière.

³ Le même discours est également valable pour les autres sports de montagne, où l'évolution est semblable.

retrouvés, la plupart acquittaient le guide et excluaient toute tentative d'inversion de la charge de la preuve contre lui⁴. Il semblait y avoir, dans le rapport guide-client, une sorte de pacte implicite d'exonération de la responsabilité en cas de faute du guide⁵.

Cela était particulièrement vrai quand le métier de guide de montagne avait une connotation touristique-élitaire, caractérisée par une véritable passion pour la montagne, souvent accompagnée d'une solide préparation et d'une capacité technique remarquable, d'un esprit de respect et de solidarité marqué pour ce qui est aussi bien des guides de montagne que des clients. Ce même discours était valable pour le rapport entre l'élève et le moniteur de ski⁶.

Un discours similaire pourrait s'appliquer au rapport entre l'exploitant des pistes et des remontées mécaniques et le skieur. Dans ce cas, jusqu'au début du XXI^e siècle, le skieur qui s'était blessé avait des probabilités de réussir à obtenir un dédommagement si le sinistre était arrivé au cours de la remontée, mais c'était difficilement le cas si l'accident s'était vérifié sur la piste⁷.

L'élargissement des mailles en thème de responsabilité de l'administrateur public pour des dommages s'étant vérifiés sur des biens domaniaux n'est pas très différent. Dans ce cas, la jurisprudence tendait à exclure l'applicabilité de l'art. 2051 du code civil italien (responsabilité découlant de la gestion de biens) en cas de biens appartenant au domaine public. Cette norme n'était pas appliquée quand, à cause de l'étendue et de l'utilisation généralisée et dirigée de la part des tiers, il n'était pas possible pour le gardien d'exercer la surveillance⁸. La jurisprudence a

⁴ Cf. à ce sujet M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza, in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, cit., p. 65. Nous rappelons quelques jugements à ce propos : Tribunal de Trente G.I. 6 décembre 1949, accusés Merci et Endrizzi ; Tribunal de Trente G.I. 11 octobre 1968, accusé Stenico ; Tribunal de Trente 9 novembre 1979, imputé Finetto ; App. Trente 14 avril 1980, imputé Finetto ; App. Turin — section d'instruction — 5 janvier 1983, accusé Rosti.

⁵ Cela tout en étant conscients que la vie et l'intégrité physique ne sont pas des droits disponibles (art. 5 du code civil italien) et qu'ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'un contrat. Cf. sur le principe d'auto-responsabilité en montagne les observations très justes de L. LENTI, *Montagna, libertà e responsabilità*, in G. Fornasari, U. IZZO, L. LENTI, F. MORANDI, *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. La Montagna*, Torino, 2013, p. 107.

⁶ Voir l'art. 2236 du code civil italien, applicable au moniteur de ski cf. G. CHINÈ, «*Con la neve alta così*»: di sci, impianti di risalita e responsabilità civile, in *Riv. dir. sport.*, 1995, p. 594 ; M. AMBROSIO et M. BONA, *Responsabilità dei maestri di sci*, cit., pp. 905-906. En citant le jugement inédit du tribunal de Turin du 28 mai 1994 – d'après lequel la norme ne peut pas être appliquée si un élève est touché par une avalanche en faisant du ski hors-piste, car, dans le cas examiné, le moniteur ne devait pas résoudre des problèmes d'une difficulté particulière, mais faire preuve de la prudence ordinaire – ces auteurs font observer que, dans l'application de la jurisprudence, l'applicabilité de cette norme est pratiquement inexistante ou, quoi qu'il en soit, limitée à des hypothèses absolument marginales, car difficile à vérifier dans les faits ; M. BONA, A. CASTELNUOVO, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, in *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, collection dirigée par P.G. MONATERI, Milano, 2002, p. 165 ; F. LORENZATO, *La responsabilità civile del maestro e della scuola di sci*, in *La responsabilità sciistica. Analisi giurisprudenziale e prospettive dalla comparazione*, sous la direction de IZZO et PASCUZZI, Torino, 2006, p. 132.

⁷ La reconnaissance du contrat représenté par le forfait a certainement élargi l'éventail de responsabilités qui retombent sur l'exploitant des pistes, plus précisément des espaces skiabiles aménagés aux termes de la loi n° 363/2003.

⁸ L'art. 2051 était jugé applicable vis-à-vis de l'administration publique pour les catégories de biens domaniaux comme les routes publiques uniquement quand, compte tenu des dimensions réduites, un contrôle efficace et une vigilance constante de la part de l'administration publique n'était pas possible, afin d'empêcher l'apparition de causes de danger pour les usagers (C. 20827/2006).

aujourd'hui radicalement évolué vers un plus grand devoir de surveillance attribué à l'administration publique.

Pour lire ces données, il faut considérer l'aspect suivant, qui s'avère important : par rapport au passé, aujourd'hui, la réalité a changé. L'augmentation du bien-être et, par conséquent, des capacités financières et du temps libre pour toujours plus de monde, la facilité et la rapidité des transports, entre autres par câble, la découverte de l'effet salutaire et thérapeutique du sport alpin, ont amené à la montagne – désormais largement découverte et sans secrets – une quantité énorme de touristes provenant des villes, généralement dépourvus de connaissances techniques dans le domaine de l'alpinismes, mais souvent aussi du simple esprit sportif, voire du respect de l'environnement, désireux d'imiter les modèles imposés par les *médias*, mais incapables d'évaluer le risque à affronter et, donc, d'en prendre la responsabilité d'une façon consciente⁹.

Beaucoup de choses ont changé ces dernières années et les cas brièvement présentés ci-après ne sont que le sommet d'un *iceberg* qui ne peut être approfondi dans le présent document, mais qui permet de comprendre qu'il existe une tendance générale actuelle que l'on ne peut ignorer.

Au sujet de ce nouveau type d'utilisateur de la montagne, le système juridique a essayé de trouver des formes de tutelle plus appropriées, avec une plus grande ouverture envers les revendications des victimes, ne voulant – ou peut-être ne pouvant – plus suivre au pied de la lettre la théorie de l'auto-responsabilité¹⁰ ou celle du consentement de l'ayant droit¹¹, expression d'une mentalité individualise qui paraît mal se concilier avec les nouvelles conceptions sociales¹².

Un sens accru de la solidarité conduit aujourd'hui à protéger l'homme-masse de sa propre volonté de s'exposer au risque créé par d'autres, parfois dans un but lucratif, surtout quand il y a une sous-évaluation du danger auquel il s'expose, souvent simplement par ignorance¹³.

Ainsi, revenant à l'un des cas qui nous intéresse le plus, la profession de guide de montagne a perdu son caractère éthique et romantique pour en prendre nécessairement un plus purement pratique et économique : ce n'est plus le rôle tradition-

⁹ Le thème est traité d'une façon exhaustive par L. LENTI, *La responsabilità civile delle guide e degli accompagnatori non professionali nell'alpinismo e nell'escursionismo*, cit., pages 379 et suivantes.

¹⁰ Entre tous, cf. V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, p. 109 et suivantes.

¹¹ Il s'agit, comme on sait, de cause de justification prévue par l'art. 50 du code pénal italien, sur la base de laquelle celui qui lèse ou met en danger un droit avec le consentement de la victime n'est pas punissable. Vu l'importance de l'autonomie privée, l'efficacité du consentement n'est pas illimitée. L'acte illicite accompli est, en effet, justifié par le consentement du sujet passif uniquement si celui-ci exerce cette faculté en référence aux droits disponibles.

¹² En général, les « points de fracture » entre les deux paradigmes contractuels (classique et du consommateur) sont clairement déterminés par V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in Roppo, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, p. 25 et suivantes ; et ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 et suivantes, puis surtout p. 679 et suivantes. Sur les caractéristiques spécifiques qui distinguent le consommateur, voir, entre autres, F. BARTOLINI, *Il consumatore: chi era costui?*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 386-393.

¹³ Voir à ce sujet M. PRADI, *La risposta della giurisprudenza*, in *I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, cit., pp. 65-67.

nel d'accompagnateur d'alpinistes téméraires et déjà bien préparés techniquement pour atteindre le sommet, mais celui d'« opérateur touristique de la montagne », garant d'une attitude correcte de ses clients envers la montagne.

La conséquence est que le comportement des professionnels de la montagne est aujourd'hui évalué par les Tribunaux avec davantage de rigueur, souvent avec l'exclusion d'un jugement en faveur du guide tenant compte de l'état de nécessité (art. 54 du code pénal italien) et, parfois, en appliquant l'inversion de la charge de la preuve, c'est-à-dire en reconnaissant que l'alpinisme est une activité dangereuse par nature (art. 2050 du code civil italien)¹⁴.

Ainsi, comme nous y avons déjà fait allusion, au fil des ans l'administrateur public aussi a été toujours plus souvent impliqué dans des procès aussi bien civils, que pénaux que comptables, en raison de cette nouvelle conception de solidarité, qui reçoit de plus en plus d'approbation.

Le danger que l'on peut courir avec une lecture en ces termes est, toutefois, d'attribuer une responsabilité excessive aux sujets qui travaillent, à plusieurs titres, à la montagne, lieu où le risque reste impossible à éliminer.

La montagne doit aujourd'hui faire face à des dynamiques contradictoires, où de trop nombreuses personnes demandent plus de tutelles, de sécurité, de protection, souvent sans réfléchir le moins du monde sur le concept d'auto-responsabilité et sur une conscience accrue des risques.

La montagne est devenue toujours plus un phénomène de tourisme de masse, entre autres grâce au développement de la technique, des moyens mécaniques et des disciplines sportives elles-mêmes. Ces intérêts sont tous essentiellement positifs, car ils engendrent bien-être et progrès, mais, en même temps, ils sont une source continue de nouveaux problèmes, de questions cruciales encore en partie sans solutions, justement posées par l'accès toujours plus facile à la montagne et par ce que cela implique. On s'interroge ainsi sur les limites, les rôles et les frontières à respecter aujourd'hui.

Ces problèmes à résoudre viennent aussi de la perte de la perception des risques dans la collectivité qui, en même temps et en contradiction, requiert une protection à 360 degrés.

En conséquence, quand un sujet subit un dommage, trop souvent, il prétend une protection, demande une tutelle juridique, civile et/ou pénale, des indemnisations et des remboursements, il exige qu'un coupable soit trouvé pour le fait auquel il a peut-être fortement participé.

La conviction qu'à chaque risque doit forcément correspondre la responsabilité de quelqu'un s'est accrue d'une manière exponentielle ; de même, il y a eu une explosion de la culture dite de la « protection attendue » à tout prix.

La tendance actuelle de la part des partenaires peut être synthétisée par la

¹⁴ Cf. à ce sujet le jugement du Tribunal civil de Verbania, 17 février 1994, Luigi Montani, Associazione dei Guide di montagna italiani (A.G.A.I.), qui soutient l'applicabilité de l'art. 2050 du code civil italien, où il est affirmé que : « Il semble tout à fait évident, même pour les personnes qui n'ont pas d'expérience de la montagne et de ses dangers, que l'escalade et la remontée de parois exposées impliquent inévitablement un danger pour la sécurité personnelle, car il est toujours possible que des accidents de diverse nature causent le détachement de l'alpiniste et sa chute en aval », avec par conséquent la condamnation de l'A.G.A.I., qui n'avait pas pu fournir la preuve d'avoir « adopté toutes les mesures appropriées pour éviter le fait dommageable ».

formule suivante : « *auto-responsabilité minime, requête d'auto-tutelle maximale* ».

Les tribunaux répondent souvent à ces demandes de tutelle en les accueillant. En général, et presque indépendamment des faits, l'idée est que plus l'on dédommage et mieux cela vaut ; l'on arrive au paradoxe que la discipline de la responsabilité dans le domaine civil est d'autant plus avancée et appréciable, d'autant plus moderne et source de progrès, qu'elle permet d'accroître le « chiffre d'affaires » global des dédommagements à l'intérieur du système¹⁵.

D'après la meilleure doctrine, l'histoire de la responsabilité civile italienne est l'histoire d'une translation progressive des dommages : un système où les principes au cœur de la responsabilité sont rendus flexibles pour faire en sorte que le dommage ne reste pas où il s'est vérifié¹⁶. Toutefois, peu de voix s'élèvent contre cette boulimie généralisée de dédommagement¹⁷.

Dans tous les cas, on peut souligner ceci : dans l'expérience italienne, on a assisté à un passage un peu schizophrénique d'une phase où l'on dédommageait trop peu à une phase où, probablement, l'on dédommage trop¹⁸.

Cette nouvelle approche en milieu montagnard risque d'impliquer des changements de tendance remarquables par rapport au passé, donnant lieu à une déresponsabilisation des utilisateurs de la montagne et, en même temps, attribuant des responsabilités excessives aux guides de montagne, aux moniteurs de ski, aux exploitants des espaces skiables aménagés, ainsi qu'aux maires des communes de montagne.

Il est alors juste de se demander, aujourd'hui, si la position de l'utilisateur de la montagne est correcte : en cas d'accident, il essaie toujours et de toutes les façons de trouver une protection et un sujet auquel attribuer la responsabilité.

Vu l'introduction, il est plus facile de saisir pourquoi ces dynamiques pourraient mener à des dérives : par exemple, à imiter ce qui s'est longtemps vérifié dans le domaine sanitaire avec la célèbre « médecine défensive »¹⁹. Des conduites myopes adoptées en milieu montagnard, que nous pourrions définir de « montagne défensive » : les opérateurs de la montagne pourraient, à différents titres, adopter des conduites semblables, poussés par la crainte de ne pas pouvoir se défendre d'une façon appropriée lors d'un procès.

Un tel cadre de référence doit être conjuré. L'approche du système juridique vis-

¹⁵ Cette formule incisive est employée par V. ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile* (in *margin* al libro di Pietro Trimarchi), in *Questione Giustizia*, 1, 2018 sur le site internet www.questionegiustizia.it.

¹⁶ Dès les années Soixante, en tenant ses cours institutionnels de droit privé, d'après ce qu'affirme V. ROPPO, P. Trimarchi avait l'habitude de dire : « *Le dédommagement élimine le dommage du point de vue (subjectif) de la victime ; mais il ne l'élimine pas du point de vue (objectif) de la société dans son ensemble, qui continue à souffrir en raison de la ressource détruite. La fonction préventive est ainsi essentielle pour protéger l'intérêt de la société à ce que les ressources soient conservées.* »

¹⁷ On peut citer ici V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *juscivile*, 2017, p. 6 ; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.

¹⁸ C'est la conclusion nette à laquelle arrive V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, cit., p. 6 et suivantes.

¹⁹ Sur ce point, il est bien de citer la loi *Gelli-Bianco* (8 mars 2017, n° 24), qui suit la loi *Balduzzi* (8 novembre 2012, n° 189). Ces deux mesures ont cherché à combattre ce que l'on appelle la « médecine défensive », en rendant plus légère la charge de preuve pour le personnel sanitaire. Ce thème sera approfondi aux paragraphes suivants.

à-vis de ces dynamiques oscille comme un pendule. Pendant longtemps, le pendule a penché vers une position quasiment de désavantage pour les victimes en montagne, puis elle a brusquement changé de position à l'avantage de l'utilisateur de la montagne qui a subi un dommage. À présent, il pourrait trouver un juste équilibre si les tribunaux parviennent à lire sans préjugés et correctement les nombreux changements qui sont en train de caractériser les sports et les différentes activités que l'on exerce en montagne²⁰.

Ce discours est fondamental pour comprendre l'évolution générale : la tendance est résolument plus rigoureuse par rapport au passé pour ceux qui travaillent en montagne et un projet comme celui qui est envisagé pour la Vallée du Grand-Saint-Bernard doit être analysé par rapport à des réalités qui sont en mouvement, non seulement à la montagne, mais aussi et surtout en matière de responsabilité, aussi bien contractuelle qu'extracontractuelle. Ci-après, nous chercherons à esquisser les différentes responsabilités qui pourraient être attribuées – en cas de réalisation du projet – aux sujets travaillant en montagne, à différents titres.

Nous commencerons par l'exploitant des espaces skiables aménagés puis par l'administration publique, en passant par les skieurs et les skieurs d'alpinisme pour conclure avec les professionnels de la montagne (guide de montagne et moniteur de ski).

3. Droit pénal vs droit civil : le lent passage d'une vision entièrement pénale à une vision relevant du droit civil

Il faut exprimer une autre considération préliminaire ultérieure au sujet des objets les différents bassins que le système juridique offre pour protéger ces mêmes positions juridiques en montagne : notamment, le droit civil, le droit pénal et le droit administratif.

Pendant trop longtemps, parmi tous les remèdes juridiques utilisés de façon abstraite pour affronter les risques de la montagne et les autres risques de la modernité, ce sont la répression et la sanction pénale qui ont été privilégiées, mettant de côté et rendant ainsi peu attrayants et peu utilisables les deux autres réservoirs offerts par la *responsabilité civile* et par la gamme variée des outils du *droit administratif*.

Dans ce cas également, nous pouvons nous servir l'image efficace du pendule qui oscille. Pendant longtemps il a penché du côté du droit pénal et, à notre avis, c'est le moment de le faire se déplacer vers le droit civil, pour plusieurs raisons.

Il s'agit du problème de fond : on passe toujours le témoin au procès pénal comme lieu de solution des problèmes de masse. Mais cela ne nous paraît pas

²⁰ Parmi les différentes nouveautés qui ont concerné la profession de guide de montagne ces dernières années, il y a la liberté de travailler et la mobilité temporaire des professionnels dans le contexte du marché intérieur européen, sans que cela oblige à s'établir dans l'État membre d'accueil. La Directive européenne 2005/36/CE, mise à jour en 2013 par la Directive 2013/55/CE, portant sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, a introduit des dispositions afin de faciliter la libre prestation de services et, en même temps, de sauvegarder la sécurité publique et la tutelle des consommateurs. La profession de guide de montagne est, notamment, réglementée d'une manière très différente dans les États membres et les normes ne visent pas toujours à avoir des professionnels qualifiés, en mesure de garantir la sécurité en montagne. La disparité de formation peut causer différents problèmes à l'administration compétente qui doit juger si le titre obtenu dans le pays d'origine est approprié.

une bonne façon de procéder, pour différentes raisons que nous essayons de lister brièvement ci-après :

- 1) Tout d'abord, parce que l'on alimente une vision des problèmes sociaux qui ne relève que du droit pénal, faisant tout confluer dans le pénal, avec – à la base – une dangereuse illusion, la typique illusion répressive qui fait dire : privilégions le pénal, car ainsi les citoyens savent qu'ils risquent des sanctions pénales et ils ne commettront plus certaines actions (fonction préventive, répressive, dissuasive). Nous avons souvent lu dans les journaux, suite à l'élan émotionnel provoqué par un accident lié à une avalanche, que l'on suggère des solutions relevant du droit pénal, comme si cette voie était une panacée, un remède universel pouvant résoudre n'importe quel problème.

En revanche, l'on a compris que l'évocation de cette idée et la fonction du pénal ne jouent plus un rôle de prévention générale. Le risque est que le fait de citer le droit pénal devienne inefficace.

Il est inutile de menacer de prison celui qui cause une avalanche ou qui en est responsable.

- 2) L'administrateur public local – et parfois aussi l'exploitant des pistes – dans le cas d'accident dû à une avalanche joue le rôle de « paratonnerre » auquel attribuer la responsabilité du sinistre.

- 3) En cas d'avalanche, qu'est-ce qui peut exempter un maire (appelé « syndic » en Vallée d'Aoste) de la responsabilité ? Il ne faut pas oublier la notion traditionnelle de « cas fortuit » (ce qui, en fin de compte, fait en sorte qu'une conduite humaine ne soit pas punissable). Cette notion est étayée par deux caractères préalables : *l'imprévisibilité* et *l'inévitabilité* (ou non prévisibilité) de l'événement.

- a. La technologie a assurément augmenté les possibilités de prévision. Toutefois, les avalanches ne sont certainement pas prévisibles pour ce qui est du lieu exact, du jour, de l'heure, de la quantité exacte (nous pourrions parler d'une prévisibilité partielle). De ce point de vue, ces événements demeurent inévitables : vu leurs dimensions, les petites avalanches échappent souvent aux appareils installés pour la surveillance des lieux les plus à risque de nos montagnes, bien qu'ils soient très sophistiqués.

- b. Ici, comme protection pour les administrateurs et les exploitants, il faut citer la limite de l'*exigibilité* dans l'évaluation de la punition qui peut être prévue pour certains comportements des administrateurs eux-mêmes. Cette typologie de micro-avalanches, bien que prévisible, continue à être inévitable, car la diligence normale ne peut l'éviter, puisque l'on ne peut certainement pas prévoir (nous serions là dans le domaine de l'inexigibilité) l'adoption de mesures disproportionnées, par exemple, l'interdiction définitive d'une zone ou d'une route ; de même, il est impensable de demander à la commune de placer une sentinelle tous les 10 m pour observer le risque de coulées de neige, et ainsi de suite ; alors que l'activité que l'administration locale devrait mettre en œuvre pourrait consister simplement dans le signalement et dans l'information appropriée. Il n'est pas vrai qu'un événement qui était auparavant imprévisible et qui est maintenant prévisible doit automatiquement devenir, s'il se réalise, une source de responsabilité et de faute, quand il demeure inévitable.

Le cas fortuit comporte le caractère imprévisible et inévitable. Les deux sont en principe nécessaires pour que l'on puisse parler de cas fortuit : mais si l'imprévisibilité vient à manquer et si l'inévitabilité demeure, il s'agit toujours de cas fortuit et il n'y a pas de responsabilité.

- 4) Poursuivant l'analyse des réservoirs fournis par le droit, nous proposons une dernière question, qui fait pencher encore davantage vers la responsabilité civile. Le pénal ne semble pas être non plus la meilleure manière de gérer les phénomènes dont nous nous occupons, car il présente toute une série de limites, notamment la possibilité pratique d'aboutir à la condamnation d'un responsable. Au cours de ces quinze dernières années, la jurisprudence de la Cour de Cassation (suivie pour la plupart par des juges du fond) a radicalement changé pour ce qui est du *standard de preuve* requis dans notre système juridique afin de condamner pénalement une personne.

Depuis 2002 (célèbre jugement Franzese des Sections pénales unies de la Cassation), notre jurisprudence s'est basée sur le fait que l'on ne peut condamner pénalement un sujet, si la preuve de sa culpabilité n'apparaît pas « *au-delà de tout doute raisonnable* ».

Cet aboutissement de notre jurisprudence a été favorisé par la meilleure partie de la doctrine pénale et de la doctrine civile : depuis des années, dans le débat sur le siège assurant la tutelle la plus adaptée aux victimes de la modernité, elle avait estimé que, dans le domaine pénal, il fallait augmenter le standard de preuve requis pour la condamnation à des niveaux avoisinant la certitude, en acceptant, comme compensation, un élargissement parallèle du standard nécessaire dans le cadre civil, déterminé par la règle du « *plus probable qu'improbable* » (principe qui a reçu l'accueil favorable des chambres réunies de la Cassation civile en 2008). Et la Cassation suit ce principe depuis quinze ans. Dans le pénal, on accorde de la place à un régime de preuve rigoureux qui a conduit à resserrer les mailles ; au contraire, dans le civil, les mailles se sont élargies. Cela signifie donc que la condamnation pénale doit avoir une forte contraction, puisque le droit pénal est axé sur le *favor rei* envers l'accusé et sur le fait que, par conséquent, il est beaucoup mieux qu'un coupable soit acquitté ou ne soit même pas inculpé, plutôt qu'un innocent soit condamné. C'est dans le procès civil – axé, au contraire, en *faveur de la victime* – que le dédommagement des victimes doit avoir beaucoup plus d'espace qu'avant (fonction compensatoire de la responsabilité civile). Tel est l'ajustement, ou si l'on veut le compromis, qui a été introduit depuis quinze ans au niveau de la jurisprudence, du moins au niveau de la jurisprudence de la Cassation. Chaque juge du fond aurait le devoir de le respecter et de le suivre : réduction du domaine du procès pénal et, en parallèle, augmentation de celui de la responsabilité civile.

Cette approche devrait être suivie dans le secteur de la montagne aussi.

De fait, la dimension civile du caractère aléatoire est exogène, car ses règles et sa construction théorique sont du ressort au droit pénal. Nous continuons à lire que les règles causales sont contenues dans les articles 40 et 41 du code pénal, mais il n'en est pas exactement ainsi.

La différence fondamentale entre le droit pénal et le droit civil réside dans le fait que le premier se concentra sur les faits qui prouvent la responsabilité de l'auteur du dommage ; le second se concentre sur les changements subis par la victime. Cela peut conduire à des résultats très différents, car l'accusé est au centre du

procès pénal, alors que la victime est au centre du procès civil. L'exemple classique est celui de deux chasseurs qui tirent en même temps sur un troisième chasseur, le prenant pour un animal. Dans le procès pénal, il peut arriver que les deux soient acquittés, s'il n'est pas possible d'établir laquelle des deux armes a tiré le coup qui a touché le troisième chasseur. Le procès civil, en revanche, peut rechercher un lien entre le comportement des deux premiers chasseurs et le dommage subi par la victime²¹.

- 5) L'opinion publique n'est peut-être pas encore prête à comprendre pourquoi le médecin ou l'administrateur acquitté dans le pénal peut être condamné pour le même fait dans le civil. Cela paraît quelque chose d'incroyable, qui pousserait à dire « *voilà, c'est la justice italienne habituelle, qui tombe en morceaux, qui est nulle* ». Or, il n'est rien : les critères appliqués dans les deux procès sont complètement différents. Il est juste que si, dans un procès pénal, on n'atteint pas la preuve de la culpabilité *au-delà de tout doute raisonnable*, l'inculpé soit acquitté ; par contre, dans le procès civil, où tel administrateur peut être poursuivi aux termes de l'art. 2051 du code civil, sur la responsabilité liée aux biens en gestion, il est juste qu'il soit condamné.

Un exemple concret : si la commune est propriétaire d'une route où il y a un trou ou d'autres sources de danger et si une personne se fait mal en tombant dans ce trou ou subit d'autres dommages, ladite personne obtient beaucoup facilement un dédommagement dans le droit civil, alors que dans pénal elle n'obtient certainement pas (ou alors uniquement dans des cas extrêmes) la condamnation du maire pour délits non intentionnels, car dans le civil la responsabilité est, comme dans le cas de l'art. 2051 du code civil italien, objective ou, quoi qu'il en soit, la charge de la preuve y est inversée (à la charge du maire) ; dans le pénal, par contre, c'est toujours l'accusation (le procureur) qui doit prouver la responsabilité de l'accusé, au-delà de tout doute raisonnable.

Pensons encore à toutes les fois où un médecin est acquitté du délit d'homicide non intentionnel dans un contexte de droit pénal et qu'ensuite il est condamné pour ne pas avoir démontré qu'il a fait tout ce qui était possible pour éviter le dommage...

Il existe ainsi dans le système juridique d'autres réservoirs trop peu utilisés et qui sont à développer : le droit civil, comme nous venons de le voir, et le droit administratif, c'est-à-dire le lieu d'élection de l'action, surtout publique, de prévention.

Prévenir et programmer : tel est le rôle des collectivités locales, qui ont à leur disposition une très vaste gamme d'outils.

²¹ C'est suivant ce raisonnement que, au fil des ans, la jurisprudence a développé un double niveau de preuve : une règle de structure permet une enquête générale au niveau de la causalité et une règle probatoire permet de choisir parmi les probabilités, suivant les cas et les individus impliqués. La probabilité d'une infection suite à une transfusion, par exemple, n'est pas fixe, mais dépend aussi des comportements de la victime : la probabilité d'infection est plus élevée dans certains cas, moins si la personne infectée adopte des comportements en mesure de véhiculer l'infection indépendamment de la transfusion. C'est pourquoi la responsabilité civile doit tenir compte de l'histoire et du caractère individuel de la personne. Le procès devient ainsi une enquête qui aborde tous les aspects de l'existence : de la santé physique à la souffrance intérieure. Dans la jurisprudence, donc, la probabilité agit dans le choix d'un lien de causalité, mais elle est également au cœur de l'évaluation des changements engendrés dans la vie de la victime par l'événement dommageable.

4. L'exploitant des espaces skiables aménagés : sinistre en piste et hors-piste

En Italie, le ski alpin concerne environ 4 millions de passionnés, en Europe 20 millions et dans le monde 60 millions. La réalité actuelle est très différente par rapport à celle des débuts du XX^e siècle, quand peu de groupes s'aventuraient en montagne pendant l'hiver, à ski, et équipés de peaux de phoque, pour atteindre les sommets.

Aujourd'hui, le nombre élevé de skieurs, l'augmentation des accidents, même mortels, en piste comme hors-piste, et les intérêts complexes et entremêlés qui gravitent autour du monde du ski ont posé, d'une façon toujours plus urgente, des problèmes de règles et, plus en général, de gestion et de discipline du phénomène. Cette matière a été réglementée pendant longtemps par la législation régionale, de façon massive et, parfois, inappropriée²². Afin de résoudre ces questions, des requêtes d'intervention du Législateur national sont nées, pour faire en sorte d'avoir, en Italie aussi, des normes homogènes réglant la pratique du ski et des autres sports d'hiver de façon uniforme. Ces requêtes ont abouti à la promulgation de la loi n° 363 du 24 décembre 2003. Ladite loi porte le titre « *Normes en matière de sécurité dans la pratique des sports d'hiver de descente et de fond* » et comprend quatre chapitres, pour un total de 23 articles.

On peut enfin dire qu'il existe une loi italienne sur la montagne. Il est important de souligner que la loi 363/03 constitue assurément un pas en avant, mais qu'elle n'a que partiellement harmonisé les normes disparates qui étaient déjà présentes. Il faut alors se demander si, avec cette loi, les questions principales qui devraient être posées en amont de toutes les problématiques concernant le ski sur piste ont été posées ; cela signifie qu'il faut se demander si les problèmes du dédommagement ont été abordés en tenant compte du droit substantiel et de la charge de la preuve dans le domaine du droit judiciaire. Le problème a été abordé depuis longtemps, et en partie résolu, par la doctrine et par la jurisprudence la plus avertie, qui ont élaboré ce que l'on appelle « contrat lié

²² L'exposition des lois concernant le comportement du skieur sur les pistes et son évolution au fil du temps peut conduire à deux conclusions. La première consiste dans un principe synthétique valable pour tous les sujets impliqués dans l'activité du ski : le droit-devoir du « bon sens ». D'après ce principe, au-delà des prescriptions et des élaborations que l'on peut trouver dans les ouvrages de jurisprudence et dans les actes des procès en la matière, le principal est que les personnes qui interagissent dans un milieu naturellement exposé aux dangers tel que la montagne se comportent tout d'abord en faisant preuve d'auto-responsabilité et de rationalité. La deuxième conclusion concerne l'étrange parcours juridique des normes concernant le ski. En effet, l'auto-réglementation mise en œuvre par F.I.S. avec le Décalogue du skieur et, surtout, la législation très riche et parfois divergente dans le cadre régional conduisent à certaines considérations très actuelles sur les sources du droit. Comme nous l'avons déjà dit, la loi nationale tant désirée sur les sports d'hiver n° 363 de 2003 laisse aux régions de très larges pouvoirs. Ces dernières années, certains ouvrages sur le droit civil ont commencé à se pencher sur le rapport entre le droit privé et le droit régional, se demandant si le droit privé peut être produit par des lois régionales. Sur ces derniers aspects, cf. notamment V. ROPPO, « *Diritto Privato Regionale* » in *Politica del Diritto* a. XXXIII, n° 4, 2002, pages 553 et suivantes.

au forfait » ou « contrat blanc ». Il s'agit d'un contrat atypique²³, non prévu par notre système juridique et encore moins par la nouvelle loi²⁴.

En substance, la cause²⁵, dans ce contrat n'est pas tant le transport, mais l'activité dans son ensemble, c'est-à-dire « monter et descendre », « un transport fonctionnel à l'activité du ski sur des pistes sûres »²⁶. La discipline de ce contrat atypique est déterminée par les normes générales du contrat (art. 1323 et suivants du code civil italien, notamment l'art. 1341) et par les normes sur l'exécution (articles 1218 et suivants, 1175 et 1176 alinéa 1 du code civil italien), par les normes de contrats spécifiques, applicables par analogie (articles 1678 et suivants du code civil italien) comme l'art. 1374 du code civil italien, pour l'intégration²⁷. L'orientation du rapport contractuel unitaire a été, en principe, reçue positivement par le Tribunal de Modène²⁸ : celui-ci a établi que l'exploit-

²³ L'art. 1322, alinéa 2, établit que « *Les parties peuvent... conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types ayant une discipline particulière* ». La possibilité de stipuler des contrats atypiques, « *permet aux privés d'organiser leurs propres opérations contractuelles de la façon la plus conforme à leurs propres exigences, et donc plus adaptée à garantir l'efficacité de leur action* » ; c'est ce qu'affirme V. ROPPO, in *Il contratto*, Milano, 2001 p. 422 et suivantes. La liberté de stipuler des contrats atypiques peut toutefois être limitée concernant certains biens, activités ou intérêts. Dans ces cas-là, la loi établit certains types de contrats et interdit de stipuler des contrats que l'on ne peut reconduire à ceux-ci, estimant que, dans ce secteur, des règlements différents de ceux qui sont « typicisés » ne régleraient pas correctement les intérêts présents. L'interdiction de stipuler des contrats atypiques est présente, pour les conventions matrimoniales atypiques et pour les contrats agraires atypiques, mais elle ne découle pas de la deuxième partie de l'art. 1322. L'art. 1322, alinéa 2, établit, en effet, que les privés peuvent conclure des contrats atypiques « *à condition qu'ils visent à réaliser des intérêts méritoires de tutelle sur la base du système juridique* ». D'après cette disposition, un contrat mérite de ne pas être approuvé non pas parce qu'il est socialement indifférent, mais uniquement parce qu'il s'avère socialement dommageable ou dangereux : c'est-à-dire s'il est illicite. Par conséquent, les contrats atypiques qui ne « *visent pas à réaliser des intérêts méritoires de tutelle* » et qui sont donc interdits par l'article l'art. 1322, deuxième alinéa, sont ces contrats qui s'avèrent contraires à des normes impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

²⁴ L'une des orientations interprétatives d'exclusion des profils de responsabilité contractuelle ou suite à un non-accomplissement se base sur la considération que la descente est effectuée par le skieur avec ses propres moyens et avec sa détermination autonome. Voir à ce propos V. CARBONE, *Il gestore dell'impianto risponde del danno allo sciatore inciampato in un ciuffo d'erba?* in *Danno e Resp.*, n° 4/2001, p. 377.

²⁵ Dans le cas du contrat constitué par le forfait de ski, la cause est à rechercher dans le paiement de la somme du forfait de la part de l'utilisateur, afin d'obtenir une prestation de services allant du transport du skieur du bas vers le haut de la pente, à la préparation, l'enneigement et le damage des pistes, au service de secours en cas d'accident ; il s'agit ainsi d'un contrat d'« utilisation » d'une structure aménagée pour permettre la pratique d'une activité sportive précise, par un comportement concluant. M. VIOLA, *La responsabilità civile nell'incidente sciistico*, 2002, Forlì, p. 52.

²⁶ C'est ainsi que s'est exprimée pour la première fois, mais uniquement *incidenter tantum*, la Cour suprême de Cassation dans le jugement 2216, section III civile, du 15/2/2001. Cf. PETTI in *Danno e Resp.*, n° 4/2001, note de V. CARBONE, cit., p. 372.

²⁷ Cf. VIOLA *op. cit.*, p. 52.

²⁸ Tribunal de Modène, 12 novembre 1990 in *Dir. Transports* 1992, p. 579. Pour argumenter sa décision, le Tribunal est parti de la constatation que l'exploitant se propose au skieur en tant que sujet obligé, aussi bien pour ce qui est de la phase du transport qu'ensuite pour la descente. D'après le Tribunal, cette double position de l'exploitant induit « *l'utilisateur à considérer en bonne foi la contrepartie, obligée non seulement à garantir l'utilisation en toute sécurité des remontées mécaniques, mais aussi une piste dépourvue dangers non signalés ou difficiles à affronter sans posséder une expérience particulière* ». Comme le soutient le Tribunal, il devrait en découler que la violation de cette obligation comporterait, à côté d'une responsabilité extracontractuelle de l'exploitant, liée à son rôle de gardien de la piste (art. 2051 du code civil italien), une responsabilité pour inaccomplissement contractuel.

tant de remontées mécaniques qui vend un *forfait* est un vecteur et est contractuellement responsable même pour la phase de descente sur les pistes dont il est chargé de l'entretien. Les conséquences de cette figure juridique sont extrêmement importantes, car elles ont une influence directe sur la possibilité de faire valoir concrètement ou pas les droits du skieur lors d'un procès, et parce qu'elles modifient directement les règles concernant la charge de la preuve. Pour ce qui est des responsabilités potentielles qui pourraient être attribuées à l'exploitant d'un espace skiable aménagé par rapport au projet Skialp, une question importante à affronter concerne les lieux où peut se vérifier le sinistre. Notamment, dans le projet d'anthropisation de la Vallée du Grand-Saint-Bernard, l'un des problèmes principaux pourrait être celui de la chute d'avalanches et si celle-ci se vérifie dans un espace skiable ou bien au dehors. En effet, l'utilisation d'instruments mécaniques et de pistes aménagées par un exploitant en montagne marque une frontière entre deux conceptions opposées de la montagne et cela a aussi des répercussions juridiques.

Il est clair que, par rapport à l'hypothèse du projet faisant l'objet de cet approfondissement, la responsabilité de l'exploitant des pistes de ski peut être considérée marginale. Ou mieux, si le tracé mis en ligne par l'administration publique coïncide, même partiellement, avec une piste de ski, les responsabilités de l'exploitant demeureront les responsabilités « traditionnelles », surtout si le sinistre se vérifie sur les pistes. Le thème pourrait s'élargir si l'exploitant met à disposition les remontées mécaniques d'où pourrait partir un hors-piste tracé et publicisé aussi bien par l'administrateur public que par l'exploitant de l'espace skiable (voir *infra*). Nous pouvons substantiellement distinguer trois hypothèses où l'exploitant des espaces skiables pourrait devoir répondre : l'hypothèse de responsabilité pour les sinistres qui se sont vérifiés sur les pistes, les hypothèses de responsabilité pour les sinistres qui se sont vérifiés hors piste et, enfin, les cas hybrides, c'est-à-dire à la limite entre piste et hors-piste.

4.1 Responsabilité de l'exploitant des espaces skiables en cas d'accident sur les pistes

Partons du cas de l'avalanche sur les pistes de ski. La responsabilité pour les dommages causés par l'avalanche pourrait retomber, en théorie, aussi bien sur l'exploitant des espaces skiables que sur le skieur et que sur l'administration publique, c'est-à-dire sur les trois sujets.

Dans les cas comme celui-ci, la première, à savoir la responsabilité de l'exploitant, est certainement la thèse la plus suivie dans la doctrine et dans la jurisprudence. En effet, même en l'absence de normes spécifiques (comme celles qui ont été approuvées, par exemple, en Vallée d'Aoste²⁹), il est évident que l'exploitant

²⁹ Sur la législation cf. la contribution importante constituée par la très récente étude de P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO, *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino, 2020. En particulier, pour le sujet qui nous intéresse, voir la loi régionale de la Vallée d'Aoste, 15 novembre 2004, n° 27, portant dispositions en matière de sécurité sur les domaines destinés à la pratique des sports d'hiver et modifications de la loi régionale n° 9 du 17 mars 1992, relative à l'exploitation des pistes de ski affectées à l'usage public, modifiée en dernier ressort par la loi régionale n° 34 du 15 décembre 2000 ». À l'art. 7, intitulé « *Ski hors piste et ski-alpinisme* », ladite loi prévoit que : « Le concessionnaire des remontées mécaniques et l'exploitant des pistes ne sont pas

des pistes doit contractuellement assurer la sécurité de ceux qui fréquentent les pistes. La loi 363/03 :

- i. charge les exploitants, à l'art. 3, de l'obligation d'assurer « *aux usagers la pratique des activités sportives et récréatives dans des conditions de sécurité, en se chargeant de la mise en sécurité des pistes d'après ce qui est établi par les régions* » ainsi que « *de protéger les usagers d'obstacles présents le long des pistes par le biais de protections appropriées et de signalements de la situation de danger* » ;
- ii. établit, à l'art. 4, que les exploitants sont « *civilement responsables de la régularité et de la sécurité des pistes* ».

Puisqu'il s'agit d'une responsabilité contractuelle, dans un jugement civil de dédommagement, aux termes de l'ex art. 1218 du code civil italien, l'exploitant aurait la charge de démontrer que l'inaccomplissement a été déterminé par une impossibilité de la prestation découlant d'une cause indépendante de sa volonté³⁰. Dans la pratique, celui qui s'adresserait à un avocat après avoir été surpris par une avalanche sur les pistes recevrait probablement le conseil, tout d'abord, de poursuivre en justice l'exploitant des espaces skiables³¹. Dans la jurisprudence, il y a aussi des cas où une responsabilité est attribuée à l'exploitant des pistes aux termes de l'ex art. 2050 du code civil italien pour l'exercice d'une activité dange-

responsables des accidents susceptibles de survenir sur les tracés hors piste desservis par lesdites remontées ou en dehors des espaces et des pistes délimités au sens de l'art. 3 de la présente loi et de la LR n° 9/1992. 2. Les randonneurs qui pratiquent le ski-alpinisme doivent toujours être équipés des dispositifs électroniques destinés à garantir l'intervention correcte et immédiate des secours. »

³⁰ En cas d'action aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien, pour être exonéré de toute responsabilité, l'exploitant des espaces skiables aménagés devrait démontrer le cas fortuit.

³¹ Dans tous les cas, il ne peut pas être imposé au vecteur-gestionnaire d'observer une diligence incluant toutes les précautions, ni de mettre en œuvre tous les moyens visant à conjurer les accidents, entre autres concernant les circonstances spécifiques du cas particulier. L'exigence d'observer une diligence stricte va au-delà de l'intérêt de chaque particulier, puisque cela concerne la tutelle d'intérêts collectifs, en relation avec le droit à la sécurité et à la sécurité publique. Dans ce contexte, la portée conceptuelle du caractère approprié des mesures adoptées pour éviter le dommage, ainsi que l'évaluation de la diligence normale qui a été observée, que le vecteur-gestionnaire doit prouver, implique une charge de preuve supérieure, puisqu'il faut démontrer d'avoir aussi respecté les principes rigoureux dictés par le droit public (36) et par les normes communautaires, afin de garantir la sécurité complète de l'exercice. La discipline visant à garantir la sécurité, en effet, est stricte ; il suffit de penser que, dans les normes de projet et de construction, en ce qui concerne la neige, le gestionnaire est considéré responsable non seulement pour le plan de gestion de la sécurité, mais qu'il doit aussi respecter toute une série d'impositions, dont la déclaration d'immunité du danger d'avalanche (art. 7. alinéa 6. n° 7. d.m. 4 août 1998 n° 400). Il s'agit de normes de sécurité détaillées, prescrites par une discipline spécifique complexe (par exemple, l'art. 3 r.d.l. du 7 septembre 1938 n° 1696, puis la loi du 5 janvier 1939 n° 8, modifiée par le D.P.R. n° 771 du 28 juin 1955), dont le respect est également garanti par des visites sur les lieux effectuées par des Commissions de contrôle expressément prévues, visant à vérifier l'observation constante des normes de sécurité mentionnées ci-dessus (pour les téléphériques, voir l'art. 31 du d.P.R. n° 1367 du 19 octobre 1957, modifié par le d.P.R. n° 753 du 11 juillet 1980 et par le d.P.R. n° 608 du 9 mai 1994), ainsi que les différents arrêtés ministériels, constamment adoptés (parmi les plus récents, le d.m. n° 400 du 4 août 1998 et le d.m. n° 392 du 5 décembre 2003), concernant tous les types de remontées par câbles (pour les chemins de fer et les trams en concession, v. l'art. 102 du texte unique n° 1447 du 9 mai 1912). Il faut encore ajouter que — comme cela a déjà été remarqué — les concessions des services en examen se fondent sur des évaluations strictes d'intérêt public (37) et s'inspirent, notamment, de la norme de la « sécurité publique », entre autres aux termes de l'art. 6 du r.d.l. n° 1696 du 7 septembre 1938.

reuse et aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien, sur les biens gérés³².

Généralement, dans ces cas-là, la responsabilité de l'exploitant peut être exclue dans trois hypothèses seulement :

- a) **cas fortuit**, c'est-à-dire un événement imprévisible et inévitable de la part de l'exploitant (souvent, il est difficile de définir « fortuite » une avalanche en montagne... c'est le cas où une avalanche descend à un endroit où cela était absolument imprévisible et où cela n'était jamais arrivé) ;
- b) **force majeure** (par exemple, événements naturels qui se manifestent sous une forme ou dans une quantité non prévisibles, comme une coulée de neige ou une avalanche causée par un violent tremblement de terre), ou bien si un tiers cause une avalanche (c'est le cas du secouriste qui déclenche une avalanche alors qu'il essaie de rejoindre un blessé) ;
- c) **fait causé par la victime** elle-même (par exemple, celui qui se trouve sur une piste fermée et cause une avalanche dont il est victime).

Dans les hypothèses b) et c), cependant, pour exclure la responsabilité de l'exploitant des pistes, il est nécessaire que le fait causé par un tiers ou par la victime elle-même soit la seule cause du dommage, c'est-à-dire, par exemple, que l'avalanche ne se serait pas vérifiée sans le passage du skieur en question.

En général, en cas d'avalanche sur une piste, dans un jugement civil le skieur victime de l'accident devra, dans la plupart des cas, exclusivement démontrer qu'il avait acheté un forfait, qu'il a subi un dommage et que celui-ci a été causé par l'avalanche tombée sur la piste. Il est clair que, dans ce cas, le skieur a fait confiance aux services offerts par l'exploitant de l'espace skiable.

Dans ces conditions, l'exploitant semblerait aujourd'hui se trouver dans une situation particulièrement lourde, avec une charge de la preuve que l'on pourrait qualifier de « diabolique » pour être exempté de la responsabilité.

Per se prémunir concrètement contre les accidents causés par une avalanche, la seule chose que l'exploitant peut faire, si les conditions nécessaires sont réunies, c'est de fermer la piste (en le signalant d'une façon appropriée) et de stipuler un bon contrat d'assurance³³.

³² Dans ce sens, la Cassation civ. (17 septembre 2013, n° 21241, *in Pluris*) a estimé que la formation de glace près d'un canon à neige était prévisible ; de plus, la Cassation civ. (10 février 2005, n° 2706, *in Danno e resp.*, 2005, p. 837, note de M. CALABRESE) a estimé que l'éventuelle conduite non intentionnelle du skieur (qui s'était blessé en heurtant, suite à une chute, un poteau en bois de la clôture dépourvu de protection) ne pouvait être qualifiée d'imprévisible et, par conséquent, ne pouvait pas exclure la responsabilité de l'exploitant aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien. La motivation de ce jugement se basait sur ceci : « *sur une piste de ski fréquentée par des usagers de tous les niveaux techniques, la perte d'équilibre et les mouvements incontrôlés que cela implique sont des faits prévisibles qui rendent dangereux tous les obstacles. Cela est comparable aux caractéristiques qui, indépendamment des précautions spécifiques prévues par les normes, ont été imposées récemment par la loi n° 363 du 24 décembre 2003 : il aurait fallu considérer la présence d'une erreur d'évaluation quant à la construction artificielle et, surtout, quant à la nécessité ou pas de placer des protections particulières sur les structures dures* ».

³³ Par ailleurs, il est bien de préciser que la responsabilité de l'exploitant n'est pas « automatique ». Il est arrivé, en effet, que la Cassation exclue la responsabilité de l'exploitant d'un téléphérique pour les dommages causés par l'écroulement d'un édifice jouxtant la gare de départ, touché par une très grosse avalanche déterminée par trois facteurs concomitants, tous insolites : une quantité de neige exceptionnelle, sa basse température et la présence de vents violents (Cassation 14 octobre 2005, n° 19974). Il s'agit du cas fortuit auquel nous faisons allusion plus haut.

Sous le profil de la preuve à fournir par l'acteur, à part l'hypothèse improbable où l'usager se limite à fonder sa propre action sur l'art. 2043 du code civil italien – hypothèse où c'est lui qui assumerait la charge – il n'y aura pas beaucoup de différence, s'il décide, en revanche, d'invoquer l'art. 1681 du code civil italien ou la norme générale citée par l'art. 1218 du code civil italien, c'est-à-dire les règles spéciales de responsabilité extracontractuelle prévues par les articles 2050 et 2051 du code civil italien, où leur applicabilité est reconnue³⁴.

Dans tous les cas cités, en effet, là où le lien de causalité existe, la victime ne devra pas prouver la faute de l'exploitant, qui est présumée à l'art. 1681 du code civil italien ; de la même façon, d'après l'orientation donnée par la Cour suprême³⁵, à l'art. 1218 du code civil italien, la faute de l'exploitant ne doit même pas faire l'objet de démonstration dans les hypothèses où l'on invoque la responsabilité aux termes des articles 2050 et 2051 du code civil italien³⁶.

Ces conclusions ont été mieux explicitées par la Cour suprême, qui a affirmé que, sur la base du titre contractuel de la responsabilité de l'exploitant des

³⁴ Cf. notamment M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Milano, 2016, p. 120.

³⁵ Cassation, Sections Unies., 30 octobre 2001, n° 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, note de V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*.

³⁶ Sur la répartition de la charge de la preuve dans le jugement instauré aux termes de l'art. 2051, voir la Cassation civ., 7 avril 2010, n° 8229, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, d'après laquelle « la responsabilité pour les dommages causés aux termes de l'art. 2051 du code civil italien est indépendante de la vérification du caractère non intentionnel de l'activité ou du comportement du gestionnaire et de nature objective, car il faut qu'il y ait un lien de causalité entre le bien géré et l'événement ; cette responsabilité est également indépendante de la vérification de la dangerosité du bien et subsiste en relation à tous les dommages qu'il a causés ; la responsabilité n'est exclue que par le cas fortuit, qui peut aussi être représenté – avec un effet libératoire total ou partiel – par des aspects concernant la victime. Son efficacité causale est telle qu'elle interrompt complètement le lien de causalité entre la chose et l'événement dommageable ou qu'elle s'ajoute comme contribution à la production du dommage ». Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour suprême contient aussi une opinion différente, favorable à déterminer, dans le cas prévu à l'art. 2051, non pas une hypothèse de responsabilité objective, complètement indépendante de la faute du gestionnaire (voir, à ce sujet, Cassation, 19 janvier 2010, n° 713, in *Guida al dir.*, 2010, 13, p. 71 ; Cassation, 19 novembre 2009, n° 24428, in *Guida al dir.*, 2009, 50, p. 57 ; Cassation civ., 17 janvier 2001, n° 584, en *Danno e resp.*, 2001, p. 722, note de R. BREDA), mais une hypothèse de responsabilité pour faute présumée ou une hypothèse de responsabilité présumée : dans ce dernier sens, enfin, Cassation civ., 1 avril 2010, n° 8055, in *Giust. civ. Mass.*, 2010 (d'après laquelle, « la responsabilité prévue par l'art. 2051 du code civil italien pour les dommages causés par des biens en gestion implique qu'il existe un rapport de gestion du bien, ainsi qu'une relation de fait entre un sujet et le bien lui-même, permettant de le contrôler, d'éliminer les situations de danger qui apparaissent et d'exclure les tiers du contact avec le bien en question ; ladite norme ne dispense pas la victime de la charge de prouver le lien de causalité entre le bien géré et le dommage, c'est-à-dire de démontrer que l'événement s'est produit comme conséquence normale de la condition particulière de la chose, potentiellement dangereuse ; de son côté, le gestionnaire doit offrir la preuve contraire à la présomption iuris tantum de sa responsabilité, par la démonstration positive du cas fortuit, c'est-à-dire du fait étranger à sa sphère de contrôle, ayant une cause autonome, ainsi qu'un caractère imprévisible et absolument exceptionnel ») ; voir aussi, entre autres, Cassation civ., 20 novembre 2009, n° 24529, in *Giust. civ. Mass.*, 2009 ; Cassation civ., 19 novembre 2009, n° 24419, in *Guida al dir.*, 2009, 50, p. 59 ; Cassation civ., 10 mars 2009, n° 5741, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 42 ; Cassation civ., 20 février 2006, n° 3651, in *Giur. it.*, 2007, c. 1403 ; Cassation, 17 mai 2001, n° 6767, in *Giust. civ. Mass.*, 2001 ; Cassation civ., 14 juin 1999, n° 5885, in *Giust. civ. Mass.*, 1999. Pour une vaste reconstruction du débat sur la nature de ce type de responsabilité, consulter M. FRANZONI, *L'illecito*, 2010, Milano, p. 504 et suivantes.

pistes, c'est la victime qui doit prouver la source de son droit : elle peut se borner à se plaindre de l'inaccomplissement ou de l'accomplissement inexact de la contrepartie concernant l'obligation d'assurer la sécurité des pistes. Par contre, l'exploitant accusé doit démontrer le fait spécifique qui rend nulle la prétention d'autrui. De la même façon, toujours d'après la Cassation, aux termes de l'art. 2051 du code civil italien, compte tenu de la responsabilité de l'exploitant celui-ci aura le devoir prouver les dispositions qu'il avait prises pour remédier à la situation de danger et, éventuellement, le cas fortuit spécifique qui a donné lieu à l'événement préjudiciable³⁷.

La seule vraie différence substantielle entre l'action contractuelle et l'action aquilienne finit par être représentée – dans les cas particuliers qui nous intéressent ici – par le terme de prescription. En effet, pour ce qui est de l'inaccomplissement des obligations liées au transport (en relation avec un accident qui a eu lieu lors de la remontée), il faut considérer les termes brefs prévus par l'art. 2951 du code civil italien, qui établit la prescription des droits découlant du contrat de transport à une année, à compter du jour du sinistre ; en revanche, en ce qui concerne les règles générales en matière d'inaccomplissement, il faut considérer le terme de prescription ordinaire de dix années, prévu par l'art. 2946 du code civil italien. Enfin, en cas de responsabilité pour un fait illicite, il faut prendre en considération l'art. 2947 du code civil italien, qui prévoit le terme de prescription de cinq ans, mais précise aussi (3^{ème} alinéa) que si le fait est prévu par la loi comme délit et que pour ledit délit une prescription plus longue est établie (dans les cas qui nous intéressent, il s'agira notamment du délit de lésions personnelles aux termes de l'art. 582 du code pénal italien, qui est soumis au terme de prescription de six ans), celle-ci s'applique aussi à l'action civile ; et il est important de souligner que cette dernière règle – comme cela a été éclairci par les Chambres réunies³⁸ – est aussi valable si, bien que le délit soit passible de poursuite judiciaire de la part de la victime (comme cela arrive le plus souvent en cas de lésions personnelles), cette dernière n'a pas porté plainte et il n'y a donc pas eu de jugement pénal ; cela est vrai, cependant, à condition que le juge, dans un contexte de droit civil, constate *incidenter tantum*, et avec les moyens de preuve et les critères caractérisant la procédure civile, l'existence d'une situation présentant les caractéristiques d'un fait-délit dans tous ses éléments constitutifs, subjectifs et objectifs.

4.2 Responsabilité en cas de sinistre hors-piste

L'accident hors-piste causé par une avalanche répond à des règles différentes, pour ne pas dire opposées : si elle voulait démontrer la responsabilité de l'exploitant (difficile), c'est-à-dire de l'administration publique, puisqu'il

³⁷ Cassation civ., 10 décembre 2012, n° 22383, in *Dir. & Giust.*, 2012, 11 décembre, note de E. VINCENTI. Dans ce cas, les juges de mérite avaient estimé que le fait fortuit non intentionnel de la victime était prouvé ; d'après la Cour, cette circonstance n'avait pas été correctement évaluée lors des précédents degrés de jugement : la décision d'appel a ainsi été cassée et renvoyée à un autre juge d'appel, qui a dû décider sur la base des principes cités ci-dessus.

³⁸ Cassation, Sections Unies, 18 novembre 2008, n° 27337, in *Foro it.*, 2009, I, c. 737, note de S. LANDINI.

s'agit d'une responsabilité extracontractuelle, la victime devrait non seulement démontrer qu'elle a subi le dommage, en ayant toutes les preuves lors du jugement, mais elle devrait aussi déterminer une relation causale entre une conduite ou une omission de l'exploitant et l'avalanche. Dans les cas en relation avec le projet Skialp, où la publicité d'un itinéraire est sur internet, il s'avère opportun de vérifier comment une responsabilité pourrait être attribuée à l'exploitant de l'espace skiable aménagé.

Pour ce qui est du cas traité au paragraphe précédent, à savoir l'avalanche sur piste, il est bien de préciser que nous assistons à une inversion de la charge de la preuve.

Ici, ce n'est pas l'exploitant qui doit « se disculper », mais c'est la victime qui a la charge de démontrer la responsabilité de l'exploitant.

Concernant ces cas, la jurisprudence fournit des éclaircissements : il est désormais reconnu, notamment pour le ski hors-piste, que le skieur qui pratique cette activité en prend le risque librement et consciemment. Il en découlerait ainsi – du moins en théorie – une exonération totale de responsabilité pour l'administration publique et pour les exploitants des pistes.

Une première manifestation législative, presque une codification de ce principe, est contenue à l'art. 17 de la loi n° 363/2003, où il est expressément prévu que la responsabilité de l'exploitant est exclue dans le cas où le skieur se blesse en-dehors du tracé damé.

Il est clair que, dans les espaces à la limite entre piste et hors-piste, il faudra évaluer au cas par cas. Comme, par exemple, sur les pistes de fait, dont nous allons parler ici.

Normalement, il ne devrait pas y avoir de responsabilité de l'exploitant des espaces skiables, dans le cas de ski ou de ski-alpinisme hors-piste, ni s'il a permis à la personne de remonter ni, avec les précisions nécessaires, s'il a fait la promotion de l'activité de *free riding*.

Par exemple, si l'exploitant de remontées mécaniques effectue une campagne promotionnelle pour le *free riding*, il ne faudrait théoriquement attribuer la responsabilité ni à l'exploitant des remontées ni à l'administration publique pour les dommages subis par les usagers qui pratiquent cette activité : toujours en ligne théorique, il ne subsiste ni un devoir ni une obligation de protection, car il y a, au contraire, une acceptation consciente et volontaire de ces risques de la part de l'utilisateur. Ce discours devrait valoir, nous le répétons encore une fois, du moins en ligne théorique.

La loi de la Région Vallée d'Aoste³⁹ sur le « Ski hors piste et ski-alpinisme » prévoit à l'art. 7 que : « 1. Le concessionnaire des remontées mécaniques et l'exploitant des pistes ne sont pas responsables des accidents susceptibles de survenir sur les tracés hors piste desservis par lesdites remontées ou en dehors des espaces et des pistes délimités au sens de l'art. 3 de la présente loi et de la LR n° 9/1992.

2. Les randonneurs qui pratiquent le ski-alpinisme doivent toujours être équipés des dispositifs électroniques destinés à garantir l'intervention correcte et immédiate

³⁹ Loi régionale de la Vallée d'Aoste, 15 novembre 2004, n° 27, portant dispositions en matière de sécurité sur les domaines destinés à la pratique des sports d'hiver et modifications de la loi régionale n° 9 du 17 mars 1992, relative à l'exploitation des pistes de ski affectées à l'usage public, modifiée en dernier ressort par la loi régionale n° 34 du 15 décembre 2000»,

des secours. »⁴⁰. Cependant, ce principe général oblige quand même à se prémunir. L'exploitant doit, surtout s'il fait la publicité de la zone pour le ski-alpinisme ou le free ride, bien renseigner les usagers et surveiller les structures qui permettent l'accès à la montagne. »

Imaginons le cas où un téléphérique transporte les clients jusqu'en haute montagne. À l'arrivée en haut, tous les risques doivent toujours être signalés à l'alpiniste, au skieur d'alpinisme, mais aussi – et à plus forte raison – au touriste inexpérimenté qui souhaite simplement admirer le panorama et qui aborde un territoire inconnu, à risque et plein de dangers. De plus, l'exploitant a toujours une obligation de surveillance des structures qui permettent l'accès au territoire de montagne : concernant des zones très dangereuses – par exemple un petit escalier très raide – l'exploitant devra veiller sur ces structures, surtout si c'est lui qui les a mises en place, et se charger de leur entretien.

Telle devrait être la limite de la responsabilité de l'exploitant dans le cas du skieur d'alpinisme et du *freerider* : *fournir les renseignements appropriés pour rendre l'utilisateur de la montagne conscient des risques*. Une fois qu'il y a une prise de risques consciente de la part de l'utilisateur pour une activité dangereuse, il devrait être improbable que les mailles de la responsabilité civile puissent s'élargir encore davantage.

Malheureusement, toutefois, ce discours se heurte à une approche encore très éloignée du concept d'auto-responsabilité, rendant ainsi les hypothèses envisagées ci-dessus valables en théorie, mais passibles d'être démenties lors d'un jugement civil éventuel au nom d'une tutelle indiscriminée vis-à-vis de ceux qui font appel toujours et dans tous les cas à ce concept de protection attendue auquel nous avons fait allusion au début.

En cas de hors-piste, si les risques ont été communiqués correctement, la formule qui pourrait synthétiser l'état des faits devrait en théorie être la suivante : « *Aucune responsabilité de l'exploitant, responsabilité individuelle totale* ».

Ainsi, celui qui provoque une avalanche qui touche d'autres skieurs hors-piste devrait en répondre civilement et pénalement. En revanche, l'exploitant ne devrait en théorie pas répondre (en général, l'on considère qu'il ne peut ou ne doit rien faire hors des pistes). Comme cela a déjà été souligné plus haut, la question dépend principalement de l'information. Il faut alors se demander si les exploitants fournissent toujours des renseignements corrects et signalent le risque aux usagers de façon détaillée.

Voici quelques cas sélectionnés à partir des sites internet de stations de ski importantes.

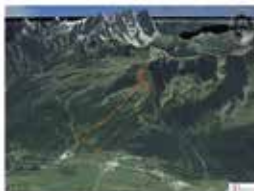
⁴⁰ Cf. l'art. 2 de cette même loi, intitulé « Délimitation des espaces skiables », qui prévoit que : « 1. La classification des pistes de ski au sens de l'art. 3 de la loi régionale n° 9 du 17 mars 1992, relative à l'exploitation des pistes de ski affectées à l'usage public, équivaut de plein droit à la délimitation des espaces skiables équipés au sens de l'art. 2 de la loi n° 363/2003 ».

IL COL MARGHERITA FREERIDE PARK

È l'unico parco dedicato al freeride nel Dolomiti Superski.

Passaggio impegnativo, una linea tecnica di percorsi in cui insieme in grado di guidare la velocità e la velocità. Questo è tutto il Col Margherita Freeride Park.

600 metri sopra di montagna dell'area, segnerà la sommità del Col Margherita Freeride Park che fondendo il fascino della cima del Col Margherita che si ripresenta sotto l'aspetto di percorsi, partendo da una tratta più tecnica e tecnica per l'ultima in discesa, si può anche dire che non c'è nulla che non abbia una propria logica.



FREERIDE

Col Margherita Freeride Park: il Passo San Pellegrino dà spazio ai fuoripista. Sul versante nord del Col Margherita gli sciatori che amano avventurarsi sulla neve fresca, possono mettere alla prova il proprio stile e la propria tecnica lanciandosi in discesa mozzafiato nel Col Margherita Freeride Park, un tracciato controllato unico nel suo genere in tutto il Dolomiti Superski.

Il Col Margherita Freeride Park è dotato di idonea segnaletica, cancello con prova ARVA, personale qualificato in grado di segnalare la presenza di rischio valanghe, insufficiente innevamento e scarsa visibilità tal da precludere la discesa e un tempestivo servizio di soccorso gestito in collaborazione con la Polizia di Stato e il Soccorso Alpino. Dalla cima del Col Margherita (2313 mt) si scende fino a valle (1918 mt) per un dislivello totale di circa 600 metri. Ottimo innevamento per buona parte dell'inverno.

Il Col Margherita Freeride Park è facilmente raggiungibile dal Passo San Pellegrino attraverso la veloce funivia Col Margherita. Tra una sciata e l'altra, ci si può fermare per una piacevole pausa al Husky Bar e al Diametro 64, due robot situati rispettivamente a monte e a valle dell'impianto di risalita.

KIT OBBLIGATORIO

Per fare freeride bisogna avere l'attrezzatura adeguata che, in caso di pericolo, consente di praticare l'autosoccorso in valanga: ARVA, sonda, pala e salve, sci da freeride o snowboard. Si consiglia di indossare il pacchetto anche se la neve è molto nevosa e apparentemente sicura può nascondere un sacco di insidie come rocce e alberi nascosti.



Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Oda Trueslender - ven dic 21, 2012 3:18 pm



Non ci son mal stato, l'ho appena letto per caso su Internet e poi su fetsbuk.
Qualcuno di voi ci è già stato? (anche se è aperto dall'altro anno).
Sembra una pista in freeride controllato.

Qualche parere in merito?

A me è salita una scimmia fotonica 🙈



Re: Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Oda Trueslender - dom dic 30, 2012 2:40 pm

Sì, lo è sempre stato anche da prima che ci mettessero i cancelli.....giustamente i cancelli ce li han messi perchè la maggioranza delle persone scendeva quel pendio(che può essere abbastanza pericoloso) senza cognizione di causa e soprattutto senza dotazioni di primo soccorso(artva pala e sonda) quindi c'è un cancelletto dove controllano se sei dotato di tale attrezzatura....



Re: Passo San Pellegrino ... FREERIDE!

Oda Trueslender - mar gen 02, 2013 9:15 pm

hanno messo anche dei paletti su tutto il percorso per segnare il tracciato più sicuro.

Progetto Freeride Livigno dal sito www.valtellina.it



La città di Livigno si è aggiudicata il titolo di "Best Freeride Resort", confermando che non c'è altra migliore per i rider che vogliono scendere sulla neve bianca senza nessuna firma.

Il progetto freeride nasce a Livigno. L'obiettivo è quello di rendere questo sport sempre più sicuro. Grazie a questa iniziativa ogni mattina viene aggiornato il rispetto alle condizioni meteorologiche: piste, velocità, condizioni sull'ago. Mi Livigno se è la giornata giusta per lasciare nella neve pura.

Per non farvi mancare niente, il progetto freeride è in continua evoluzione: dalla creazione di una Freeride map per facilitare la navigazione al miglioramento del sistema di comunicazione tramite l'utilizzo di schermi e cancelli pubblici, oltre all'implementazione del servizio Hiski, l'installazione di punti di controllo per l'ARTVA e la gestione integrata del rischio tramite interventi per il distacco programmato di valanghe.

Per le prime sfide, sono state create delle zone a basso rischio, le Freeride Approaching Areas, dove è possibile scivolare in neve bianca senza l'obbligo di ARTVA, pala e sonda. È un primo decisivo passo verso avventure sempre più emozionanti.

Percorsi gestiti

Grazie ad adeguati segnalatori, potete avvicinarvi da soli ma munitevi dell'attrezzatura necessaria al fuorigiama. Importante ricordare e rispettare le regole per i gestori.

Li
G

Livigno ha adottato molte iniziative per evitare rischi e pericoli dello sci fuoripista. Il progetto freeride riguarda in primo luogo l'informazione: dal 26 dicembre, ogni giorno a partire dalle 8,30, dirama il bollettino neve e valanghe inerenti l'area sciistica di Livigno. In tal modo gli sciatori sono informati anche sulla qualità della neve, le condizioni dei tracciati, la possibilità di praticare il fuoripista o l'eventuale pericolosità. Il bollettino locale completa così quello regionale emesso dal centro Nivometeorologico Arpa di Bormio. Per vedere il bollettino:

<http://www.livigno.eu/it/inverno/bollettino-valanghe/bollettino-valanghe-progetto-freeride>.

Le preziose informazioni vengono diffuse oltre che dal sito di APT Livigno anche dagli hotel della località sciistica, dalle stazioni degli impianti di risalita e attraverso la televisione locale. Il Progetto Freeride prevede anche l'individuazione e la messa in sicurezza di itinerari dedicati all'avvicinamento al freeride, per renderlo sempre più sicuro. Inoltre sono stati allestiti due nuovi percorsi per le ciaspole, in Pemon e nella zona dell'Alpe Vago, gestiti e individuabili da apposita segnaletica.

Novità anche per lo sci alpinismo, con due nuovi itinerari sempre segnalati e gestiti: uno che sale al Monte Crapene e l'altro verso Piascianet.

Inoltre, ogni domenica si tiene un incontro pubblico e gratuito tra le Guide Alpine e chi vuole avvicinarsi al freeride, per conoscere l'attrezzatura di auto-soccorso: Artva, pala e sonda e le regole per praticare in sicurezza il fuoripista.

L'unico modo per ridurre le vittime degli incidenti causati dalla valanghe è quello di aumentare la cultura della montagna e di fornire le informazioni più adeguate per la pratica in sicurezza dello sci fuoripista. "Le persone dovrebbero sciare fuori dalle piste battute solo se consapevoli dei pericoli che stanno per affrontare e, a quel punto, prendersi la propria responsabilità. La consapevolezza avviene attraverso l'informazione e la conoscenza e chi non la possiede dovrebbe affidarsi a degli esperti, nella fattispecie alle Guide Alpine e ai Maestri di Sci esperti in fuoripista" così dichiara Fabiano Monti, Tecnico neve e valanghe - Progetto Freeride Livigno, e prosegue avvertendo: "In Lombardia il Soccorso Alpino è gratuito, ma questo non deve diventare un pretesto per comportarsi in modo irresponsabile nei confronti di se stessi e dei soccorritori... Lo sci fuoripista non è un'attività da bandire, può insegnare valori fondamentali come l'amore per la natura e il rispetto di se stessi e degli altri. Dobbiamo però riuscire a diffondere conoscenze e consapevolezza adeguate alla sua pratica in sicurezza".

Hors des pistes aménagées, comme nous y avons déjà fait allusion, le skieur est dans son bon droit, mais il fait du ski à ses risques et périls. Bien que valable en général, cette thèse est immédiatement contestée par des situations concrètes bien précises. Ainsi que nous le disions plus haut, si un téléphérique conduit les usagers et les skieurs au sommet d'une montagne où il n'y a pas de pistes aménagées pour la descente, mais où les pistes non damées sont signalées, l'exploitant a alors des obligations de sécurité, bien que cela ne soit pas prévu par la loi n° 363/03 ni par les autres normes en vigueur, absolument lacunaires à ce sujet. En mettant à leur disposition l'installation dont il tire profit, l'exploitant fait en sorte que les usagers se sentent en confiance pour accéder à des espaces non aménagés et pour y faire du ski. En ce qui concerne ces espaces, toute charge d'entretien étant exclue, l'exploitant devrait quand même signaler le parcours, le degré de difficulté et les dangers non évidents aux usagers qui empruntent les remontées mécaniques pour arriver jusque-là.

Nous pourrions affirmer que la règle générale désormais consolidée est la suivante : si l'utilisateur a, d'une façon volontaire et consciente, décidé d'affronter le parcours, l'exploitant ne sera pas jugé responsable dans les espaces hors-piste, même si le skieur d'alpinisme y heurte des matériaux artificiels placés par l'exploitant lui-même (par exemple, des rampes, des poteaux, des filets, des tuyaux en acier ou autre)⁴¹.

⁴¹ Cour d'appel de Trente, 8 novembre 1986, confirmée par le Tribunal Bozen, 25 mai 1985, puis par le Tribunal de Trente le 18 janvier 1993 in U. IZZO, M. FERRARI (dir.), *La responsabilità sciistica: banca dati di materiali normativi e giurisprudenziali*, Torino, 2006, CD Rom ; voir aussi la loi de la Région Piémont du 26 janvier 2009, n° 2, confirmée par la loi Régionale du 18 février 2010, n° 12, où il est précisé que

4.3 Responsabilité et cas hybrides : les pistes de fait

La jurisprudence, cependant, n'est pas si unanime en ce qui concerne les accidents survenus dans ce que l'on nomme les « zones bretelles », c'est-à-dire les espaces situés à la limite des pistes, étroitement liés aux pistes entretenues par l'exploitant⁴². Dans ces cas-là, une évaluation sera chaque fois nécessaire pour vérifier si l'utilisateur est entré en hors-piste de façon consciente ou seulement suite à une erreur excusable, due à l'absence ou à la pauvreté de signalements, voire au manque de diligence de l'exploitant.

Dans ces cas-là, la Cassation a estimé que, suite à la nature atypique du contrat d'utilisation, l'exploitant sera tenu à une série de prestations accessoires qui vont bien au-delà du transport du bas au haut de la pente. Il sera donc tenu à une surveillance appropriée, visant à prévoir certains dangers pouvant menacer les utilisateurs : il devra mettre en œuvre des actions afin d'éviter que ces risques se matérialisent⁴³. Ainsi, il sera tenu à placer des filets de protection là où les sorties de piste sont les plus faciles et les plus probables ; de plus, il devra placer des panneaux appropriés, bien visibles, afin de prévenir les usagers d'éventuels dangers et d'indiquer le parcours correct à suivre⁴⁴.

Dans ces cas-là, en appliquant la loi n° 363/2003, une responsabilité est attribuée à l'exploitant aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien.

C'est la circonstance où se trouve le skieur qui ne s'aperçoit pas du fait que sa trajectoire quitte le périmètre de l'espace skiable et, donc, n'est pas sujette aux obligations de sécurité de l'exploitant⁴⁵. Si, dans ce but, il peut être utile de rappeler ce qui a été affirmé ci-dessus quant à la nécessité du signalement efficace du hors-piste, en tenant compte, entre autres, des situations météo auxquelles on peut s'attendre dans l'espace skiable, par ailleurs l'importance de prêter attention à la confiance que l'état des lieux peut engendrer chez le skieur apparaît également⁴⁶.

Cependant, le caractère délicat de la question et les retombées sociales possibles dans le domaine touristique ne se prêtent pas à une présomption de culpabilité de ce genre : le juge devra plutôt évaluer attentivement le comportement de l'utilisateur. Si ce dernier a emprunté consciemment un tracé hors-piste, l'exploitant ne pourra en aucun cas être critiqué. De même, l'exploitant ne pourra pas être critiqué

« sur ces parcours, même s'ils sont desservis par les remontées, les exploitants des *bike park* et des pistes non sont pas responsables des accidents qui peuvent se vérifier ».

⁴² PICCIN C., cit.

⁴³ Cassation Pén. Section IV, 21 juin 2004, n° 27861, in U. IZZO, M. FERRARI., cit.

⁴⁴ Cassation Pén. Section IV, 26 octobre 2007, n° 1160, in U. IZZO, M. FERRARI., cit.

⁴⁵ Cf. sur ce point U. IZZO, *I confini dell'area sciabile fra legge e affidamento: fuoripista e responsabilità civile*. Riv. dir. sport., 2018, n° 1, p. 188.

⁴⁶ Sous ce profil, le jugement de mérite suivant est éloquent, car il a établi que « les exploitants des espaces skiabiles reliés entre eux (« ski weg ») ne peuvent invoquer l'exclusion de responsabilité prévue à l'art. 17 de la loi n° 363/03 pour les dommages causés à un skieur tombé dans un ravin alors qu'il empruntait ledit parcours, car – même si le parcours n'était pas compris dans l'espace skiable indiqué sur les cartes jointes aux autorisations pour l'ouverture de l'espace skiable obtenues par les exploitants – avant le sinistre le « ski weg » était régulièrement utilisé par de nombreux skieurs et les exploitants eux-mêmes avaient damé ledit « ski weg » pour rendre le passage des usagers plus sûr ». Tribunal de Sondrio, 17 octobre 2013, <http://dirittodegisportdelturismo.jus.uninr.it>.

s'il a agi de toutes les façons possibles pour éviter les accidents (par exemple, le fait qu'un sujet sorte de la piste fortuitement et heurte violemment un arbre dépourvu de protection situé à dix mètres de la piste n'impliquera aucune responsabilité de l'exploitant, qui ne peut mettre des protections sur tous les arbres de la montagne. De plus, l'utilisateur sait que, aux abords des pistes, il y a des obstacles naturels et que, par conséquent, il devra veiller à éviter les conduites dangereuses)⁴⁷.

4.4 La faute par omission

Dans les cas pouvant impliquer un exploitant d'espaces skiables aménagés qui met à la disposition du skieur d'alpinisme ou du *free rider* le moyen de transport pour atteindre le parcours en suivant les indications trouvées en ligne sur internet, il serait possible de faire des considérations sur l'hypothèse d'acte **illicite par omission atypique**. C'est-à-dire qu'il serait possible d'évaluer le non-respect éventuel, de la part de l'exploitant des pistes, d'un devoir de protection qui n'est pas prévu par une norme spécifique ou par une clause contractuelle, mais qui peut être déduit implicitement sur la base de certaines circonstances, suivant l'approche qui s'affirme toujours plus dans le cadre de la jurisprudence. L'hypothèse concernerait principalement des cas de responsabilité de l'exploitant des espaces skiables si des skieurs se heurtent entre eux, généralement sur la piste. Il est certain que, avec les moyens adaptés, les principes auxquels nous ferons allusion maintenant pourraient être empruntés aux tribunaux dans des cas supposés de responsabilité de l'exploitant des espaces skiables, lors de sinistres qui se sont déroulés sur des espaces qui ne font pas directement partie du concept de piste⁴⁸.

Si l'on examine, de ce point de vue, les cas les plus significatifs tranchés par les tribunaux et concernant le ski, l'on peut en déduire le principe d'après lequel l'inertie est un comportement potentiellement adapté à déterminer une responsabilité civile par omission, chaque fois qu'il y a même la simple possibilité de connaître un danger⁴⁹, sur la base de rapports spécifiques que l'on aurait contribué à établir⁵⁰ et ayant engendré un rapport de confiance⁵¹, ou suite à des renseignements reçus⁵². À ce propos, certaines décisions portant sur le fond de la question s'avèrent particulièrement intéressantes⁵³ : nous signalons, en effet, ce qui a été affirmé, c'est-à-dire que « *en matière de responsabilité civile, le précepte général de neminem laedere [...] est pleinement valable chaque fois que les tiers sont raisonnablement induits,*

⁴⁷ Tribunal de Trente, 10 mai 1999, in U. IZZO, M. FERRARI, cit., « *Vu que le ski implique un risque intrinsèque accepté par ceux qui le pratiquent, l'exploitant des remontées mécaniques n'est pas responsable des dommages subis par un skieur causés par la présence d'obstacles normalement perceptibles par le skieur diligent et possédant le niveau technique requis par le degré de difficulté de la piste* ».

⁴⁸ Cf. M. PITTALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, *Dir. sport.*, 2015, p. 41.

⁴⁹ Cassation civ., 5.5.2009, n° 10285

⁵⁰ Cassation civ., 23.5.2006, n° 12111.

⁵¹ Cassation civ., 23.5.2006, n° 12111, cit. ; Tribunal de Florence, 2.2.2015, n° 280, *De Jure* ; Tribunal de Marsala, 21.6.2005, *De Jure*.

⁵² Tribunal de Florence, 2.2.2015, n° 280.

⁵³ Tribunal de Florence, 2.2.2015, n° 280.

sur la base de rapports spécifiques antécédents, à se fier à une situation juridique, de sorte que l'obligation juridique d'empêcher l'événement peut naître d'une loi ou d'une clause contractuelle, mais aussi d'une situation spécifique qui exige une activité précise afin de protéger un droit d'autrui ; par exemple, quand le sujet obligé, bien que conscient du danger auquel est exposée la situation juridique subjective revendiquée par le tiers, s'abstient d'intervenir pour empêcher que la situation de danger se traduise dans une lésion concrète ». De même, la position d'un autre tribunal⁵⁴ est particulièrement parlante : « dans le jugement ayant comme objet le dédommagement d'un accident de travail où l'acteur déduit l'omission coupable des mesures de prévention, il faut vérifier qui avait l'obligation d'empêcher l'événement dangereux, non seulement sur la base d'une norme spécifique ou d'un accord contractuel, mais aussi en raison d'une situation concrète qui exige une activité précise afin de protéger un droit d'autrui, là où il est dans la possibilité du sujet, avec un minimum de diligence commune, d'éviter les sources de dangers potentiels, c'est-à-dire là où des situations précédentes ont engendré un principe raisonnable de confiance des tiers dans l'intervention d'autrui ».

Pour un expert de droit civil, les décisions citées ci-dessus sont révélatrices à deux points de vue : d'un côté, dans le premier jugement, il apparaît clairement comme la conscience se basant sur des renseignements reçus, c'est-à-dire le fait que des éléments univoques permettent de connaître la situation de danger présente sur les pistes, expose l'exploitant à des responsabilités potentielles, donnant un poids à son inertie éventuelle pour faire face à la situation et y remédier ; de l'autre côté, en réalité, il semblerait que l'on puisse déduire le caractère essentiel de la relation causale entre cette inertie hypothétique importante et le dommage éventuellement provoqué sur les pistes, là où, en effet, la décision de mérite évoquée pose, comme condition pour affirmer la responsabilité de l'exploitant de la piste, la « possibilité du sujet, avec un minimum de diligence commune », d'« éviter les dommages susceptibles d'être causés par la source de danger »⁵⁵. Il est clair, en effet, que, aux effets de l'hypothèse du concours de responsabilité de l'exploitant des pistes – qu'elle découle d'un titre extracontractuel (aux termes des dispositions citées aux articles 2043, 2050 et 2051 du code civil italien) ou que l'on puisse l'encadrer dans la responsabilité contractuelle (ex articles 1218, c'est-à-dire 1681 du code civil italien) – il ne suffit pas qu'une conduite par omission de l'exploitant juridiquement consistante soit déterminée, car il y a là une violation d'un précepte spécifique, c'est-à-dire générique de solidarité sociale⁵⁶ ; cela est vrai, mais il faut que l'on puisse affirmer que le sinistre a été causé justement ou, du moins, aussi par cette omission juridiquement importante⁵⁷. Dans ce cas seulement, l'événement pourra être mis en relation avec la sphère de contrôle de la conduite – active ou par omission – de l'exploitant⁵⁸.

⁵⁴ Tribunal de Marsala, 21.6.2005.

⁵⁵ M. PITALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, *Dir. sport.*, 2015, p. 42.

⁵⁶ D'agir sur la base d'informations reçues et, quoi qu'il en soit, d'une situation objective qui s'est créée et dont l'exploitant est conscient.

⁵⁷ Un jugement que nous avons déjà cité (Cassation civ., 5.5.2009, n° 10285) va également dans ce sens.

⁵⁸ Cf. aussi Cassation civ. Section III Sent., 22/10/2014, n° 22344, d'après laquelle : « en thème de responsabilité suite à une omission illicite de l'exploitant de remontées mécaniques, ce dernier répond du dommage envers les tiers non seulement quand il doit agir pour empêcher l'événement sur la base

4.5 Considérations finales

En ce qui concerne le projet *Skialp*, parmi les différents scénarios envisagés plus haut, le plus susceptible de se réaliser est l'accident hors-piste.

Dans la doctrine, l'on a essayé de distinguer trois types de hors-piste, c'est-à-dire trois hypothèses différentes de hors-piste pour le skieur : le hors-piste **cinétique**, le hors-piste **inconscient** et le hors-piste **volontaire**⁵⁹.

Le premier, le hors-piste **cinétique**, concerne l'hypothèse où le skieur est projeté hors piste par effet du mouvement cinétique lors de sa descente sur la piste⁶⁰.

Le gestionnaire a l'obligation d'évaluer les comportements raisonnablement attendus de la part des usagers des pistes, et d'envisager les scénarios de chute possible. De cette évaluation technique dépend l'obligation d'éliminer les obstacles naturels et/ou artificiels situés au-delà de la limite des piquets et d'installer – sur les parties de piste où le risque du hors-piste cinétique est bien réel – des précautions passives appropriées, des protections physiques et/ou des filets afin de limiter le risque, sans toutefois que lesdites protections constituent à leur tour un danger supplémentaire pour la sécurité des skieurs⁶¹.

d'une norme spécifique ou d'un rapport contractuel, mais aussi quand, suivant les circonstances du cas concret, il a – vu les principes de solidarité sociale de l'art. 2 de la Constitution italienne – des devoirs et des règles d'action dont l'inaccomplissement implique une omission imputable. Il en résulte qu'il n'est en général pas tenu à veiller sur la conduite des différents usagers, compte tenu de la nature intrinsèquement dangereuse de l'activité sportive exercée sur les pistes de ski, les dimensions habituellement importantes de celles-ci, ainsi que le caractère naturellement imprévisible, entre autres vu les « facteurs » naturels non gouvernables par le gestionnaire, des conduites des usagers, exception faite s'il est démontré qu'il y a eu un signalement du comportement anormal du skieur, c'est-à-dire si les réposés aux remontées (qui auraient dû alerter le titulaire de la structure) avait une perception directe dudit comportement anormal. Dans ce cas, l'absence de considération de ce comportement constitue une omission inexcusable. (Cour d'appel de Brescia, 04/12/2009) », in CED Cassation, 2014.

⁵⁹ U. IZZO, « Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista » in Melchionda, Rossi (dir.), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva: attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, p. 95.

⁶⁰ La jurisprudence n'a jamais douté du fait que, parmi les précautions qu'il est obligatoirement tenu de prendre, le gestionnaire du domaine skiable doit évaluer le risque pris par le skieur dans l'éventualité de chutes ou de pertes de contrôle à l'origine d'une sortie de piste.

⁶¹ À ce sujet, le jugement du Tribunal de Cuneo du 14 janvier 2009 s'avère intéressant : en effet, le juge a rejeté la demande de dédommagement d'un skieur abouti hors-piste après une chute et ayant heurté un arbre en marge du tracé. Après avoir affirmé que la nature du rapport entre l'utilisateur et le gestionnaire est contractuelle et qu'à l'origine de ce rapport il y a non seulement le transport, mais aussi une activité plus complexe, à savoir la remontée en vue de la descente sur des pistes sûres, le Tribunal a délimité de façon ponctuelle le cadre de cette responsabilité, en établissant une distinction entre les risques naturels typiques, acceptés par l'utilisateur et inadaptés à fonder la responsabilité du gestionnaire, et les risques atypiques, qui doivent être éliminés par le gestionnaire, car il est autrement considéré comme responsable. À ce sujet, le Tribunal a affirmé que le domaine skiable comprend des éléments naturels – tels que les pentes, les arbres, les roches, la neige elle-même – et subit toujours l'influence de la composante climatique typiquement hivernale. Ces éléments, qu'il est impossible d'éliminer puisqu'ils sont liés au domaine skiable, représentent autant de situations normales de risque naturel externe, auxquelles l'utilisateur accepte inévitablement de s'exposer quand il fait du ski. Il est ainsi impossible de demander au gestionnaire d'éliminer les risques naturels typiques (zones boisées en bord de piste, présence de neiges de différentes consistances, déclivité variable de la piste). Dans ces cas-là, si la présence de ces éléments n'est pas immédiatement perceptible, il est suffisant que le gestionnaire les signale. Par contre, celui-ci a l'obligation précise d'éliminer les obstacles artificiels ou anormaux (objets tombés sur la piste ou arbustes poussés sur la piste), de prévoir une

Différemment, le hors-piste **inconscient** concerne les cas où le skieur ne se rend pas compte d'avoir emprunté un parcours passant au-delà du périmètre de la zone skiable et qui n'est donc pas sujet aux obligations de sécurité du gestionnaire. Par conséquent, le hors-piste doit être signalé de façon efficace, notamment compte tenu des situations météo susceptibles de se vérifier dans la zone skiable en question : les informations indiquent la confiance que l'état des lieux peut engendrer chez le skieur.

Il y a, enfin, le **hors-piste véritable, sciemment recherché** par le skieur, celui qui est mis à l'honneur par le *marketing* et par la communication publicitaire des stations de sports d'hiver.

C'est vraisemblablement ce dernier cas qui peut intéresser le projet Skialp. En effet, il est possible de formuler des hypothèses de responsabilité si, pour attirer des amateurs de hors-piste, le gestionnaire souligne de façon explicite la possibilité de se servir de ses remontées mécaniques pour monter en altitude, puis pour se lancer dans des itinéraires hors-piste⁶².

Au cas où le gestionnaire induirait le skieur à payer pour l'utilisation des remontées mécaniques en vue de faire du hors-piste, le gestionnaire peut ensuite être jugé responsable au niveau contractuel d'obligations de contrôle, si le skieur a un accident, après avoir pris les remontées mécaniques et fait du hors-piste, en parcourant un itinéraire situé en-dehors de la zone skiable.

Il n'est pas suffisant de rappeler simplement l'art. 17 de la loi italienne n° 363/2003 pour clore toute discussion à ce propos. En effet, il serait possible de répliquer que, en promettant de façon explicite au skieur que l'accès aux remontées mécaniques permet de faire du hors-piste et, encore plus, en soulignant cet aspect pour attirer davantage d'usagers, le gestionnaire assume de façon implicite une obligation de contrôle autonome et supplémentaire par rapport à ce qui est prévu par la loi n° 363/2003⁶³.

Pour chercher à éviter cette interprétation, certains législateurs régionaux se sont activés, comme celui du Piémont⁶⁴ ou celui des Abruzzes⁶⁵, mais, pour le pro-

signalisation et des mesures de protections, comme des filets visant à empêcher les accidents. Cf. à ce sujet les observations de Tribunal de CANTARELLA sur la responsabilité du gestionnaire de la piste de ski, in *Ventiquattrore Avvocato*, 5 décembre 2018 n° 1, p. 22-29.

⁶² Il s'agit de l'observation tout à fait pertinente et partageable de U. IZZO, «*Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista*» in Melchionda, Rossi (dir.), *Prevenzione dei sinistri in zona valanghiva: attività sportiva, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, pages 97-98.

⁶³ Autre observation tout à fait pertinente et partageable de U. IZZO, «*Profili civilistici e assicurativi della tutela dello sciatore, fra pista e fuoripista*» in Melchionda, Rossi (dir.), *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva: attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2019, pages 97-98.

⁶⁴ L'art. 4, alinéa 2, lettre f) de la loi régionale du Piémont du 26 janvier 2009, n° 2 et ses modifications successives, définit ainsi le « parcours hors-piste ou mixte » : « itinéraire à ski, même non compris dans la zone skiable et aménagée, qui peut être signalé par des piquets indicateurs de parcours et normalement accessible. Pour cet itinéraire les dispositions de l'article 30 sont valables, ce qui signifie que l'usager effectue le parcours à ses risques et périls ». L'art. 30 de cette même loi prévoit au 1^{er} alinéa que : « les gestionnaires des piste de ski, les administrations publiques locales et la Région ne sont aucunement responsables des accidents qui peuvent se vérifier en-dehors des pistes de ski citées à l'article 4, alinéa 2, lettres a), b), c), d) et e), même sur des parcours hors-piste desservis par les remontées mécaniques ; les gestionnaires ne sont pas responsables non plus des accidents pouvant survenir sur des parcours tels que ceux qui sont cités à l'article 4, alinéa 2, lettre f) ».

⁶⁵ L'art. 99 de la loi régionale des Abruzzes n° 24 du 8 mars 2005 prévoit ceci : « Ski hors-piste,

jet en question, il paraît opportun de se pencher sur la norme concernant la Vallée d'Aoste. La loi de la Région Vallée d'Aoste⁶⁶ prévoit à l'art. 7, portant sur le « *Ski hors piste et ski-alpinisme* » que :

« 1. Le concessionnaire des remontées mécaniques et l'exploitant des pistes ne sont pas responsables des accidents susceptibles de survenir sur les tracés hors piste desservis par lesdites remontées ou en dehors des espaces et des pistes délimités au sens de l'art. 3 de la présente loi et de la LR n° 9/1992.

2. Les randonneurs qui pratiquent le ski-alpinisme doivent toujours être équipés des dispositifs électroniques destinés à garantir l'intervention correcte et immédiate des secours. »⁶⁷

Il est clair que, à l'échelon régional, la Vallée d'Aoste a essayé de déterminer une norme visant à rendre le gestionnaire des domaines skiables difficile à attaquer en justice en cas d'accident. D'autre part, il apparaît que le gestionnaire peut devoir répondre s'il publicise l'activité hors-piste dans les zones proches des lieux où il transporte sa clientèle. Cela met également en évidence que, aux termes de l'art. 41 de la constitution italienne sur la liberté d'initiative économique privée, le but lucratif de l'activité du gestionnaire des espaces skiable peut aussi impliquer des obligations de protection et d'information, même si, à première vue, les normes sembleraient exclure toute hypothèse de responsabilité.

À ce point, il faut prêter une attention particulière aux différentes conséquences découlant du choix de l'une ou de l'autre stratégie de procédure de la part de la victime éventuelle, sous réserve d'un concours de responsabilité (contractuelle et extracontractuelle)⁶⁸.

Dans le cas en question, si le tracé chargé en ligne fait l'objet d'une publicité de la part du gestionnaire des espaces skiables, à défaut d'une information appropriée le gestionnaire pourrait hypothétiquement avoir une responsabilité.

En ce qui concerne la charge de la preuve de l'acteur/victime, le choix d'invoquer l'art. 1681 du code civil italien ou la norme générale de l'art. 1218 de ce même

ski alpinisme et alpinisme. 1. Sous réserve de l'obligation pour le concessionnaire et le gestionnaire du domaine skiable de placer une signalisation appropriée concernant le danger d'éboulements ou d'avalanches, pour les accidents qui peuvent se vérifier sur les parcours hors-piste accessibles à partir des remontées mécaniques ou en-dehors des pistes telles qu'elles sont citées dans la présente loi, l'on applique ce qui est prévu au 1^{er} alinéa 1 de l'article 17 de la loi 24 décembre 2003, n° 363 et ses modifications et intégrations successives. 2. Les sujets qui font du ski d'alpinisme doivent s'équiper d'un Appareil de Recherche de Victimes d'Avalanche (ARVA – balise d'avalanche), d'une pelle et d'une sonde afin de garantir une intervention de secours adéquate. 3. Les dispositions du présent article sont contenues dans la documentation d'information à l'utilisateur et indiquées sur des panneaux exposés aux stations de départ et d'arrivée des remontées mécaniques (aux termes de l'annexe B de la présente loi). La documentation d'information destinée aux usagers et les panneaux sont réalisés par le concessionnaire et par le gestionnaire de la zone skiable aménagée ».

⁶⁶ Loi régionale n° 27 du 15 novembre 2004 portant dispositions en matière de sécurité sur les domaines destinés à la pratique des sports d'hiver et modifications de la loi régionale n° 9 du 17 mars 1992, relative à l'exploitation des pistes de ski affectées à l'usage public, modifiée en dernier ressort par la loi régionale n° 34 du 15 décembre 2000.

⁶⁷ Cf. l'art. 2 de cette même loi, intitulé « Délimitation des espaces skiables », qui prévoit que : « 1. La classification des pistes de ski au sens de l'art. 3 de la loi régionale n° 9 du 17 mars 1992, relative à l'exploitation des pistes de ski affectées à l'usage public, vaut de plein droit comme délimitation des espaces skiables équipés au sens de l'art. 2 de la loi n° 363/2003. »

⁶⁸ M. PITTALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in Dir. sport., 2015, p. 38.

code ou encore les règles de responsabilité extracontractuelle citées aux articles 2050 et 2051 n'impliquera pas de différences substantielles.

En effet, s'il s'avère qu'il y a une relation causale, la victime ne devra pas prouver la responsabilité du gestionnaire (car elle est présumée), aux termes de l'art. 1681 du code civil italien et d'après l'orientation de la Cour Suprême⁶⁹, aux termes de l'art. 1218 du code civil italien ; ainsi, la culpabilité ne doit pas être démontrée dans les cas où l'on invoque la responsabilité aux termes des articles 2050 et 2051 du code civil italien⁷⁰.

En revanche, dans l'hypothèse où l'acteur invoque la responsabilité contractuelle aux termes de l'ex art. 2043 du code civil italien, la charge de la preuve grèvera, vice-versa, exclusivement sur le skieur hors-piste lui-même⁷¹.

5. L'administrateur public

5.1 Les responsabilités de l'administrateur public en montagne

Sur la base de l'analyse de la jurisprudence, il apparaît désormais clair que les administrateurs publics ont un devoir de surveillance et de vigilance continue sur le territoire montagnard à risque de calamités naturelles (par exemple, les éboulements, les avalanches ou les inondations). Si nécessaire, ils doivent intervenir pour prévenir et/ou contraster les risques liés aux calamités naturelles. Il s'agit peut-être de l'aspect le plus délicat des contestations possibles envers la collectivité locale qui déciderait de mettre en ligne sur internet des itinéraires de ski-alpinisme. En fait, quand ils sont élus, les maires prennent une série de responsabilités bien précises.

À ce propos, rappelons quelques-uns des cas cités par l'art. 54 du Décret législatif n° 267 de 2000 (Texte Unique des lois sur le système juridique des collectivités locales), sur lesquels nous proposerons une courte réflexion, car dans ce domaine l'administration publique prend d'habitude sans cesse des mesures visant substantiellement à prévenir les dangers ; toutefois, celles-ci ne tiennent pas toujours compte des conditions prévues, aboutissant ainsi à une sorte de « médecine défensive » de la montagne, qu'il faudrait absolument contraster.

En ce qui concerne la surveillance et la vigilance, l'Administration publique a le devoir, entre autres, de :

- déterminer et recenser les zones anthropisées à risque et identifier les zones potentiellement à risque;

⁶⁹ Cf. Cass., S.U., 30 octobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565, note de V. MARICONDA.

⁷⁰ Sur la répartition de la charge de la preuve dans le jugement instauré aux termes de l'art. 2051, voir Cass. 7 avril 2010, n. 8229, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010.

⁷¹ Cf. Cass. 10 décembre 2012, n. 22383, in *dir. e giustizia*, 2012, avec note de E. VINCENTI. Ces conclusions ont été exprimées par la Cour suprême, d'après laquelle – sur la base du titre contractuel de la responsabilité du gestionnaire – c'est la victime qui doit prouver la source de son droit et elle peut se limiter à alléguer le non-accomplissement ou l'accomplissement inexact de la contrepartie quant à l'obligation de garantir la sécurité des pistes. Inversement, le gestionnaire a la charge de prouver que les prétentions de la victime sont infondées ainsi que, si possible, les modalités d'après lesquelles il a remédié au danger et, éventuellement, le cas fortuit spécifique qui aurait déterminé l'accident.

- interdire la construction d'habitations et d'infrastructures dans les zones à risque ; réaliser des ouvrages de protection pour les zones anthropisées à risque ;
- adopter des mesures appropriées dans des situations nivologiques et météorologiques critiques (fermeture de routes ou évacuation d'agglomérations).

La mesure prise en août 2019 (Directive de la Protection civile du 12/08/19, appelée « Directive avalanches ») constitue un premier pas pour réglementer une situation qui ne peut pas demeurer telle quelle. Certes, toutefois, il est bien de considérer comme ces obligations de contrôle doivent être pesées et calibrées pour ce qui est des activités de traçage des itinéraires sur internet, dont s'occupe la présente étude.

Une responsabilité de l'administrateur public correspond au devoir d'appliquer les obligations décrites. Cette responsabilité peut être de deux types :

- une **responsabilité objective** du gardien : aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien, l'administration publique est considérée comme le gardien des biens domaniaux (par conséquent, l'administration publique a par exemple l'obligation de contrôler et surveiller scrupuleusement une pente raide en amont d'une route où il y a quotidiennement des glissements de terrain) ;
- ou bien une **responsabilité civile** aux termes de l'ex art. 2043 du code civil italien, c'est-à-dire une responsabilité civile « classique », qui ne comporte pas de responsabilité objective de la part de l'Administration publique (l'administration publique n'a pas particulièrement d'obligations de contrôle sur une pente dans un bois dépourvu d'accès et où personne ne passe depuis plusieurs années).

Nous présentons ci-après un bref examen des deux hypothèses.

5.2 Responsabilité objective

En ce qui concerne la responsabilité objective aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien (ce sont les cas où l'administration publique n'est exemptée de la responsabilité qu'en prouvant le cas fortuit) : la jurisprudence, copieuse à ce sujet, a établi qu'une responsabilité objective de l'administration publique subsiste pour les zones de montagne anthropisées à risque où, justement, les avalanches, les éboulements ou les inondations arrivent souvent : en d'autres termes, dans les zones de montagne où, compte tenu du risque élevé, il y a assurément un devoir de vigilance constante sur le territoire⁷².

Quant au régime de preuve, la jurisprudence argumente que les zones où des avalanches ou des éboulements se vérifient fréquemment doivent être soumises à une surveillance constante et que, par conséquent, c'est l'administration publique qui doit prouver le cas fortuit. En substance, nous assistons à une inversion de la charge de la preuve par rapport aux règles ordinaires : la victime de l'avalanche qui entreprend une action judiciaire pour obtenir un dédommagement aux termes de l'art. 2051 du code civil italien devra uniquement prouver l'événement préjudiciable et le dommage subi, mais elle ne sera pas tenue de

⁷² Compte tenu du fait que les zones où il y a fréquemment des avalanches et des éboulements sont souvent bien connues, la jurisprudence est orientée, dans ces cas-là, à attribuer une responsabilité aggravée à l'administration publique et à prévoir que – pour se libérer de la responsabilité – celle-ci doit prouver le cas fortuit (c'est-à-dire que l'événement était imprévisible et inévitable).

prouver la faute de l'administration publique : la responsabilité est présumée et, pour autant, de caractère objectif⁷³.

Aux termes de l'art. 2051 du code civil italien, sur la « *Responsabilité du gardien* » la responsabilité est présumée à deux conditions : l'existence d'un rapport de gestion, à savoir d'un rapport entre le bien et celui qui détient un pouvoir effectif sur ce bien, et le fait que le dommage a été provoqué par le bien gardé⁷⁴.

Étant justement basée sur un rapport entre le bien et le gardien, la responsabilité doit être indépendante du caractère non intentionnel ou de l'activité de ce dernier, ainsi que de la dangerosité du bien lui-même.

Étant de nature objective, aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien la responsabilité prévoit exclusivement l'existence du lien de causalité entre le bien et l'événement.

Il faut souligner que, en matière de sinistres sur une route ou sur le sol public, la jurisprudence a abandonné, depuis quelques années déjà, l'orientation d'après laquelle la responsabilité de l'administration publique ne serait envisageable qu'en présence de ce que l'on appelle « piège » ou « écueil », tous deux liés à l'illicite aquilien lié à l'art. 2043 du code civil italien⁷⁵, puisque, vice-versa, l'application de l'art. 2051 du code civil italien est consolidée.

En même temps, la Cour constitutionnelle⁷⁶ a affirmé aussi que l'« étendue considérable du bien » et « l'utilisation générale et dirigée » ne déterminent pas l'impossibilité de la part de l'administration publique d'exercer concrètement un pouvoir de contrôle et de vigilance sur le bien en question ; ladite impossibilité ne dépend donc ni de la nature domaniale ni de l'étendue du bien, mais peut être reconnue uniquement suite à une enquête du juge se référant à un cas précis, et d'après des critères de normalité ».

C'est donc le juge qui doit évaluer concrètement si le gérant/exploitant est objectivement dans les conditions de maintenir un contrôle sur le bien qu'il gère et si, dans ce cas, il a entrepris toutes les opérations appropriées afin d'éviter que le dan-

⁷³ Aux termes de l'art. 2697 du code civil italien, en règle générale, celui qui souhaite faire valoir un droit lors d'un jugement doit prouver les faits qui en constituent le fondement.

⁷⁴ Autrement dit, la jurisprudence avait tendance à exclure l'applicabilité de l'art. 2051 du code civil italien dans les cas de biens appartenant au domaine public (dont, par exemple, le domaine routier), par rapport auxquels, vu leur étendue et l'utilisation généralisée qui en est faite, dirigée par des tiers, il est impossible pour le gestionnaire d'exercer les devoirs de vigilance (C., S.U., 8588/1997 ; C. 10040/2006 ; C. 11446/2003 ; C. 11366/2002 ; C. 16179/2001 ; C. 5990/1998 ; Tribunal de Plaisance 26.5.2011). Cette orientation se basait sur la considération que cette catégorie de biens ne pouvait pas être soumise à une surveillance appropriée de la part de l'administration publique ; par conséquent, l'art. 2051 ne pouvait s'appliquer que si l'étendue des biens domaniaux permettait un contrôle efficace et continu pour empêcher les causes de danger pour les tiers (C. 1691/2009 ; C. 13114/1995 ; C. 5567/1984). Concernant l'administration publique, l'art. 2051 pouvait être appliqué pour les catégories de biens domaniaux comme les routes publiques uniquement quand, compte tenu de leurs dimensions réduites, un contrôle efficace et une surveillance constante étaient possibles de la part de l'administration publique, pour empêcher les causes de danger pour les usagers (C. 20827/2006). La jurisprudence a aujourd'hui tendance à affirmer un devoir de surveillance accru sur les biens domaniaux (C. 4963/2019). Cf. sur ce point la banque de données *Pluris Utet*.

⁷⁵ *Ex plurimis*, Cassation n° 366 de 2000, Cassation n° 7938 de 2001, Cassation n° 9092 de 2001, Cassation n° 11250 de 2002, Cassation n° 14993 de 2002, Cassation n° 15710 de 2002, Cassation n° 16356 de 2002, Cassation n° 17152 de 2002, Cassation n° 1571 de 2004, Cassation n° 22592 de 2004

⁷⁶ Cf. Cour Const. n° 156/1999.

ger apparaisse ou survienne et s'il a agi faisant preuve de la diligence nécessaire pour conjurer le risque.

Le jugement n° 15042/2008 de la Cour de Cassation a affirmé que des spécificités qui, d'une façon abstraite, peuvent rendre difficile un contrôle effectif sur le bien géré : « *sont à rechercher non seulement et pas tellement dans l'étendue territoriale du bien et dans les possibilités concrètes de vigilance sur celui-ci et sur le comportement des usagers, mais plutôt dans la nature et dans la typologie des causes provoquant le dommage : selon qu'elles soient **intrinsèques à la structure du bien**, de manière à constituer des facteurs de risque connus ou possibles à connaître a priori par le gérant (par exemple, en matière de routes, l'usure ou les bosses, les trous, les panneaux contradictoires ou trompeurs, etc.), ou qu'il s'agisse, en revanche, de **situations de danger créées de façon inattendue par des tiers**, impossibles à connaître ou à éliminer immédiatement, même avec la plus diligente activité d'entretien. Dans le premier cas, il est facile de déterminer la responsabilité aux termes de l'art. 2051 du code civil italien, car le gérant est assurément obligé de contrôler l'état du bien et à le maintenir dans des conditions optimales de fonctionnement. Ce n'est que dans le deuxième cas que la cause du dommage peut être considérée fortuite, du moins jusqu'à ce qu'un laps de temps raisonnable se soit écoulé, pour que l'exploitant ait pu découvrir le nouveau danger créé et pour qu'il ait eu la possibilité d'intervenir afin de l'éliminer* »⁷⁷.

Cette orientation a aussi été suivie et partagée dernièrement quand, à nouveau, la Cassation⁷⁸ s'est exprimée sur ce point, en affirmant que : « *la responsabilité, aux termes de l'ex article 2051 du code civil italien, concerne tous les dommages qu'elle cause, aussi bien par sa nature intrinsèque que pour l'apparition d'éléments préjudiciables, n'étant exclue que par le cas fortuit* ». La Cassation a également répété que le cas fortuit ne consiste que « *dans les situations provoquées par les usagers eux-mêmes, c'est-à-dire par une altération soudaine et imprévisible de l'état du bien qui – malgré l'activité de contrôle et la diligence visant à garantir une intervention rapide – ne peut être éliminée ou signalée, car il manque le temps strictement nécessaire pour agir* ».

Cette reconstruction a été confirmée par la Cour suprême, qui a affirmé que la responsabilité aux termes de l'ex article 2051 du code civil italien, concernant les dommages liés à des biens en gestion (y compris l'hypothèse de biens domaniaux gérés par l'administration publique), est de caractère objectif. C'est pourquoi elle apparaît concrètement chaque fois qu'il y a un lien de causalité entre le bien géré et le dommage, sans que la conduite du gérant soit impliquée et sans que la question du respect d'une obligation de vigilance soit soulevée⁷⁹.

Il est clair que, si le projet *Skialp* était réalisé, l'orientation de la jurisprudence décrite ici pourrait s'avérer potentiellement très dure pour l'administrateur public en cas de sinistre.

⁷⁷ Cassation civile, section III 2008 n° 15042 ; dans ce sens, voir aussi Cassation 1691/2009, Cassation 4495/2011.

⁷⁸ Cf. Cassation n° 14856/2013.

⁷⁹ Cf. Cassation 8481/2015.

5.3 Responsabilité extracontractuelle

En ce qui concerne, en revanche, le devoir généralisé (art. 2043 du code civil italien) de l'administration publique de gérer un bien domanial comme la montagne au sens large, il faut dire que le territoire montagnard est tellement vaste que les zones où il n'y a pas de calamités naturelles fréquentes sont pratiquement impossibles à contrôler d'une façon continue. Ainsi, du moins en ligne théorique, il devrait être impensable d'attribuer une responsabilité objective à l'administration publique dans ces cas-là. Par conséquent, alors, pour obtenir un dédommagement de l'administration publique, en cas de calamité naturelle, la victime devrait prouver que le dommage était prévisible et pouvait être connu par l'administration publique ; si cela est prouvé, le dédommagement pourra être versé ; autrement, il n'aura pas lieu d'être.

Dans l'hypothèse d'avalanches ou d'éboulements dans des zones non surveillées (par exemple, s'il s'agit de lieux non anthropisés où il n'y a pas eu précédemment d'événements dommageables ni de calamités naturelles) ou dans des zones n'étant pas reconnues comme dangereuses, la victime a la charge de prouver que l'événement était prévisible à ce moment-là, que l'administration publique était consciente du risque et que, malgré cela, elle n'est pas intervenue pour l'éliminer ou, du moins, pour le contenir.

Dans ce cas précis, le fait de mettre en ligne sur internet un parcours de ski-alpinisme où, malheureusement, une avalanche tombe et cause un dommage à un skieur d'alpinisme augmente certainement le risque qu'il y ait une attribution de responsabilité.

Compte tenu de cela, l'on comprend mieux les attitudes évoquées plus haut, s'inspirant de ce qui arrive dans le domaine sanitaire avec la célèbre « médecine défensive ». Il s'agit de conduites myopes, que l'on pourrait qualifier de « montagne défensive », adoptées par des administrations publiques au moyen d'interdictions et de mesures diverses.

Le raisonnement est dicté par la peur et se concrétise dans des panneaux d'interdiction ou dans des mesures nécessaires et urgentes interdisant l'accès à des vallées entières de la mi-novembre jusqu'au printemps.

Sur le plan juridique, toutefois, (beaucoup le soutiennent) ces mesures sont souvent illégitimes parce que, comme nous y avons fait allusion, elles ne sont pas délimitées dans le temps et, à bien y regarder, dans l'espace non plus⁸⁰.

L'autorité publique peut interdire une activité déterminée dans un espace libre comme la montagne pour des raisons de sécurité publique (par exemple, dangers pour les routes ou pour les maisons, mais pas pour prévenir des avalanches imprévisibles, où il n'y a personne excepté les skieurs hors-piste ou les alpinistes, sujets qui devraient assumer le risque que comporte le fait d'aller en montagne). Cependant, et cela est important, l'accès peut être limité uniquement jusqu'à ce que le danger exceptionnel est présent et pas partout.

On ne peut pas dire que toute la montagne est dangereuse : on peut et on doit dire qu'une certaine pente est dangereuse, dans ces conditions et à ce moment précis.

⁸⁰ C'est le cas de L. PLATTNER, *La responsabilità dell'amministratore pubblico e dei gestori degli impianti*, in *La responsabilità dell'ente pubblico e degli amministratori nella gestione del territorio e dei rischi naturali in montagna*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 19, 2009, Aoste, pages 47 et suivantes.

5.4 La Directive avalanches (Directive PCM 12 août 2019)

La directive récente du président du Conseil des ministres publiée en Italie au Journal officiel n° 231 le 2 octobre 2019, mieux connue comme « directive avalanches », a introduit une nouveauté.

Ce document vise à fournir les orientations opérationnelles non seulement pour ce qui est de l'organisation du système d'alerte régional mais aussi pour la planification des actions de protection civile territoriale dans le cadre du danger d'avalanches. Son but est donc d'indiquer qui doit agir et comment, s'il y a un risque grave d'avalanche.

Le texte comprend deux annexes : l'une concernant les procédures qui dépendent de l'État et des Régions, l'autre sur celles sont du ressort des Communes et des Provinces. Pour la première fois, cette directive introduit deux éléments nouveaux, destinés à changer la vie des premiers citoyens. D'une part, en effet, sur la liste des zones anthropisées, c'est-à-dire où l'homme est présent, elle introduit aussi les pistes de ski. D'autre part, elle charge les maires de gérer les urgences dans ces zones. En somme, avec la directive 231, les premiers citoyens devront décider la fermeture des pistes de ski s'il y a un danger imminent de coulée de neige.

Ainsi, alors que ce sont habituellement les exploitants des remontées qui sont chargés de la vigilance et de la prévention du danger d'avalanche, les interventions urgentes en cas de danger immédiat pour la sécurité publique seront, en revanche, de la compétence des communes, secondées par la commission locale des avalanches (CLV). Dans la pratique, les techniciens des communes (il n'est pas précisé lesquels) devront évaluer les différents espaces skiables et, si les bulletins de la neige s'avèrent particulièrement critiques, ils devront décider s'il y a un risque d'avalanche et, dans ce cas, établir la fermeture de la piste. Si les communes n'ont pas de techniciens dûment formés pour évaluer le danger d'avalanches, elles pourront demander l'aide de la Province ou de la Région.

Tout cela devra être mis sur pied en quatre ans au maximum. En effet, la Région devra rédiger et délimiter les sites où il y a des risques d'avalanches présents sur chaque territoire, avec la collaboration d'Arpav, dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de la directive. De leur côté, les maires auront deux autres années pour établir leur plan de protection civile, comprenant, entre autres, les actions à mettre en œuvre sur les espaces skiables.

Ces aspects aussi pourraient, à l'avenir, créer d'autres hypothèses de responsabilité à la charge des maires des communes de montagne.

5.5 Les traces d'ascension mises en ligne, des réalités assimilables aux sentiers ?

Le tableau général brossé ci-dessus montre pourquoi un administrateur public pourrait être considéré responsable en montagne. Ici, nous essaierons d'aborder le cœur de la question qui fait l'objet de la présente étude : les conséquences juridiques en cas de sinistre suite à la mise en ligne sur internet d'une trace de ski-alpinisme de la part de l'administrateur public.

En premier lieu, il est nécessaire de procéder à un bref examen du concept de

sentier et de tous les contextes proches qui peuvent, d'une façon ou d'une autre, avoir des points de contact avec un itinéraire au format numérique.

Le sentier est une voie étroite, qui ne fait généralement pas plus de 2,50 m de large, au fond naturel et tracé par le passage fréquent d'hommes et d'animaux, entre terrains, bois ou roches, en plaine, colline ou montagne.

La seule définition juridique de sentier se trouve dans le Code de la route : à l'art. 3 (Définitions routières et de trafic), 1^{er} alinéa, n° 48, il le définit ainsi : « *Sentier (ou chemin muletier ou route en terre) : route au fond naturel formée suite à l'effet du passage de piétons et d'animaux* ».

D'autres définitions se dégagent de la jurisprudence : le sentier est un tracé qui se forme naturellement et progressivement par effet du piétinement continu et prolongé⁸¹ de l'homme ou des animaux, sur un parcours dépourvu d'incertitudes et d'ambiguïtés, signalé au cadastre⁸².

En cas d'accidents survenus sur les sentiers, la responsabilité juridique peut retomber, entre autres, sur les auteurs de projet, les organismes exploitants, les accompagnateurs et les propriétaires⁸³. Il est clair qu'il y a des différences entre la discipline concernant les sentiers et celle des traces mises en ligne sur internet. Cependant, comme nous chercherons à l'expliquer, l'on peut trouver des points de contact ; puisqu'il s'agit d'une matière hautement innovante, il y a des pistes possibles et des principes de droit sur lesquels réfléchir afin d'évaluer les points de contact éventuels avec la matière qui fait l'objet de cet approfondissement.

Dans ce sens, nous rappelons ci-après une série de sujets qui peuvent devoir répondre, à différents titres, en cas de sinistre survenu sur un sentier.

- a) **le compilateur de cartes et de guides.** Au niveau théorique, il est possible d'envisager la responsabilité de celui qui publie une carte ou un guide touristique contenant une erreur ou, quoi qu'il en soit, à l'origine d'un dommage pour celui qui aurait suivi les indications qu'ils contiennent. Il serait toutefois difficile, concrètement, de prouver que c'est justement à cause de cette erreur que l'accident est arrivé, car celui qui va en montagne ne doit pas se borner à suivre les instructions, mais doit vérifier sur place la fiabilité des prévisions ou des conseils. Dans ces cas-là, le risque est d'arriver au paradoxe, par exemple, d'entreprendre une action légale parce que les temps de parcours indiqués ne correspondent pas aux siens : à plusieurs occasions, les temps de parcours indiqués dans le texte sont infiniment inférieures et trop optimistes par rapport aux temps réels. Il s'agit d'hypothèses difficilement défendables juridiquement, dont nous n'avons trouvé aucun précédent ni dans les actes des procès ni dans les ouvrages spécialisés. Mais cela souligne clairement que des frontières nettes et précises doivent exister, des limites infranchissables concernant les responsabilités qui peuvent être attribuées dans ce domaine. À ce sujet, il est malgré tout possible de mettre en évidence quelques similitudes avec la responsabilité que peut prendre l'administrateur public qui met en ligne la trace dans une *communauté* de référence. Dans les deux cas, en effet, c'est un parcours qui est fourni. Cependant, internet permet une mise à jour

⁸¹ Cf. Cassation, mai 1996, n° 4265.

⁸² Cf. Cassation, 29 août 1998, n° 8633 ; Cassation, 21 mai 1987, n° 4623.

⁸³ Cf. sur ce point, *Responsabilità connesse ai sentieri*, sous la direction du CAI de Toscane.

constante, qui n'est en revanche pas possible pour les guides sur papier traditionnels. Cela implique un travail potentiel de mise à jour pour l'administrateur public qui souhaite publiciser une trace de ski-alpinisme *en ligne*. À ce propos, il convient de rappeler que la municipalité n'est pas un sujet quelconque : le citoyen aura tendance à faire davantage confiance à un parcours mis en ligne par la commune qu'à un parcours mis en ligne par un simple skieur d'alpinisme. Par ailleurs, une recherche effectuée au service de documentation et dans le répertoire n'a pas fait apparaître de cas de sinistres où les compilateurs de guides (sur papier) ou de cartes ont été interpellés et considérés responsables d'avoir fourni des informations erronées aux utilisateurs de la montagne. Sur ce dernier aspect, l'on précise toutefois que, comme nous l'avons affirmé au début de ce travail, la perception de la montagne en relation avec le tourisme de masse implique une protection attendue toujours plus élevée – souvent concédée par les tribunaux – de ceux que nous pouvons définir, à tous les effets, les *consommateurs de la montagne*.

b) celui qui aménage des sentiers, des « via ferrata » et des voies d'escalade.

La responsabilité civile potentielle de celui qui a aménagé un sentier (il s'agit en général de personnes liées à des organismes publics ou à l'office du tourisme) ou, encore davantage, de celui qui a réalisé une « via ferrata » ou un voie d'escalade est plus facile à comprendre et évidente. Il existe des passionnés qui préparent ces voies sur des falaises ou même en haute montagne, en cloutant des parcours. Ceux qui les empruntent doivent naturellement pouvoir faire confiance aux prises créées artificiellement (clous, boulons, pitons, anneaux, chaînes, etc.). Si celles-ci n'ont pas été posées ou construites correctement, la responsabilité est attribuée à celui qui les a mises en place. À condition, bien sûr, que l'on sache de qui il s'agit. Par rapport au point précédent, il y a moins d'aspects communs entre un administrateur public qui met une trace de ski-alpinisme en ligne et quelqu'un qui aménage des sentiers, des « via ferrata » et des voies d'escalade. Il s'agit ici d'un cas limite. Le skieur d'alpinisme peut se servir de la trace mise en ligne comme point de référence général, mais il peut aussi s'en éloigner de quelques mètres tout en restant dans le secteur indiqué. Par contre, le passage sur une « via ferrata » ou sur un sentier aménagé est bien sûr substantiellement obligé, car il s'agit souvent de la seule voie qui permet d'atteindre le but. Cela rend les obligations de l'exploitant d'une « via ferrata » ou d'une voie aménagée plus pressantes ; une surveillance de ces espaces sera certainement obligatoire afin de vérifier qu'il n'y ait pas de situations de danger menaçant ceux qui fréquentent ces espaces. Au contraire, comme nous l'avons dit, le skieur d'alpinisme qui suit une trace publicisée par la Commune a une plus grande liberté de mouvement : il n'est pas obligé de suivre exactement les virages indiqués par la trace qu'il a téléchargée. Par ailleurs, sur cet aspect spécifique, il est bien de préciser que la trace téléchargée sur un smartphone ne correspond pas toujours précisément et ponctuellement à celle qui est visualisée sur un autre appareil. Il peut arriver que la même trace soit téléchargée avec des différences même de plusieurs mètres. Cela ne pose pas de problèmes sur une colline au milieu d'une plaine, mais cela peut en poser si la trace passe à proximité d'un ravin ou d'un gouffre. Ainsi, il faut se demander quelles conséquences (juridiques) peut avoir le téléchargement sur un smartphone d'une trace où la position peut varier de plusieurs mètres. À notre avis, le principe de l'auto-responsabilité

devrait toujours valoir et donc celui qui s'aventure en haute montagne devrait non seulement avoir la charge de vérifier le fonctionnement correct de ses appareils, mais aussi posséder les compétences nécessaires pour savoir lire les données qui y sont reproduites. Par ailleurs, l'utilisation de ces technologies devrait toujours s'accompagner de la connaissance des cartes sur papiers, au cas où les appareils tomberaient en panne. Cependant, l'impression est que le tourisme de masse, qui accède toujours plus souvent à la haute montagne, conduit inexorablement vers l'élargissement des mailles des limites des responsabilités de ceux qui effectuent une activité ou fournissent des services en altitude.

- c) **Le responsable de l'entretien.** Le même discours peut valoir pour qui aurait dû entretenir correctement l'installation, mais ne l'a pas fait : par exemple, si une commune, un office du tourisme ou un Parc fait la publicité d'une « via ferrata », poussant les touristes ou les usagers à la parcourir, l'organisme en question doit en même temps garantir le parfait état de la voie, en vérifiant régulièrement l'état des prises, en veillant à les remplacer ou à les réparer : en effet, une chute de pierres, le poids de la neige ou un éclair peuvent gravement endommager un tronçon de la voie. Et les conséquences peuvent être dramatiques. Pour ce qui est des responsabilités qui peuvent être attribuées au responsable de l'entretien et les similitudes possibles que l'on peut trouver avec l'administrateur public qui met en ligne un itinéraire sur une *communauté* d'internet, c'est peut-être le cœur du problème. Concrètement, la question que nous devons nous poser est de savoir si l'administrateur public qui met simplement une trace en ligne est aussi obligé de se charger de l'entretien de l'itinéraire, de vérifier périodiquement ses conditions ou bien s'il a des obligations de mise à jour de la trace mise en ligne. Sur ce point, il paraît plus réaliste de donner une réponse articulée. Car, si un accident devait arriver justement sur le parcours faisant l'objet de la trace mise en ligne sur internet, il devrait être examiné lors d'un procès, ou civil ou pénal. En fait, dans tous les cas, il faudrait vérifier les agissements et/ou les omissions des différents sujets en cause, ainsi que les responsabilités éventuelles de la victime elle-même.
- d) **Le propriétaire de l'ouvrage.** En général, dans le droit civil, le propriétaire d'un ouvrage (par exemple, une maison, une mine, un pont ou une route) a une responsabilité objective, en l'absence d'une faute directe, pour les dommages causés par l'édifice lui-même. Prenons le cas classique de la tuile ou de la neige tombant du toit d'une maison : la responsabilité retombe sur le propriétaire de l'édifice (en général, sur son assurance). De la même façon, les constructions en montagne, qui servent à la progression sur roche ou comme abri ou qui donnent envie aux gens de se rendre à un certain endroit, comme par exemple un sentier, sont sous la responsabilité objective de leur propriétaire. Pour ce qui est de la position du propriétaire de l'ouvrage, en ce qui concerne l'administrateur public qui met une trace *en ligne*, dans la plupart des cas le propriétaire des lieux où peut arriver un accident est l'administration communale elle-même. Sur ce point, il est clair que le maire ne devrait pas avoir une obligation de gestion aux termes de l'art. 2051 du code civil italien sur chaque centimètre du territoire communal : il s'agirait d'une prestation pour le moins impossible à exiger et l'accident hypothétique serait souvent inévitable. Cependant, comme nous le verrons, les limites sont plutôt variables.

5.6 Gestion des sentiers et responsabilité en cas de sinistre à proximité d'un sentier : le point de vue de la jurisprudence récente

Vu le tableau brossé ci-dessus, la scène juridique s'avère particulièrement intéressante. Pour le thème examiné dans la présente étude, le jugement n° 214/19 de la Cour d'appel civile de Trente (inédit) est très important : en effet, ce tribunal a très durement condamné un Parc naturel, l'obligeant à payer un dédommagement de plus d'un million d'euros à la famille d'un touriste mort en tombant dans un puits d'une tranchée de la Grande guerre en hiver⁸⁴.

Il s'agit d'un jugement important, car il représente un précédent fondamental pour toutes les administrations, tous les organismes et toutes les associations qui gèrent des parcours de montagne potentiellement dangereux.

Le cas affronté par les juges était le suivant : le 6 mars 2006, pendant une balade en raquettes, un randonneur tomba dans le puits d'aération d'une tranchée de la première guerre mondiale recouverte par la neige, pleine de glace et d'eau de fonte, faisant une chute de 6 mètres dans la « cheminée ». Blessé aux jambes, l'homme ne fut retrouvé mort que vingt jours plus tard : les fractures et le temps passé dans l'eau glaciale, à l'origine d'une grave hypothermie, l'avaient conduit au décès.

L'épouse et le fils de la victime avaient dénoncé aussi bien le CAI (auquel aucune responsabilité n'a été attribuée au cours du jugement) que le Parc, soutenant que l'accident aurait pu être évité si la tranchée avait été correctement signalée. Lors de cette affaire judiciaire, le Parc avait répliqué que la tranchée, en réalité, se trouvait à 50 mètres environ en-dehors du sentier et plus ou moins **15 mètres en amont**. Pour tomber dans la tranchée – de fait – il fallait abandonner le sentier et s'y rendre exprès, soutenait la défense. Cette thèse avait été accueillie de façon positive lors des jugements de premier et de deuxième degré, car les juges avaient souligné plusieurs fois dans les deux mesures l'impossibilité du Parc (et de tout organisme gestionnaire) de contrôler et d'éliminer tous les dangers dans la zone de sa compétence, car ils font partie du risque que celui qui va en montagne accepte de prendre.

Cependant, au troisième degré de jugement, la Cour de Cassation⁸⁵ annulait le jugement et renvoyait l'affaire à un nouveau procès devant la Cour d'appel de Trente, soutenant que la tranchée, lieu d'intérêt historique lié à la Grande Guerre, pouvait constituer un but pour d'autres randonneurs aussi. Le jugement établit notamment que : « *Pour les parcs naturels, l'impossibilité objective de la surveillance ne peut concerner ni les sentiers de randonnée balisés, car ceux-ci sont destinés au parcours des visiteurs dans des conditions de sécurité, ni les espaces limitrophes s'il existe un lien fonctionnel étroit entre le parcours signalé et les points intéressants situés à proximité.* »⁸⁶

Le nouveau jugement de la Cour d'appel, datant du 16 septembre 2019, est un précédent qui compte pour le Parc et pour tous les organismes qui travaillent dans des situations semblables : plus d'un million de dédommagement à ver-

⁸⁴ Pour un *excursus* historique présentant une nouvelle lecture stimulante des faits au cours de la première guerre, consulter le beau livre de R. CRUCIOLI, *La grande guerra. Vittoria italiana*, 2017, Roma.

⁸⁵ Cf. Cassation n° 1257/2018.

⁸⁶ Textuellement Cassation civile, section III, 19/01/2018 n° 1257.

ser à la famille du défunt, car il est alors établi que l'événement mortel fut la « *conséquence directe et immédiate d'un manque au devoir de précaution* » revenant à l'organisme gérant le Parc « *et n'est aucunement lié à des comportements imprudents de la victime* ». En affirmant que « *ce qui est arrivé à M. [omissis] – affirme le jugement – (ne) peut être comparé, comme le prétend le Parc, aux dangers de la montagne qui, certainement, incluent des risques de chute ; mais la cheminée d'aération d'une tranchée, ou d'une 'glacière' pour la conservation des aliments, de six mètres de profondeur, remontant à la grande guerre dans une zone où il y a des traces de cette époque historique, attraction pour les visiteurs, s'avérerait un véritable piège qui n'était pas assimilable aux dangers, d'un autre genre, que M. [omissis] était habitué à affronter* ». Ce jugement ouvre un bien plus vaste scénario, surtout en ce qui concerne l'objet de cette étude : si un organisme est responsable pour une chute en montagne à 50 mètres du sentier, il devient difficile d'envisager un avenir de gestion en sécurité de ces parcours sans qu'une responsabilité puisse être, quoi qu'il en soit, toujours attribuée à celui qui gère, à celui qui entretient ou même à celui qui fait simplement la promotion d'un parcours de randonnée ou de ski-alpinisme sur le territoire. Un jugement comme celui qui a été commenté ici peut amener à se poser une série de questions. Tout d'abord, il faudrait vérifier quelles assurances accepteront de couvrir une réalité semblable ou n'importe quel autre organisme de gestion. Le risque est que tout ce qui arrive dans un espace naturel soit toujours sous la responsabilité de l'exploitant. Dans le cas examiné, le sinistre ne s'est pas vérifié directement sur un sentier. Il s'agit d'une donnée importante par rapport à l'hypothèse de téléchargement d'une trace en ligne et aux responsabilités possibles qui pourraient être imputées à celui qui met les informations en ligne. Dans le jugement cité ici, il s'agit d'une glacière d'une tranchée située à plus de 50 mètres du sentier, par une journée d'hiver, quand le parc est couvert de neige. On pourrait se demander, alors, quel pouvait être le comportement exigé de l'exploitant : d'après nous, l'on ne peut, en effet, arriver au paradoxe de devoir clôturer et placer des panneaux « attention » pour chaque tranchée, trou, ouverture. Dans ces zones, il y en a par milliers. Ces questions peuvent, par conséquent, être toutes reformulées en relation avec le cas qui fait l'objet de notre approfondissement. Dans la situation que nous venons d'examiner, la jurisprudence paraît limiter fortement le principe d'auto-responsabilité qui devrait, au contraire, régner en haute montagne.

5.7 Chute de pierres sur sentier

Un autre cas récent de jurisprudence représente bien le manque de clarté sur le thème de la responsabilité en montagne. En fait, par son jugement du 20 septembre 2019, la Cour d'appel de Trente a établi que l'organisme qui gère le réseau des chemins⁸⁷ n'est pas responsable de la chute de pierres sur un sentier.

⁸⁷ La Société des alpinistes de Trente (SAT) est une association d'alpinisme italienne qui œuvre dans la province de Trente. C'est la section la plus nombreuse du Club Alpin Italien (CAI).

En août 2012, un touriste parcourait un sentier avec quelques membres de sa famille. À un certain point, un rocher s'est détaché du versant gauche de la montagne et a touché le randonneur à la jambe, provoquant une fracture.

Le touriste a ainsi demandé un dédommagement de quelque 95.000,00 euros à la société d'alpinisme et à la commune.

D'après les avocats de la victime, ce sentier était assimilable aux chemins vicinaux, pour lesquels l'organisme propriétaire (dans ce cas, la commune et la Société de gestion du réseau des chemins) aurait dû surveiller la situation.

D'après la Cour, le sentier est uniquement de la compétence de la Société de gestion, qui a la tâche de s'occuper de la signalisation, du balisage et de l'entretien du sentier. Cet organisme n'est donc pas responsable de tout ce qui peut arriver autour.

Cependant, le jugement risque se d'avérer en contraste par rapport au cas cité plus haut, toujours lié à la Cour d'appel de Trente, qui a – en revanche – condamné le Parc à payer un dédommagement de plus d'un million d'euros à la famille d'un touriste trouvé mort dans le puits d'une tranchée de la première guerre mondiale (cf. le paragraphe précédent).

Il faut dire que, dans le cas du randonneur en raquettes tombé dans le puits, la Cour d'appel de Trente a dû appliquer les principes déterminés par la Cour de Cassation suite au renvoi⁸⁸.

Les deux jugements ne paraissent pas cohérents l'un par rapport à l'autre. Il est vrai qu'il s'agit de cas différents pour plusieurs raisons : le type de activité sportive effectuée (randonnée dans un cas et raquettes dans l'autre) ; la période de l'année (au mois de mars, c'est-à-dire en plein hiver, dans le premier cas et au mois d'août, c'est-à-dire en plein été, dans le deuxième cas) ; les sujets interpellés ; les conséquences ; le lieu de l'accident (en-dehors du sentier dans le premier cas, sur le sentier dans le deuxième cas). Cependant, les faits suscitent un certain étonnement, car le dédommagement est reconnu à celui qui a abandonné le sentier et n'est pas reconnu, par contre, à celui qui est blessé par une chute de pierres alors qu'il se trouvait sur le sentier.

Il est certain que, vu ces deux jugements si incisifs – et antithétiques – il s'avère difficile de fournir des indications claires aux opérateurs du secteur. En effet, les juges eux-mêmes semblent se baser tour à tour sur des principes différents pour faire leurs évaluations et cela empêche de tracer les limites réelles des comportements et/ou des omissions qui peuvent être poursuivies en milieu montagnard⁸⁹.

⁸⁸ Sur la base des motivations données dans la déposition, que nous citons à nouveau, « *le décès fut une conséquence directe et immédiate d'un manque au devoir de précaution à la charge du Parc [...] et n'est en aucune façon lié à des comportements imprudents de la victime* ».

La Cassation avait annulé les jugements de premier et de second degré, soutenant que la tranchée, en tant qu'attraction historique de la Grande Guerre, pouvait représenter un but pour les randonneurs. La défense, en revanche, soutenait que le Parc, en tant qu'organisme gestionnaire, ne pouvait contrôler et éliminer tous les dangers dans la zone de compétence, « *car ils font partie du risque accepté par celui qui va en montagne* ».

⁸⁹ « *Pour les parcs naturels, l'impossibilité objective de surveillance ne peut être affirmée dans le cas des sentiers de randonnée balisés, car ceux-ci sont destinés à être parcourus par les visiteurs dans des conditions de sécurité, ni dans les cas de leurs abords immédiats qui peuvent représenter la raison d'intérêt de la visite, du moins s'il y a un lien fonctionnel étroit entre le parcours signalé et ses alentours.* » (Cassation civile, section III, 19/01/2018, n° 1257).

5.8 Avertissements possibles pour décharge de responsabilité en cas de téléchargement de la trace

Compte tenu de la jurisprudence citée plus haut, il est peut-être possible d'évaluer uniquement une série de suggestions de bon sens. Partir du principe que toute activité mise en place peut créer un état de confiance et, par conséquent, une responsabilité en cas de sinistre. Élargir le cadre d'ensemble et, donc, informer le plus possible l'utilisateur sur les circonstances, les droits et les devoirs qui retombent sur qui fréquente la montagne, toujours informer des risques et des responsabilités.

Ainsi, si l'on souhaite faire la promotion d'itinéraires de ski-alpinisme sur internet, il faut, au moins, informer clairement sur les points suivants⁹⁰ :

- les traces téléchargeables à partir de la *plate-forme Gulliver* ne sont en aucun cas à considérer précises, il s'agit de l'un des nombreux outils que la technologie met à disposition pour la promotion et la visualisation en ligne des parcours proposés ;
- les traces téléchargeables ne remplacent ni ne complètent en aucun cas la connaissance des cartes topographiques et des sentiers ; elles ne remplacent pas non plus les instruments typiques utilisés pour l'orientation en montagne ;
- la connaissance du fonctionnement de son propre appareil GPS est importante pour le skieur d'alpinisme, ainsi que le test de fonctionnement avec les fichiers gpx téléchargés *du site internet Gulliver*, pour en vérifier au préalable la compatibilité et la possibilité d'utilisation sur son propre appareil GPS. Ce sont les conditions essentielles pour le randonneur/skieur d'alpinisme qui souhaite se servir des traces GPS téléchargeables comme instrument complémentaire (pas comme seul instrument d'orientation) pour la sortie programmée ;
- l'administration ne répond en aucun cas de l'exactitude des traces GPS pouvant être téléchargées à partir du site, ni des dommages éventuels aux usagers et/ou à des tiers en relation avec l'utilisation de ces informations ;
- les traces GPS disponibles sur le site ont le seul but d'enrichir les descriptions des itinéraires, mais elles ne remplacent en aucun cas la connaissance du lieu, les cartes des sentiers, la capacité d'orientation, c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire pour programmer une sortie de ski-alpinisme, entre autres en rapport avec les conditions environnementales et physico-athlétiques ;
- Les traces GPS sont donc à considérer uniquement comme des renseignements supplémentaires et comme un complément des descriptions des parcours ;
- L'utilisateur est le seul et unique responsable de son choix d'utiliser les traces GPS fournies sur le site.

⁹⁰ Cf. les suggestions excellentes sur le site internet de la Région Autonome de la Sardaigne (dir.), *Relazione su aspetti operativi e gestionali nel settore e proposta per la programmazione 2014 – 2020* in www.sardegnaambiente.it.

5.9 Considérations finales

Il a été souligné que, au fil des ans, la jurisprudence a modifié ses critères pour arriver à imputer une responsabilité à l'administrateur public pour les dégâts s'étant vérifiés sur des biens domaniaux. Dans ce cas, nous le répétons, la jurisprudence tendait à exclure l'applicabilité de l'art. 2051 du code civil italien dans le cas de biens appartenant au domaine public, car – à cause de leur extension et de leur utilisation généralisée et directe de la part de tiers – il n'était pas possible d'y effectuer la surveillance et que celle-ci soit à la charge du gestionnaire⁹¹. La jurisprudence a aujourd'hui évolué vers un devoir de surveillance accru à la charge de l'administration publique.

En deuxième lieu, la directive avalanches (Directive PCM du 12 août 2019) introduit deux nouveaux éléments destinés à changer la vie des premiers citoyens. D'une part, en effet, les pistes de ski sont introduites dans la liste des zones anthropisées, c'est-à-dire où l'homme est présent. D'autre part, les maires sont chargés de gérer les urgences dans ces zones. Ces nouveautés pourraient également impliquer une responsabilité accrue pour l'administration publique.

Si un accident se vérifie, il est raisonnable d'envisager que la qualification de celui qui « poste » le tracé sur internet influence la confiance que l'on peut avoir dans une trace trouvée sur internet. Par conséquent, un niveau de confiance élevé pourrait être suscité envers un tracé « posté » par la municipalité, alors qu'un niveau bien plus pas serait lié à un sujet privé – skieur-alpiniste ou randonneur – qui poste sa propre sortie sur la plateforme.

Enfin, pour ce qui est des jugements émis concernant les sentiers, il est surprenant de constater qu'un dédommagement est reconnu à celui qui a abandonné le chemin, alors que cela n'est pas prévu pour celui qui est frappé par une chute de pierres alors qu'il parcourt le chemin.

Vu ces deux décisions si incisives – et antithétiques – il s'avère difficile de fournir des suggestions nettes aux opérateurs du secteur. Les juges semblent se baser, selon les cas, sur des principes distincts pour effectuer leurs évaluations et cela ne permet pas de circonscrire les limites réelles des conduites et/ou des omissions qui peuvent être imputées ou pas en milieu montagnard⁹².

Le cadre d'ensemble met en évidence que l'hypothèse d'un projet tel que *Skialp* pourrait, en cas d'accidents sur les parcours faisant l'objet des tracés, notamment vu la tendance qui a été soulignée dans les quelques lignes ci-dessus, accroître remarquablement le domaine de responsabilité du maire qui entendrait le réaliser concrètement.

⁹¹ Seul l'art. 2051 était considéré applicable vis-à-vis de l'administration publique pour les catégories de biens domaniaux comme les routes publiques, uniquement quand – grâce aux dimensions réduites – un contrôle efficace et une surveillance constante étaient possibles de la part de l'administration publique, de façon à éviter les dangers pour les usagers (C. 20827/2006).

⁹² « Pour les parcs naturels, l'impossibilité objective de la surveillance ne peut concerner les sentiers de randonnées balisés, car ceux-ci sont destinés à être parcourus par les visiteurs dans des conditions de sécurité ; elle ne peut pas non plus concerner les zones immédiatement aux abords des sentiers, qui sont la raison d'intérêt de la visite, du moins quand il existe un lien fonctionnel étroit entre le parcours balisé et les espaces intéressants qui le bordent. » (Cass. civile section III, 19/01/2018 n° 1257).

6. Responsabilités du skieur ou du skieur d'alpinisme hors-piste : la négligence

Quand on parle de skieurs et de hors-piste, il est inévitable d'évoquer le concept d'auto-responsabilité ou de prise de risque (qu'il s'agisse de ski ou de ski-alpinisme), aujourd'hui si en vogue dans nos montagnes.

Si des skieurs se percutent en dehors de l'espace skiable, ou si un skieur en hors-piste est touché par une avalanche causée par un autre skieur, la responsabilité civile reprend des dimensions plus contenues, aux termes de l'art. 2043 du code civil italien ; par ailleurs, dans ces cas-là, des problèmes probatoires plus importants apparaissent par rapport à ceux, déjà non négligeables, qui existent quand les accidents se vérifient à l'intérieur de l'espace skiable.

Désormais, la réalité est la suivante : des éléments comme la connaissance des règles, l'esprit sportif et, surtout, la prise de risques typique de l'activité n'appartiennent plus à la plupart des skieurs, mais ne caractérisent plus non plus ceux qui font du ski-alpinisme ou du *free ride*.

Le thème de ce que l'on appelle le « risque sportif » auquel est liée la question de la prise de risque représente un aspect particulièrement complexe de la responsabilité sportive en général et, par conséquent, de la responsabilité civile en matière d'accident ski. Il faut souligner que le caractère dangereux pour la sécurité physique des personnes qui prennent part à certaines activités, notamment sportives, constitue indéniablement la raison de la pratique de ces mêmes activités.

L'exposition volontaire au risque constitue un élément important aux fins du jugement de responsabilité. Le « risque sportif » est le risque de lésion (essentiellement physique) découlant de l'aléa normal lié au type d'activité, accepté au préalable par le sportif comme conséquence prévisible du sport qu'il pratique⁹³.

En examinant le domaine qui nous intéresse, nous observons que – dans les domaines du ski et du ski hors-piste aussi – un certain risque est à prévoir par celui qui décide de pratiquer ce sport. La descente sur des pentes enneigées constitue, en effet, une activité hautement dangereuse pour la sécurité physique de celui qui la pratique.

En-dehors de la compétition, le but de l'activité est aussi de réussir à conserver son intégrité physique et, même, d'améliorer ses prestations et son bien-être psycho-physique, tout en accomplissant des évolutions dangereuses sur la neige grâce à des instruments expressément conçus, qui permettent de glisser sur la neige. Par conséquent, le risque de subir des lésions constitue un aspect que l'on ne peut pas complètement éliminer de l'activité en question, mais qui fait, au contraire, intrinsèquement partie de sa pratique. Cela fait penser qu'un risque est nécessairement et implicitement assumé par celui qui décide librement de pratiquer ladite activité.

La pratique du ski, du *free ride* et du ski-alpinisme ne sont pas des activités

⁹³ Cf. R. FRAU «La responsabilità civile sportiva» in *La responsabilità civile*, collection *Diritto Privato ella Giurisprudenza*, sous la direction de P. CENDON, vol. X, p. 307 et suivantes. Cf. aussi, sur le « risque sportif » et sur son incidence sur le régime de la Responsabilité Civile, G. DE MARS «Accettazione del rischio e responsabilità sportiva» in R.D.S. 1992 p. 8, ouvrage collectif, «Sport e rischio» VI 1985, F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI «Rischio sportivo e responsabilità civile» in *Resp. civ. e prev.* 1984, p. 283, P. SERRAVALLE «I cosiddetti atti di disposizione del proprio corpo e la tutela della persona umana», Napoli, 1984, L. SCARLATINI «La responsabilità nell'attività sportiva» in *Riv. dir. e prat. nell'ass.*, 1980, p. 330, V. FRATTAROLO «In tema di responsabilità per l'esercizio di attività sportive» in *Foro Padano*, 1985, p. 375.

nécessaires, mais seulement éventuelles ; celui qui décide de pratiquer ces activités doit être conscient des risques pour sa sécurité et peut prétendre uniquement que les autres respectent le précepte du *neminem laedere*, certainement pas qu'ils respectent des comportements plus stricts, tels que ceux qui sont imposés dans le cas d'activités qui, bien que dangereuses pour la collectivité, s'avèrent nécessaires et sont, pour cette raison, tolérées.

Il n'existe pas et il ne peut pas exister un classement qui, par analogie, puisse aussi permettre d'aboutir à une « échelle du danger » absolu ou relatif, des différents sports ; le sport, dans son autonomie, doit pouvoir s'auto-réglementer aussi bien pour le caractère technique qui le caractérise que pour son évolution constante. La dangerosité du sport ne peut être évaluée que par un concept négatif : les disciplines sportives ne sont pas dangereuses dans un sens « absolu », quand elles sont pratiquées avec des moyens techniques appropriés, dans un lieu adapté, par des athlètes expérimentés. Au contraire, chaque activité sportive peut être dangereuse dans un sens « relatif », si elle est exercée avec des moyens techniques qui ne sont pas appropriés, à un endroit qui n'est pas adapté et par des athlètes inexpérimentés.

Il est ainsi possible d'affirmer que le caractère dangereux d'une discipline sportive est inversement proportionnel aux moyens techniques, au lieu d'exercice et à la préparation d'un athlète engagé dans une compétition⁹⁴. (De la même façon, le touriste qui se présente sur les terrains de ski occasionnellement, sans préparation technique, ni physique, insouciant des difficultés et des conditions des pistes, sans respecter la signalisation et les règles de conduite du skieur, sera non seulement plus exposé au risque de se blesser ou de blesser quelqu'un d'autre, même gravement, mais aussi à celui d'être jugé responsable des dommages causés par sa faute).

Un autre thème important concerne le problème de la négligence, qui est lié au thème du lien de causalité. Le cas de négligence de la part de la victime peut aboutir à plusieurs solutions : le caractère insignifiant de la faute de la victime ou son importance, pouvant exclure la faute du sujet agissant⁹⁵.

En premier lieu (1^{er} alinéa de l'art. 1227 du code civil italien), la négligence de la part de la victime engendre une réduction du dédommagement, compte tenu de la gravité de la faute et de l'entité de ses conséquences. En deuxième lieu (2^{ème} alinéa de l'art. 1227 du code civil italien), la victime perd le droit au dédommagement en cas de problèmes qui ne se seraient pas vérifiés s'il avait observé une conduite diligente, c'est-à-dire non intentionnelle.

Le 2^{ème} alinéa de l'art. 1227 du code civil italien souligne l'expression du devoir de solidarité sociale, qui impose à chacun de se conduire de façon à éviter de faire retomber sur les autres les conséquences qui pouvaient être évitées en faisant preuve d'une diligence ordinaire : le dédommagement est exclu si l'accident aurait pu être évité grâce à la diligence ordinaire, car – si la victime ne peut prétendre de dédommagement suite à un accident qu'il aurait pu éviter en faisant preuve d'une diligence ordinaire – il ne peut à plus forte raison prétendre de dédommagement des conséquences qu'il pouvait éviter grâce à ladite diligence⁹⁶.

⁹⁴ P. DINI, *L'organizzatore e le competizioni: limiti della responsabilità*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1971, p. 416.

⁹⁵ Cf. M. PITTALIS, *La responsabilità in ambito sciistico*, in *Dir. sport.*, 2015, p. 45 ; voir aussi R. CAMPIONE, *Attività sciistica e responsabilità civile*, cit., p. 119.

⁹⁶ Tribunal de Bari, 9.5.2013.

Deux hypothèses peuvent ainsi être envisagées. Dans le premier cas, la victime participe à produire le dommage. Dans le deuxième, la victime n'évite pas les conséquences qu'elle aurait pu éviter en faisant preuve d'une conduite diligente.

En appliquant ces principes à un accident à la limite de la piste, la Cour suprême a exclu la responsabilité d'un exploitant de remontées mécaniques, aux termes de l'art. 2043 du code civil italien, car l'accident avait impliqué un skieur dont le manque de diligence ordinaire avait été prouvé, notamment car il skiait à une vitesse exagérée sur une piste de difficulté moyenne mesurant environ trente mètres de large ; après être tombé, il avait heurté la clôture en bois qui délimitait la piste, à proximité d'un ravin, dans une zone où la visibilité était bonne, en l'absence de virages et sans pente vers l'extérieur, c'est-à-dire en l'absence des conditions particulières qui, d'après les normes en vigueur, imposent des mesures de protection à l'exploitant de la piste. Dans ce cas, comme on peut le remarquer, les obligations de prudence que doivent respecter les skieurs ont fait attribuer la responsabilité non pas à l'exploitant, mais au skieur blessé (art. 1227 du code civil italien)⁹⁷.

La Cassation a notamment jugé que, « compte tenu de la nature intrinsèquement dangereuse de l'activité sportive exercée sur les pistes de ski, l'étendue de ces dernières et leurs anomalies intrinsèques possibles, entre autres en raison de facteurs naturels », afin qu'il soit possible d'affirmer qu'un comportement non intentionnel de l'exploitant engendre une responsabilité aux termes de l'ex art. 2043 du code civil italien, « il est nécessaire, sur la base des principes généraux, que la victime prouve l'existence de conditions de danger de la piste qui exigeaient (sur la base de la diligence spécifique requise) la protection d'accidents possibles, en présence desquels un comportement non intentionnel de l'exploitant peut être mis en cause (absence de protections et de signalements), alors que sur l'exploitant retombe la charge de la preuve de faits empêchant sa propre responsabilité, par exemple la possibilité pour l'utilisateur de percevoir ou de prévoir la susdite situation de danger en faisant preuve de la diligence ordinaire »⁹⁸.

7. Les professionnels de la montagne : le guide de montagne et le moniteur de ski

Les professionnels de la montagne en hiver sont les guides de montagne et les moniteurs de ski⁹⁹. Dans le cadre examiné ici, deux hypothèses de responsabilité

⁹⁷ Cassation, 19 février 2013, n° 4018, in *Rassegna de dir. econ. sport*, 2014, p. 165 et suivantes, note de G. BERTI DE MARINIS.

⁹⁸ Des principes analogues ont été exprimés par le Tribunal de Avezzano, 23 avril 2009, in *Giur. merito*, 2009, 9, p. 2146, note de G. D'ANGELO, qui a affirmé que l'obligation de contrôle de l'exploitant des pistes de ski concerne les dangers atypiques, c'est-à-dire ceux que le skieur non s'attend pas à trouver, « donc différents des dangers naturellement impliqués par le ski ».

⁹⁹ La normative est constituée par la loi cadre n° 6 du 2/1/1989 sur la Réglementation de la profession de guide de montagne, ainsi que par la loi cadre n° 81 de 1991 sur la profession de moniteur de ski et autres dispositions pour la profession de guide de montagne.

La loi cadre italienne n° 6 de 1989 établit, à l'art 2, que :

« 1. Le guide de montagne exerce professionnellement, même d'une façon *discontinue non exclusive*, les activités suivantes :

a) *accompagnement de personnes lors d'ascensions, aussi bien sur roche que sur glace, ou lors de randonnées en montagne ;*

peuvent être envisagées, surtout pour ce qui est du guide de montagne. La première concerne l'accident qui peut se vérifier sur le parcours indiqué *en ligne* ; la seconde l'éventualité où le guide interagit en mettant les conditions de la trace sur la plate-forme *en ligne*, en donnant éventuellement des renseignements qui pourraient ensuite s'avérer incomplets, difficiles à interpréter, voire erronés.

7.1 Le guide de montagne

7.1.1 La loi n° 6 du 2 janvier 1989 sur la « Réglementation de la profession de guide de montagne »

La loi n° 6 du 2 janvier 1989 sur la *Réglementation de la profession de guide de montagne* dicte les principes fondamentaux pour la législation régionale en matière de réglementation de la profession de guide de montagne. La loi comprend 26 articles.

Aux termes de l'art. 2, le guide de montagne est un professionnel qui exerce, même à titre non exclusif, les activités suivantes :

- a) accompagnement de personnes dans des excursions ou des ascensions en milieu montagnard ;
- b) accompagnement de personnes dans des excursions de ski de randonnée ou de ski alpinisme ;
- c) enseignement des techniques d'alpinisme et de ski d'alpinisme à l'exclusion des techniques de ski alpin et de ski de fond.

b) *accompagnement de personnes lors d'ascensions de ski-alpinisme ou lors de randonnées à ski :*
c) *enseignement des techniques d'alpinisme et de ski-alpinisme, à l'exclusion des techniques de ski sur piste de descente et de fond.*

2. *le déroulement à titre professionnel des activités citées au 1^{er} alinéa, sur tout type de terrain et sans limites de difficulté et, pour les randonnées à ski, hors des stations de ski aménagées ou des pistes de descente ou de fond, là où les techniques et l'équipement d'alpinisme peuvent être nécessaires, est réservé aux guides de montagne habilités à l'exercice professionnel et inscrit au tableau professionnel des guides prévu par l'article 4, exception faite pour ce qui est prévu aux articles 3 et 21.*

3. *Les régions pourvoiront à déterminer et à délimiter les espaces skiables où l'activité des moniteurs de ski est autorisée. »*

La loi cadre Moniteurs de ski n° 81 de 1991 à l'art. 2 définit l'objet de la profession de Moniteur de ski comme il suit :

« 1. Le moniteur de ski enseigne professionnellement, même d'une façon *discontinue non exclusive*, à des particuliers et à des groupes de personnes, les techniques du ski dans toutes leur spécialisations, avec tout type d'équipement, sur les pistes de ski, les itinéraires de ski, les parcours de ski hors piste et les randonnées à ski qui ne comprennent pas de difficultés exigeant le recours à des techniques et du matériel d'alpinisme, comme cordes, piolet, crampons.

2. *Les régions pourvoient à déterminer et à délimiter les espaces skiables où l'activité des moniteurs de ski est prévue. »*

Le lecture des norme qui définissent les deux professions permet de comprendre que le point en commun entre les deux milieux professionnels concerne « les randonnées à ski, hors des stations de ski aménagées ou des pistes de descente » (loi sur les guides de montagne) « les itinéraires de ski et les parcours hors piste et les randonnées » (loi sur les moniteurs ski).

Cependant, la législation réserve aux guides de montagne le déroulement des activité d'accompagnement et d'enseignement des techniques du ski-alpinisme pour « *les randonnées à ski, hors des stations de ski aménagées ou des pistes de descente ou de fond, là où les techniques et l'équipement d'alpinisme peuvent être nécessaires* », alors qu'elle autorise les moniteurs de ski à travailler sur des parcours de ski hors piste et lors de randonnées à ski qui « *ne comprennent pas de difficultés exigeant le recours à des techniques et du matériel d'alpinisme, comme cordes, piolet, crampons.* »

L'art. 3 établit une distinction entre « aspirant guide » et « guide de montagne-moniteur d'alpinisme » et détermine les différents niveaux de compétence¹⁰⁰.

L'exercice abusif de la profession est puni aux termes de l'art. 348 du code pénal italien ainsi que de l'art. 18 de la loi professionnelle en question.

En plus de l'aspirant guide et du guide de montagne-moniteur d'alpinisme, deux autres figures professionnelles : les accompagnateurs de moyenne montagne et les guides des volcans.

L'art. 21 prévoit la figure de l'accompagnateur de moyenne montagne. Il s'agit, dans la pratique, d'un guide qui exerce la même activité d'accompagnement que le guide de montagne – et, donc, pas l'enseignement – mais dans des situations que l'on pourrait qualifier de moins dangereuses et qui ne requièrent pas l'utilisation d'un équipement particulier (« à l'exclusion des zones rocheuses, des glaciers, des territoires enneigés et de ceux qui requièrent, quoi qu'il en soit, pour la progression, l'utilisation de corde, piolet et crampons ») (art. 21). Le but de l'accompagnateur est d'illustrer aux personnes les caractéristiques du milieu montagnard parcouru.

La loi nationale se borne, toutefois, à donner une définition de l'activité d'accompagnateur de moyenne montagne et à établir les éléments typiques de cette profession libérale (à savoir l'obligation de formation, l'habilitation et l'inscription au tableau, confiant aux régions non seulement la tâche de s'occuper de la formation et de l'habilitation des accompagnateurs (ils doivent eux aussi suivre des cours théoriques et pratiques expressément organisés et passer un examen qui prouve leur compétence technique et la connaissance des zones où l'activité sera exercée), mais aussi le choix de prévoir ou non cette figure sans sa propre réglementation.

En d'autres termes, les régions n'ont pas l'obligation de constituer cette figure professionnelle, mais – si elles décident de le faire – elles doivent respecter les normes de principe contenues dans la législation nationale.

¹⁰⁰ L'aspirant-guide peut effectuer les activités indiquées à l'art. 2, à l'exclusion des ascensions les plus difficiles, sur la base de ce qui est prévu par les lois régionales concernant les caractéristiques des zones de montagne. Cette exclusion n'est pas valable si l'aspirant-guide fait partie de groupes conduits par un guide de montagne-moniteur de alpinisme ; l'aspirant-guide peut exercer l'enseignement systématique des techniques d'alpinisme et de ski-alpinisme uniquement dans le cadre d'une école d'alpinisme ; il doit devenir guide de montagne-moniteur d'alpinisme dans les dix années qui suivent son habilitation technique à l'exercice de la profession comme aspirant-guide, autrement il perd le droit à l'inscription au tableau professionnel.

Pour être habilité à l'exercice de l'activité, il est nécessaire de suivre des cours théoriques et pratiques expressément organisés, puis de passer les examens prévus. L'exercice de la profession, en revanche, n'implique pas nécessairement la continuité et le caractère exclusif : la profession peut ainsi être exercée occasionnellement ou d'une façon saisonnière.

L'exercice stable de la profession de guide de montagne, aux deux niveaux décrits ci-dessus, est subordonné (art. 4) à l'inscription à des tableaux professionnels expressément prévus, articulés par Région et tenus, sous la surveillance de la Région elle-même, par le collège régional des guides. L'inscription au tableau professionnel des guides de montagne-moniteurs d'alpinisme ou des aspirants-guides d'une Région habilite à l'exercice de la profession sur tout le territoire national.

Les guides de montagne et les aspirants-guides peuvent, de plus – en suivant des cours expressément prévus, puis en passant des examens – se spécialiser en « escalade sportive sur roche ou sur glace » et en « spéléologie » (art. 10), ainsi que dans d'autres domaines éventuels définis par le collège national des guides de montagne.

La dimension régionale de la profession est confirmée par fait que l'inscription au tableau autorise à exercer uniquement sur le territoire de la Région et que, si l'accompagnateur est intéressé, il doit lui-même demander l'inscription sur les listes des autres régions, après y avoir obtenu leur habilitation technique.

L'art. 23 porte sur les guides des volcans, mais ceux-ci ne feront pas l'objet de cet approfondissement.

Les devoirs du guide sont réglementés par l'art. 11, qui établit que les guides de montagne-moniteurs d'alpinisme et les aspirants guides inscrits aux tableaux professionnels sont tenus à exercer la profession avec dignité et correction, dans le respect des normes de leur déontologie professionnelle. Ils sont aussi tenus, en cas d'accidents en montagne ou de danger pour les alpinistes, randonneurs ou skieurs, d'intervenir individuellement ou dans le cadre des opérations d'équipe, de façon compatible avec leur devoir de maintenir les conditions maximales de sécurité pour leurs clients.

7.1.2 Les responsabilités du guide de montagne

Dans le cadre du contrat, le problème le plus délicat et le plus important est lié au fait que le guide doit garantir la sécurité du client. Il faut comprendre jusqu'à quel point le guide doit répondre de l'accident et du dommage subi par son client.

Il faut reconnaître, en termes tout à fait généraux, qu'une responsabilité existe. En effet, dans le cadre du contenu du contrat stipulé entre le guide et son client, il y a certainement aussi une obligation de « garantir » la sécurité du client¹⁰¹. Le problème le plus important réside, justement, dans la compréhension de la limite de cette garantie de sécurité. Peu de normes du code civil peuvent aider éclaircir cette situation, car il s'agit de clauses générales, de conteneurs qui doivent être « remplis » en fonction de la particularité de l'activité organisée en montagne par les guides.

Comme cela est connu, l'article 1175 du code civil italien établit que le débiteur et le créancier doivent observer les règles de la correction, un principe générique mais important. Il n'est pas facile d'expliquer ce qu'est la correction d'une façon abstraite, mais il est possible de « remplir » ce concept pour chaque situation, en établissant si le comportement du guide a été correct ou incorrect¹⁰².

Le premier alinéa de l'article 1176 du code civil italien établit que, dans l'accomplissement de ses obligations, le débiteur — donc, dans notre cas, le guide — doit faire preuve de la diligence « du bon père de famille ». Il s'agit donc, d'un certain point de vue, d'une diligence maximale¹⁰³.

¹⁰¹ Cf. G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aoste, pages 35-36.

¹⁰² La signification normative du principe de correction coïncide, substantiellement, avec celui de la bonne foi dans un sens objectif (art. 1375 du code civil italien), même si la règle de correction a une portée plus large, en relation avec le caractère général des rapports obligatoires et non seulement découlant d'un contrat cf. V. ROPPO, *IL CONTRATTO*, in *TRATT. IUDICA-ZATTI*, MILANO, 2011, 2^{ème} éd., p. 177.

¹⁰³ La « diligence du bon père de famille » constitue un critère général d'évaluation de l'exécution de la prestation concernant seulement le débiteur, contrairement à l'autre critère général, celui de la bonne foi ou correction (articles 1176 et 1375 du code civil italien), qui s'applique, en revanche, aussi bien au débiteur qu'au créancier (U. BRECCIA, *Le obligations*, en *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano, 1990, pages 230, 356 ; A. de MAJO, in *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub articles 1173-1176*, Bologna-Roma,

Et le deuxième alinéa de l'article 1176 du code civil italien est encore plus précis pour ce qui est de l'accomplissement des obligations concernant l'exercice d'une activité professionnelle, comme celle de guide de montagne. Il établit que, dans le respect des obligations liées à l'exercice d'une certaine activité professionnelle, la diligence doit être évaluée en tenant compte de la nature de l'activité exercée¹⁰⁴.

Ainsi, en somme, l'on peut dire que la simple lecture de ces deux articles du code civil fait bien comprendre que les guides, qui sont des professionnels, doivent travailler en respectant les règles de la correction et la diligence, et que cette diligence doit être évaluée compte tenu de la nature de l'activité exercée. L'activité d'accompagnement du guide de montagne comporte en soi des risques pour le client, avec la conséquence que l'on demande forcément au guide un niveau de diligence extrêmement élevé pour conjurer les accidents¹⁰⁵.

La troisième règle fondamentale dictée par le code civil italien est celle l'art. 1218 : comme cela est bien connu, elle s'occupe du problème de l'inaccomplissement. C'est-à-dire de ce qui arrive si on n'emploie pas les paramètres appropriés pour ce qui est de la correction et si la diligence n'est pas adaptée à l'importance de la prestation.

L'article 1218 du code civil italien établit que le débiteur qui n'effectue pas exactement la prestation due — comme le guide qui ne se serait pas soucié de bien organiser une ascension — est tenu au dédommagement du client, en cas d'accident bien sûr, et s'il ne prouve pas que l'inaccomplissement a été déterminé par l'impossibilité de la prestation engendrée par une cause ne dépendant pas de lui.

Si l'on prend la loi au pied de la lettre, il faut établir quand la prestation est impossible, quand la cause du sinistre peut être déterminée ou pas. C'est une clause générale, un instrument que le juge, encore une fois, peut remplir dans chaque situation en vérifiant les pratiques adoptées dans le secteur de référence.

Pour que le guide puisse être dégagé la responsabilité, il faut qu'il y ait la possibilité d'éviter l'accident, à condition qu'il n'y ait aucune cause dépendant de lui. Ainsi, l'accident qui arrive au client pendant l'ascension parce qu'il ne suit pas les indica-

1988, p. 230). La «diligence» indique abstraitement la mesure de l'attention et du soin dont le débiteur doit faire preuve pour effectuer la prestation exactement de la manière établie (R. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XVI, Milano, 1984, p. 81). D'après le code civil, le *bonus pater familias* ne devrait pas se limiter au concept d'« homme moyen » « sur la base de la moyenne statistique », mais il devrait être l'expression d'un « concept déontologique fruit d'une évaluation exprimée par la conscience générale » ; le *bonus pater familias* devrait correspondre au « modèle de citoyen et de producteur, que chacun reçoit de la société où il vit ; de par sa nature, ce modèle change au fil du temps, selon les habitudes sociales, les rapports économiques et le climat politique » (Relation au code civil, n° 559).

¹⁰⁴ Sur ce point, consulter A. PREDIERI, *Introduzione in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aoste, pages 12-15. La diligence au sens technique, citée au 2^{ème} alinéa de l'art. 1176, s'applique surtout dans le secteur du contrat professionnel (où il y a aussi une référence normative exprimée à l'art. 2236 du code civil italien) ; dans ce cadre, la diligence est considérée notamment comme mesure de l'exactitude de l'accomplissement contractuel : même si la prestation a été effectuée, le client peut démontrer qu'elle a été inexacte, c'est-à-dire non conforme aux règles techniques citées au 2^{ème} alinéa de l'art. 1176 (G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 191). Par ailleurs, dans ce cas, le professionnel peut prouver que l'accomplissement inexact est dû à impossibilité de la prestation pour des causes indépendantes de lui (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 490 ; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 479).

¹⁰⁵ G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aoste, pages 37-38.

tions du guide et qu'il tombe de la paroi se cassant une jambe, nous paraît – bien sûr, s'il n'y a pas de responsabilités du guide – difficilement imputable au guide : il lui serait impossible d'éviter des accidents de ce type. Sauf si l'accident est lié à une faute de sa part, c'est-à-dire – par exemple – l'utilisation d'une corde défectueuse qui s'est desserrée toute seule¹⁰⁶. Ou bien si le guide a conduit en pleine tempête un groupe nombreux d'enfants sur un glacier et si un accident arrive dans un tel contexte. De tout évidence, il y aurait là une responsabilité liée à une faute grave du guide.

En d'autres termes, l'évaluation de la responsabilité du guide devrait être limitée à ces hypothèses où, en tenant compte des règles de la correction, des principes de diligence justement liés à ce type de activité, il est possible de dire que le guide a violé ce que l'on appelle les bonnes pratiques, ces normes de bon sens et d'équilibre qui garantissent la sécurité du client. Il est clair, par contre, que le guide ne devrait pas être jugé responsable s'il ne pouvait éviter l'accident et si l'accident était indépendant de ses agissements.

Par exemple, il peut y avoir des normes régionales ou des mesures communales qui indiquent le nombre d'élèves que le guide peut accompagner pour une certaine ascension : naturellement, si les normes prévoient que le guide peut accompagner 4 élèves et que, en revanche, il en accompagne 10, c'est le guide lui-même qui se met dans une position critique. Dans ce cas, on peut dire que, peut-être, si les clients avaient été moins nombreux, il aurait été possible de mieux les suivre. Cela n'empêche, dans tous les cas, qu'il doit y avoir aussi un lien de causalité entre l'accident et ces circonstances particulières¹⁰⁷.

Il faut également se poser la question suivante : le guide doit-il ou ne doit-il pas évaluer les capacités de son client ? De tout évidence, il doit y avoir un certain type de contrôle des capacités, mais il faut l'interpréter, une fois de plus, avec les règles de la diligence, de la correction. Le problème de l'état de santé : dans certains cas, la situation est évidente, mais souvent un infarctus peut frapper aussi une personne qui se présente comme un excellent alpiniste ; par ailleurs, cela pourrait également arriver au guide lui-même.

La responsabilité du guide est limitée – *ou plutôt* devrait être limitée – à ce qu'il peut prévoir. Il ne peut assurément pas garantir que tout le monde reviendra vivant d'une expédition en montagne. Il s'agit, certes, d'une profession qui implique des risques. Ainsi, le client qui veut atteindre le sommet du Monte Blanc, par exemple par le Pilier Rouge, ou qui souhaite « ouvrir » une nouvelle voie des Grandes Jorasses, effectue un type d'alpinisme différent par rapport à l'ascension du Petit Capucin ou même de la Dent du Géant par la voie classique.

¹⁰⁶ Sous ce dernier profil, on peut évoquer le jugement émis par le juge d'instruction de Trento le 6 décembre 1949 (in *Riv. dir. sport.*, 1950, 119), concernant une randonnée organisée par le CAI en haute montagne, pendant laquelle deux participants étaient tombés dans une crevasse et l'un d'eux avait perdu la vie. « Les accusés ont pu démontrer qu'ils avaient mis en œuvre tout ce qu'ils pouvaient, en rappelant et en avertissant plusieurs fois les participants, notamment pour ce qui est du danger de sortir de piste en montée. Ils ont également démontré que les deux jeunes gens s'étaient avérés les plus indisciplinés et supportaient mal les rappels cités-ci dessus : n'y prenant pas garde, ils poursuivirent seuls, s'éloignant ainsi des accusés qui, par nécessité, se trouvèrent loin derrière, avec le gros du groupe. C'est ainsi que les deux jeunes, suivant un parcours différent, tombèrent dans une crevasse dissimulée par la neige, où la jeune fille décéda. »

¹⁰⁷ G. SENA, *Profili civilistici in I limiti della responsabilità del maestro di sci e della guida*, in *Quaderni della Fondazione Courmayeur, Montagna rischio e responsabilità*, 3, 1994, Aoste, p. 37.

Le risque est une composante intrinsèque de l'alpinisme, mais son niveau peut remarquablement varier, comme, par conséquent, le niveau de responsabilité que l'on peut attribuer au guide.

Autrefois, la charge de prouver que le guide avait bien accompli ses fonctions revenait au client accompagné et la faute représentait le critère pour juger la qualité de la prestation et, donc, l'existence de l'inaccomplissement¹⁰⁸.

Cela signifie que si la preuve de la faute du guide n'était pas fournie, le client n'avait pas droit au dédommagement.

Ainsi, si pendant une excursion l'un des clients accompagnés se blessait ou subissait un dommage, afin d'obtenir un dédommagement le client lui-même devait démontrer : a) qu'il avait subi un dommage ; b) que le guide n'avait pas respecté le contrat, car son comportement avait été négligent ou imprudent ou peu expert ou, quoi qu'il en soit, non intentionnel¹⁰⁹.

Aujourd'hui le client victime d'un accident – qui porte plainte pour un lésion suite à un non-accomplissement de la part du guide – doit prouver uniquement le dommage subi, le lien de causalité entre ce dernier et l'accomplissement inexact, la source de son droit (l'existence du contrat), se limitant à alléguer l'inaccomplissement du guide, qui aura alors la charge de prouver le caractère infondé de ce que prétend le client, à savoir qu'il a correctement respecté le contrat et que l'inaccomplissement a été déterminé, aux termes de l'art. 1218 du code civil italien, par l'impossibilité de la prestation pour des faits hors de sa sphère de contrôle¹¹⁰.

¹⁰⁸ La distinction a été longtemps acceptée par la jurisprudence, qui avait élaboré un schéma de distribution de la charge de la preuve d'après lequel, en partant du fait que la non-obtention du résultat ne constitue pas un inaccomplissement en soi, dans cette catégorie d'obligations, le créancier de l'obligation de moyens était chargé de prouver le non-déploiement, de la part du débiteur de la prestation, de la diligence et de la compétence technique nécessaires pour l'activité effectuée (Cassation, n° 10014 du 25 novembre 1994 ; Cassation, n° 61091 du 5 décembre 1985 ; Cassation, n° 4386 du 5 août 1985). Un régime juridique différent était ainsi introduit au sujet de la responsabilité débitrice, où la responsabilité du débiteur d'une prestation « de moyens » était plutôt assimilée au régime général de la responsabilité aquilienne, quand la faute comptait parmi les éléments constitutifs de l'obligation de dédommagement ; le créancier avait alors la charge d'en fournir la preuve. Le critère que nous avons cité a été, notamment, appliqué au sujet du contrat professionnel : certains y ont vu la trace d'un ancien, et désormais immotivé, privilège en faveur des professions libérales par rapport aux prestataires de services organisés sous forme d'entreprise.

¹⁰⁹ Par le jugement des Chambres réunies n° 13533 du 30 octobre 2001, la Cassation civile a définitivement établi que – en thème de preuve de l'inaccomplissement d'une obligation, le créancier qui agit pour la résiliation du contrat, pour le dédommagement ou pour l'accomplissement doit uniquement prouver la source (contractuelle ou légale) de son droit et l'échéance, se bornant à alléguer la circonstance de l'inaccomplissement de la contrepartie ; en revanche, le débiteur interrogé a la charge de la preuve du fait qui peut éteindre la prétention d'autrui, constitué par l'accomplissement effectif. La charge de la preuve est répartie de la même façon si le débiteur interrogé pour l'accomplissement, la résiliation ou le dédommagement a recours à l'exception d'inaccomplissement aux termes de l'ex art. 1460 (dans ce cas, les rôles des parties sont inversés, puisque le débiteur excipient se limitera à alléguer l'inaccomplissement d'autrui, alors que le créancier agissant devra démontrer son propre accomplissement, c'est-à-dire que l'obligation est encore valable).

¹¹⁰ Une conséquence de cette orientation est contenue dans un jugement du Tribunal de Udine (19 novembre 2015, n° 58) dont le texte a été mis en ligne sur le site internet www.lawtech.jus.unitn.it, « *Le guide de montagne professionnel qui s'est engagé par contrat à l'accompagnement lors d'une randonnée a la charge de démontrer qu'il a accompli sa prestation avec diligence, prudence et compétence, c'est-à-dire que l'accident éventuel est dû à un fait indépendant de lui ou à un cas fortuit ou encore à une situation de force majeure. Le guide de montagne professionnel, obligé par contrat à accompagner* ».

Le guide ne pourra se borner à démontrer sa conduite diligente, malgré sa qualification, car il doit déterminer, de plus, la cause spécifique qui a rendu impossible l'exécution de la prestation, comme, par exemple, le fait du client qui a subi le dommage (fait du créditeur), la chute de pierres en paroi causée de manière imprévisible par un autre alpiniste, c'est-à-dire que l'accident a été dû, par exemple, aux mauvaises conditions de la paroi rocheuse dépendant d'un entretien absent ou inapproprié de la part de l'organisme compétent (fait dépendant d'un tiers). Seule la démonstration de l'un de ces facteurs, alliée à la preuve de la diligence, sera en effet valable pour exonérer le débiteur de la responsabilité, permettant d'établir avec certitude que l'impossibilité de la prestation était indépendante de son contrôle.

Puisque le guide est à tous les effets un professionnel, son degré de diligence sera évalué aux termes du 2^{ème} alinéa de l'art. 1176 du code civil italien, en tenant compte de la nature de l'activité exercée¹¹¹.

Le *standard* de diligence requis ne pouvant pas être déterminé à l'avance, il devra être évalué dans chaque situation et en tenant compte de plusieurs critères fondamentaux, comme l'âge et l'expérience des clients, la nature des voies que l'on entendait parcourir, les conditions météorologiques, etc.

Dans ce but, il sera important de vérifier le respect des règles de comportement prévues par d'éventuels protocoles, ce que l'on appelle les bonnes pratiques, ainsi que les prescriptions contenues dans la loi professionnelle, notamment à l'art. 11, qui porte sur les « Devoirs du guide de montagne », d'après lequel « *Les guides de montagne-moniteurs d'alpinisme et les aspirants guide inscrits aux tableaux professionnels sont tenus à exercer leur profession avec dignité et correction, conformément aux normes de la déontologie professionnelle.* » De plus, au deuxième alinéa, il est prévu que : « *Tous les guides de montagne-moniteurs d'alpinisme et les aspirants guide inscrits aux tableaux sont tenus, en cas d'accidents de montagne ou de danger pour des alpinistes, des randonneurs ou des skieurs, à intervenir individuellement ou dans le cadre des opérations de secours, de façon compatible avec le devoir de maintenir les conditions de sécurité maximale pour leurs propres clients* ».

7.1.3 Hypothèses de responsabilité du guide de montagne en cas de mise à jour des conditions de la trace en ligne

Le comportement le plus exposé au risque d'information concerne surtout les sujets dont la position professionnelle particulière (c'est-à-dire le statut) suscite en elle-même un état de confiance en relation avec les situations qu'ils représentent.

des personnes lors d'une randonnée d'alpinisme, répond du dommage subis par ces mêmes personnes pendant la randonnée, si l'accident a été causé par une erreur technique de sa part pendant ledit l'accompagnement. » (dans ce cas précis, l'accident arrivé aux personnes accompagnées était déterminé par un système d'ancrage qui avait cédé. Ce système avait été aménagé par le guide, qui avait placé un «friend» dans la roche, en exploitant un clou trouvé sur place, déjà fiché dans la roche, sans l'enfoncer à nouveau correctement, car le professionnel était dépourvu de marteau de roche).

¹¹¹ Dans ce sens, donc, « *l'inaccomplissement de l'avocat ou du médecin n'est pas lié à la perte d'une cause ou au résultat négatif d'un traitement, mais dans le caractère inapproprié de la défense ou dans le manque d'assistance* ». Cf., à ce propos, L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo*, in *Comm. Scialoja e Branca, Sub articles 2222-2238*, Bologna-Roma, 1963, p. 241 ; C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, pages 842 et 853 et suivantes.

La jurisprudence situe aussi parmi les sources implicites d'obligation les rapports contractuels de fait ou le « contact social qualifié » (voir Cassation n° 24071 du 13 octobre 2017) : cela arrive quand une activité normalement exercée en présence d'un contrat est effectuée en l'absence de contrat (c'est le cas, par exemple, de l'activité d'instruction et de surveillance effectuée par l'institut scolaire et par l'enseignant vis-à-vis de l'élève, bien que ce dernier n'ait stipulé avec eux aucun contrat, puisque il n'y a qu'un accord négocié entre ses parents et l'école, dont, de plus, l'enseignant demeure complètement exclus¹¹²).

Cela pourrait être le cas du guide de montagne qui met à jour les conditions de l'itinéraire sur l'application après l'avoir parcouru. Dans un procès relevant du droit pénal, la responsabilité d'un guide pour la mort d'un participant à un dîner dans un refuge a été mise en relation avec le contact social, en invoquant la position juridique de garantie du guide¹¹³. Cela a ensuite été utilisé dans un contexte de droit civil pour étendre la responsabilité en agissant sur l'élément de la faute¹¹⁴.

7.2 L'accompagnateur du CAI

L'art. 20 de la loi n° 6/1989 a réservé au CAI la faculté d'organiser des écoles et des cours d'entraînement pour des activités d'alpinisme, de ski d'alpinisme, de randonnée, pour la formation des différents moniteurs, à condition qu'ils soient « non professionnels ». Il s'agit des mêmes activités que celles qui sont réservées exclusivement aux guides de montagne. Le CAI peut également les exercer, mais d'une façon non professionnelle.

Cela signifie qu'il y a des activités d'alpinisme réservées (art. 2) aux guides professionnels qui peuvent toutefois être effectuées même par d'autres sujets, à conditions qu'ils ne soient pas professionnels (art. 20).

Une dérogation a ainsi été introduite à une profession protégée, permettant, donc, l'exercice parallèle des mêmes activités d'alpinisme de la part de sujets inscrit à un tableau professionnel et de la part de sujets externes, difficiles à encadrer juridiquement.

De fait, celui qui organise et tient des cours de formation d'alpinisme exerce une activité qui correspond tout à fait à celle d'un guide de montagne qui fait la même chose. Il s'agit, dans les deux cas, de transmettre des notions techniques d'alpinisme à des élèves sur le territoire, en milieu montagnard ; les méthodes et les contenus de l'enseignement des accompagnateurs du CAI sont vraisemblablement les mêmes que ceux des guides de montagne.

Cependant, seul le déroulement de ces activités à titre professionnel comporte l'inscription au tableau, mais il est bien difficile de tenir des cours d'alpinisme « à caractère non professionnel » (art. 20), c'est-à-dire de façon non professionnelle.

C'est le type d'activité, hautement technique, qui impose au CAI aussi d'adopter

¹¹² Cf. Cassation, 28 avril 2017, n° 10516.

¹¹³ Cassation pén., 4 juillet 2007, n° 25527, in Cassation pén., 2008, pages 995 et suivants, et en *Dir. pen. Proc.*, 2008, 748 et suivants, avec commentaire de C. PIEMONTESE, *Fonti dell'obbligo giuridico di garanzia: un caso enigmatico, tra contratto e fatto*.

¹¹⁴ Cf. Cassation, 25 janvier 2011, n° 1737.

des méthodes et des formes propres de la profession libérale ou du travail indépendant, comme la préparation de programmes didactiques, l'enseignement dans le cadre de cours avec des élèves externes, le versement de frais d'inscription, l'établissement stable d'une liste d'instructeurs, d'un programme pour différentes disciplines, avec des aspects théoriques et pratiques, la prévision de directives et de responsabilités internes, l'organisation de randonnées ouvertes aussi à des personnes externes avec l'accompagnement d'un nombre élevé de personnes, en milieu montagnard même difficile, moyennant paiement¹¹⁵. Si cette prévision peut-être compréhensible pour favoriser l'activité du CAI de découverte de la montagne pour plus grand nombre de personnes, cela est cependant critiquable sur le plan juridique, sans considérer les abus possibles de la part de d'instructeurs qualifiés du CAI dans l'accompagnement et l'enseignement.

7.3 Le moniteur de ski

Pour le moniteur de ski, le discours ne s'éloigne pas beaucoup des considérations qui ont été faites à propos du guide de montagne : les critères d'accusation sont quasiment les mêmes et nous chercherons ici à les approfondir en les situant dans les activités spécifiques.

La loi cadre n° 81 du 8 mars 1991, appelée « *Loi cadre pour la profession de moniteur de ski (...)* » a réglementé de manière cohérente la profession de moniteur de ski, éliminant les différents doutes nourris par la doctrine et par la jurisprudence, éliminant la nécessité de la licence de P.S. citée à l'art. 123 du texte unique cit. (art. 19 de la loi cadre n° 81/1991 cit.).

D'après la loi cadre de 1991, le moniteur de ski est un professionnel qui apprend, même de manière non exclusive et non continue, à des personnes isolées ou à des groupes la pratique du ski dans ses différentes disciplines comportant l'utilisation de tout type d'équipement, dans le cadre de domaines skiables équipés, d'itinéraires destinés au ski, de parcours de ski hors piste et de randonnées à ski qui n'exigent toutefois pas l'utilisation de techniques et d'équipements relevant de l'alpinisme, tels que cordes, piolet, crampons (art. 2 Loi cadre cit.).

Le professionnalisme et la rétribution (frais de la prestation à la charge du particulier) sont les éléments qui distinguent les moniteurs de ski et les « accompagnateurs » des instructeurs du C.A.I. (Club Alpin Italien). En effet, comme le précise la loi à l'art. 21, ces derniers « *effectuent leur activité à titre non professionnel et ne peuvent recevoir de rémunération* »¹¹⁶. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, il s'agit d'une activité différente de celle des guides de montagne. Le moniteur de ski, contrairement au guide de montagne, exerce des fonctions essentiellement limitées au domaine de son enseignement, où prévaut le « *profil didactique et récréatif, lié à l'enseignement correct de la sécurité en général et de la sécu-*

¹¹⁵ Cf. M.U. PORTA, *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6.

¹¹⁶ Pour un examen de la législation nationale et régionale sur les guides et sur les porteurs alpins, ainsi que sur les compétences du C.A.I., voir M. PRADI, *Guide e portatori alpini*, in *Digesto disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, p. 58 et suivantes.

rité personnelle de ceux qui entendent recourir aux prestations du guide. » Pour exercer l'activité de moniteur, il est nécessaire d'assurer (aux termes de normes qui s'imposent aussi aux régions et aux provinces autonomes, vu l'intérêt général qu'elles visent à satisfaire) des « *standards minimums de bagage technique et culturel, ainsi que des conditions de base pour l'accès à des activités de large diffusion* » : à plus forte raison si l'on considère aussi bien « *l'importance touristique du ski, devenu un sport de masse qui implique des intérêts économiques non négligeables* » que la nécessité de « *contact entre les moniteurs et les jeunes qui, pour la compétition, demande aux premiers une capacité marquée de sélectionner les aptitudes* »¹¹⁷.

La responsabilité qui peut être attribuée aux moniteurs de ski, pour les accidents survenus au cours des leçons, peut avoir un fondement aussi bien contractuel qu'extracontractuel.

Il est évident qu'un moniteur de ski peut devoir répondre d'une responsabilité extracontractuelle aux termes de l'ex art. 2043 du code civil italien sur la base du principe de *neminem laedere*, même s'il percute par hasard un sujet qui est en train de faire du ski tout seul et qui n'a rien à voir avec son école de ski. Il devra le dédommager car il est responsable, non pas en tant que moniteur de ski, mais comme simple skieur.

Cependant, le moniteur de ski peut aussi devoir répondre d'une responsabilité contractuelle vis-à-vis de l'élève ou du client, en tant que sujet lié par un rapport juridique, d'après le contenu et la discipline juridique du contrat qui s'instaure au moment où le client décide de prendre des cours de ski.

Par le contrat que le moniteur de ski stipule avec son élève ou avec son client, deux types d'obligations sont essentiellement prises : premièrement, celle d'apprendre à faire du ski au client, c'est-à-dire une obligation de moyens, où le moniteur s'engage à consacrer le temps et les énergies nécessaires pour une certaine cause, sans pouvoir garantir le résultat. Dans la jurisprudence, il n'y a pas de cas où le client s'est plaint du manque de professionnalisme de son moniteur de ski parce que celui-ci ne lui a pas appris de notions suffisantes. Le plus souvent, le client attaque le moniteur ou l'école de ski en justice parce que sa sécurité a été mise en danger. Et la sécurité du client représente justement le problème le plus délicat et le plus important¹¹⁸.

Jusqu'à quel point le moniteur répond-il de l'accident ou du dommage subi par la personne qui s'en est remise à lui pour apprendre à faire du ski ? Pour la plupart, il existe une certaine responsabilité, du moins en termes généraux. C'est-à-dire que, dans le cadre du contrat qui est stipulé entre le moniteur et son client, il y a certainement aussi une obligation de « garantir » la sécurité du client. Il faut toutefois établir si cette obligation est de type moral, personnel, ou aussi de type juridique. Le contenu du contrat prévoit une certaine obligation, tout d'abord de garantie et ensuite d'assistance, mais il faut établir la limite de cette sécurité.

¹¹⁷ Cf. Cour Const., 18 juillet 1991, n° 360, in *Riv. Dir. sport.*, 1991, p. 319.

¹¹⁸ Cour suprême de Cassation III Section Civile – Jugement n° 3612 de 2014 – qui a affirmé qu'il est évident que si un mineur est confié à une école de ski pour des leçons – sur la base d'un contrat – cela comporte à la charge de l'école des obligations de protection visant à garantir la sécurité du mineur. L'école et le moniteur doivent respecter les obligations visant à garantir la sécurité de l'élève, en tenant compte – dans tous les cas – des particularités de l'objet du contrat, voir aussi Cassation n° 2559 du 3.2.2011.

Le client qui suit un cours de ski stipule un contrat avec le moniteur. Ce dernier se charge de fournir un enseignement technique en échange d'un montant payé par le client.

Un examen serait nécessaire dans chaque situation pour établir si un comportement bien précis de la part d'un moniteur de ski était correct ou pas, et s'il y a une violation éventuelle des critères de bonne foi et de correction impliqués dans son activité, dans l'accomplissement de l'obligation que le moniteur lui-même a pris. L'art. 1175 du code civil italien n'impose pas qu'au débiteur (moniteur de ski) de se comporter suivant les règles de la correction, mais aussi au créancier (client). L'importance donnée à la nature de l'activité exercée dans l'évaluation de la conduite du débiteur fait en sorte que l'accomplissement diligent, de la part du moniteur de ski, de ses propres obligations soit analysé en tenant compte du fait que le ski est un sport et que, en tant que tel, il présente des risques impossibles à éliminer, qui doivent nécessairement être acceptés par ceux qui le pratiquent¹¹⁹. Le dommage subi par l'élève skieur ne pourra pas être imputé au moniteur dans tous les cas où il apparaît comme la conséquence d'un événement que aurait pu se vérifier de toute façon, indépendamment de la présence du moniteur¹²⁰. S'il est vrai que le moniteur doit être compétent, correct, diligent et préparé, il est aussi vrai que le client doit être sérieux et avoir une certaine préparation, se comporter correctement vis-à-vis du guide et avoir l'équipement approprié. Sous trois aspects, notamment, il est nécessaire que le client soit correct : les problèmes de santé du client, dont le moniteur doit être informé, le niveau ou les craintes éventuelles du client (c'est lui qui connaît ses limites), et l'équipement, qui doit être adapté. Il est certain que le moniteur doit se renseigner et contrôler que l'élève est prêt à affronter la leçon, mais le client doit toujours collaborer en ce sens, compte tenu de la correction imposée aux deux parties qui stipulent un contrat (l'art. 1227 du code civil italien prévoit, d'ailleurs, une baisse du dédommagement du créancier si ce dernier a participé à produire le dommage, suivant l'entité de la faute et de ses conséquences). Pour juger la responsabilité du moniteur de ski, il faut souligner les lois qui réglementent le déroulement de l'activité professionnelle, ce que l'on appelle les normes déontologiques, concernant aussi bien la méthode d'enseignement que les techniques à employer dans les différentes situations (sur les pistes, sur les remontées). Souvent, dans les jugements, le modèle idéal du « bon professionnel » est invoqué et, dans le cas d'espèce, il s'agit du « moniteur de ski », ou du professionnel moyennement avisé, prudent et diligent¹²¹.

¹¹⁹ M. VIOLA *op. cit.* p. 89.

¹²⁰ D'après P. TRIMARCHI, on pourrait dire que le dommage ne sera pas imputé au moniteur si, « *en éliminant ou en modifiant certains éléments dans la description du comportement, sans introduire de justifications et sans modifier substantiellement les éléments importants dans le lien de causalité, il est possible d'obtenir un acte licite qui aurait également déterminé l'événement dommageable* », ainsi P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 72. Par conséquent, « *il faut exclure la responsabilité contractuelle d'une école de ski pour les lésions subies par un élève pendant un cours à cause d'un tiers qui le percute sur une piste ouverte à tous les usagers, si le moniteur de l'école est dans l'impossibilité matérielle d'éviter l'événement dommageable et si aucune faute n'apparaît dans son comportement.* » Cassation Civ. Section III, 25 mai 2000, n° 6866.

¹²¹ M. VIOLA « *La responsabilità civile nell'incidente sciistico* » 2002, Forlì, p. 89.

Concernant ce que l'on appelle « faute professionnelle du moniteur de ski », vu le caractère atypique du contrat d'enseignement du ski, la diligence requise pour l'accomplissement doit être évaluée, en premier lieu, d'après les critères indiqués par les articles 1218 et 1176, alinéa 2, du code civil italien. La responsabilité sera donc déterminée en établissant une comparaison entre le comportement que le professionnel (dans ce cas le moniteur de ski) aurait dû observer vu la nature de sa prestation et la situation particulière, considérée compte tenu du comportement effectif du professionnel. Si, suite à cette comparaison, une difformité, une inexactitude apparaît dans l'accomplissement de la prestation professionnellement due, le professionnel aura une responsabilité ce sera lui qui devra prouver que l'accomplissement exact de la prestation s'est avéré impossible pour une cause qui ne dépendait pas de lui. Ces obligations accessoires s'ajoutent aux trois cas d'inaccomplissement qui obligent le débiteur dédommager la victime : l'inaccomplissement *tout court*, l'accomplissement inexact et le retard dans l'accomplissement.

Si un moniteur de ski ne se présente pas à la leçon, s'il se présente en retard ou si – pour une raison quelconque – il ne tient pas la leçon comme cela était prévu dans le contrat, il devra dédommager le client aux termes de l'ex art. 1218 du code civil italien ; et toutes les fois où le moniteur de ski viole ces obligations de protection accessoires, il sera sujet à la même discipline.

Prenons le cas où, pendant la leçon, un moniteur de ski convainc son client à s'arrêter un peu au refuge situé sur les piste et que là il se mettent à bavarder plus longtemps que convenu, malgré les sollicitations du client : on pourrait ici émettre une hypothèse de violation de la bonne foi. Si le moniteur néglige le client, ne lui fournit pas des informations suffisantes pour faire les exercices qui lui permettent de progresser, ne descend pas à une vitesse adaptée aux capacités du client, au point de lui empêcher d'observer la manière correcte d'exécuter l'exercice, risque d'être accusé d'inaccomplissement aux termes de l'ex art. 1218 du code civil italien et de devoir éventuellement dédommager le client¹²².

Au-delà de ces hypothèses extrêmes d'inaccomplissement, toutefois, il est très difficile de déterminer dans quelles limites la leçon répond aux critères de l'accomplissement exact, car l'obligation du moniteur de ski, en tant que professionnel, est une obligation de moyens, non pas de cause. Il n'est pas possible de déterminer le contenu précis de l'obligation et, par conséquent, il n'est pas possible non plus de déterminer la limite entre accomplissement exact et accomplissement inexact.

Ici aussi, la bonne foi, alliées aux obligations accessoires, est prise en compte : si le moniteur se comporte, quoi qu'il en soit, en toute bonne foi, consacrant à son client le temps approprié à la situation, de la manière qui lui semble la plus correcte vu les caractéristiques psycho-physique du sujet, on ne pourra alors par parler d'inaccomplissement ni de violation du devoir de correction.

¹²² Un cadre suffisamment précis des règles spécifiques quant à la diligence requise au moniteur de ski a été tracé par un jugement inédit du Tribunal de Turin, le 28 mai 1994 (n° 3824), évoqué par R. AMBROSIO – M. BONA, *Responsabilità dei maestri di sci*, cit., p. 906. D'après cette décision, le moniteur de ski est tenu à garantir, vu sa fonction, la sécurité de ses élèves ; il doit posséder les connaissances techniques qui sont requises pour l'exercice de son activité ; il doit agir avec prudence ; il doit être en mesure d'évaluer la préparation, la capacité et la résistance physique de ses élèves à affronter une descente précise ; il est tenu à évaluer les conditions atmosphériques en tenant compte de la capacité de ses élèves ; il doit évaluer si, dans certaines situations particulières, il y a lieu d'annuler le cours.

Puisque l'activité du moniteur peut impliquer des risques pour le client ou bien à la fois pour lui-même et pour le client, il est nécessaire d'établir jusqu'à quel point il est tenu à la sécurité du client sur la base du contrat qu'il a stipulé avec ce dernier.

C'est le juge qui, dans chaque situation, doit établir quand il y a une responsabilité, c'est-à-dire, quand il aurait été possible d'éviter l'accident. Le moniteur de ski ne peut pas répondre d'un accident ou d'un événement qu'il ne pouvait pas éviter, qui ne relève pas du tout de ses tâches dans l'exercice de son activité.

Le moniteur, par exemple, est tenu à évaluer le niveau technique et les capacités d'apprentissage du client, ainsi que sa morphologie ; il est tenu à s'informer sur d'éventuels accidents subis précédemment par l'élève et, sur la base d'une évaluation globale de ces informations, il peut décider comment organiser sa leçon, quelles pistes choisir, quels exercices proposer, quelle vitesse adopter. En revanche, ses obligations ne comprennent le fait d'éviter que l'élève tombe, car la chute est un risque qui fait partie du ski et que le client décide librement de prendre.

Ainsi, par exemple, l'accident arrivé à un skieur pendant une leçon de ski parce qu'il tombe et se blesse pourrait difficilement être imputé au moniteur, car il serait impossible pour lui d'éviter des accidents de ce type.

7.4 Considérations finales. Une comparaison entre le moniteur de ski et le guide de montagne : qui, quand et comment il est possible d'effectuer ski-alpinisme et *freeride*.

Le projet faisant l'objet du présent approfondissement pousse à se demander si les guides de montagne et les moniteurs de ski peuvent tous accompagner leurs clients sur les parcours ou tracés mis en ligne par la municipalité.

La différence principale et évidente entre les compétences du guide de montagne et celles du moniteur de ski consiste dans la nécessité « *d'utiliser des techniques et du matériel d'alpinisme* » réservée aux guides de montagne ; les moniteurs de ski en sont expressément exclus.

L'art. 2 de la loi cadre sur les moniteurs de ski cite, dans la liste du matériel d'alpinisme, trois éléments typiques du guide de montagne : corde, piolet et crampons. Cependant, il s'agit de toute évidence d'une liste non exhaustive d'exemples, qu'il faut mettre en rapport avec l'art. 2 de la loi cadre des guides de montagne, qui cite les techniques et les équipements d'alpinisme¹²³.

Cela laisse donc entendre que le matériel traditionnellement lié à l'ascension, comme les peaux de phoque ou les *rampants* (des crampons à fixer aux skis quand les peaux de phoque ne suffisent pas pour monter), est de la compétence des guides de montagne et que les moniteurs de ski ne peuvent pas s'en servir dans leur activité professionnelle.

Ce n'est pas le cas pour les équipements de sécurité (arva – balise d'avalanche, pelle et sonde) ou pour d'autres équipements comme le sac à dos airbag, sachant qu'il s'agit de dispositifs nécessaires uniquement lors de la descente.

¹²³ Voir à ce sujet le texte de M.U. PORTA, *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6.

Il y a, cependant, une autre différence, peut-être moins évidente : l'*accompagnement* est réservé **uniquement** aux guides de montagne (art. 2 c.1 lettre b L. 6/89), alors que l'activité de moniteur de ski se limite à l'*enseignement* des techniques (art. 2 L. 81/1991) : de fait, il peut parfois s'avérer difficile de distinguer entre l'*accompagnement* et l'*enseignement*, car pendant l'accompagnement il peut y avoir aussi un enseignement de la technique ou un perfectionnement, mais le moniteur de ski ne peut pas uniquement accompagner un client, par exemple lors d'une excursion, sans lui enseigner les techniques de descente.

Le guide, par contre, peut enseigner, mais aussi « seulement » accompagner son client lors d'ascensions et/ou de randonnées.

Du reste, sous ce profil, la différence apparaît dans les termes qui désignent les deux professions.

Le moniteur de ski ne peut pas non plus remonter les pentes avec ses clients, car, d'une part, son rôle n'est pas d'accompagner et, d'autre part, il ne peut pas enseigner des techniques de ski-alpinisme ou d'alpinisme, qui comprennent l'ascension. L'activité du moniteur de ski se borne à la descente. Pour monter avec ses clients, il doit se servir des remontées mécaniques.

Seule la loi régionale de la Vallée d'Aoste permet au moniteur de ski – par une disposition incertaine et contrastant avec la Loi cadre nationale – de remonter des pentes, même les neiges éternelles, avec des peaux de phoque ou des raquettes à neige, à condition que la montée ne requière pas de recourir à des techniques et à des équipements d'alpinisme (par exemple, corde piolet et crampons). Il est évident, cependant, que la remontée de pentes avec des peaux de phoque ou des raquettes à neige se base sur des techniques d'alpinisme, qui sont de la compétence des guides de montagne, en particulier sur des neiges éternelles !

Pour conclure, le ski *freeride* est assurément toujours de la compétence du guide de montagne, tandis que le moniteur de ski peut l'exercer pour l'enseignement des techniques du ski exclusivement là où les techniques et le matériel d'alpinisme ne sont pas nécessaires ; il est évident qu'ici les techniques d'alpinisme incluent principalement la capacité d'évaluation des conditions du manteau neigeux et la connaissance approfondie de toute la matière concernant la nivologie et la recherche des personnes ensevelies sous avalanche, qui représentent des matières d'enseignement et d'examen spécifiques de la profession de guide de montagne, mais pas de celle de moniteur de ski, pour laquelle seules les notions de base sont requises.

Ainsi, en raison de ses compétences professionnelles inférieures, le moniteur de ski pourra enseigner seul les techniques de descente *freeride* dans des cas plutôt rares et limités. Il pourra le faire, dans les autres cas, s'il est accompagné d'un guide de montagne¹²⁴.

À ce sujet, il faut préciser qu'en Vallée d'Aoste la Loi régionale n° 44 du 31 décembre 1999 qui régit la profession de moniteur de ski et les écoles de ski, prévoit à l'art. 2 que : « Un moniteur de ski est un professionnel qui accompagne et/ou apprend – même de manière non exclusive et non continue – à des personnes isolées ou à des groupes la pratique du ski, dans ses différentes disciplines comportant l'utilisation de tout type d'équipement, dans le cadre de domaines skiables

¹²⁴ L'alinéa cité plus haut a ainsi été modifié par l'art. 1, alinéa 1, de la L.R. n° 29 du 13 novembre 2007.

équipés, de pistes de ski, d'itinéraires destinés au ski, de pentes et de parcours skiables tracés éventuellement sur les neiges éternelles et non équipés de remontées mécaniques, de parcours de ski hors piste et de randonnées à ski, avec la remontée des pentes également en peaux de phoques et en raquettes à neige ; la-dite activité ne doit toutefois pas exiger l'utilisation de techniques et d'équipements relevant de l'alpinisme, tels que cordes, piolets et crampons. »

Terminons par l'héliski : vu ses caractéristiques, il ne peut être que de la compétence du guide de montagne, car il prévoit des évaluations difficiles des conditions de la neige et du choix du parcours le plus sûr, entre autres tenant compte des changements des conditions de la neige le long du parcours, ainsi que de la possibilité de devoir affronter des situations critiques imprévues (passages sur roche, descentes en rappel, etc.), qui font toutes partie des compétences et de la formation spécifique du guide de montagne¹²⁵. En effet, même la Loi Régionale de la Vallée d'Aoste¹²⁶, plus permissive vis-à-vis des moniteurs de ski puisqu'elle leur permet la remontée de pentes avec des peaux de phoque ou des raquettes à neige, a établi expressément que l'héliski est de la compétence exclusive des guides de montagne¹²⁷.

¹²⁵ Concernant cet aspect également, consulter le texte de M.U. PORTA *La Guida Alpina e la legge: alcune considerazioni sugli aspetti giuridici della professione di Guida Alpina*, cit., p. 6. Cf. Loi régionale n° 44 du 31 décembre 1999 de la Région Vallée d'Aoste.

¹²⁶ Cf. Loi régionale n° 44 du 31 décembre 1999 de la Région Vallée d'Aoste.

¹²⁷ L'art. 1, 1^{er} alinéa, de la Loi régionale Vallée d'Aoste du 31 décembre 1999 (remplacé par l'art. 1, 1^{er} alinéa, de la L.R. n° 33 du 12 octobre 2009) prévoit parmi les compétences exclusives des guides de montagne l'« Accompagnement de personnes dans des excursions de ski de randonnée, de ski alpinisme et en hélicoptère ».

PROFILS DE DROIT PÉNAL

RICCARDO CRUCIOLI
*juge, Tribunal de Gêne**

* La présente étude est rédigée par M. Riccardo Crucioli pour la « Fondation Courmayeur Mont Blanc – centre international sur le droit, la société et l'économie », exclusivement en tant que contribution scientifique à l'activité de l'organisme, dans le cadre de la collaboration de caractère institutionnel avec la « Fondation Montagne Sûre », également constituée par la Région Autonome Vallée d'Aoste.

Il s'agit notamment d'une contribution, sans rétribution aucune, à l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence compétente, afin de faire connaître les thèmes juridiques de ce secteur précis, entre autres concernant le projet Skialp@Gsb et l'accord spécifique signé entre les susdites fondations.

Aujourd'hui c'est une belle journée, ici en ville. Demain ce sera aussi une belle journée là-haut, dans la vallée. Nous jetons un coup d'œil au bulletin des avalanches, aux prévisions météo et au matériel. Nous nous préparons à envahir la maison d'Arturo, qui nous hébergera au cœur du village ; le but est une randonnée programmée dans un « territoire ouvert » : on nous a indiqué un site internet avec des cartes, des descriptions, des liens à des applications de prévisions météo.

Tout est organisé, le risque est mitigé.

Nous avons décidé de suivre les indications et d'essayer.

Nous arrivons dans la soirée, un beau dîner, un coup d'œil à la carte téléchargée du site institutionnel de la commune.

On se lève tôt, le soleil brille. Nous attaquons le sentier à raquettes, puis nous suivons la trace chaussant nos crampons. Nous montons vers le sommet, la pente augmente, la chaleur aussi.

Cela arrive en un instant.

L'avalanche descend sur les derniers, qui sont violemment touchés.

À la fin, nous sommes tout sains et saufs, mais il y a des blessés.

Le Sagf (école alpine de la garde de finance) arrive.

Il citent des numéros : 590, 426 et 449.

Nous découvrons ce que sont les délits d'avalanche et de lésion par négligence.

Mais nous ne voulons pas être accusés.

Nous sommes les victimes.

Nous voulons accuser.

Ceux qui nous ont fourni ces traces, ces prévisions, cette possibilité.

Introduction

Pour pouvoir comprendre la réalité qui nous entoure, il est nécessaire d'avoir des connaissances.

Plus la réalité est complexe, plus grandes doivent être les connaissances.

Cette évaluation évidente rend nécessaire d'expliquer comment la responsabilité a été théorisée dans des cas qui sembleraient complètement étrangers au domaine de l'infraction pénale.

Il s'agit – pour citer quelques exemples d'une longue liste – de l'« accompagnateur de fait », de celui qui provoque une avalanche loin des lieux habités, de celui qui indique à des amis un itinéraire à suivre dans des zones dangereuses (et les convainc à affronter la randonnée) mais aussi de l'exploitant d'espaces skiables qui ne fournit pas d'informations appropriées aux clients qui choisissent de suivre des parcours hors des pistes et, pour arriver au thème central de la présente étude, des administrateurs des collectivités locales qui font la publicité d'un espace skiable pour le *free ride*.

Le parcours à suivre, en ce qui concerne la doctrine et la jurisprudence, n'est assurément pas facile pour comprendre les raisons – en partie même non partageables, mais juridiquement vérifiées – qui ont abouti à la condamnation de nombreux accusés dans les cas cités ci-dessus.

Nous tâcherons donc de conduire – comme un véritable accompagnateur, justement – le lecteur le long de la voie tortueuse du droit pénal, en partant de la définition du terme « avalanche », en passant par (ou mieux en survolant) le thème de la faute, de l'omission, de la position de garantie, pour arriver ensuite, en abordant le sujet complexe des mesures, au profil de la responsabilité des exploitants d'espaces skiables et des administrateurs publics.

Nous précisons, toutefois, que nous nous pencherons uniquement sur des questions de droit pénal¹²⁸. Les sujets de la faute, de la preuve libératoire, des

¹²⁸ Beaucoup d'éléments différencient les deux branches du droit. Par exemple :

- dans le domaine civil, la charge de la preuve pèse normalement sur qui intente une cause et prétend un dédommagement basé sur la preuve de certains faits (*onus probandi incumbit ei qui dicit*) ; le pivot du droit civil est constitué par ce que l'on appelle la proximité de la preuve, qui aboutit souvent à quelques présomptions.
- pour le lien de causalité (c'est-à-dire d'abord du critère matériel que du critère logique, sur la base duquel un événement dommageable descend d'un fait ou d'une omission, qui en constitue justement la cause), dans le domaine civil on parle habituellement de « *critère de ce qui est plus probable que non* » alors que dans le cadre du droit pénal le lien de causalité doit être prouvé « *au-delà de tout doute raisonnable* », comme cela est bien connu.
- en cas de dommage civil, la preuve libératoire est souvent limitée à « *ne pas avoir pu empêcher le fait* », à son tour décliné dans la preuve ardue d'avoir fait tout ce qui était possible et d'avoir adopté toutes les précautions visant à éviter le déclenchement du dommage. De plus, dans le domaine pénal, l'évaluation de la part du juge est toujours libre, alors que dans le domaine civil le juge a des limites, telles que les présomptions, les contraintes et les preuves probantes.
- la compétence territoriale des organes de jugement dans le domaine civil appartient normalement au lieu de résidence de la victime ou du consommateur (c'est-à-dire au client des remontées mécaniques, cf. Cassation 6.2.2007 n° 2563), alors que dans le cadre pénal les règles – dictées par l'art. 8 du code pénal – imposent la compétence territoriale du lieu où s'est déroulé le délit. Cela détermine une spécialisation remarquable des tribunaux situés à proximité des pistes de ski ou des montagnes.
- la source de l'obligation de garantie descend souvent d'éléments de droit civil, comme nous le verrons plus loin. C'est-à-dire que c'est le code civil qui indique certains principes, généraux et fondamentaux, dans le cadre qui nous intéresse, par exemple les articles 2050 et 205. Ces normes

présomptions et, surtout, des règles de jugement de responsabilité dans le droit civil (plus probable que non, dans le civil ; au-delà de tout doute raisonnable, dans le pénal), pour ne citer que quelques domaines de divergence, différencient les perspectives du juge civil et du juge pénal.

1. Les délits : avalanche, homicide, lésion

Les délits qui peuvent être commis en montagne ne diffèrent pas de ceux qui peuvent être commis dans n'importe quel autre contexte.

Ainsi, les lésions non intentionnelles et l'homicide (volontaire ou non intentionnel) ne présentent pas de problèmes particuliers, exception faite en ce qui concerne le profil de la faute et, notamment, de la faute par omission, surtout pour ce qui est des sujets sur lesquels pèserait ce que l'on appelle la « position de garantie », dont nous parlerons plus loin.

Un seul délit est « typique » de la montagne : le délit d'avalanche.

Il s'agit d'un cas unique dans le panorama législatif européen. Seule la législation italienne prévoit les délits d'avalanche : délit volontaire à l'article 426¹²⁹ du code pénal (et donc prévu et voulu comme conséquence d'une action) et non intentionnel à l'article 449 du code pénal¹³⁰ (et donc un « délit non intentionnel dommageable », modelé sur la base des cas de l'art. 426).

À ce sujet, en rappelant ce qui a été dit dans les nombreux écrits qui se penchent sur la matière¹³¹, il convient de rappeler que par « *avalanche* », en italien, l'on entend une masse de neige qui se détache du haut d'une pente et roule vers le bas, en prenant des dimensions toujours plus importantes, entraînant et ensevelissant ce qu'elle rencontre le long de son parcours. Le terme définit bien un concept qui n'est toutefois pas correct au point de vue juridique.

S'il est vrai, en effet, que le code n'explique pas ce qu'il faut entendre par le terme « *avalanche* », il faut remarquer que l'art. 449 du code pénal parle expressément de « *désastre* » : un événement qui doit nécessairement prendre des dimensions remarquables (il doit s'agir d'une quantité de neige significative).

De plus, le titre VI du livre II où il est question de ce délit mentionne les « délits contre la sécurité publique ». Le bien juridique (c'est-à-dire la valeur fondamentale) à préserver est donc clairement déterminé : il s'agit de l'intégrité physique d'un nombre indéterminé et important de personnes¹³², considérées non pas dans leur individualité mais dans une dimension collective.

indiquent donc une source spécifique de responsabilité qui va au-delà des limites du droit civil pour créer une obligation revêtant également une importance pour le droit pénal.

¹²⁹ Quiconque cause une inondation, un éboulement ou la chute d'une avalanche est puni avec la réclusion (de cinq à douze ans).

¹³⁰ Quiconque...cause par sa faute ... un autre désastre prévu par le code pénal est puni par la réclusion (de un à cinq ans). Il s'agit du paragraphe sur les délits de danger commun avec violence, au titre VI (des délits contre la sécurité publique) du livre II (des délits).

¹³¹ Cf., par exemple, S. ROSSI et C. BUSATO «Sinistri in fuori pista e responsabilità penale» in *Rivista di Diritto sportivo* 1/18.

¹³² Cassation 18 janvier 2012, n° 15444.

Il s'agit donc d'un délit de danger abstrait (bien que non présumé¹³³) pour l'existence duquel il faut un événement potentiellement en mesure d'exposer au danger un nombre indéterminé de personnes avec des effets graves.

En revanche, il n'est nécessaire ni que le dommage se vérifie ni que le danger pour la vie ou pour la sécurité d'un nombre important de personnes soit vérifié : il est suffisant que tel danger soit envisageable d'une façon abstraite. Ainsi, au point de vue juridique, par avalanche on entend :

- un événement qui peut ne pas être exceptionnel ou énorme, mais qui implique des conséquences graves, complexes et étendues ; un « *macro-événement à la manifestation extérieure immédiate, qui se vérifie en un laps de temps restreint* »¹³⁴ ;
- « *un événement macroscopique, fort et donc caractérisé, dans l'expérience commune, par le fait de mettre sérieusement en danger la vie ou la sécurité de nombreuses personnes, de sorte qu'il n'est pas précisément définissable ou calculable* »¹³⁵.

Ce dernier élément a une importance remarquable, car le délit – aussi bien volontaire¹³⁶ que non intentionnel¹³⁷ – existe uniquement si la masse de neige touche ou risque de toucher des zones anthropisées, c'est-à-dire où se déroulent habituellement des activités humaines ou bien où passent normalement des êtres humains. C'est pourquoi on considère juridiquement comme « avalanche » une importante masse de neige qui touche ou qui risque de toucher une zone habitée ou une route ou encore des pistes de ski, contrairement à une masse de neige qui tombe sur des espaces déshabités et non fréquentés.

Cela est très important pour résoudre la question posée par le skieur cité au début de la présente étude.

En effet, si l'avalanche a été causée par d'autres skieurs d'alpinisme qui précédaient son groupe, il est nécessaire de se demander si, pour notre législation, on peut parler d'« avalanche » ou pas.

¹³³ Sur ce point, voir le jugement récent de la Cassation, section IV n° 14263/19 du 14.11.2018 dép. le 2.4.2019, d'après lequel le délit n'est pas à considérer de danger concret, puisqu'il n'est pas nécessaire de vérifier l'apparition d'une situation de danger effectif pour la sécurité publique découlant de l'un des événements. Cependant, il n'est pas non plus correct de parler de danger présumé, puisque ces délits sont irrémédiablement en contraste avec le principe de la commission effective et en relation avec le principe de culpabilité. Il est alors nécessaire de déterminer des éléments qui donnent au comportement une commission effective concrète. On arrive ainsi à parler de danger abstrait « *c'est-à-dire que le danger ne peut être incontestablement estimé uniquement si le fait conforme au type se réalise ; mais le fait est conforme au type seulement s'il peut réellement léser les personnes à protéger... c'est le juge ordinaire qui garantit que le fait concret exprime un minimum de commission concrète ; le danger doit être vérifié, en considérant les éléments qui se sont concrètement vérifiés, l'étendue et la portée du dommage matériel ; il faut établir si ce danger était ou pas préjudiciable pour l'intégrité physique d'un nombre potentiellement indéterminé de personnes. Ce jugement doit se baser sur une perspective « ex ante », c'est-à-dire en vérifiant si, vu les facteurs connus et connaissables par le sujet agissant lors des faits ou de l'événement, ce dernier était susceptible – en cas de réalisation – de mettre la sécurité publique en danger.* »

¹³⁴ Cf. Cassation 19 novembre 2014, n° 7941.

¹³⁵ Cassation, 13 mars 2015 n° 14859.

¹³⁶ Art. 426 du code pénal.

¹³⁷ Art. 449 du code pénal.

En d'autres termes, il est tout à fait possible d'envisager que le passage de randonneurs, irrespectueux des règles de précaution, a provoqué le détachement d'une avalanche. Si toutefois cette masse neigeuse n'est pas tombée sur un endroit anthropisé, personne ne devrait en répondre au point de vue pénal.

Comme cela se comprend aisément, le problème (non seulement sémantique) se déplace sur l'anthropisation de la zone concernée, car il est possible – d'après certains jugements – de dégager cet élément de la fréquentation habituelle de la part de randonneurs ou de la possibilité que d'autres personnes soient présentes¹³⁸.

Suivant les motifs de quelques décisions de mérite, de plus, l'anthropisation serait donnée par le fait que les sujets qui ont provoqué l'avalanche étaient présents sur les lieux ; il s'agit de décisions qui suscitent plus d'une perplexité, considérant comme prouvé un élément essentiel du délit (le danger, même uniquement abstrait, pour plusieurs personnes) sur la base du simple déclenchement de l'avalanche de la part du sujet agissant, qui finit par être puni sur la base d'une présomption liée, toutefois, à sa présence¹³⁹.

Sur ce point, il est donc positif de proposer une solution claire, bien que venant d'une opinion personnelle étayée seulement par une partie de la jurisprudence, qui est abondante sur ce thème.

À ce sujet, la récente « directive avalanches » (DPCM 12.8.2019¹⁴⁰) peut s'avérer importante. Elle contient une définition de zone anthropisée : « *par zones anthropisées, l'on entend l'ensemble des contextes territoriaux où il y a une présence de formes significatives d'anthropisation, comme :*

- *le réseau routier public ordinaire (routes où la circulation est garantie même pendant les périodes d'enneigement) ;*
- *es autres infrastructures de transport public (ex. chemins de fer et téléphériques) ;*
- *les zones urbanisées (espaces bâtis ou partiellement bâtis, usines, établissements commerciaux et touristiques) desservies par des routes publiques ordinaires ;*
- *les différents édifices habités de façon permanente (même s'ils ne sont pas desservis par des routes publiques ordinaires) ;*
- *les espaces skiables aménagés, aux termes de l'art. 2 de la loi n° 363 du 24 décembre 2003, désignés ci-après comme « espaces skiables » (contextes expressément gérés pour la pratique d'activité sportives et récréatives d'hiver) ».*

Vu ce texte normatif et les jugements cités plus haut, il est possible d'affirmer avec une certitude raisonnable que le délit d'avalanche existe quand une masse neigeuse de proportions importantes tombe :

¹³⁸ Pour des cas d'absolution basés sur l'absence d'anthropisation, cf. Trib. Bozen (9 novembre 2010, n° 529) et Trib. Modène (7 avril 2011, n° 16).

¹³⁹ Choix par ailleurs en ligne avec certains jugements (cf. notamment Trib. Bozen, section détachée de Silandro, 25 mars 2002, n° 23) qui estiment superflue la dangerosité effective pour les personnes, classant le délit en examen comme un délit de danger présumé, pour lequel la preuve contraire sur le caractère inexistant du danger ne pourrait donc pas être admissible.

¹⁴⁰ Avec le but de « *tracer les orientations opérationnelles pour la gestion organisationnelle et fonctionnelle du système d'alerte national et régional et pour la planification de protection civile territoriale dans le cadre du risque d'avalanches, le document inclut deux annexes techniques qui en font intégralement partie : la première annexe concerne les procédures opérationnelles du système d'alerte national et régional pour le risque d'avalanches et la seconde définit les procédures opérationnelles pour établir les orientations régionales pour la planification de protection civile locale, dans le cadre du risque d'avalanches* », cf. article 1.

- sur des villages, des bourgs, des refuges ;
- sur des espaces skiables tels qu'ils sont définis ci-dessus ;
- sur des routes, des chemins de fer ou d'autres voies de transport.

En revanche, le délit est inexistant quand l'avalanche est causée dans des lieux éloigné de tout site anthropisé, tels qu'ils sont décrits plus haut.

Il reste, en revanche, le doute pour la chute de la masse de neige le long des pentes qui ne sont pas complètement déshabitées ou qui sont situées dans des zone absolument non fréquentées.

Pour ces secteurs, qui ne sont pas évalués expressément par la directive « avalanches », il semble correct de distinguer :

- 1) les parcours habituellement fréquentés par les passionnés de la montagne (ski-alpinistes, raquetteurs, randonneurs, etc.), qui font partie des zones anthropisées ; récemment, la Cour suprême¹⁴¹ a affirmé que par avalanche il faut également entendre la masse neigeuse qui tombe le long de zones potentiellement fréquentées par les skieurs : *« la circonstance selon laquelle le versant où descendit l'avalanche n'était pas anthropisé est sans importance et n'aurait pas empêché l'éventualité de causer des dommages à d'autres personnes. Et une telle possibilité n'est pas exclue par l'absence de constructions, de routes ou d'autres pistes, car si d'autres skieurs ou d'autres sportifs ou de simples promeneurs sur la neige avaient, comme les accusés, emprunté la pente hors-piste, ils auraient pu subir de graves dommages s'ils s'étaient trouvés sous le niveau de détachement de la neige »*.
- 2) les parcours qui ne sont pas fréquentés habituellement ne sont pas considérés anthropisés à moins que le randonneur ne s'aperçoive de la présence (évidemment exceptionnelle) d'autres personnes.

La personne qui provoque l'avalanche n'est donc pas prise en compte dans la définition du concept d'anthropisation.

Il faut encore observer que le délit d'avalanche non intentionnel s'accompagne certainement des délits d'homicide non intentionnel et de lésions non intentionnelles, puisqu'il s'agit de délits qui concernent des biens juridiques différents, avec une objectivité juridique distincte.

Il peut y avoir une avalanche sans lésions ni homicide : il est suffisant de provoquer une coulée de neige (comme cela est décrit ci-dessus) dans une zone anthropisée pour que ce soit considéré un délit d'avalanche. Si la masse de neige ne frappe aucun individu, il n'y a pas d'autres délits envisageables. Si, en revanche, un être humain est blessé ou meurt suite à l'avalanche, le délit prévu et puni par l'art. 449 du code pénal sera associé à celui de lésions non intentionnelles ou d'homicide non intentionnel.

2. Le délit non intentionnel

Il est ainsi établi que celui qui provoque une avalanche, comme cela est expliqué plus haut, répond d'un délit bien précis, éventuellement associé à d'autres délits. Il faut à présent souligner qu'il ne s'agit pas de délits intentionnels.

¹⁴¹ Cassation 4, section pénale, jugement n° 14263 du 14.11.2018, dép. 2.4.2019.

D'une façon abstraite, on peut envisager que quelqu'un peut prévoir et vouloir comme conséquence de ses propres actions le déclenchement d'une avalanche (et le délit a été introduit dans notre code justement pour cette raison¹⁴²), voire qu'il puisse vouloir que l'avalanche cause la mort ou blesse quelqu'un d'autre. Dans ces cas-là, il s'agira de délits intentionnels, donc punis par les articles 429, 575 et 582-585 du code pénal italien.

Il s'agit toutefois, comme cela est compréhensible, d'aspects qui ne concernent pas la présente étude, concentrée uniquement sur la faute : c'est-à-dire sur la violation de règles conservatoires (génériques ou spécifique) ou bien sur l'absence d'une conduite appropriée, ayant pour conséquence un événement que la loi considère comme un délit.

Il n'est ici ni possible ni opportun d'exposer toutes les problématiques concernant les délits non intentionnels¹⁴³. Il suffit de rappeler la nécessité de déterminer un lien de causalité entre une conduite ou une omission non intentionnelle (la conduite inattentive d'une voiture, l'utilisation inexperte d'un instrument médical, l'accompagnement négligent d'un groupe de randonneurs sur une pente enneigée prête à se détacher ou l'absence d'intervention experte, diligente et prudente) et un événement causant un dommage (la mort ou la lésion du passant, du patient, du randonneur).

Pour ce qui est des **causes de l'événement** on peut souligner des problèmes liés à :

- la causalité par acte omis (quand un ordre est violé) et par acte commis (quand une interdiction est violée) : je n'ai pas tenu la conduite appropriée (j'ai omis la conduite) ou j'ai agi d'une certaine façon (j'ai tenu la conduite) en violant les règles de précautions ;
- l'obligation de garantie, concernant uniquement la causalité par omission : j'étais tenu à observer une conduite appropriée, pour empêcher l'événement ;
- le pouvoir d'empêchement : j'avais le devoir mais aussi le pouvoir d'empêcher l'événement ; car si j'avais le devoir d'empêcher un événement sans en avoir le pouvoir, je ne peux pas répondre de l'événement ;
- la cause survenue aux termes de l'ex art. 41,2 du code pénal : si la cause survenue a été à elle seule suffisante pour déterminer l'événement, ce qui s'est passé auparavant ne s'inscrit pas dans le rapport causal ou, plutôt, même si cette cause est liée à ce rapport, cela ne revêt pas d'importance au point de vue pénal, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit en soi ;
- la détermination, concrètement, du lien de causalité.

¹⁴² En effet, le délit d'avalanche a été introduit dans le code pénal « Rocco » juste après l'observation des coups de canon austro-hongrois dans les zones de montagne : ne pouvant frapper nos tranchées, les soldats de l'armée impériale visaient les pentes situées en amont des premières lignes, causant ainsi une coulée de neige qui ensevelit nos troupes. Du reste, il est connu que l'hiver 1916/1917 a été l'un des plus rigoureux du XIX^e siècle et que les avalanches causèrent plus de morts que les combats. Il s'agit de ce que l'on nomme la « mort blanche », qui rendit pratiquement impossible de maintenir des positions sur les sommets les plus hauts, mais pas de laisser des positions fixes dans des lieux à la fois magnifiques et terribles comme l'Adamello (Cresta Croce, Corne de Cavento, Payer) ou le massif de l'Ortles et le Cevedale (avec le Vioz, creusé pour permettre le passage des téléphériques).

¹⁴³ Cf., parmi les différentes approches des manuels de droit pénal, G. FIANDACA et E. MUSCO, op. cit. pag. 563 et suivantes.

Comme on peut s'en douter, il s'agit de questions juridiques qui comptent parmi les plus complexes et les plus étudiées de tout le droit pénal.

Pour ce qui est, en revanche, **de l'élément subjectif**, il faut évaluer :

- la violation des règles de précaution (provenant de sources spéciales ou d'une source générique), compte tenu également de ce que l'on appelle sujet agissant modèle ;
- le caractère prévisible de l'événement (avec une évaluation nécessairement « ex ante », puisque l'évaluation « ex post » porte sur la reconstruction correcte de la cause de l'événement) ;
- la possibilité d'un comportement alternatif licite permettant, par conséquent, d'éviter l'accident.

La jurisprudence a, depuis longtemps, abandonné la qualification de la faute comme « comportement contraire au devoir de la volonté » pour aboutir à une connotation plus concrète de l'élément subjectif, déterminant la faute comme violation de règles de prudence¹⁴⁴, de diligence¹⁴⁵, d'habileté¹⁴⁶ ou comme non respect de lois, de règlements, d'ordres¹⁴⁷ ou de disciplines¹⁴⁸.

Il sera donc nécessaire non seulement d'évaluer l'esprit du sujet agissant, mais surtout les causes de la volition et de la pensée dans le monde réel, en vérifiant si les actions (ou les omissions) sont non-intentionnelles, dans le sens expliqué précédemment.

Quelques jugements vraiment remarquables et bien argumentés ont fourni des réponses à toutes ces questions. Il est possible d'y puiser de précieux renseignements¹⁴⁹.

Les aspects liés à ces délits sont très nombreux et impossibles à approfondir ici. Par exemple, l'examen des comportements des skieurs et/ou des randonneurs par rapport au déclenchement d'avalanches et de lésions occasionnées à d'autres sujets s'avère très intéressant. Dans ces cas-là, il s'agit de comportements et, donc, de faute liée à un acte commis.

Il est toutefois nécessaire de se concentrer uniquement sur les aspects qui concernent la responsabilité des exploitants de remontées mécaniques et des admi-

¹⁴⁴ Par imprudence, l'on entend l'inconscience et le manque de pondération : par exemple, parcourir une pente où il y a des plaques exposées au vent ou très chargées, tout en le sachant ; ou bien le choix d'un parcours plus court mais plus risqué ; on parle d'imprudence quand il y a une action, bien qu'en présence d'une règle de conduite imposant de ne pas agir ou d'agir avec des précautions particulières, qui sont en revanche omises.

¹⁴⁵ Par négligence, l'on entend le laisser-aller, le manque d'attention (ne pas se demander, par exemple, si un sentier est glissant à cause de la glace) ; il y a négligence s'il y avait prescription d'une règle positive de conduite.

¹⁴⁶ Par maladresse, l'on entend le manque des capacités techniques ou des notions indispensables pour effectuer une activité précise (par exemple, ne pas être en mesure d'interpréter des bulletins nivométéorologiques) ; il s'agit d'une forme de négligence ou d'imprudence dans le déroulement d'activités qui exigent des connaissances techniques particulières.

¹⁴⁷ Que l'on pense aux mesures nécessaires et urgentes prises par les maires pour interdire le ski hors-piste ; ou encore aux interdictions mises en place au bord des pistes par les exploitants des remontées.

¹⁴⁸ Comme, par exemple, les cahiers des charges du CAI.

¹⁴⁹ Voir, notamment, Cassation 11 mars 2010 n° 16761 (sur ce que l'on appelle « coulées de boue » à Sarno) et la désormais décision très connue de la Cassation, Sections Unies, du 10 juillet 2002 n° 27, Franzese.

nistrateurs publics. Notamment des profils liés à la connaissance des lieux et de tout ce qui touche les milieux qu'ils gèrent ou qui sont situés à proximité de ces derniers.

Tout d'abord, il faut se demander si on est en présence d'une faute liée à un acte commis ou bien d'une faute par omission.

Normalement, la faute est considérée liée à un acte commis quand l'agissant viole une interdiction (il agit malgré l'interdiction ou bien il transgresse les règles de précaution) alors que la faute par omission découle de la violation d'un ordre (il n'agit pas, laissant que l'événement arrive).

La Cassation a plusieurs fois affirmé¹⁵⁰ que, en matière de délits non intentionnels, quand l'agissant ne viole pas un ordre (il omet d'agir quand son intervention était nécessaire) mais transgresse une interdiction (en agissant donc différemment par rapport à ce qui est imposé par la règle de précaution), sa conduite est en relation avec un acte commis et n'est donc pas reconductible à la faute par omission.

La distinction ne doit pas être surévaluée, du moment qu'il est désormais bien reconnu que les deux types de comportement sont, en réalité, étroitement liés et, pour ainsi dire, spéculaires : quand il viole les règles de la prudence commune, le sujet n'est évidemment pas inerte, mais il adopte un comportement différent de celui qu'il faudrait. La faute découlant d'un acte commis et la faute découlant d'une omission sont d'ailleurs soumises à des règles identiques pour ce qui est de la détermination de la responsabilité. La distinction est uniquement liée à la nécessité, en cas de comportement par omission, de faire appel – pour vérifier l'existence du lien de causalité – à un jugement contrefactuel purement hypothétique (considérant que le comportement omis, par contre, est vérifié), non pas fondé sur les données de la réalité, ainsi qu'à la nécessité de déterminer la position de garantie comme source de l'obligation d'agir.

Tout ceci étant établi, la réponse est évidente : les délits qui nous occupent sont de nature non intentionnelle, par omission pour les exploitants et mixte pour les administrateurs.

Les exploitants sont toujours accusés de ne pas avoir pris les précautions visant à éviter l'événement¹⁵¹ : par exemple, pour l'absence de poteaux signalant un ravin ou des roches ou bien pour l'absence de protections.

Les administrateurs des organismes publics, en revanche, ne semblent pas encore avoir été impliqués dans des événements de ce domaine particulier, raison pour laquelle on ne peut que chercher à appliquer les principes généraux en thème de faute examinés en profondeur dans des cas analogues (inondations et éboulements).

Il est certain que, dans les deux cas, il est nécessaire de déterminer ce que l'on appelle la position de garantie.

En effet, pour les délits non intentionnels liés à un acte commis, il est suffisant de déterminer la conduite qui a causé (ou participé à causer) l'événement. La difficulté consiste uniquement dans la détermination de la conduite et dans le fait de prouver que l'événement a été causé justement par l'action en question. Il s'agit d'approfondir ce que l'on appelle le « lien de causalité ».

¹⁵⁰ Cf., par exemple, Section 4, Jugement n° 15002 du 01/03/2011 Ud. (dép. 13/04/2011) Rv. 250268 – 01 *in* Italggiureweb.

¹⁵¹ Cf., enfin, Cassation : Section IV 8110/19 audience du 13.12.2018 (dép. 25.2.2019) *in* C.E.D. Cassation.

Pour les délits non intentionnels liés à une omission, en revanche, il est nécessaire d'évaluer – au préalable – si le sujet qui n'a pas accompli l'action attendue avait l'obligation de le faire. Ce n'est qu'en cas de réponse positive qu'il faudra ensuite examiner le « lien de causalité », mais le jugement devra nécessairement être contrefactuel, c'est-à-dire contre les faits : si le sujet avait agi, l'événement aurait-il été évité ?

La position de garantie et le jugement contrefactuel sont les deux éléments typiques en cas de délit non intentionnel lié à une omission.

Limitons-nous au premier des deux aspects, car le second est très complexe et, aussi, très étudié par la jurisprudence¹⁵².

D'après l'art. 40 du code pénal italien, ne pas empêcher un événement que l'on a l'obligation juridique d'empêcher équivaut à le causer¹⁵³. Pour qu'un sujet puisse être jugé responsable d'un événement suite à une omission de sa part, il est nécessaire de déterminer, à sa charge, une obligation juridique d'empêcher l'événement ou, si l'on veut, pour vérifier quel sujet avait l'obligation d'agir afin d'empêcher l'événement (et ne l'a pas fait), il est nécessaire de déterminer la « position de garantie ».

Il s'agit de l'obligation juridique que certaines catégories bien précises et pré-déterminées de sujets, dotés au préalable des pouvoirs juridiques appropriés, ont d'empêcher des événements lésant les biens d'autrui, placés sous leur tutelle vu l'incapacités des titulaires de les protéger correctement¹⁵⁴.

D'après une première théorie, les obligations du tiers peuvent découler uniquement d'une source formelle¹⁵⁵. L'art. 40,2 du code pénal déterminerait la source de l'obligation exclusivement dans la loi et dans le contrat (aussi bien typique qu'atypique).

¹⁵² Cf., enfin, Cassation Section 4, Jugement n° 17491 du 29/03/2019 (dép. 24/04/2019) Rv. 275875 – 02 in Italgjureweb : « *En thème de délits non intentionnels par omission, le comportement diligent alternatif a une fonction préventive et ne doit assurer « ex ante » aucune certitude d'éviter l'événement, à condition qu'il soit certain qu'un comportement approprié a des probabilités significatives de l'éviter ; ainsi, sa non-observation de la part du sujet agissant est apte à en déterminer la responsabilité, sans qu'il faille établir le moment exact où l'événement s'est produit d'une façon irréversible, car il est suffisant que la donnée scientifique affirme que le passage du temps a influencé, en les aggravant, les conséquences de l'omission* » (dans un cas de lésions découlant d'une absence de décision rapide d'effectuer un accouchement par césarienne, la Cour a confirmé le jugement de condamnation du médecin-obstétricien de garde qui avait omis d'agir rapidement en optant pour une césarienne, même si le tracé du monitoring montrait une souffrance fœtale ; il était, en revanche, sans importance de déterminer à quel moment les lésions dues à l'hypoxie étaient devenues irréversibles).

¹⁵³ Souvent, par ailleurs, les problèmes liés à l'existence d'une position de garantie fondée sur l'action précédente illicite ou dans le déroulement d'une activité dangereuse précédente sont sans importance concrète parce que, même en excluant une position de garantie, le sujet agissant ne serait malgré tout pas exempté de responsabilité, puisque c'est uniquement la nature de la causalité qui change (en passant de l'omission à l'acte commis) ; il pourrait donc s'agir de causalité active vu que le sujet agissant a causé l'événement dommageable par son comportement irrespectueux des règles (et même s'il n'était pas obligé à éliminer ensuite la situation de danger).

¹⁵⁴ Voir G. GRASSO *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983 ; F. MANTOVANI *Diritto penale*, pt. gén. Padova 2001 ; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, pt. Gen., Torino, 2006 ; C.F. GROSSO, M. PELLISSERO, D. PETRINI, P. PISA *Manuale di diritto penale* Giuffrè 2013 pag. 228 ss ; G. FIANDACA, E. MUSCO *Diritto penale* pt gen. VII et Pag. 615 et suivantes.

¹⁵⁵ Compte tenu du fait que l'art. 40,2 du code pénal indique « l'obligation juridique » d'empêcher l'événement.

D'après d'autres théories¹⁵⁶, par contre, les obligations peuvent découler aussi de critères substantiels, en pouvant déterminer comme source même la conduite illicite ou dangereuse précédemment citée, la gestion d'affaires (*negotiorum gestio*) et l'habitude.

Toutefois, les différentes théories ont en commun le respect nécessaire des principes de précision et de détermination (détermination certaine des titulaires de l'obligation de garantie et détermination objective des obligations, à l'exclusion des devoirs moraux), ainsi que la possession fondamentale de la part de l'accusé des pouvoirs nécessaires pour empêcher les faits dommageables.

Sous le premier profil, la jurisprudence de légitimité a précisé que la position de garantie ne doit pas nécessairement avoir une base normative de droit public, car il est possible que l'origine de l'obligation soit de nature privée, même si elle n'est pas écrite. Il se peut, au contraire, que l'obligation découle d'une situation de fait, d'un acte de détermination volontaire¹⁵⁷ et d'un comportement illégitime précédent. Ces situations purement de fait fondent le devoir d'intervention et le pouvoir juridique correspondant, ou de fait, qui permet au sujet garant d'empêcher l'événement par son action¹⁵⁸.

Des critères substantiels et des critères formels sont ainsi utilisés : la position de garantie peut naître non seulement sur la base d'un contrat mais aussi d'une assumption volontaire et unilatérale de tâches de tutelle en-dehors d'une obligation juridique préexistante, avec la prise en charge du bien, augmentant la possibilité de le sauvegarder¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Voir, par exemple, C.F. GROSSO *et alii* cit. et, aussi, Cassation 29 janvier 2013, n° 18569 où un examen très appréciable de ces questions est effectué, non seulement sur le plan juridique, afin de déterminer la source de l'obligation de garantie (en citant également la note au jugement Cassation 22 mai 2007 n° 25527, Conzatti, Rv. 236852 qui affrontait le cas d'un guide, client d'un refuge, qui avait accepté de raccompagner vers le fond de la vallée quelques autres clients en luges ; l'un de ces derniers avait trouvé la mort au cours de la descente, en percutant un arbre après avoir pris une mauvaise piste).

¹⁵⁷ Cf. Cassation Section 4 Jugement n° 24372 du 09/04/2019 Ud. (dép. 31/05/2019) Rv. 276292 – 01 : « *En thème de délits non intentionnels par omission, la position de garantie peut découler non seulement d'une source normative, aussi bien de droit public que de nature privée, mais aussi d'une situation de fait, c'est-à-dire de l'exercice des fonctions typiques du garant, par un comportement concluant consistant dans la prise en charge du bien protégé* » (la position de garantie des médecins sportifs de deux équipes de football est affirmée : étrangers à l'équipe de secours présente sur le terrain, ils étaient quand même intervenus pendant un match pour secourir un joueur qui faisait malaise. Leur position de garantie découle de l'instauration matérielle d'une relation thérapeutique en prêtant les premiers secours pour libérer les voies aériennes de la victime).

¹⁵⁸ Cf. Cassation, 22 octobre 2008 n° 45698, Fonnesu, rv. 241759-60 : cas du client d'un hôtel s'étant noyé dans la piscine en-dehors des horaires de surveillance du maître-nageur ; 12 octobre 2000 n° 12781, Avallone, rv. 217904 ; 1^{er} octobre 1993 n° 11356, Cocco, rv. 197354 ; 21 mai 1998 n° 8217, Fornari, rv.

¹⁵⁹ Cf. Cassation 29 janvier 2013 n° 18569 « *L'imputation causale est exclue quand le contrat est établi mais qu'il y a un inaccomplissement contractuel, comme dans le cas du guide de montagne qui ne se présente pas au rendez-vous au refuge le jour convenu et du client qui, au lieu de renvoyer l'escalade, l'affronte alors en solitaire... le manque de prise en charge du bien ou de la chose source de danger constitue un inaccomplissement du contrat mais non de l'obligation de garantie, car cette obligation naît au moment du transfert de fait des pouvoirs d'empêcher l'accident. Ici, le guide de montagne répond de donc de l'inaccomplissement, mais pas de la mort de l'alpiniste. Dans le même ordre d'idées, en revanche, l'imputation a lieu quand, bien qu'en présence d'un contrat dépourvu de validité, il y a une prise en charge du bien protégé ; mais, dans ce cas, la cause de la non validité du contrat n'est pas indifférente* ».

Sous le second profil, il est indispensable que le garant soit doté d'un pouvoir d'empêchement tel qu'il puisse influencer le cours des événements. L'« influence » peut être aussi différente par rapport au fait d'éviter que l'événement se déroule, car il est suffisant que le garant ait une simple obligation, exigible, d'intervenir.

Comme cela a été très bien observé¹⁶⁰ : « *l'agissant ne peut répondre de l'événement si, bien que titulaire d'une position de garantie, il ne dispose pas de la possibilité d'influencer le cours des événements. Par contre, celui qui a cette possibilité ne répond pas non plus s'il n'a pas d'obligation juridique d'intervenir afin de modifier le cours des événements* ».

Ceci étant établi, il est possible d'effectuer une distinction assez nette.

L'exploitant des remontées mécaniques a certainement une position de garantie sur la base de laquelle il peut devoir répondre des délits non intentionnels d'homicide ou de lésions, parce qu'il n'a pas empêché le déroulement d'un fait dommageable qu'il avait l'obligation juridique d'empêcher, à condition qu'il soit possible de lui faire un reproche au titre de faute, basé sur la violation d'une ou de plusieurs normes de précaution, aussi bien génériques que spécifiques, ces dernières étant aussi à déterminer sur la base des deux lignes directrices citées au 1^{er} alinéa de l'art. 3 de la loi n° 363 du 24 décembre 2003, représentées par l'obligation de consentir le déroulement des activités sportives et ludiques dans des conditions de sécurité, ainsi que par l'obligation de recourir à des protections appropriées et de signaler les situations de danger¹⁶¹.

Au chapitre suivant, nous verrons si cette position de garantie couvre uniquement les événements arrivés sur les pistes (et lesquels) ou même ceux qui sont arrivés en-dehors des pistes.

Pour les administrateurs, en revanche, le discours est beaucoup plus complexe et peu étudié. C'est pourquoi il sera traité aux paragraphes 5 et 6.

Tirons alors les conclusions quant à la nature du délit non intentionnel lié à une omission. Pour qu'il y ait une responsabilité, il est nécessaire :

- d'avoir omis une action indiquée comme nécessaires par des normes positives ou par des règles générales ;
- que le sujet qui n'a pas mis en œuvre le comportement attendu ait une obligation juridique à ce propos ;
- que l'événement dommageable soit prévisible et évitable ;
- qu'il y ait un lien de causalité entre l'omission et l'événement, à prouver par le biais de ce que l'on appelle un jugement contrefactuel.

3. La responsabilité des exploitants de remontées mécaniques

Le ski a été réglementé par le législateur de l'État italien et par les régions. Il est suffisant de parcourir rapidement la loi 363/2003 et les différentes lois régionales (par ex. la L.R. de la Ligurie 40/2009) pour cerner les devoirs des exploitants, expressément indiqués dans les lois.

¹⁶⁰ Cf. Cassation 11 mars 2010, n° 16761.

¹⁶¹ Cf., récemment, Cassation Section 4, Jugement n° 18333 du 18/01/2019 Ud. (dép. 03/05/2019) Rv. 275801 – 02 in Italgireweb.

Ces dernières années, la situation concrètement la plus dangereuse n'est toutefois plus celle qui est prévue par la législation à l'échelon national, qui concerne substantiellement le ski en piste. L'augmentation exponentielle des activités liées à une recherche exaspérée de liberté de mouvement, dans des zones qui ne relèvent absolument pas de la compétence de l'exploitant des remontées mécaniques, a amené dans les tribunaux pénaux des questions concernant les activités effectuées hors des pistes ou des tracés officiels¹⁶².

Prenons le skieur-alpiniste qui souhaite atteindre des sommets en empruntant un téléphérique ou bien le *free rider* qui prend les remontées mécaniques avec les autres skieurs, mais qui s'éloigne ensuite des pistes tracées ou, encore, le passionnée de *down hill* qui dévale à toute vitesse les sentiers ou même les tracés expressément aménagés ou qui prétend ouvrir lui-même de nouvelles voies pour la descente.

L'exploitant de remontées mécaniques a des obligations et des devoirs particuliers, parfois très singuliers (nous nous référons, par exemple, aux problèmes liés à ce que l'on appelle la « piste de fait »).

L'examen de ces obligations est donc à la fois simple et très compliqué.

Simple parce que les principes généraux sont les mêmes que ceux qui ont déjà été indiqués ci-dessus : il s'agit d'obligations d'empêcher des faits dommageables liés aux machines, ainsi que de garantir la sécurité des remontées et des espaces qui y sont liés (par exemple, les toilettes).

L'examen des obligations est aussi complexe en raison de l'interférence d'agents externes absents d'autres domaines du système juridique sportif. Au contraire : c'est précisément la présence d'un milieu hostile qui stimule les sportifs à affronter les pentes, justement dans le but de se mesurer avec elles.

En général (et d'une façon assez approximative), il est possible d'affirmer que la responsabilité des exploitants de remontées était prévue par le législateur uniquement pour les accidents arrivés à l'**intérieur** des espaces skiables et pour les dangers atypiques (c'est-à-dire ceux que le skieur ne s'attend pas à trouver sur son parcours). Ce point sera examiné au paragraphe 3.2, avec une distinction par rapport aux dangers typiques.

La jurisprudence a toutefois commencé à examiner des cas où la typologie particulière de la piste et/ou des situations au moment de l'accident a engendré des faits dommageables même dans les zones juste à proximité de la piste.

On a ainsi entrepris de s'occuper d'accidents arrivés à l'**extérieur des pistes**. Ce point sera examiné au paragraphe 3.3.

En partant de la responsabilité constatée pour certains faits s'étant déroulés hors des pistes, la responsabilité non intentionnelle a commencé à être envisagée pour ce que l'on appelle le « **hors-piste** ». Ce point sera examiné au paragraphe 3.4.

Enfin, on est arrivés à attribuer à l'exploitant même les accidents arrivés sur ce que l'on nomme « **piste de fait** », à savoir une piste qui est considérée comme une véritable piste gérée, compte tenu du passage réitéré des usagers et du fait que

¹⁶² De 2001 à 2015, il y a eu 312 victimes d'accidents liés à des avalanches. 51% d'entre elles faisaient du ski-alpinisme ; 24% du ski hors-piste ; 10% de l'alpinisme. Aucune victime, en revanche, n'a été causée par des avalanches sur les domaines skiables ou dans les habitations. Les seules victimes dans des habitations (30 personnes) sont celles de l'accident du 18.1.2017, suite à la situation catastrophique qui s'était créée dans les Abruzzes.

les exploitants sont tout à fait au courant de cette habitude. Ce point sera examiné au paragraphe 3.5.

Ici, juste pour situer le problème en essayant de cataloguer le hors-piste, il est possible d'affirmer que celui-ci peut être :

1) conscient et volontaire

Le skieur choisit consciemment d'effectuer une descente en-dehors du domaine skiable, en acceptant le risque qui en découle ; la responsabilité est alors normalement à exclure ; ce point (fondamental pour le thème qui nous intéresse) sera traité au paragraphe 3.6.

2) inconscient et non intentionnel.

C'est le cas – classique et le plus étudié – du skieur qui aboutit hors de la piste à cause d'une chute, d'un malaise, d'une incapacité à diriger ses skis. Dans ces cas-là, le skieur ne sait pas qu'il sort de piste, mais il ne le souhaite pas non plus. Si la conformation des lieux rendait probable la sortie de piste, l'exploitant aurait dû prendre les précautions nécessaires ; sa responsabilité pénale est donc probable.

3) inconscient mais volontaire.

Le skieur choisit d'emprunter un parcours déterminé, croyant être à l'intérieur du domaine skiable. C'est le cas traité par le jugement récent 8110/19 qui (puisque'il constitue l'aboutissement de la jurisprudence en la matière) sera examiné de façon détaillée : en l'absence d'un signallement indiquant la fin de la piste et en l'absence d'un bord de piste clairement tracé, le skieur croit poursuivre le long du parcours aménagé et il emprunte inconsciemment un hors-piste. Dans ce cas, la volonté de suivre un parcours aménagé est présente, mais elle est entachée par le manque de renseignements corrects.

La responsabilité de l'exploitant est probable, puisque le skieur a opté pour un parcours qui n'a pas été bien signalé.

C'est justement dans ce cadre qu'est née la théorie de ce que l'on nomme « piste de fait ».

3.1 La loi italienne 363/2003

Pour comprendre les termes de la question, il faut commencer à examiner les définitions données par la loi italienne, qui – comme pour les remontées sportives en général – fournit des précisions sur le lexique.

L'art. 2 de la l. 363/2003 affirme que, par « *espaces skiables aménagés* », il faut entendre les surfaces enneigées, même artificiellement, ouvertes au public.

Ces espaces comprennent :

- pistes ;
 - remontées mécaniques ;
 - installations d'enneigement ;
- et sont habituellement réservés à la pratique des sports de neige tels que :
- le ski, sous ses différentes formes ;
 - le snowboard ;
 - le ski de fond ;
 - le traîneau et la luge ;
 - les autres sports indiqués dans les différentes lois régionales.

La commune (et non pas l'exploitant) établit les tronçons de piste à réserver aux

entraînements (s'il y a plus de trois pistes desservies par trois remontées mécaniques au moins) et le snowpark (espace à réserver aux évolutions acrobatiques) s'il y a plus de vingt pistes desservies par dix remontées mécaniques au moins.

La loi exclut ensuite explicitement que le concessionnaire (normalement la municipalité) et l'exploitant des remontées soient responsables des accidents qui peuvent se vérifier sur les parcours hors piste desservis par ces mêmes remontées (cf. art. 17).

Ainsi, les skieurs qui paient leur forfait et empruntent les remontées pour effectuer des parcours hors-piste ne peuvent pas se fier à la gestion des tronçons qui ne sont pas indiqués, pas tracés.

L'exploitant des espaces skiables cités à l'art. 2 a, en revanche, les obligations indiquées à l'art. 3 de la loi 363/03. Il s'agit de :

- assurer aux usagers la pratique des activités sportives et récréatives dans des conditions de sécurité, en mettant en sécurité les pistes suivant ce qui est établi par les régions ;
- protéger les usagers des obstacles présents le long des pistes en utilisant des protections adaptées et en signalant la situation de danger ;
- assurer le secours et le transport des blessés le long des pistes vers des lieux accessibles des centres d'assistance sanitaire les plus proches ou des urgences ;
- fournir annuellement à l'organisme régional compétent en la matière la liste analytique des accidents qui se sont vérifiés sur les pistes de ski et indiquer, si possible, la dynamique des accidents. Les données collectées par les régions sont ensuite transmises chaque année au Ministère de la santé à des fins scientifiques et d'études.

La loi de l'État a ensuite été suivie par des lois régionales (ou des provinces autonomes de Trente et de Bozen) qui introduisent des détails importants. C'est le cas de la loi de la province de Bozen qui définit expressément comme dangers typiques les amoncellements de neige artificiels. Cette précision est sans aucun doute importante puisque le skieur qui tombe sur un tel obstacle (compte tenu, aussi, de la consistance différente de la neige artificielle) ne peut se plaindre de rien : puisque cela est indiqué comme danger typique par le législateur provincial lui-même, c'est un danger que le skieur doit prendre en compte.

Il s'agit d'un exemple révélateur sur les conséquences (absolument conscientes et basées sur des évaluations entre autres financières) des normes dans ce domaine spécifique.

3.2 Les dangers sur la piste : les dangers « typiques » et « atypiques »

La responsabilité pénale semblerait ainsi limitée à ce qui arrive sur les tracés indiqués officiellement.

Dans ce cadre aussi, de plus, il faut effectuer une distinction entre les dangers liés par leur nature aux lieux où se déroule l'activité sportive et les dangers, en revanche, inattendus, qui ne sont pas typiquement et habituellement présents dans ces lieux.

Comme nous l'avons vu, l'exploitant a une position de garantie, liée non seulement à une norme dictée par une source publique ou privée mais aussi, plus

en général, à la nature elle-même de l'activité qu'il exerce, susceptible d'engendrer le danger¹⁶³.

À ce propos, l'exploitant pourrait devoir répondre simplement sur la base de l'art. 2050 du code civil¹⁶⁴, à condition qu'il soit clairement indiqué pour quelle raison, dans le cas concret, l'activité doit être considérée dangereuse ; en effet, la vérification du danger potentiel d'une activité doit être accomplie « ex ante », c'est-à-dire sans référence au fait dommageable qui s'est concrètement vérifié, mais compte tenu des modalités ordinaires d'exercice de l'activité considérée ; la jurisprudence civile de la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la gestion des remontées mécaniques ne constitue pas une activité dangereuse, aux termes de l'art. 2050 du code civil italien, alors que le ski en soi est une activité reconnue comme dangereuse. Il s'agit, cependant, d'une activité bien différente et distincte de celle de la gestion des remontées mécaniques¹⁶⁵.

Il semble alors plus correct de déterminer la source de la position de garantie non pas dans l'art. 2050 du code civil italien, mais dans la responsabilité contractuelle, qui diffère de la responsabilité extracontractuelle citée à l'art. 2050 du code civil italien sous de multiples aspects, dont la preuve libératoire pour l'accusé.

La détermination de la source de l'obligation dans la norme générale et, aussi, dans le contrat qui lie les différents sujets met d'accord la Cour suprême pénale et la Cour civile¹⁶⁶.

En effet, nous avons vu que les obligations indiquées par la loi 363/03 et par les lois régionales sont très génériques ; en tant que telles, elles doivent être « remplies de contenu » par la jurisprudence. Décrire concrètement les « conditions de sécurité » que l'exploitant doit observer est une opération qui n'est pas neutre au point de vue de l'interprétation.

Aux termes de l'art. 7, les exploitants sont responsables de l'entretien ordinaire et extraordinaire des espaces. C'est une autre différence, et pas des moindres, par rapport aux autres sujets exploitants. L'entretien extraordinaire de tout l'espace

¹⁶³ *Ex plurimis* cf. Cassation Section 3 Civ., n° 5341 du 29/05/1998, Rv. 515946, Casalino contre Ferma : dans ce cas, il a été confirmé que « *aux termes de l'art. 2050 du code civil italien, parmi les activités dangereuses il y a non seulement celles qui sont définies ainsi par la loi de sécurité publique et par d'autres lois spéciales, mais aussi celles qui – par leur nature ou en raison des moyens utilisés – impliquent une possibilité de dommage importante.* »

¹⁶⁴ Art. 2050. (Responsabilité pour l'exercice d'activités dangereuses) : quiconque cause un dommage à d'autres au cours du déroulement d'une activité dangereuse, par nature ou vu la nature des moyens utilisés, est tenu au dédommagement, s'il ne prouve pas qu'il a adopté toutes les mesures adaptées pour éviter le dommage.

¹⁶⁵ À ce sujet, cf. Section 3 Civ., n° 6113 du 12/05/2000, Rv. 536456, Tomaselli contre Panarotta.

¹⁶⁶ Il suffit de citer le jugement n° 2563 du 6 février 2002, de la Seconde Section Civile (RV. 594375, Carbognin contre Paganella) précisant que le contrat constitué par le forfait de ski (qui permet au skieur l'accès, en versant un certain montant, à un domaine skiable afin de l'utiliser librement et de façon illimitée pour un laps de temps conventionnellement établi) présente les caractères propres d'un contrat atypique dans la mesure où l'exploitant des remontées mécaniques a aussi le rôle d'exploitant des pistes desservies par ces mêmes remontées : il a ainsi l'obligation de se charger de la sécurité des pistes et il peut devoir répondre des dommages produits aux clients déterminés par une mauvaise gestion (entretien) de la piste, vu les normes qui gouvernent la responsabilité contractuelle en relation à l'inaccomplissement. Cela à condition que l'événement dommageable ait été causé par la violation susdite et ne soit pas, en revanche, lié au cas fortuit aux termes de l'art. 2051 du code civil italien, en relation avec un fait externe à la relation contractuelle.

skiable est donc à leur charge, indépendamment de la titularité du droit de propriété des terrains.

Les exploitants doivent, en effet, veiller à ce « *que (les espaces) possèdent les qualités requises nécessaires en matière de sécurité et qu'ils soient dotés de la signalisation prévue* ».

Nous sommes alors en présence d'une obligation supplémentaire de protection envers les clients (distincte de la gestion pure et simple), qui va jusqu'à la mise en place de panneaux et de signaux garantissant la sécurité de la pratique sportive.

Mais pas seulement.

L'alinéa 2 de l'art. 7 prévoit que les exploitants doivent signaler aussi les mauvaises conditions du fond et que « *si les conditions présentent des dangers objectifs dépendant de l'état du fond ou d'autres dangers atypiques, ceux-ci doivent être éliminés, c'est-à-dire que la piste doit être fermée* ».

L'exploitant est même tenu à fermer la piste en cas de danger et, quoi qu'il en soit, à éliminer les dangers atypiques. Cela renvoie à un concept déjà cité, qui sera approfondi par la suite.

Il faut, toutefois, d'ores et déjà souligner la rigueur extrême du législateur, qui estime de toute évidence que le ski est un sport dangereux, encore plus que la gestion des remontées mécaniques. Cette évidence (également soulignée par les articles de la loi consacrés à la sécurité de l'activité sportive considérée en tant que telle) a bien été saisie par la jurisprudence la plus récente.

Nous signalons encore deux obligations :

- 1) celle de placer les signalements concernant l'état de la piste ou sa fermeture de façon bien visible au public aussi bien au début de la piste qu'à la gare en aval des remontées ; NB : de façon bien visible ; au début de la piste et (en plus) à la gare en aval des remontées. Ces principes seront d'une importance décisive pour résoudre certains cas concrets qui seront examinés plus loin ;
- 2) celle de fermer la piste non seulement à cause de dangers concernant le fond (sur la base du 2^{ème} alinéa de l'art. 7) mais aussi pour tout autre danger ou en raison d'impraticabilité (3^{ème} alinéa de l'article 7).

D'une part, en effet, il est évident que la mise en sécurité des pistes doit prévoir que des éléments de tutelle et de protection des dangers situés sur la piste soient placés (piliers, bosses, croisements, surélévations telles que passages de télé-sièges, poteaux des remontées et aussi tunnels).

La référence aux dangers situés aux abords immédiats de la piste est également évidente (arbres, canons à neige et tous les objets fixes, les châssis ou aussi les objets mobiles qui se trouvent aux bords des pistes skiables).

Pour certains de ces dangers, il est question de caractère typique : le skieur est bien conscient que, sur la piste, il peut y avoir certains obstacles ou certains passages difficiles. Que l'on pense, par exemple, aux pierres quand les conditions d'enneigement ne sont pas parfaites, à la glace, aux virages en pente.

Il s'agit, en somme, de ce que l'on appelle des dangers **typiques** ; c'est-à-dire des dangers que le skieur s'attend à trouver quand il descend sur une piste.

Compte tenu de ce cadre, et par exclusion, il est possible de déterminer ce que l'on appelle les dangers **atypiques**.

Ces termes désignent les dangers que le skieur ne s'attend pas à rencontrer sur les pistes (par exemple, arbres, pylônes, trous, cuvettes et tout autre piège inhabituel pour une piste où les skieurs descendent même à une vitesse élevée et avec des

conditions météo qui peuvent être tout autre qu'optimales, quand il y a du brouillard, des chutes de neige, du vent et d'autres situations où la visibilité est faible).

Récapitulons les questions liées aux dangers SUR LES PISTES :

- les exploitants **ne répondent pas** des dangers **typiques**, car c'est le skieur (ou le sportif) qui a la charge d'adopter les précautions visant à éviter des dangers qui sont normalement présents dans le cadre choisi pour l'activité et qui en font partie par nature ;
- les exploitants **répondent** des dangers **atypiques**, c'est-à-dire des dangers que le sportif ne s'attend pas à trouver sur la piste et qui doivent être éliminés ou mis en sécurité par celui qui gère la piste.

3.3 Les dangers en-dehors de la piste

Passons à l'examen des dangers en-dehors de la piste.

Avec le contrat constitué par le forfait et vu les normes spéciales, l'exploitant des remontées ne met pas à la disposition du skieur uniquement le transport du bas de la pente jusqu'en haut : le contenu réel de l'obligation contractuelle est, en effet, de garantir une descente sans dangers.

La réponse à la question « pourquoi le client paie-t-il pour emprunter les remontées ? » est sans aucun doute « parce qu'il souhaite descendre les pistes en s'amusant ».

Le caractère bilatéral du contrat et les normes contraignantes comprennent et imposent alors des prestations accessoires, qui constituent un paquet de services allant au-delà du pur transport de l'aval à l'amont et qui concernent l'ensemble de l'activité de l'utilisateur, comme la mise à disposition de pistes dotées des mesures de sécurité nécessaires.

L'exploitant répondra ainsi de tous les dangers, pour toutes les absences de protection des clients vis-à-vis des risques, pour tous les manques qui causent un dommage aux clients.

Ce qui importe, ce sont les principes généraux indiqués ci-dessus : un fait dommageable (mort ou lésion) ; une omission (de contrôle, de vigilance, d'action) ; une obligation juridique d'empêcher l'événement (le contrat) ; la faute (violation de loi ou de clauses générales, imprudence, incompétence, négligence) ; le lien de causalité entre l'omission et le fait dommageable ; le caractère prévisible et évitable.

Si l'exploitant avait placé un matelas comme protection du poteau qui se trouvait au milieu de la piste, le skieur aurait-il évité de se fracturer un bras ?

Si le passage glacé avait été signalé, la luge aurait-elle tourné et n'aurait-elle pas abouti dans le fossé et son conducteur aurait-il évité de se fracturer une jambe ?

Et surtout : était-il prévisible que le skieur ou le conducteur de la luge passent à une telle vitesse à ce point précis ? Cet accident précis était-il prévisible sur la base de ce danger précis ?

Ce sont les questions que le Juge doit se poser et la réponse qui doit être donnée sur la base de la situation que l'exploitant connaissait ou aurait dû connaître avant le fait dommageable.

Jusqu'à ce point, donc, nous sommes en présence d'une application des principes généraux communs aux autres exploitants de remontées sportives.

Le problème naît toutefois du fait que les pistes de ski diffèrent de celles qui sont destinées aux voitures, aux go-karts ou aux motos et, aussi, aux salles de sport : elle ne sont pas délimitées par des murs et il est matériellement impossible d'empêcher aux skieurs de sortir des pistes tracées le long de tout le parcours.

Cette observation avait tout d'abord empêché l'imputation non intentionnelle des faits dommageables : si l'exploitant n'est pas responsable des événements qui arrivent hors de la piste (art. 17 de la loi 363/03) et si l'obligation de clôturer les pistes ne peut être exigée, les exploitants ne peuvent être accusés de quoi que ce soit.

En effet, les articles 3 et suivants de la l. 363/2003 doivent être lus dans le sens que, en-dehors de la piste, l'exploitant n'a aucune maîtrise sur les sources possibles de danger pour les tiers, ni aucun pouvoir d'organisation, d'intervention et de surveillance ; par conséquent, il n'a aucune obligation d'intervenir pour empêcher les événements dommageables pour des tiers.

Ainsi, l'exploitant de l'espace skiable n'a aucune obligation de protection vis-à-vis des skieurs qui ont volontairement abandonné la piste damée.

De même, la responsabilité de l'exploitant ne concerne pas non plus les dommages que le skieur s'est lui-même provoqué en sortant de piste même par erreur et inconsciemment, par exemple à cause d'une vitesse excessive ou par distraction.

Le terrain enneigé situé hors de la piste de ski, en effet, est hors du contrôle de l'exploitant de la piste en question. Par conséquent, l'exploitant n'est pas garant des biens juridiques exposés à d'éventuels dangers que ce terrain peut présenter.

Il en résulte que la protection du skieur cesse aux bords de la piste, surtout quand cette dernière est suffisamment large pour permettre un parcours en sécurité, car on ne peut certainement pas estimer qu'il faut des filets de protection le long de tout le parcours¹⁶⁷.

Ceci étant attendu, la jurisprudence a toutefois commencé à examiner des cas où le skieur tombe sur la piste et en sort ensuite involontairement, se blessant à ses abords immédiats.

Dans ces cas-là, un principe parfaitement cohérent avec les conditions examinées ci-dessus a commencé à s'affirmer : si la conformation des lieux (donc de la piste et ses abords immédiats) est telle qu'elle rend prévisible la sortie du tracé, l'exploitant a alors la charge de mettre en place toutes les précautions nécessaires pour éviter cet événement parfaitement prévisible.

En effet, si la conformation naturelle des lieux rend hautement probable une sortie de piste, l'obligation de protection, qui est une projection de la position de garantie, ne concerne plus uniquement les dangers atypiques (c'est-à-dire ceux que le skieur ne s'attend pas à trouver, différents donc des dangers inclus par nature dans l'activité effectuée) mais s'étend aussi aux dangers situés physiquement en-dehors des pistes, que le skieur peut rencontrer s'il sort de piste.

En effet, la Cour suprême a affirmé que : « *l'exploitant de remontées mécaniques a l'obligation de mettre en œuvre toutes les précautions pour prévenir les dangers, même à l'extérieur de la piste, que le skieur peut rencontrer s'il sort de la piste ; cela même dans le cas où la situation des lieux peut rendre probable, vu la conformation naturelle du parcours, cette éventualité* (en l'occurrence, la piste,

¹⁶⁷ Cf. Cassation Section 4, Jugement n° 14606 du 15/02/2017.

damée jusqu'au bord, rendait probable, en l'absence de filets de protection et vu la pente, le glissement sur le côté en cas de perte de contrôle de la part du skieur) »¹⁶⁸.

Ainsi, tout se joue sur le degré de prévisibilité de l'événement spécifique.

Un autre cas peut être utile pour comprendre le concept d'étendue de la responsabilité de l'exploitant vis-à-vis des dangers situés à l'extérieur de la piste qui interfèrent avec les skieurs qui empruntent normalement la piste de ski.

Il s'agit du cas soumis à l'attention de la Cassation (n° 44796 du 30.9.2015), ayant comme objet la responsabilité de l'exploitant pour ne pas avoir placé de barrières le long des bords des pistes.

Un mineur qui connaissait les lieux avait remarqué que, en sortant légèrement d'une piste balisée, il était ensuite possible de rentrer sur la piste en exploitant un creux situé juste sur le bord de la piste, faisant ainsi un saut ; en sautant, toutefois, le mineur n'a pas vu qu'une autre skieuse était en train d'arriver et il l'a percutée, causant une lésion des ligaments de son genou droit.

Le Juge de Paix de Bressanone a absout l'exploitant et la personne chargée de la sécurité des remontées mécaniques, car il manquait aussi bien l'élément subjectif que l'obligation pour les accusés de protéger les pistes (ils devaient seulement protéger le skieur des sorties de piste et des collisions avec des éléments externes, pas le contraire).

La Cour de Cassation a annulé le jugement en affirmant que la loi provinciale de Bozen indique, parmi les obligations de l'exploitant, celle de garantir la sécurité, non seulement par la délimitation obligatoire des pistes, mais aussi par la protection (art. 3 : l'espace à proximité doit être protégé de dangers atypiques).

L'exploitant de l'installation et des pistes desservies a, en effet, l'obligation de l'entretien en sécurité de la piste. Cette même obligation est prévue dans le contrat stipulé avec le skieur qui emprunte les remontées mécaniques¹⁶⁹.

Le danger à prévenir, objet de la position de garantie, n'est ainsi pas uniquement le danger à l'intérieur à la piste.

Bien qu'affirmant qu'une telle obligation de protection ne peut être dilatée au point de comprendre tous les dangers en-dehors de la piste, il est spécifié que l'exploitant est tenu à prévenir les dangers physiquement à l'extérieur des pistes, mais auxquels le skieur pouvait être soumis même en cas de comportement imprudent de la part de tiers.

Il a été souligné par le procureur appelant que ce passage hors piste était particulièrement dangereux, vu la présence de la dent qui en permettait l'utilisation comme tremplin pour s'insérer perpendiculairement sur la piste, avec un risque évident (et prévisible) pour les skieurs.

Le caractère dangereux de ce passage était connu des accusés ou, quoi qu'il en soit, ceux-ci avaient l'obligation de le connaître, car il est en rapport avec la gestion de la piste, ce qui détermine la nécessité de mettre en place les protections prévues ou, du moins, de signaler le risque menaçant les utilisateurs de la piste, compte tenu de la conformation particulière des lieux.

Le même raisonnement a aussi été suivi par la Cassation, Section 4, n° 27861 du 20/04/2004, Rv. 229073, qui a estimé que l'exploitant des remontées méca-

¹⁶⁸ Section 4, n° 27861 du 20/04/2004, Rv. 229073, Imputé : Marchelli.

¹⁶⁹ Cf. aussi Section 4, n° 39619, 11 juillet 2007, Bosticco *et al.*, Rv. 237822.

niques a l'obligation de mettre en œuvre toutes les précautions afin de prévenir les dangers pour le skieur, même à l'extérieur de la piste.

L'exploitant doit, alors, prévenir les dangers situés physiquement à l'extérieur des pistes et que l'on peut rencontrer en cas de sortie de piste, uniquement si la situation des lieux rend hautement probable une sortie de la piste damée, vu la conformation naturelle du parcours.

Une telle obligation de protection peut certes comprendre les dangers situés en-dehors de la piste seulement si la sortie de piste est là « hautement probable » à l'endroit en question¹⁷⁰.

Le jugement se conclut ainsi : « *il est correct que l'exploitant ait l'obligation de clôturer la piste et de mettre en place et des protections et des panneaux appropriés, ou bien d'éliminer les sources possibles de risque, même à l'extérieur du tracé, mais uniquement en présence d'un danger déterminé par la conformation des lieux qui engendre une probabilité élevée pour le skieur de sortir de piste, alors qu'il semblerait excessif (et concrètement impossible à exiger) de prétendre de l'exploitant que toute la piste soit clôturée ou bien que tous les rochers et tous les dangers à proximité soient éliminés* ».

Un autre jugement¹⁷¹ qui a abouti à la responsabilité pénale de l'exploitant (et des figures professionnelles proches) est très significatif, car il concernait une attribution de responsabilité pour le fait de ne pas avoir fait signaler d'une façon appropriée, vu les conditions de visibilité réduites le jour de l'accident, la marge damée (au moyen d'un filet de protection de type B, c'est-à-dire avec une intensification du nombre de piquet et des signalements de danger) de manière à empêcher la sortie de piste de la victime et sa chute fatale sur un rocher.

Parmi ses différents griefs dans le cadre du pourvoi en Cassation, la défense a souligné que la sortie avait été volontaire et que le rocher était en-dehors de la piste.

La Cour suprême a rejeté l'appel en affirmant, avec de nombreuses références à la jurisprudence précédente¹⁷², que la position de garantie de l'exploitant de remontées mécaniques concernant la sécurité des skieurs prévoit l'obligation de clôturer la piste et de placer des protections et des panneaux appropriés, ou, en alternative, d'éliminer les sources possibles de risque, en présence d'un danger déterminé par la conformation des lieux qui rend hautement probable la sortie de piste d'un skieur. Il ne paraît pas non plus sérieusement discutable que la présence d'un « ravin » au bord d'un virage de la piste exige des précautions particulières (de signalement et de protection) en ce qui concerne la sécurité, afin de réduire le plus possible le risque créé par les sorties de piste de la part du skieur moyen (toujours possibles et involontaires, par erreur, fatigue, incapacité technique, etc.).

Pour conclure sur ce point :

- les exploitants NE SONT PAS responsables de manière généralisée des dangers situés à l'extérieur des pistes, car ils n'ont pas la tâche d'éliminer les dangers dans un environnement tel que le milieu montagnard, où ceux-ci sont innombrables et ingérables ;

¹⁷⁰ Cf. Cassation section fer., n° 37267 du 13/08/2015.

¹⁷¹ Cassation Section 4, Jugement n° 8110 du 13/12/2018 Ud. (dép. 25/02/2019) Rv. 275214 – 01 in Italgjureweb.

¹⁷² Voir, notamment, Cassation section IV 14606 du 15.2.2017 Seber rv. 26985101.

- les exploitants sont responsables des dangers à l'extérieur des pistes si la sortie de piste de la part des usagers est probable ou même seulement possible. Dans ce cas, les exploitants sont tenus à adopter les précautions rendues nécessaires par la conformation des lieux.

3.4 Le hors-piste

Le terme « hors-piste » désigne un parcours à l'extérieur des pistes qui fait l'objet d'une gestion.

Le problème se pose parce que, au paragraphe III de la loi 363, après avoir affronté le problème des normes de comportement des usagers des espaces skiables¹⁷³, à l'art. 17 le législateur affirme que : « *le concessionnaire et l'exploitant des remontées mécaniques ne sont pas responsables des accidents qui peuvent se vérifier sur les parcours hors piste desservis par les remontées mécaniques* ».

La norme exclut très clairement la responsabilité concernant ce qui arrive hors des parcours. Tout accident sera donc sous la responsabilité exclusive des *free riders* ou des skieurs d'alpinisme : qu'il s'agisse d'un dommage « auto-produit » (l'utilisateur fait une descente hors-piste avec son snow board, tombe dans un torrent non signalé et se blesse) ou d'un dommage causé à d'autres personnes (en provoquant des avalanches qui touchent d'autres *free riders* ou des clients qui skient sur les pistes).

La « directive avalanches » citée plus haut contient la même règle, à l'annexe 1 : elle prévoit, en effet, que celui qui parcourt un « territoire libre » accepte le risque que cela implique, sans pouvoir demander de dédommagements à des tiers ni dans le cadre du droit civil ni dans le cadre du droit pénal.

Malgré les normes citées, la jurisprudence est orientée, pour certaines hypothèses bien précises, dans un sens diamétralement opposé.

En effet, le respect des normes élimine la faute spécifique, mais peut ne pas avoir d'importance pour ce qui est de la faute générique : la négligence, l'imprudence et la maladresse peuvent certainement exister malgré l'observation des normes.

Il est cependant auto-évident que la responsabilité de l'exploitant peut être affirmée uniquement dans des cas bien précis, alors qu'elle est normalement à exclure.

Voyons pourquoi.

Le « hors-piste » posant le moins de problèmes s'avère celui qui est effectué par des sujets qui remontent la pente de façon autonome, par exemple en faisant du ski-alpinisme. Dans ce cas, les exploitants des remontées mécaniques ne répondent de rien et ne sont pas impliqués. Par contre, il est alors possible d'envisager la responsabilité des guides de montagne ou des organisateurs, par exemple de l'accompagnement par héliski ou encore de ceux qui fournissent les itinéraires GPS du parcours ou qui font la publicité de la zone de *freeride*. Nous aborderons ces aspects aux paragraphes 4 et 5.

¹⁷³ Par exemple, les règles concernant la tutelle des moins de 14 ans (qui doivent porter un casque), la limitation de la vitesse (qui doit être appropriées compte tenu des conditions de la piste et des situations concrètes), la priorité, le dépassement, les carrefours, le stationnement et d'autres situations concrètes (secours, circulation et remontée avec des moyens mécaniques et/ou différents des skis ou du snowboard).

En revanche, le « hors-piste » effectué après avoir emprunté les remontées mécaniques présente davantage de problèmes, puisque le skieur s'en remet à l'exploitant pour s'engager, en descente, sur une pente autrement difficile à atteindre. C'est le cas, par exemple, de Punta Indren ou du glacier de la « Vallée Blanche » mais aussi, beaucoup plus simplement, des pentes situées à côté des pistes régulièrement tracées dans des lieux définis par les exploitants eux-mêmes ou par les organismes communaux (intéressés, bien sûr, à la publicité s'adressant au public des usagers) comme « le paradis du *freeride* ».

Et c'est justement dans ces déclarations que se situe le problème.

La responsabilité pénale est, en effet, à exclure dans la mesure où le skieur ou, quoi qu'il en soit, l'utilisateur de la montagne est mis dans les conditions de **connaître le danger et, par conséquent, d'évaluer le risque** qu'il est en train d'affronter.

Si une information complète est fournie sur le parcours géré et sur celui qui n'est pas géré, l'utilisateur sera mis dans les conditions de pouvoir adapter son activité au degré de difficulté indiqué.

Si, en revanche, la situation est douteuse à cause d'une information superficielle ou, aussi, trop générale, il pourrait être difficile de distinguer l'espace qui est géré de celui qui ne l'est pas, mais qui se trouve juste à côté des pistes régulièrement indiquées sur la carte de la station.

Dans ces cas-là, la responsabilité des exploitants dépend du niveau d'information qui est fourni au client.

En effet, il ne sera possible de déterminer aucune responsabilité si l'exploitant des remontées mécaniques empruntées pour affronter, ensuite, le hors piste a communiqué au client que le tracé est situé dans une zone à l'extérieur du domaine skiable géré, qu'il y a là des dangers liés à la nature des lieux, qu'il n'y a aucune piste ou tracé damé et que celui qui affronte la descente doit être doté des outils nécessaires pour être retrouvé par les secours et pour effectuer ce que l'on appelle l'« auto-secours » (pelle, sonde, détecteur passif). En somme, l'exploitant doit avoir fourni une information complète et exhaustive des risques auxquels l'utilisateur s'expose en sortant du parcours géré.

Comme nous le verrons au paragraphe 3.6, c'est justement l'acceptation CONSCIENTE du risque lié à la nature du parcours hors-piste qui fait la différence.

Au cas où, en revanche, une information complète n'est pas fournie ou à défaut d'une indication claire des limites de la piste gérée, il ne sera pas possible de parler de hors piste volontaire et conscient. Par conséquent, des responsabilités pourront alors être attribuées à l'exploitant.

Comme nous avons pu l'expliquer, il ne s'agit plus de hors-piste conscient et volontaire, mais de hors-piste volontaire et inconscient.

3.5 La « piste de fait »

Nous avons examiné les dangers (typiques et atypiques) situés sur les pistes, les dangers situés à l'extérieur des pistes et ceux qui sont engendrés par une sortie volontaire des pistes.

Il nous reste à examiner d'éventuelles responsabilités engendrées par le « hors-piste » qui crée une piste de fait.

Cette expression indique un parcours inséré dans l'espace skiable aménagé

qui, bien que n'appartenant pas aux pistes tracées et délimitées, est habituellement emprunté par les skieurs¹⁷⁴.

Si, en effet, un exploitant est pleinement conscient du fait que les skieurs passent fréquemment à une endroit, si leur passage n'est pas sporadique mais réitéré, si les traces qu'ils ont laissées au fil des ans, des mois ou même seulement des jours sont telles qu'elles prouvent une fréquentation assidue de l'endroit par les skieurs, alors ce tracé n'est pas plus un simple hors-piste mais devient, à tous les effets, une piste.

Une piste de fait.

Sur cette piste, pour respecter les critères de la prudence et de la diligence, l'exploitant est tenu à la surveillance. À défaut, il devra répondre des lésions ou d'homicide non intentionnel, aussi bien dans le cas de dommage autoproduit que dans le cas de dommage produit par quelqu'un d'autre.

Que se passe-t-il si c'est justement l'usager qui choisit de faire du ski hors-piste ?

Et est-ce que cela change quelque chose si cette sortie de piste – réitérée par les *free rider* – crée une piste parallèle à la piste tracée ?

Et encore : est-il possible de limiter la responsabilité de l'exploitant des remontées en présence d'une volonté délibérée du skieur qui choisit consciemment d'affronter le risque de faire du ski à un endroit dangereux ?

La jurisprudence a donné une réponse à toutes ces questions, dans des jugements récents qui contiennent des principes que l'on peut tout à fait partager, même s'ils doivent encore être consolidés par des orientations stables.

Ces principes doivent tenir compte de deux pivots de notre orientation : la responsabilité pour faute et l'auto-responsabilité.

Puisque les comportements humains sont infinis et souvent imprévisibles, l'exploitant de remontées mécaniques ne pourra pas être jugé responsable des comportements (des clients skieurs ou, quoi qu'il en soit, des utilisateurs de la montagne) complètement imprévisibles ou liés à un choix dangereux fait consciemment.

Quand, en revanche, la conduite des clients est prévisible, réitérée et connue de l'exploitant, ce dernier est tenu à observer les devoirs cités plus haut.

En effet, il est bien connu que, si de nombreux skieurs empruntent un parcours « hors-piste » d'une façon réitérée, l'exploitant doit le savoir. Ainsi si les clients ont l'habitude d'utiliser une zone du versant comme piste, l'exploitant doit mettre en œuvre une action pour empêcher cela (en interdisant l'accès, que ce soit matériellement ou en plaçant des panneaux) ou bien en mettant la zone en sécurité.

D'après un jugement du Tribunal de Gênes (14.1.2015) les « pistes de fait » sont « *des parcours situés dans le domaine skiable qui, bien que ne faisant pas partie des pistes tracées et délimitées, sont par habitude utilisées par les skieurs et qui imposeraient aux exploitants, au point de vue accusatoire, des charges de précaution supplémentaires par rapport à celles que la L. 363/03 prévoit pour les pistes, en excluant expressément, à l'art. 17, la responsabilité du concessionnaire et de l'exploitant des remontées mécaniques pour les accidents qui peuvent se vérifier sur les parcours hors-piste desservis par les remontées elles-mêmes.*

¹⁷⁴ C'est un phénomène courant dans tous les domaines skiables : il suffit de citer les moniteurs des écoles ski qui conduisent leurs petits élèves entre les arbres ou entre deux pistes tracées ou encore là où il est possible de faire des « sauts » époustouffants à montrer aux copains ou pour montrer ses capacités athlétiques, en méprisant le danger.

*Bien qu'il manque une définition normative de domaine skiable, la jurisprudence reconnaît généralement une position de garantie des exploitants des pistes, même à l'intérieur d'espaces skiables qui ne sont pas précisément définis comme pistes, mais qui – vu leur position à proximité des pistes et parce qu'il est facile d'y accéder, notamment par distraction ou par maladresse – sont **facilement et fréquemment** empruntés par les usagers ».*

Vu la conformation normale des pistes de ski (visibles du fond de la vallée, commentées par les utilisateurs et connues des habitués), normalement les exploitants connaissent les segments utilisés comme hors-pistes habituels et donc comme « pistes de fait ».

Si l'accès à ces espaces n'est pas interdit, l'exploitant doit prendre en charge les risques qui y sont présents.

Autrement, si un client sort de la piste damée, emprunte une piste de fait, se blesse ou meurt, l'exploitant doit en répondre.

C'est justement le cas traité par la Cassation, section 4 n° 39619 du 26.10.2007, dans le cadre de laquelle l'administrateur délégué de la société qui gérât les remontées mécaniques et le salarié préposé ont été interpellés pour homicide non intentionnel.

Dans la partie haute du domaine, il y avait deux pistes presque parallèles qui se rejoignaient plus bas. À mi-chemin, toutefois, un torrent passait, avec des rives de quelques mètres de haut. Dans des conditions d'enneigement normales, ce torrent était couvert par la neige, raison pour laquelle les skieurs y passaient souvent, s'en servant justement comme d'une piste.

Le jour en question, en revanche, la neige était à peine suffisante pour couvrir le bord du fossé ; le skieur est sorti de piste (par un passage dans la végétation au bord du tracé), s'est approché du bord, est tombé dans le torrent et est décédé.

Deux jours avant le décès du skieur, deux autres clients étaient tombés à même endroit et les exploitants (prenant des choix conscients) avaient alors décidé de placer un panneau jaune et noir (avec un bonhomme qui tombe dans un ravin) sortant de la neige d'environ un mètre et demi.

De plus, des panneaux invitant les skieurs à ne pas sortir de piste et à ne pas abandonner les parcours tracés étaient présents aux gares des remontées.

Le Tribunal a condamné les exploitants d'homicide non intentionnel en affirmant que :

- a) compte tenu de leurs charges au sein de la société, ceux-ci avaient manqué à leurs devoirs de surveillance en termes de sécurité ;
- b) le passage emprunté par le skieur était un parcours hors-piste, c'est-à-dire une variante attenante aux pistes gérées, et notoirement employée – malgré les panneaux d'interdiction – même par moniteurs de ski avec leurs élèves ;
- c) la connaissance de la part des accusés d'un tel danger, lié aux pistes gérées ; c'était une situation absolument concrète, de plus dangereuse pour l'usager (puisque le torrent n'est pas visible), et elle avait fait naître l'obligation d'empêcher l'événement dommageable ;
- d) la faute contestée n'était pas rattachée à une norme spécifique mais à des principes généraux : la responsabilité de la société n'aurait certainement pas pu s'étendre à toute la montagne, mais – en présence d'un danger connu et actuel – il existait l'obligation d'éviter l'accident ;
- e) les panneaux invitant à ne pas sortir des pistes et le panneau signalant le risque de chute (placé après les accidents qui s'étaient vérifiés deux jours auparavant) ne

pouvaient pas être considérés adaptés pour éviter et prévenir le risque : en effet, les premiers étaient trop génériques, l'autre constituait un simple signalement de danger et était placé en aval du passage emprunté par le skieur ensuite décédé ;

- f) il aurait fallu fermer le passage, c'est-à-dire signaler la piste comme fermée au moyen d'un panneau, et surveiller que l'interdiction soit respectée ;
- g) il n'y a pas d'interruption du lien de causalité en raison du comportement imprudent du skieur, puisque, vu l'habitude des usagers d'emprunter le passage en question, la situation était telle que l'utilisateur qui est ensuite décédé faisait confiance aux exploitants des remontées mécaniques.

Voilà les principes de la piste de fait : l'état de confiance engendré chez le client par l'utilisation réitérée d'un hors-piste, considéré comme une variante attenante aux pistes gérées, connue et tolérée par les exploitants comme habituellement fréquentée !

La Cour d'appel a ensuite confirmé le jugement du Tribunal en affirmant que :

- 1) le passage entre une piste et l'autre était – malgré les invitations générales à ne pas abandonner la piste adressées par la société aux usagers – de fait permis à d'autres endroits, voire expressément réglementé ;
- 2) l'utilisation de cette liaison hors-piste spécifique, parcourue par le skieur qui est ensuite décédé, était connue des exploitants, compte tenu aussi bien de la chute des skieurs survenue deux jours avant que de l'habitude des moniteurs de donner des cours de ski à cet endroit ;
- 3) ce passage était hautement dangereux, car il croisait un torrent qui, couvert en cas d'enneigement copieux, était en revanche découvert en cas de faible enneigement ;
- 4) le caractère dangereux du passage, dû au torrent, était inconnu du skieur, car inexistant en cas d'enneigement important et car non visible au moment où il avait décidé d'abandonner la piste ;
- 5) conscients d'un tel danger élevé, les exploitants avaient mis en place un panneau signalant un danger de chute dans un ravin : ce signal, dont le dessin et les dimensions sont réglementaires, avait été mis à deux mètres de la sortie de la piste, sur la gauche, et dix mètres avant le torrent, et il était visible pour ceux qui allaient quitter la piste en empruntant ce passage, mais pas pour ceux qui empruntaient les passages précédents ;
- 6) les exploitants devaient être bien conscients qu'ils devaient prendre en charge le danger de l'activité effectuée dans son ensemble, même dans les espaces en-dehors des pistes damées, mais reliés à leur utilisation : en tant qu'exploitant de l'installation sportive, la société était titulaire d'une position de garantie spéciale de protection de la sécurité des usagers de ladite installation ;
- 7) aucune faute n'apparaissait pour le fait de ne pas avoir correctement signalé les limites de la piste, car la piste était bien signalée et car il n'y avait pas de lien de causalité (le skieur avait quitté la piste consciemment) ; la faute qui apparaissait était plutôt celle de **ne pas avoir signalé correctement** au bord de la piste le risque spécifique créé par l'existence du torrent non visible. Sur la base de la norme générale en matière de responsabilité contenue à l'art. 2050 du code civil italien, les exploitants avaient là une obligation juridique découlant de leur activité, qui engendrait un danger. En effet, en ce qui concerne les activités dangereuses, l'exploitant a la charge d'adopter toutes les mesures appropriées afin d'éviter les accidents. Cela découle du principe constitutionnel de solidarité

sociale : il faut aussi entendre par danger « *celui qui concerne le comportement imprudent d'autrui* » (et c'est sur ce point que la Cour suprême précisera qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité extracontractuelle mais d'une responsabilité liée au contrat) ;

- 8) le simple fait d'avoir placé un signal de danger de chute ne pouvait constituer une mesure appropriée pour que les exploitants se soient acquittés de leur obligation de garantie ; ils auraient dû prendre en charge le comportement du skieur moyen qui se caractérise, surtout s'il est jeune, par un certain niveau d'imprudence, « *ici tragiquement représenté par la décision suivant laquelle le skieur qui est ensuite décédé est sorti de piste sans s'arrêter et, donc, sans voir le signal de danger* » ;
- 9) seuls des piquets évidents et serrés (mieux encore une barrière avec des bandes zébrées expressément prévues) aurait constitué un signalement approprié du danger, acquittant les exploitants ; cette mesure aurait aisément pu être prise par le gestionnaire et un lien de causalité certain existe entre son omission et l'accident ; vu les invitations génériques et contradictoires à ne pas abandonner la piste et à n'emprunter que certaines liaisons entre les deux piste, le skieur pouvait être considéré suffisamment prévenu des dangers génériques qu'implique le hors-piste (présence d'obstacles, aspérités de la neige, possible glissements de terrain) mais pas de la présence d'un torrent, invisible, qui plus est avec un surplomb de quatre mètres ;
- 10) si le passage avait été barré par un obstacle fixe, le skieur qui est ensuite décédé aurait nécessairement dû s'arrêter et, ainsi, il aurait vu le signal explicite de danger qui avait été placé. À elle seule, cette dernière mesure ne suffisait pas pour l'arrêter.

Tout en rappelant que l'obligation d'empêcher l'événement dommageable découlait du contrat et pas d'autres norme du code civil italien, la Cour de Cassation a confirmé le jugement de condamnation (un an de prison pour les deux exploitants, plus le dédommagement des parties civiles).

Ainsi, l'exploitant :

- répond des dangers atypiques présents sur les pistes quand ceux-ci sont étrangers aux dangers naturels typiques de la descente (par exemple, un poteau non signalé et non protégé, placé sur la piste) ;
- répond aussi des dangers atypiques qui ont un impact sur le tracé des pistes (par exemple, la chute d'un rocher, mais aussi le comportement d'un autre skieur qui exploite le bord de la piste comme tremplin, ainsi que nous l'avons vu plus haut) ;
- répond ensuite de tous les dangers situés à l'extérieur de la piste, mais qu'il est prévisible que le skieur rencontre ;
- répond enfin des risques liés aux pistes de fait, c'est-à-dire aux piste qui sont habituellement utilisées par les skieurs, même si elles ne sont pas expressément indiquées comme piste skiables, aux conditions indiquées ci-dessus.

On peut alors se demander si l'exploitant répond vraiment de tout événement, même si le risque a été délibérément choisi par le client des remontées.

La réponse est – du moins celle-ci – négative.

Si le skieur est expérimenté et connaît l'état des lieux, et s'il choisit de courir le risque, même s'il a été prévenu du danger, la responsabilité de l'événement dommageable ne pourra jamais être attribuée à l'exploitant des pistes.

Le cas a été traité par le Tribunal de Gênes, avec le jugement du 14.1.2015, que nous avons déjà cité.

Un moniteur de ski, qui fréquentait habituellement un espace skiable, avait décidé d'effectuer un parcours hors-piste un jour de tempête de neige. Les salariés travaillant aux remontées mécaniques l'avaient prévenu du risque, mais le moniteur avait malgré tout choisi d'aller faire du ski et d'affronter un certain hors-piste.

Dans ce cas, il s'agissait d'une piste de fait, portant même un nom qui lui avait été attribué par les skieurs. L'homme – un sujet très expérimenté, puisqu'il était moniteur de ski – avait pris sa décision malgré la situation météo-nivologique manifestement dangereuse pour effectuer une sortie hors-piste.

En même temps, la situation ne présentait pas de dangers pour les pistes pratiquées normalement, car tous les index de dangerosité (c'est-à-dire les prévisions Meteomont, puisque la Ligurie ne participe pas au système Aineva ; la situation sur place) n'indiquaient pas de danger pour les pistes gérées.

« Il n'était donc pas possible d'exiger du maire une mesure de fermeture des remontées et des pistes où il n'y avait aucun risque. Il n'y avait pas non plus les conditions pour exiger une interdiction indiscriminée d'accès au domaine skiable, vu que certains espaces n'étaient pas concernés par le danger d'avalanches et que, quoi qu'il en soit, il n'y avait pas une situation de danger élevé de détachements spontanés pouvant mettre en péril la sécurité publique. »

Il s'est donc agi d'un choix délibéré du skieur de s'engager sur un parcours où le danger d'avalanche était élevé ; la responsabilité de l'accident décrit ci-après ne peut donc pas être attribuée à l'exploitant :

« Dans ce cas, la victime, un expert de montagne passionné connaissant très bien le domaine skiable, puisqu'il était moniteur de ski de l'école locale, a affronté avec des amis la descente, en évaluant la situation contingente de danger et se fiant à ses propres capacités d'analyse de la situation de la neige et du risque d'avalanche, dans un contexte qui, comme cela a été évalué par la suite par Meteomont, ne présentait pas un degré de danger élevé ou très élevé – qui aurait justifié la décision d'empêcher les descentes, suivant l'échelle de danger bien connue du skieur, vu ses compétences et son expérience – mais un degré de danger modéré, qui demandait une bonne capacité d'évaluation ».

3.6 L'exposition volontaire au danger : l'autodétermination

En examinant les aspects précédents, concernant la responsabilité de l'exploitant et des administrateurs publics, nous avons pu aborder indirectement une question qui revêt en réalité une importance cruciale : est-il possible d'attribuer une importance à la conduite imprudente de la victime ?

Dans le domaine du droit civil, l'article 1227 du code civil italien prévoit expressément que le concours de la victime dans le déclenchement ou dans l'aggravation du dommage implique une réduction du dédommagement. Mais encore : le comportement négligent de la victime peut conduire à l'exclusion du dédommagement de tout ce qu'elle aurait pu éviter grâce à la diligence ordinaire.

Le comportement imprudent de la victime pourra arriver à exclure complètement le dédommagement s'il est prouvé que le danger était prévisible, que le recours à des précautions normales aurait évité l'accident et donc que le lien de

causalité (entre le comportement de l'exploitant et l'événement dommageable) s'est interrompu.

Dans le droit pénal un tel raisonnement est également possible, mais il se présente d'une façon beaucoup plus tortueuse.

L'article 41 du code pénal, sur la négligence, contemple en effet ce que l'on appelle la théorie de la condition *sine qua non* : même si elles sont indépendantes de l'action ou de l'omission du coupable, les négligences antécédentes ou simultanées ou survenues n'excluent pas le rapport de causalité entre l'action (ou omission) et l'événement.

Concrètement, le sujet qui n'a pas tenu la conduite à laquelle il était obligé n'est pas libéré de sa propre responsabilité pénale, même si la victime a, à son tour, fait preuve d'un comportement imprudent.

C'est aussi en raison de cette norme, nous l'avons vu, que l'exploitant des remontées répond des accidents survenus hors-piste, par exemple s'il n'a pas fourni une information complète au *free rider* décidant d'emprunter les remontées pour ensuite descendre en « territoire libre ».

La théorie de la condition *sine qua non* a cependant une limite, indiquée au 2^{ème} alinéa de l'art. 41 du code pénal : « *les causes survenues excluent le rapport de causalité quand elles ont suffi à elles seules à déterminer l'événement* » ; la limitation est rendue nécessaire par l'exigence d'éviter la prolifération indiscriminée de l'imputation du fait en raison de la portée excessive du lien de conditionnement déterminé par le principe d'équivalence causale (*causa causae est causa causati*).

C'est justement dans ce cadre conceptuel que la jurisprudence la plus récente (et partageable) a inclus ce que l'on appelle l'« exposition volontaire au danger » de la part de la victime.

En effet, en élaborant les principes de l'équivalence causale, de la causalité humaine et de la présence de limitations à la théorie de la *condicio sine qua non*¹⁷⁵, la Cour suprême a pu préciser que si le comportement de la victime est tout à fait exceptionnel et imprévisible, ainsi qu'hautelement imprudents, les comportements mêmes non intentionnels de l'accusé deviennent sans influence, car elles s'inscrivent dans une série causale comme facteur déterminant l'événement.

L'exposition volontaire au danger interrompt donc le lien de causalité si la victime :

- possédait toutes ses facultés¹⁷⁶ ;
- connaissait les lieux¹⁷⁷ ;
- était consciente du danger¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Cf. Cassation Pén. IV section 4.9.2014 n° 36920 prés. Sirena Est. Iannello in www.neldroit.it, www.jurisprudencépénal.com et www.altalex.com : « la norme (art. 41,2 du code pénal) a une fonction de limitation par rapport au principe d'équivalence causale exprimé à l'alinéa précédent, faisant allusion à des causes contributives importantes, pouvant expliquer l'imputation causale, d'un point de vue normatif, et naturellement sans exclure, mais en présupposant, un lien de *condicio sine qua non* avec le comportement du sujet agissant (c'est-à-dire, à l'inverse, la non complète autonomie et indépendance du parcours causal survenu, en présence duquel l'exclusion du lien de causalité, comme nous l'avons dit, devrait déjà être affirmer en raison des articles 40,1 et 41,1 du code pénal et le deuxième alinéa de ce dernier article demeurerait en revanche dépourvu de signification »).

¹⁷⁶ Cf. Cassation Section IV, n° 14198/1990.

¹⁷⁷ Cf. Cass section IV, n° 11311/1985

¹⁷⁸ Cf. Cassation Section 1 n° 11024/1998 ; section IV n° 1214/2005 ; section IV n° 20272/2006 ; section IV n° 39617/2007 ; section IV n° 42502/2009.

Dans ces conditions, le lien de causalité est exclu même en cas de faiblesses des mesures de prévention adoptées par l'accusé.

En substance, l'interruption du lien de causalité entre conduite (de l'accusé) et événement (dommageable pour la victime) se vérifie en présence d'une cause survenue non seulement d'une manière tout à fait autonome mais même non complètement indépendante de la cause antécédente et, cependant, suffisant à déterminer l'événement¹⁷⁹ ; ceci parce que la cause survenue enclenche un risque nouveau et incommensurable, complètement incohérent par rapport au risque d'origine, créé par le premier comportement¹⁸⁰.

Le jugement n° 36920 du 2.7.2014 de la section IV, que nous avons déjà cité, a **exclu la responsabilité** de l'exploitant de remontées mécaniques : la dynamique de l'accident¹⁸¹ excluait l'événement comme conséquence de la dangerosité en soi de la chose, l'attribuant en revanche à la conduite consciemment et volontairement risquée de la victime.

Ce jugement consacre le principe de la « **libre autodétermination de la victime** » qui « *impose de considérer l'événement comme effet du choix de la part d'un sujet, excluant la référence à autre sujet agissant* » car « *la décision de s'exposer au danger... dépasse la conduite du premier sujet agissant et l'exempte en principe de la responsabilité de l'événement.* »

La Cour suprême précise aussi que « *l'on ne peut attribuer à un individu les conséquences du geste d'un tiers ayant toutes ses facultés et sur lequel on ne peut avoir d'influence... quand on postule une gouvernabilité du choix de la victime, on fait référence à la libre détermination de cette dernière dans les conditions données* ».

La Cassation IV section pénale n° 5898 du 17.1.2019, concernant un cas analogue¹⁸², est arrivée aux mêmes conclusions et a rappelé les principes suivants : « *La victime était bien consciente du danger causé par sa propre action ; son*

¹⁷⁹ Cassation Section IV 19.2.2013 n° 10626 Morgando, RV 256391.

¹⁸⁰ Cassation Section IV 3312 du 2.12.2016 Zarcone, Rv. 269001 ; section IV n° 53541 du 26.10.2017 Zantonello RV 271846.

¹⁸¹ Le conducteur d'une motoneige, bien conscient de l'état des lieux qu'il connaissait pour des raisons professionnelles, se lançait à une vitesse élevée sur un plat où il y avait des trous profonds (appelés « engloutisseurs ») ; son but était de sauter par-dessus, notamment pour démontrer son habileté à la femme qui l'accompagnait en tant que passagère ; le vol eut, toutefois, un épilogue tragique, entraînant la mort du conducteur. Le propriétaire du terrain dut comparaître, même si ledit terrain n'était pas situé près des pistes de ski d'où était partie la motoneige. Le premier et le second degré de jugement se conclurent avec la condamnation de l'accusé, « *titulaire d'une obligation de garantie par rapport à quiconque accédait à la zone* » coupable d'avoir involontairement omis « *face à une situation de danger aisément perceptible, qui lui avait aussi été signalée par l'autorité communale, d'agir d'une manière appropriée en plaçant des barrières au bord des trous ou en signalant ces mêmes trous* ». La Cour de Cassation a annulé sans renvoi le jugement, avec les motivations que nous expliquerons.

¹⁸² Il s'agissait de lésions personnelles provoquées à un conducteur de moto-cross. Pendant un cours de conduite à l'intérieur d'un circuit, après avoir assisté au briefing initial, il pénétra dès le premier tour à l'intérieur d'un espace non-marqué, servant de zone d'arrêt ; au lieu de s'arrêter, toutefois, il poursuivit vers la partie de la piste consacrée à ce que l'on nomme « free style », tomba d'un remblai, heurtant ainsi une structure métallique qui soutenait une rampe placée du côté opposé. L'organisateur du cours théorique et pratique d'enduro, le propriétaire de l'installation sportive, l'instructeur technique durent comparaître ; ils furent tous condamnés au premier et au deuxième degré, puis le jugement fut annulé avec renvoi.

*comportement s'est révélé tout à fait anormal, exceptionnel, atypique, imprévisible et donc absorbant et interrompant le lien de causalité par rapport aux éventuels défauts dans les mesures de prévention adoptées par les accusés... la dangerosité du lieu peut être appréciée, comme facteur causal juridiquement significatif, uniquement vis-à-vis de qui n'en est pas à connaissance ou de qui, tout en le connaissant bien, se trouve dans les conditions de devoir obligatoirement l'affronter (par exemple, un parcours naturel qui expose au danger de chutes) ; mais **pas vis-à-vis de qui s'y aventure librement et volontairement, justement dans le but d'affronter la dangerosité du lieu et de se mesurer à ce danger** ».*

La Cour affirme ainsi que le rôle causal déterminant la mort n'a pas tant été la conformation du lieu, mais plutôt le choix délibéré de la part de la victime d'accepter le risque inhérent à la conformation du terrain, qu'il connaissait bien, et même de se mesurer à ce risque. Le « *sens commun* » empêche de considérer l'événement comme conséquence de la dangerosité en soi de la chose et induit plutôt à l'attribuer au comportement de la victime, consciemment et volontairement voué au risque.

Ce que l'on appelle la « théorie du risque » est ainsi accueillie.

Ainsi, le sujet garant ne peut devoir répondre de l'événement dommageable en présence :

- d'un libre choix de la victime ;
- de sa conscience du risque affronté librement ;
- d'une victime ayant toutes ses facultés ;
- d'une absence de possibilité d'influencer et de gouverner la victime.

L'imperméabilité de la libre sphère d'action de la victime détermine une césure, une séparation des risques, une distinction des sphères de responsabilité qui exclut l'imputation objective au sujet garant.

L'imputation ne serait, en revanche, pas exclue si la détermination d'affronter le risque ne pouvait être jugée le fruit d'un choix complètement libre et conscient ou si celui qui a exposé d'autres personnes au danger ne les a pas informées correctement sur les circonstances particulières de risque.

« La clé de lecture est l'autodétermination de la victime, qui agit sur la base d'un choix pris en étant pleinement conscient des risques y afférents ».

D'une manière partageable et partagée, ces jugements attribuent une importance décisive au choix de s'auto-exposer au danger : la dangerosité du lieu, non seulement connue mais même recherchée comme présupposé de l'action sportive (et aussi pour l'exhibition), ne peut prendre une valeur causale devenant uniquement occasion du fait ou « facteur conditionnant présupposé ».

Celui qui souhaite, librement et consciemment, se défier soi-même dans un milieu dangereux, se fiant d'une façon téméraire à ses propres capacités, affrontant des dangers qu'il connaît, ne peut ensuite se plaindre des caractéristiques du lieu.

Le caractère dangereux devient, en revanche, un facteur causal important uniquement vis-à-vis de qui ne le connaît pas ou de qui est obligé de l'affronter contre sa volonté.

Il sera alors essentiel de démontrer d'avoir fourni des renseignements complets et clairs, car ce n'est qu'en présence d'une pleine conscience que l'on pourra parler de libre choix de la part de la victime.

En effet, la responsabilité du garant subsiste si le choix d'affronter le risque n'est pas le fruit d'une décision entièrement libre et consciente.

De plus, il peut également y avoir la responsabilité de celui qui expose au danger d'autres personnes sans les informer correctement sur les circonstances risquées : c'est le cas de ce que l'on appelle l'accompagnateur de fait.

4. Une petite digression : l'accompagnateur de fait

Avant d'examiner le vrai point novateur et problématique posé par la question initiale, il est nécessaire d'introduire un dernier profil.

Une responsabilité peut-elle être attribuée, en cas de décès ou de blessures, à celui qui se charge volontairement d'accompagner des amis et des connaissances ?

S'il y avait un contrat de n'importe quel type (par exemple, comme pour les guides de montagne ou les moniteurs de ski), il n'y aurait aucun doute : si elles dépendent d'une faute professionnelle, les lésions que le client se procure au cours de la randonnée retombent sur le professionnel qui n'a pas rempli ses devoirs de surveillance, violant l'obligation prise contractuellement. En effet l'existence de la position de garantie s'ajoute ainsi au caractère prévisible et évitable, à la causalité et à la faute.

Le problème se complique, et même beaucoup, concernant certaines figures (qui peuvent être professionnelles ou pas) qui n'établissent aucun véritable contrat avec les personnes qu'elles accompagnent ou qui comptent sur elles et leur font confiance.

Pensons au cas de l'autostoppeur qui monte dans la voiture d'un conducteur altruiste ; ou du randonneur qui est convaincu à affronter une ascension par la présence d'un ami plus expert ; ou du médecin qui, bien que n'ayant aucune obligation d'intervenir en présence d'autres professionnels, essaie de réanimer un sujet qui a perdu connaissance ; ou encore du connaisseur des pistes qui accepte, au terme d'un dîner, donc dans l'obscurité, de faire redescendre jusqu'au bas des pistes quelque hôtes d'un chalet avec des luges.

Dans tous ces cas, il n'y a pas de véritable contrat établi entre les différents sujets ; il s'agit simplement d'une « prise en charge » du bien d'autrui par des sujets dotés d'une plus grande expérience ou de moyens techniques.

Dans ces différentes hypothèses, il semble ardu de déterminer la figure du « garant », ainsi que, en parallèle, une « position de garantie ».

En revanche, après quelques difficultés¹⁸³, la jurisprudence désormais consolidée estime qu'en matière de délits non intentionnels liés à une omission, la position de garantie peut être engendrée non seulement par un contrat, mais aussi par l'exercice de fait des fonctions typiques des différentes figure de garant, à condition que le sujet agissant gère le risque spécifique en faisant preuve d'un comportement concluant, qui consiste dans la prise en charge du bien protégé¹⁸⁴.

La jurisprudence de légitimité s'est penchée sur la notion – et sur les critères de sélection – du sujet en position de garantie et a observé que celle-ci existe à condition que :

¹⁸³ Cf. le commentaire de Mme Carmela Piemontese à la Cassation 22.5.2007 n° 25527, sur les sources de l'obligation juridique de garantie : un cas énigmatique, entre contrat et fait, *in* Dir. Pen. et Procès, 2008, 6, 748 (note).

¹⁸⁴ Cf., enfin, Cassation Section 4, Jugement n° 37224 du 05/06/2019 Ud. (dép. 06/09/2019) Rv. 277629 – 01 *in* Italgiureweb Cassation pénale.

- a) un bien juridique ait besoin de protection, puisque le titulaire à lui seul n'est pas en mesure de le protéger ;
- b) une source juridique – même négociée¹⁸⁵ – ait le but de tutelle susdit ;
- c) l'obligation de protection soit à la charge d'une ou de plusieurs personnes bien déterminées ;
- d) ces dernières soient dotées de pouvoirs leur permettant d'empêcher la lésion du bien garanti, c'est-à-dire qu'elles aient les moyens adaptés pour solliciter les interventions nécessaires afin d'éviter l'événement dommageable.

Un sujet peut être considéré titulaire d'une position de garantie s'il a la possibilité, par sa propre conduite, d'influencer le cours des événements, les orientant vers un développement apte à empêcher la lésion du bien juridique garanti¹⁸⁶.

La « théorie du garant » a été élaborée en mettant en valeur, aussi, le principe de solidarité contenu dans la constitution italienne (ex art. 2 Const.) qu'il faut reconnaître aux « obligations de garantie », descendant du rapport de tutelle spécial qui lie le sujet garant, par rapport à un bien juridique déterminé, si le titulaire de ce même bien est incapable de le protéger d'une façon autonome¹⁸⁷.

Ainsi, si l'on considère la question au point de vue des destinataires réels des obligations de protection, il est nécessaire d'évaluer quelles sont, concrètement, les fonctions exercées par le sujet agissant. Si le titulaire du bien juridique protégé est dans une situation de passivité, il sera ensuite nécessaire de sélectionner les positions de garantie distinctes, les remplissant de contenu pour ce qui est des obligations spécifiques d'empêchement¹⁸⁸.

La sélection susdite peut s'avérer particulièrement complexe dans le cas de l'intervention de plusieurs sujets ayant des compétences autonomes (spécialement dans le cadre de la figure de la coopération non intentionnelle).

Aux fins de l'opérativité de la clause d'équivalence citée à l'art. 40 du code pénal italien, dans la vérification des obligations d'empêchement à la charge du sujet en position de garantie, l'interprète doit tenir compte de la source d'où jaillit l'obligation juridique de protection : la loi, le contrat, l'activité effectuée précédemment ou une autre source d'obligation. Dans le cadre de cette reconstruction, afin de déterminer le contenu spécifique de l'obligation, il a notamment été précisé qu'il faut évaluer aussi bien les fins de protection à la base de la position de garantie elle-même que la nature des biens dont le sujet garanti est titulaire, qui constituent l'objectif de la tutelle renforcée, à l'effectivité de laquelle vise la clause d'équivalence¹⁸⁹.

L'obligation de protection, de plus, doit être délimitée compte tenu des situations dangereuses spécifiques que le garant a l'obligation de gouverner (ce que l'on appelle la zone de risque)¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Le profil est très complexe et s'entrecroise avec la théorie de ce que l'on appelle la *negotiorum gestio*, ainsi qu'avec la responsabilité qui naît du contact social. Il n'est assurément pas possible de développer davantage cette question ici.

¹⁸⁶ Cf. Cassation Section 4, n° 38991 du 10/06/2010, Quaglierini, Rv. 248849.

¹⁸⁷ Cf. Cassation Section 4, n° 4793 du 06/12/1990, dép. 29/04/1991, Bonetti, Rv. 191792.

¹⁸⁸ Cf. Cassation Section U, n° 9874 du 01/07/1992, Giuliani, Rv. 191185.

¹⁸⁹ Cf. Cassation Section 4, n° 9855 du 27/01/2015, Chiappa, Rv. 26244001.

¹⁹⁰ Cf. Cassation Section U, n° 38343 du 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 26110701.

Il est désormais certain que les garants ne constituent pas un *numerus clausus* et que, en présence de la clause d'équivalence que nous avons déjà citée et des multiples cas liés à des événements naturels orientés vers la cause, l'on assiste à un élargissement constant de la zone de responsabilité pénale.

C'est précisément pour ces raisons que, depuis le début des années deux mille¹⁹¹, il a été affirmé que la position de garantie peut être engendrée non seulement par un contrat (investiture formelle), mais aussi par l'exercice de fait des fonctions typiques des différentes figures de garant, par un comportement concluant du sujet agissant, consistant dans la prise en charge du bien protégé.

Une conception purement formelle de la position de garantie a ainsi été dépassée ; le rôle de protection peut avoir une source normative qui ne relève pas nécessairement du droit public, mais qui est aussi de nature privée, même si elle n'est pas écrite, voire si elle naît d'une situation de fait, c'est-à-dire d'un acte de détermination volontaire, constituée par le devoir d'intervention et le pouvoir juridique correspondant, qui permet au sujet garant, par son action, d'empêcher l'événement¹⁹².

En appliquant ces principes, il a été affirmé que deux médecins, mettant en œuvre « *de façon instinctive, dans la pratique, les devoirs déontologiques de leur serment professionnel, qui incluent le devoir de prêter secours dans les cas d'urgence* », ont une position de garantie vis-à-vis d'un footballeur qui s'affaisse pendant un match. Par leur intervention volontaire, ils ont – en effet – instauré une relation thérapeutique¹⁹³.

De même, un sujet qui s'était volontairement chargé de contrôler le retour de nuit, en luge, de quelques clients d'un refuge, les suivant avec une motoneige, a été condamné pour homicide non intentionnel ; après un dîner en refuge, ledit sujet, qui connaissait bien les lieux (car il y effectuait son activité professionnelle), avait omis de suivre une des personnes, qui avait pris, à cause de la neige glacée et de la pente, un mauvais parcours, aboutissant violemment contre un arbre. Sa responsabilité a été affirmée non seulement car il avait une obligation de tutelle (affirmée en appel, sur la base d'un accord avec l'exploitant du refuge), mais aussi – justement – pour la prise en charge concrète du bien protégé¹⁹⁴.

On peut alors se demander s'il y a des limites à l'étendue de ce qui est illicite au point de vue pénal.

La réponse est assurément affirmative.

Pour pouvoir affirmer la responsabilité pénale d'un « garant de fait », il est nécessaire de :

¹⁹¹ Cf. Cassation Section U, n° 38343 du 24/04/2014, Espenhahn, cit. ; Section 4, n° 2536 du 23/10/2015, dép. 2016, Bearzi, Rv. 26579701.

¹⁹² Dans le secteur de l'activité médicale, il a ensuite été précisé que la position de garantie est rattachée, sous le profil fonctionnel, aux deux catégories dans lesquelles sont traditionnellement encadrées les obligations en question : la position de garantie, c'est-à-dire de **protection**, qui impose de préserver le bien protégé de tous les risques qui peuvent en léser l'intégrité ; et la position dite de **contrôle**, qui impose de neutraliser les sources éventuelles de danger pouvant menacer le bien protégé (Section 4, n° 7967 du 29/01/2013, Fichera, Rv. 25443101, en motivation ; Section 4, n° 25310 du 07/04/2004, Ardovino, Rv. 228954).

¹⁹³ Cf. Cassation Section 4, Jugement n° 24372 du 09/04/2019 Ud. (dép. 31/05/2019) Rv. 276292 – 01 *in* Italgireweb.

¹⁹⁴ Cf. Cassation Section 4, Jugement n° 25527 du 22/05/2007 Ud. (dép. 04/07/2007) Rv. 236852 – 01.

- vérifier que, sans l'intervention ou sans l'œuvre de celui-ci, le « garanti en fait » n'aurait pas entrepris malgré tout l'activité qui l'a ensuite conduit à la situation de danger ;
- exclure qu'il n'y a pas eu une acceptation du risque pleine et consciente, avec une auto-exposition au danger ;
- déterminer une prise en charge effective du bien à protéger¹⁹⁵, avec les pouvoirs d'empêcher l'événement y afférents.

Pour mieux comprendre ces concepts, un jugement récent de la Cour suprême¹⁹⁶ nous vient en aide : il a acquitté un sujet qui avait construit, avec d'autres, un delta-plane artisanal (se servant d'une aile qui lui appartenait) à bord duquel un ami est ensuite décédé. Ce dernier, moins expert que l'imputé, était toutefois « *largement majeur et en mesure d'agir* » et « **s'était auto-exposé volontairement à un danger significatif**. En y regardant de plus près, ce danger était immanent dans toute l'activité du terrain de vol, si l'on prête attention aux circonstances suivantes, tout à fait évidentes : la machine volante avait été construite artisanalement, avec des pièces achetées par-ci par-là, puis assemblées ; elle n'avait jamais été soumise à aucun type de contrôle ni d'essai de la part d'un organe public et était, par conséquent, dépourvue de toute homologation, certificat, attestation ; aucun des pilotes ne possédait un brevet de vol, ni avec moteur ni même sans moteur. »

Tous les participants du groupe, y compris l'imputé et le sujet ensuite décédé, s'étaient donc volontairement auto-exposés au danger ; de plus, la victime s'étaient mise aux commandes de l'appareil de façon pleinement consciente. En effet, l'homme savait bien qu'il ne pouvait se fier à l'autre sujet, plus expert que lui : « *point d'une importance fondamentale, car il souligne, de toute évidence, que l'auto-exposition volontaire au risque élevé le jour du vol a été effectuée sciemment par les deux hommes et, surtout, dans une position substantiellement paritaire : en effet, l'absence objective de doubles commandes et l'impossibilité pour l'accusé, comme cela a été dit, d'agir sur les commandes [confiées exclusivement au sujet qui est ensuite décédé] si ce n'est au prix de contorsions extrêmement ardues, à effectuer – qui plus est – dans les airs, exclut radicalement la possibilité de déterminer à la charge de l'accusé une position de garantie effective, c'est-à-dire de gestion du risque, dans une acception significative au point de vue du droit pénal, par rapport à l'autre occupant, qui pilotait indiscutablement à cette occasion malheureuse.*

En effet, se sentir rassurés par la proximité d'un ami, probablement plus expert dans une certaine activité, est une chose ; avoir une garantie juridique grâce au rôle d'autrui dans l'acception que nous avons vue, par contre, en est une autre.

¹⁹⁵ Cf. Cassation Section 4, Jugement n° 48793 du 11/10/2016 Ud. (dép. 17/11/2016) Rv. 268216 – 01 in Italgireweb dans laquelle il est affirmé que la position de garantie – engendrée par une investiture formelle ou par l'exercice de fait des fonctions typiques des différentes figures de garant – est valable à condition que le sujet agissant assume concrètement la gestion des risques liés à l'activité, car sa sphère de contrôle sur lesdits risques ne va pas au-delà. La Cour a donc exclu la responsabilité des accusés pour homicide non intentionnel en relation au décès d'un jeune s'étant noyé dans une piscine. Bien que jouxtant une structure récréative gérées par les accusés, cette piscine était séparée et autonome, gérée par d'autres sujets, et donc en-dehors de la sphère de contrôle des accusés.

¹⁹⁶ Section 4, Jugement n° 34975 du 29/01/2016 Ud. (dép. 18/08/2016) Rv. 267539 – 01 in Italgireweb.

Raisonnement différemment dans le cas concret examiné ici équivaudrait, en substance, à adhérer à une théorie purement sine qua non ».

Nous pouvons alors tirer quelques conséquences de ces enseignements, afin d'éviter d'aboutir à l'inadmissible conclusion d'identifier l'obligation de garantie avec le devoir de diligence.

La source de la position de garantie peut être l'assomption en voie de fait de la tutelle du bien juridique, mais uniquement s'il y a une prise en charge effective du bien.

Un simple réconfort préalable n'est donc pas suffisant.

La prise en charge effective dépend à son tour de la typologie d'accord qui existe entre le garant et le garanti et par la typologie de danger qui se manifeste.

Ramenant les principes susdits au cas de la responsabilité en montagne, la responsabilité de l'accompagnateur de fait est envisageable s'il a :

- pris effectivement en charge des randonneurs dans une situation de danger, au préalable ou après ;
- fourni non pas un simple réconfort, mais de véritables renseignements sur la typologie de parcours à affronter et souligné ses propres capacités de surmonter (et de faire surmonter) les risques que ce parcours implique, suscitant ainsi une confiance qui, concrètement, pousse le randonneur inexpérimenté (ou moins expérimenté) à choisir le risque de façon élective.

5. La responsabilité de celui qui crée ou gère les parcours en « territoire libre »

Le dernier aspect examiné découle de la fréquence toujours plus élevée d'accès en montagne dans ce que l'on appelle le « territoire libre », c'est-à-dire loin des zones anthropisées et même des sentiers tracés.

L'on assiste, en effet, à l'ouverture constante de nouvelles « voies » pour l'accès aux massifs montagneux sur des sentiers aménagés ou sur des « ferrata », afin d'atteindre des sommets où l'on n'arrivait autrefois qu'à l'aide de cordes et de techniques d'alpinisme¹⁹⁷. La conséquence évidente est que le nombre croissant des utilisateurs va de pair avec une baisse drastique des compétences spécialisées.

¹⁹⁷ Aujourd'hui – en employant la terminologie de la loi provinciale de Trente 8/93 (L'art. 9 de la l.p. du 12 septembre 2008, n° 16 affirme que cette loi peut être citée par son titre bref « loi provinciale sur les refuges et sur les sentiers alpins »), il est possible de classer ces tracés alpins en les distinguant ainsi :

- **sentiers alpins** : parcours de randonnée expressément signalés qui permettent le passage dans des zones de montagne et qui conduisent à des refuges, des bivouacs ou des lieux possédant un intérêt pour ce qui est de l'alpinisme, de la nature et de l'environnement (signalés dans de nombreuses publications comme sentiers de randonnée « E ») ;
- **sentiers alpins équipés** : tracés expressément signalés qui permettent le passage dans des zones de montagne et où le parcours est facilité par endroits grâce à des équipements expressément (pour randonneurs expérimentés : « EE ») ;
- **« via ferrata »** : itinéraires d'alpinisme expressément signalés qui passent entièrement ou essentiellement dans des zones rocheuses ou escarpées, que l'on peut parcourir grâce à l'installation d'équipements fixes (pour randonneurs expérimentés et équipés : EEA) ;
- **voies d'alpinisme** : itinéraires pouvant demander de faire de l'escalade, signalés uniquement par des traces de passage ou par des cairns, exclusivement équipés d'ancrages pour faciliter l'assurance des alpinistes (difficulté d'alpinisme, avec échelle UIAA de la I à la VII).

En même temps, l'activité sportive hivernale – qui se bornait auparavant à peu de remontées sur des pentes modestes ou bien au ski alpin classique ou au ski de fond – s'est très fortement développée. Les parcours à affronter au moyen de raquettes, crampons, piolets et ski d'alpinisme sont désormais innombrables¹⁹⁸.

En outre, la période pour les activités en montagne n'est plus limitée aux mois d'hiver : il y a une augmentation exponentielle d'ascensions au printemps et en automne, quand la couverture neigeuse est plus instable et, donc, plus dangereuse.

Enfin, l'amélioration des matériels techniques et l'organisation de groupes nombreux exposent toujours plus de monde aux dangers de la montagne.

Il est toujours plus vrai que le sportif affronte le parcours – été comme hiver, peu importe – sur la base d'itinéraires provenant de sites spécialisés sur internet ou bien de publicités génériques, même de communautés de montagne ou communes individuelles, ou bien encore sur la base d'informations reçues d'amis passionnés de randonnées, voire en se fiant au tracé et au matériel mis en place par les différents organismes, publics ou privés (échelons, cordes, ponts, éléments en fer, mais aussi refuges, bivouacs, etc.).

Il est certain que, dans la plupart des cas, la position de l'exploitant des remontées est marginale ou inexistante, puisque le sportif n'utilise aucun « câble » pour remonter les pentes. Si, en revanche, le sportif atteint le point de départ de sa randonnée en empruntant les remontées mécaniques, il faudra observer les principes soulignés au paragraphe 3.4.

On peut alors commencer – par exclusion – en affirmant que les exploitants ne sont pas concernés par le thème traité dans ce paragraphe.

À l'autre extrême, personne ne peut devoir répondre des choix libres, volontaires et conscients des randonneurs qui choisissent de façon autonome de monter le long de certains versants et/ou de suivre des parcours en montagne.

Au paragraphe 3.6, nous avons vu en quoi consistent la théorie du risque et la liberté de s'autodéterminer et comme, en vertu du libre choix du randonneur, les responsabilités pénales de tierces personnes sont à exclure.

De plus, la directive dite « avalanches » (DPCM 12.8.2019 portant sur les orientations opérationnelles pour la gestion organisationnelle et fonctionnelle du système d'alerte national et régional et pour la planification de la protection civile territoriale dans le cadre du risque d'avalanches¹⁹⁹) fournit expressément la description de zones anthropisées et d'espaces skiables gérés, pour affirmer ensuite que le territoire ouvert consiste dans l'espace qui ne dépend pas des ceux-ci.

¹⁹⁸ **Freeride** : dans le ski alpin, le snowboard et le télémark, le terme « freeride » indique l'activité hors-piste pratiquée dans la neige fraîche, dans un but ludique et en quête d'un sens de liberté. Pour la remontée, les sportifs empruntent les remontées mécaniques et chaussent, parfois, des raquettes, des peaux de phoque ou bien ils prennent l'hélicoptère.

Ski alpinisme : une discipline de ski/d'alpinisme, qui se pratique en montagne pendant les périodes d'enneigement, typiquement en-dehors des installations et des pistes équipées, c'est-à-dire sur des pentes « hors-piste », en utilisant des skis appropriés et des peaux de phoque, qui permettent d'avancer aussi bien en montée qu'en descente, comme activité en soi ou pour s'approcher, pendant la saison hivernale, de parcours d'alpinisme pur.

¹⁹⁹ In GU, série générale, n° 231 du 2.10.2019.

Le territoire ouvert « *n'est soumis ni à une vigilance ni à une gestion dans des buts de prévention propres de la Commission locale des avalanches ou d'un sujet technique analogue consultatif de la commune.*

Le territoire ouvert est ainsi parcouru par l'utilisateur exclusivement à ses risques et périls ».

En outre, la directive affirme que les mesures de prévention appliquées dans les territoires ouverts sont uniquement constituées par une activité d'information sur les conditions de danger d'avalanches, avec les Bulletins neige et avalanches destinés à ceux qui fréquentent la montagne en hiver.

Ainsi, il ne semblerait pas possible de déterminer des profils de responsabilité pénale quand l'activité est effectuée en territoire ouvert.

Ce n'est pas le cas.

Tout d'abord parce que la jurisprudence indiquée ci-dessus n'est assurément pas consolidée, comme il est possible de le déduire (par exemple) du fait que, dans les deux cas cités au paragraphe 3.6 concernant ce que l'on nomme l'auto-responsabilité, des jugements de condamnation ont été émis aussi bien au premier qu'au second degré et que ce n'est qu'ensuite que l'absolution est arrivée.

De plus, le propriétaire de terrains où il y a des « dangers ou des pièges », c'est-à-dire des dangers que le randonneur ne perçoit pas immédiatement, doit être conscient de la nécessité de les mettre en sécurité ou, du moins, de fournir des informations appropriées.

Enfin, au lieu de leur propre instinct ou de parcours dictés par leur expérience, les randonneurs suivent souvent des sentiers tracés par d'autres, se servant d'instruments placés par d'autres, le long d'itinéraires mis en ligne sur internet par d'autres et consultant des sites internet gérés par d'autres (souvent aussi par des organismes publics).

Alors, puisque la source de l'obligation d'empêcher l'événement (et donc la position de garantie) découle aussi des activités précédentes et puisque ceux qui affrontent un tracé difficile font confiance à l'organisme ou au sujet qui a étudié le parcours, prévoyant également les mesures nécessaires pour surmonter certains points dangereux, sur la base des éléments examinés ci-dessus, une responsabilité pénale pourrait être attribuée au sujet qui a prévu un segment de ces activités.

En effet, nous avons eu l'occasion de souligner qu'il peut y avoir une responsabilité aussi de qui :

- expose un autre sujet au danger sans l'informer correctement sur les circonstances de risque particulières (paragraphe 3.6) ;
- prend effectivement en charge le bien juridique d'autrui, devenant ainsi garant en voie de fait (paragraphe 4).

Il s'agit de deux profils distincts mais concernant le même problème : l'utilisateur de la montagne qui affronte un tracé et subit un dommage pourrait se plaindre d'une information erronée qui lui a été fournie et/ou des défauts du matériel présent sur place, nécessairement utilisé pour l'ascension.

Par ailleurs, plus grande est la fiabilité abstraite du garant de fait ou de la source d'information, plus grande sera aussi la confiance que l'utilisateur aura au sujet de l'information reçue.

Si une pièce de la « ferrata » cède pendant que je la parcours ou si le pont de cordes est interrompu au bout d'une montée difficile ou encore si le tracé que j'ai trouvé sur le site institutionnel me conduit directement dans un profond ravin, je

pourrai certainement intenté une cause civile à qui a mis en place les itinéraires susdits, les a publicisés mais ne les a ensuite pas entretenus ou n'a pas correctement informé le public sur les dangers existants.

Il pourrait ne pas s'agir seulement d'une citation en jugement, toutefois.

Il pourrait y avoir aussi une dénonciation-plainte, pour les lésions ou pour la mort que ces omissions ont causées.

Il faut cependant dire que les parcours en examen (surtout les parcours « EEA », c'est-à-dire pour randonneurs experts équipés, et les parcours d'alpinisme) présentent des difficultés intrinsèques et des risques inhérents à une activité pouvant être définie « dangereuse ».

Le randonneur qui affronte une « ferrata » ou une ascension avec cordes, crampons, piolets en haute montagne doit nécessairement affronter des risques et doit (forcément) être conscient de l'activité qu'il va effectuer. Il s'agit de la base de l'« auto-responsabilité » en montagne.

Il est alors possible d'envisager une responsabilité uniquement liée à de graves négligences ou manques de compétence dans l'aménagement des tracés et dans l'ouverture des voies, dans leur entretien et/ou dans les informations fournies aux utilisateurs de la montagne.

Les mêmes évaluations peuvent être effectuées pour le traçage des sentiers, pour les indications de distance et/ou de temps de parcours et, encore, pour la réalisation de parcours de compétition.

À ce propos, la loi de la province de Trente n° 8 du 15.3.1993 représente un bon exemple ; le 2^{ème} alinéa de l'art. 8 contient la liste des structures d'alpinisme provinciales et l'inscription des tracés alpins, avec l'indication des sujets chargés de leur contrôle et de leur l'entretien.

Cette loi précise bien que l'inscription et l'activité de contrôle et d'entretien de ces tracés n'exclut pas les risques liés à la fréquentation de la montagne.

En substance, il s'agit de la même subdivision que celle du paragraphe 3.2, entre les dangers « typiques » (ceux que le randonneur s'attend à trouver, inhérents à la typologie de parcours qu'il a décidé d'affronter) et les dangers « atypiques » (étrangers à la sphère de risque acceptée par le randonneur).

Tout cela devient plus clair avec un exemple : une échelle placée sur un glacier par des guides de montagne permet le passage sur des parties particulièrement difficiles de la pente. Les premiers et les principaux utilisateurs de l'échelle sont donc les clients des guides, vis-à-vis desquels les guides ont assurément une obligation de protection.

Quid iuris vis-à-vis des autres alpinistes ?

D'une part, l'on peut envisager que les utilisateurs de l'échelle ont la charge – en raison surtout du milieu naturel où l'objet est placé, caractérisé par des périodes très basses de vieillissement technique et matériel – de vérifier la fonctionnalité de l'équipement, car il est évident que ceux qui l'ont placé ne peuvent évaluer quotidiennement sa sécurité d'ensemble. Ainsi, la confiance que l'on peut avoir dans du matériel mis en place en haute montagne ne peut toujours être que très relative.

D'autre part, toutefois, il faut remarquer que l'utilisation prolongée d'un tracé ou d'un équipement particulier (de l'échelle à la cheville ou, encore, au câble le long des « via ferrata ») engendre certainement un état de confiance chez tous ceux qui s'en servent, surtout quand une publicité consistante est faite du parcours en montagne. Sous ce point de vue, celui qui se charge de créer une nouvelle voie

ou de l'entretenir ne peut ensuite oublier la confiance qui naît chez les utilisateurs quant à sa fonctionnalité durable.

La solution du problème est à rechercher, comme toujours, dans la conciliation entre l'auto-responsabilité de l'utilisateur de la montagne et l'obligation de diligence du professionnel, qui consiste surtout dans l'obligation d'entretien et d'information.

Alors que le randonneur ou l'alpiniste ont l'obligation de vérifier préalablement l'entretien des voies qu'ils choisissent et la fonctionnalité des équipements qui s'y trouvent, les guides de montagne ou les organismes-exploitants doivent fournir de façon appropriée les informations nécessaires sur l'utilisation correcte du matériel qu'ils ont mis en place, sur les voies qu'ils ont ouvertes et sur l'entretien qu'ils effectuent ou qu'ils assument même en voie de fait²⁰⁰.

En outre, le guide et les organismes doivent veiller à l'entretien constant du matériel, de façon à éviter les dangers créés par l'exposition à des agents atmosphériques particulièrement usants.

Quand, en revanche, la mise en place des équipements (par exemple, les équipement pour franchir un passage difficile, qui terminent avant l'arrivée dans des lieux sûrs ; des chevilles manquantes) ou le choix du matériel utilisé (par exemple, des chevilles de bois fichées dans la glace) sont non intentionnellement et gravement erronés, le professionnel ou l'organisme ne pourront se soustraire à la responsabilité pour faute en cas d'événements dommageables touchant les utilisateurs d'un tracé qu'ils ont ouvert ou qu'ils gèrent.

De même, la responsabilité de l'organisme exploitant est envisageable s'il n'intervient pas quand il est informé de la présence de points dangereux ou croulants le long de l'itinéraire ou de détériorations de leur état.

Par expérience personnelle, nous pouvons signaler les cas suivants :

- incendie de forêt qui touche aussi une « via ferrata », endommageant les structures présentes sur place (cela est arrivé à la « ferrata » de Caprie, dans le Val de Suse) ;
- cheville fichée dans la roche à un point particulièrement difficile d'une « via ferrata » qui se détache au énième passage d'un alpiniste, rendant tout le parcours difficile à parcourir, quand il est impossible de revenir sur ses pas (cela est arrivé à la « ferrata » du gouffre de Chianocco, après un pont de cordes et avant la dernière montée, à un point de la paroi où il est impossible de se doubler) ;
- planches croulantes qui rendent impraticable un pont tibétain situé tout en haut d'une « via ferrata » complexe et fatigante (mont Emilius).

Dans tous ces différents cas, nous avons personnellement constaté l'efficacité de l'administration publique et des sites internet qui sont promptement intervenus, non pas pour résoudre les problèmes (la solution n'est souvent ni rapide ni facile), mais plutôt pour fournir une information appropriée. Dans le premier cas, un arrêté de fermeture du parcours avait été placé au départ de la « via ferrata », avec l'explication des raisons de cette fermeture et la date ; dans le deuxième cas, dès que l'administration publique a appris l'événement (après notre signalement), l'accès a

²⁰⁰ Dans cette optique, les guides peuvent certainement placer des panneaux d'interdiction d'accès si l'entretien de l'échelle ou des équipements s'avère impossible ou difficile. Il est vrai qu'il ne revient pas aux guides de prendre des mesures qui sont de la compétence des maires, mais le panneau d'interdiction d'accès et l'avis de danger constituent un accomplissement des obligations d'information que nous avons citées.

été fermé ; dans le troisième cas, les sites internet spécialisés ont indiqué, dans la description du tracé, son impraticabilité (et nous ignorons des avis ont été affichés sur place, car nous n'avons pas effectué le parcours).

Ces comportements sont certainement appropriés par rapport aux événements survenus et une fermeture « physique » des accès n'est pas envisageable. Ce qui importe – comme nous avons essayé de motiver – c'est la connaissance que les randonneurs/alpinistes possèdent de l'état des lieux et de la présence de dangers, afin que chacun d'entre eux soit en mesure d'effectuer des choix conscients, même mauvais, ne pouvant retomber qu'exclusivement sur eux-mêmes.

5.1 Un cas de droit civil avec des principes également utiles dans le « territoire » pénal

Nous avons dit (cf. note 1, paragraphe 1) que les principes du droit civil (aussi bien dans sa substance que lors des procès) diffèrent de ceux du droit pénal sous de multiples aspects.

Cependant, le système juridique tient bien compte des principes généraux du droit dans son ensemble. Un point de contact absolument important entre les deux systèmes est, par exemple, la source de l'obligation de garantie aux termes de l'ex art. 40,2 du code pénal qui peut découler, nous l'avons dit, de normes de droit civil.

Sans vouloir pénétrer dans un domaine « riche de dangers et de pièges », toujours pour rester dans le thème qui nous occupe, il y a lieu de faire référence au jugement tout récent de la Cour d'appel de Trente, section civile n° 214/19 du 9.5.2019 dép. 16.9.2019, qui aboutit à des affirmations d'un intérêt certain, non seulement pour le droit pénal mais aussi – et plus spécifiquement – pour les questions concernant le « territoire ouvert », l'« auto-responsabilité » et le « devoir d'information ».

Le 6 mars 2016, un randonneur décide de se rendre au-dessus du col San Pellegrino, le long d'un sentier classé « E » (c'est-à-dire pour simples randonneurs) qui passe dans zone très connue des passionnés de la Grande guerre puisqu'il y a là de nombreuses traces du front (notamment les tranchées) ; l'organisme du parc Paneigeggio – Pale di San Martino gérant le lieu avait mis en place des panneaux génériques invitant les randonneurs à ne pas s'éloigner de sentiers. Sur place, il y avait une épaisseur de neige importante qui couvrait entièrement le sol, le rendant uniforme et dissimulant à la vue du randonneur une galerie d'aération (de six mètres de profondeur), située à une cinquantaine de mètres du sentier. Le randonneur s'éloigne du sentier, par ailleurs peu clairement signalé à cause de la présence de la neige, et tombe dans le trou, y restant avec des conséquences mortelles.

Les héritiers du randonneur ont cité en jugement le CAI (tout de suite mis hors de cause) et le parc, afin d'obtenir un dédommagement suite à l'événement cité ci-dessus.

Le jugement de premier degré et le jugement de deuxième degré repoussaient la requête, estimant que les présupposés de l'art. 2051 du code civil n'étaient pas remplis : l'étendue importante du bien domanial (c'est-à-dire du parc) excluait la possibilité d'exercer un pouvoir de fait sur la chose.

Par son jugement n° 1257 du 19.1.2018, la Cour de Cassation annulait cette décision en affirmant – après avoir indiqué nettement les différences probatoires et autres entre les articles 2043 et 2051 du code civil italien – que :

- la possibilité de gestion effective ne doit pas être évaluée en prenant en considération tout le bien domanial, mais uniquement les sentiers balisés (« *au sujet desquels il ne peut y avoir aucun doute, vu qu'ils ont une étendue relativement limitée et qu'ils sont destinés au parcours de la part des visiteurs dans des conditions de sécurité* ») et « **les espaces situés dans leurs abords immédiats où il y a des éléments intéressants pour les randonneurs, qu'il est raisonnable de présumer que ceux-ci veulent rejoindre au cours de la visite (du moins en l'absence de limitations expresses en ce sens, signalées d'une façon appropriée)** » ; les conditions de sécurité doivent donc être évaluées aussi bien pour les sentiers balisés que pour les espaces situés dans leurs abords immédiats, qui « *constituent la raison d'intérêt (touristique, naturel, historique ou autres) de la visite, du moins là où il y a un lien fonctionnel étroit entre le parcours signalé et les zones d'intérêt situées à proximité* » ;
- le cas fortuit, motif d'exclusion de la responsabilité aux termes de l'ex art. 2051 du code civil italien, se caractérise par l'imprévisibilité et par l'inévitabilité objectives, sans que la diligence du gardien ait aucune importance « *en précisant que, quand des modifications soudaines de la structure de la chose surviennent, elles deviennent, au fil du temps, de nouvelles conditions intrinsèques de la chose, dont le gardien doit répondre* » ;
- le comportement de la victime peut exclure la responsabilité du gardien : « *plus la situation dommageable peut être prévue et surmontée par la victime elle-même en prenant des précautions normales, plus le comportement imprudent de la victime a une importance dans la cause du dommage, jusqu'à rendre possible que ce comportement interrompe le lien de causalité entre le fait et l'événement dommageable* » ;
- la conduite de l'usager doit toutefois être évaluée compte tenu aussi « **de la confiance qu'il a d'ordinaire, en l'absence d'interdictions générales expresses bien diffusées ou de signalements spécifiques appropriés sur place**, dans la sécurité des sentiers de randonnée balisés et des espaces intéressants situés dans leurs abords immédiats et liés à ceux-ci par un lien fonctionnel étroit aux fins de la visite, selon ce qu'il est raisonnable d'attendre compte tenu de la nature des lieux. »

Voici que l'information nécessaire et appropriée apparaît à nouveau comme présumé indéfectible de l'auto-responsabilité.

Et voici que cette auto-responsabilité est un élément qui, dans certaines conditions, exclut même la responsabilité du gardien.

Devant décider suite au renvoi de la Cassation, la Cour d'appel de Trente a appliqué les principes de droit cités ci-dessus. Avec le jugement 214/19 que nous avons déjà cité, elle a précisé – pour ce qui nous intéresse – que :

- il y avait sur places des traces évidentes de la première guerre mondiale ;
- le randonneur avait été attiré par ces traces, par ces éléments fichés ou creusés dans le sol et la zone possédait donc certainement un lien fonctionnel étroit avec le sentier ;
- par ailleurs, il n'y avait sur place que des panneaux indiquant la direction (de toute évidence pour l'été) sans déterminer ni fournir d'éléments lisibles pour remonter au tracé du sentier ;
- les panneaux ne contenaient que des avertissements généraux, mais aucun signalement, même général, de la présence de vestiges de la grande guerre

et des dangers possibles qu'ils pouvaient représenter ; aucun avertissement signalant la présence d'ouvrages ou de trous n'avait été mis en place ;

- « *la position particulière du sentier...imposait les interventions nécessaires d'entretien, pendant la saison hivernale, pour rendre le tracé du sentier visible, pour signaler l'espace où il y avait des traces de la guerre dans les abords immédiats...et pour le mettre en sécurité* » ;
- ces tâches étaient exigibles parce qu'elles ne concernent pas tout le parc, mais uniquement la zone que les randonneurs sont induits à parcourir justement en raison de l'intérêt historique susdit ; il y avait donc une obligation de gestion : « *la position, telle qu'elle a été décrite, rendait hautement probable qu'il y ait des randonneurs sur les lieux, dépourvus de tout risque visible* » ;
- il aurait été nécessaire de prévoir des ouvrages pour éviter les chutes ou, du moins, de mettre en place « *des signalements appropriés de danger, une interdiction spécifique de s'éloigner des sentiers, dont le tracé aurait dû être visible même en hiver ou, autrement, il aurait fallu les interdire en cette saison* ».

Comme on peut aisément comprendre de la lecture des jugements, il s'agit exactement des mêmes principes que ceux que nous avons déjà examinés :

- 1) état des lieux qui rend hautement probable un événement dommageable ;
- 2) devoir de mise en sécurité ou, du moins, d'information appropriée.

6. Les arrêtés

Nous avons pu observer que, dans le « territoire ouvert », chacun peut se comporter comme il veut, à condition de ne pas mettre en danger d'autres sujets ou des zones anthropisées. La directive avalanches du 12.8.2019, que nous avons citée à plusieurs reprises, établit que, par les termes « territoire ouvert » l'on entend « *tout ce qui ne fait pas partie des espaces anthropisés... et des espaces skiables gérés... ce qui n'est pas soumis aux tâches de vigilance et de gestion* » ; ainsi, le territoire ouvert « *peut être parcouru par l'utilisateur exclusivement à ses risques et périls* ».

Par conséquent, naturellement, la commune ne répond pas des risques pris par l'exploitant ou par l'entreprise, qui ont – quoi qu'il en soit – l'obligation d'établir ce que l'on appelle un « plan avalanche ».

Par contre, la commune doit (avec la « commission locale des avalanches ») intervenir d'urgence dans les situations de danger immédiat pour la sécurité publique, causé par de potentielles avalanches.

Cette obligation est, en réalité, généralisée, puisque c'est la municipalité – ou mieux le maire – qui doit protéger la sécurité publique des citoyens qui se trouvent sur son territoire.

Si le Maire est informé du fait qu'une portion du territoire communal habituellement fréquentée par des sportifs :

- est dangereuse en soi ;
- tout en n'étant pas dangereuse en soi, le devient suite à l'utilisation que certains sportifs en font ;
- est dangereuse pour ceux qui la fréquentent ou – en général – pour la sécurité publique en raison d'événements atmosphériques (ou autres) particuliers et exceptionnels ;

il a alors le DEVOIR de prendre des mesures, c'est-à-dire de la mettre en sécurité ou bien, si cela s'avère impossible, d'en interdire l'accès.

Ce réseau complexe de principes – schématisé ici au maximum – découle de nombreux jugements de la Cour suprême qui ont abouti à la condamnation du maire de certaines communes après la vérification d'événements naturels (éboulements, crues de torrents).

La Cassation a notamment condamné le maire dans le cas de l'éboulement de Cala Rossano (Ventotene), dans le cas des coulées de boue à Sarno (Cassation, Section IV, n° 16761 du 12.3.2010), dans le cas de l'inondation de Gênes (Cassation 22214/19 du 12.4.2019) et même dans le cas du tremblement de terre de l'Aquila (Cassation 12478/16).

Il s'agit de jugements très importants pour le cas qui nous occupe et qui devraient être connus par chaque administrateur public ayant des fonctions de décision.

Les principes généraux sont les suivants :

- les administrateurs ont des devoirs d'information envers les citoyens et ils doivent communiquer clairement les dangers, sans paternalismes et sans dissimuler la gravité de la situation s'il y a lieu ;
- le maire est l'autorité chargée de la protection civile et il doit juger le caractère prévisible des événements en se basant non pas sur ce qui est arrivé par le passé, mais sur ce qui peut arriver à l'avenir, en tenant compte d'événements dommageables possibles, supplémentaires et plus graves ; une plus grande prudence est nécessaire pour affronter les risques liés à un phénomène naturel qui s'est déjà vérifié et dont on ne connaît pas les causes, les possibilités d'évolution ni les effets ;
- une mesure nécessaire et urgente (aux termes de l'ex article 54,4 du D.Lgs 267/00 et de l'article 15,3 de la loi 225/1992) doit être prise quand il y a la nécessité de neutraliser une situation de danger pour l'intérêt public qui s'avère exceptionnelle, imminente et impossible à renvoyer, à laquelle l'on en peut faire face avec les moyens ordinaires prévus par le système juridique. Une mesure nécessaire et urgente ne peut être prise s'il est possible de faire face à la situation avec les moyens ordinaires à disposition. De plus, aux termes de l'ex art. 147 du dpr 554/99, le responsable de la procédure et le technicien qui arrivent sur place les premiers peuvent adopter les interventions urgentes pour éliminer l'état préjudiciable à la sécurité publique. Pour mettre en œuvre l'art. 107 du TUEL (texte unique des collectivités locales) il faut définir la responsabilité politique et la responsabilité technique. La première n'a que des pouvoirs d'orientation et de contrôle, alors que les directeurs des différents secteurs adoptent les différents actes administratifs, comme ceux qui concernent la protection civile, dont un dirigeant est chargé par le maire (cf. Cassation 33857 du 7.5.2014).

Il est certain qu'une mesure nécessaire et urgente ne peut pas être utilisée au préalable en voie générale ; pour adopter ce genre de mesure, il faut qu'il y ait les présupposés indiqués par la loi. Cela dépend donc des différents cas et de leur évolution.

À ce sujet, nous avons une remarque rapide à faire à la « directive avalanches » (DPCM 12.8.2019), déjà citées à plusieurs reprises.

Cet arrêté ministériel semblerait établir que « *les mesures des syndics qui interdisent ou limitent les activités et les accès vers des zones potentiellement dangereuses ne sont pas entièrement légitimes si ces prescriptions ne sont ni contrôlables ni gérables.* »

Aux termes de la décision du Conseil d'État n° 2109 du 8 mai 2000, les mesures nécessaires et urgentes inconsistantes et dont l'évidence n'est pas univoque et importante (spécifiques pour la zone qui fait l'objet de la mesure) sont illégitimes. Ces caractéristiques doivent être prouvées par une évaluation attentive de la part de techniciens expérimentés, avec vérifications d'instruction appropriées visant à démontrer l'existence effective des conditions pour adopter ce type de mesure (voir aussi Tribunal administratif régional de Campanie – Naples section V, jugement n° 4992 du 11 mai 2007 ; Tribunal administratif régional du Latium, jugement n° 11914 du 28 novembre 2007 ; Conseil d'État, Section V, jugement n° 4767 du 28 juin 2004).

Par vérifications d'instruction appropriées, l'on entend une analyse sur les lieux, portant sur les conditions d'instabilité réelles du manteau neigeux, non pas une évaluation basée sur le Bulletin Neige et Avalanches ».

Le but de cette décision est clair : décourager la prise de mesures qui – en voie généralisée et sans instruction administrative appropriée – empêchent l'accès à certaines zones dangereuses.

Si la directive visait simplement à affirmer les principes dictés par les jugements du Juge Administratif cités plus haut, il n'y aurait aucune objection à faire.

Cela serait bien différent, en revanche, si le but était de limiter d'une quelconque façon l'œuvre des administrateurs publics qui – nous le répétons – prennent aussi des responsabilités pénales en raison des choix qu'ils effectuent dans ce domaine délicat.

7. Conclusions

Après le parcours que nous avons suivi, nous pouvons essayer de tirer quelques conclusions.

Sur les **tracés « officiels »**, il est désormais clair que l'exploitant ne répond pas des dangers typiques au point de vue du droit pénal : il ne répond que des dangers atypiques qu'il connaît ou qu'il pourrait connaître et qui n'ont pas été éliminés par sa faute.

Les avalanches, par exemple, sont des événements tout à fait prévisibles en milieu montagnard et le risque d'une avalanche sur les pistes ne peut jamais être toléré.

L'exploitant répond ensuite de ce qui arrive **hors des pistes** uniquement dans des cas bien délimités et caractérisés, en substance, par le fait que les événements dommageables peuvent être prévus et évités. Il s'agit donc des accidents qui surviennent sur ce que l'on appelle les pistes de fait ou bien là où la sortie de piste est prévisible, compte tenu de la conformation naturelle des lieux.

Les organismes **ou les autres professionnels** de la montagne peuvent devoir répondre d'éventuels accidents si leur comportement implique une prise en charge effective du bien juridique à protéger ou bien si des informations non intentionnellement (et nous ajouterions : gravement) erronées sont fournies, mettant en danger l'intégrité physique des usagers. Ils répondent aussi des événements dommageables qui surviennent sur les tracés qu'ils ont créés ou qu'ils gèrent, s'ils sont conscients des dangers (génériques ou qui se présentent) et s'ils n'agissent pas pour les éliminer ou, du moins, pour en informer les usagers d'une façon appropriée et complète.

Si l'on considère la question d'un autre point de vue :

- pour les **freeriders** qui empruntent les remontées : l'exploitant doit indiquer d'une façon claire, complète et exhaustive quels sont les dangers, pour que l'usager en soit conscient et, par conséquent, pour qu'il soit également conscient de son auto-exposition au risque. Puisque les remontées sont utilisées, la tutelle du skieur inexpérimenté fait partie des termes du contrat : l'exploitant doit démontrer que l'information qu'il a fournie permettait au client d'effectuer des choix volontaires et conscients ;
- pour le ski **alpinisme**, aucun exploitant ne devra répondre, puisque la pratique – de par sa nature – se déroule dans des lieux non anthropisés ou bien en-dehors de tout espace aménagé. De plus, la loi 363/03 et les lois régionales interdisent expressément aux skieurs d'alpinisme la remontée sur les pistes aménagées. Des problèmes peuvent se poser, en revanche, pour les administrateurs publics, puisque l'activité ludique se déroule sur le territoire communal. Il s'agit également de questions communes aux « via ferrata » ou au « canyoning » ou encore au « down hill ».

À ce sujet, nous pouvons essayer de fournir des réponses qui peuvent être, toutefois, absolument discutables.

D'après nous :

- ce qui n'est pas interdit doit être considéré comme pouvant être pratiqué librement ;
- celui qui effectue une activité dans un milieu naturel « libre » et dangereux par nature ne peut ensuite pas se plaindre de ses propres choix, en cherchant à tout prix un dédommagement (financier ou autre) ;
- les exploitants, les organismes publics ou les professionnels de la montagne qui sont interrogés ont le devoir de fournir des réponses appropriées, complètes et faisant en sorte que le sportif soit mesure de connaître les dangers des lieux où il a l'intention de pratiquer son activité ;
- la limite de la liberté de chacun est constituées par celles des autres ; si l'activité sportive a une incidence, même seulement potentiellement, sur la sécurité individuelle d'autrui ou sur la sécurité publique, on ne peut plus parler d'auto-responsabilité ni de liberté ;
- dans ces cas, les autorités publiques ont le pouvoir/devoir d'intervenir, en prenant des mesures pour fermer les lieux dangereux, par leur nature ou compte tenu des circonstances.

Le vrai point important, l'aboutissement de tout le parcours est – comme nous avons cherché à le souligner plusieurs fois – **l'information** : pour ne pas être en faute, l'administrateur public, l'exploitant d'un site internet spécialisé en montagne (pour randonnées d'été ou d'hiver), le professionnel de la montagne doit fournir des données précises, mises à jour et claires, qui placent l'usager, le skieur, l'alpiniste, le sportif dans la condition d'effectuer des choix conscients.

Voici, enfin, quelques idées que nous pouvons suggérer, compte tenu des problèmes juridiques, sociaux et culturels que nous avons essayés de cerner :

- informer de façon capillaire les usagers, non seulement par le bulletin des avalanches mais par des index de dangerosité ponctuels, mis à jour heure par heure, spécifiques par zones homogènes et contenant des messages clairs même pour les sportifs inexpérimentés (le tout avec des moyens attrayants pour le public le plus jeune, le plus inexpert, mais en même temps le plus audacieux) ;

- introduire dans la législation régionale (ou aussi de secteur) un code d'auto-discipline ou de comportement pour les nouvelles disciplines alpines, très répandues ;
- gérer le nouveau : ce n'est pas la prolifération des interdictions qui empêchera l'utilisation des versants ; au contraire, ce n'est qu'en s'adaptant aux nouveautés que l'on pourra conduire les sportifs les plus récalcitrants à bon port, pour leur plus grande sécurité. Avec la conscience des risques juridiques inhérents à l'opération, il serait possible de créer des parcours signalés, réglementés et décrits concrètement, avec une information au public la plus complète et la plus mise à jour possible, de façon à stimuler la pratique consciente et respectueuse de l'activité sportive en montagne.

Dans le droit pénal, la faute n'est pas un concept mobile. C'est un concept qui suit des règles précises, pas l'opinion de celui qui est impliqué dans les événements qui le concernent.

Les randonneurs peuvent être mis sous enquête pour délit d'avalanche ; pas tant à cause de leur présence sur les lieux, mais plutôt en raison de la fréquentation évidente de l'itinéraire, publicisé et divulgué entre autres sur internet par des sites institutionnels ; l'absence d'autres randonneurs ne devrait pas éliminer la qualification de lieu anthropisé et, par conséquent, l'existence du délit cité à l'article 449 du code pénal.

Par contre, d'autres délits ne paraissent pas envisageables, ni pour ce qui est des randonneurs ni pour ce qui est d'autres sujets qui ne sont pas impliqués dans la randonnée.

Il est vrai que la typologie d'information fournie aux skieurs et sur laquelle ils se sont basés pour choisir leur parcours n'est pas indiquée, mais dans un cas semblable (le détachement spontané d'une avalanche en « territoire libre »), une responsabilité de tiers n'est envisageable que si ces derniers ont fourni des informations gravement erronées ou caractérisées par des négligences ou par des maladroites très évidentes.

ÉTUDE JURIDIQUE COMPARÉE
ITALIE - SUISSE
PROJET SKIALP@GSB

MICHELE GIUSO
*avocat en Gêne**

SUISSE - PARTIE GÉNÉRALE

* Gênes, le 28.7.2020.

Introduction

Au cœur de l'Europe, la Confédération Helvétique peut se considérer de bon droit l'État alpin par excellence, car on y trouve les sommets les plus hauts du continent : quarante-huit 4000 mètres !

Ce n'est ainsi pas un hasard si le ski comme sport d'hiver est né justement en Suisse : en 1846, un hôtelier de Saint-Moritz fit la publicité des beautés et du potentiel de l'Engadine à quelques amis/clients anglais. Le tourisme hivernal était né !

Pour les Suisses, la montagne constitue une richesse et une ressource d'une importance fondamentale, au point de vue de l'économie et du monde de l'emploi.

Comme les autres nations de l'arc alpin, la Suisse propose aujourd'hui une offre toujours plus diversifiée dans le cadre des sports « de neige », avec de nombreuses activités possibles afin de satisfaire une demande toujours plus pressante et exigeante. La recherche d'émotions fortes et de sensations toujours nouvelles et toujours plus « challenging » a impliqué un éloignement progressif des pistes traditionnelles, en quête de satisfactions au-delà des domaines skiables délimités.

Le « système » Suisse

La réglementation de cette matière particulière tient nécessairement compte de la structure fédérale du Pays, dont les 26 Cantons disposent d'un pouvoir législatif et réglementaire autonome.

Pour ce qui est du ski sous toutes ses formes, il faut souligner qu'en Suisse la matière est principalement réglementée par un ensemble articulé de directives, de suggestions et de bonnes pratiques dictées par de nombreux organismes et par des associations de catégorie.

Simple à titre d'exemple, nous pouvons citer les suivants :

- 1) La SKUS – c'est-à-dire la commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige

Créée en 1960 et fondation d'utilité publique depuis 1989, la SKUS a le but de prévenir les accidents sur les « descentes pour sports de neige », sur les pistes de ski de fond et sur les pistes de ski de randonnée.

Depuis désormais plusieurs décennies, le Tribunal Fédéral a reconnu que les normes et les directives de la SKUS constituent la référence fondamentale pour l'évaluation des comportements et pour l'indication de paramètres de sécurité, à savoir :

- Pour la réalisation et l'entretien des descentes pour sports sur la neige ;
- Pour le comportement des skieurs et des snowboarders.

- 2) La « Commission pour les questions juridiques relatives aux infrastructures pour sports de neige », œuvrant au sein des remontées mécaniques suisses et dont les directives, réélaborées en 2019, constituent également une référence constante pour les ouvrages spécialisés et pour les tribunaux.

En ce qui concerne le hors-piste, le ski d'alpinisme et la randonnée hivernale, les deux commissions proposent les principes suivants :

« Les usagers évoluent à leurs propres risques et périls sur le terrain en dehors des infrastructures pour sports de neige aménagées selon les présentes directives. » (2. Directive SKUS)

Le terrain situé en dehors des infrastructures pour sports de neige (y compris les *snowparks*, *slowslopes*, *kidsparks*) est le domaine non contrôlé pour sports de neige (forme brève : domaine non contrôlé) qui n'est ni balisé, ni sécurisé contre les dangers alpins. Cela vaut particulièrement pour les « pistes » sauvages et les variantes, non sécurisées.

« Sur le terrain en dehors des infrastructures pour sports de neige aménagées selon les présentes directives, les usagers évoluent à leurs propres risques et périls. » (3. Directive FUS sur les infrastructures pour sports de neige édition 2019).

« L'obligation de garantir la sécurité de la circulation ne s'étend pas à l'espace non contrôlé. » (directive 44.b FUS)

Comme nous l'avons dit, en Italie la discipline de la matière dépend essentiellement de sources normatives primaires, à l'échelon aussi bien national que régional ; en Suisse, par contre, il a été préféré de mettre en valeur et d'indiquer comme paramètre de référence les suggestions et les directives élaborées par ceux que l'on peut considérer, de bon droit, des « acteurs de terrain ».

Dans cette optique, la jurisprudence fait constamment référence aux « bonnes pratiques » des organismes qui possèdent une expérience spécifique de plusieurs décennies dans ce secteur.

En Suisse aussi, au-delà et à côté des « chiffres importants » du ski alpin traditionnel, les personnes qui optent pour la randonnée hivernale, le ski-alpinisme, le hors-piste ou autres sports comparables augmentent constamment ; toutes ces activités ont en commun, justement, le milieu où elles se déroulent.

Il convient ainsi de commencer par se poser la question suivante : ces activités se déroulent-elles ou pas dans un « vacuum juridique », c'est-à-dire dans un espace dépourvu de règles et de responsabilités, uniquement car ladite activité se déroule, justement, « au-delà » des zones délimitées et contrôlées ?

Le problème ne concerne pas tant et pas uniquement celui qui affronte ces espaces sciemment et individuellement, à savoir sans guide ni accompagnateur qualifié.

Dans les zones « non protégées ou non délimitées » c'est le concept d'auto-responsabilité (« *Eigenverantwortung* », en allemand), si cher aux juristes helvétiques, qui dicte la discipline exclusive d'un accident hypothétique ou de toute autre mésaventure dont serait victime le randonneur ou le skieur d'alpinisme.

Tout au plus, si la victime a affronté inconsciemment des zones non délimitées ou hors-piste, car elle est arrivée là « par hasard » à partir d'espaces soumis au contrôle des gestionnaires des pistes, il peut y avoir une responsabilité du personnel préposé pour ne pas avoir suffisamment conjuré cette éventualité de « sortie inconsciente » de l'espace aménagé.

Un autre thème est constitué par la responsabilité du skieur de randonnée ou d'alpinisme qui procure des dommages à des tiers.

Que l'on pense au cas d'école du détachement d'une avalanche provoquée par le skieur d'alpinisme et aux dommages que cela peut occasionner à des tierces personnes et/ou à des biens dans des espaces délimités.

Quelques données statistiques

Il est bien d'introduire ce court rapport par quelques données statistiques tirées des comptes-rendus périodiques de l'Institut pour l'étude de la neige et des avalanches de Davos et du BPA-Bureau de Prévention des Accidents.

Jusqu'à la fin du mois de mars 2020, dans l'ensemble, 112 avalanches ayant causé des dommages à des personnes et des dégâts matériels ont été signalées à l'Institut pour l'étude de la neige et des avalanches, dont 89 provoquées par des personnes. Au total, 128 personnes ont été touchées.

Ce chiffre est inférieur d'environ un tiers par rapport à la moyenne des 20 dernières années, s'élevant à 158 avalanches ayant causé des dommages et à 175 touchées au cours de la même période.

Au cours de l'hiver 2019/20 et jusqu'au 31.3.2020, cinq personnes ont perdu la vie à cause des avalanches.

Il s'agit du chiffre le plus bas depuis l'hiver 1959/60 et il est largement inférieur à la moyenne pluriannuelle, qui est de 18 victimes environ (fin mars).

Les victimes de l'hiver 2019/2020 sont constituées de passionnés de sports d'hiver qui pratiquaient des activités hors-piste : trois personnes faisaient une randonnée et deux descendaient en hors-piste.

Trois accidents se sont vérifiés en décembre 2019 et ont causé chacun une victime, alors que lors d'un autre accident, en février 2020, deux personnes ont perdu la vie.

L'accident mortel avec deux victimes s'est vérifié avec un degré de danger 2 (modéré), les autres avec un degré de danger 3 (marqué).

Si les données de l'hiver 2019/2020 s'avèrent plutôt « rassurantes », il n'en va pas de même pour les hivers précédents.

En 2018/2019, comme l'année précédente, il y a eu une augmentation sensible d'avalanches ayant causé des dommages à des personnes et des dégâts matériels : 384 (la moyenne de ces vingt dernières années était de 214).

De ces 384 avalanches, 138 ont concerné des personnes et 246 ont occasionné des dommages à des biens, à des routes, à des installations et à d'autres voies de communication.

Dans l'ensemble, les 138 avalanches ont touché 219 personnes.

Au cours de ces vingt dernières années, plus de 90% de tous les accidents causés par des avalanches se sont vérifiés lors de randonnées ou hors-piste.

Dans la moyenne pluriannuelle, la plupart des accidents mortels se sont vérifiés avec un degré de danger « 3-marqué ».

Ski-alpinisme – randonnée d'hiver, une activité téméraire ?

En Suisse, dans le cadre des assurances et, notamment, de ce que l'on appelle les assurances sociales, la violation grave de normes de prudence et de sécurité en pratiquant du hors-piste/ski-alpinisme implique une réduction de 50% des prestations en argent de la part de l'assureur en faveur de l'assuré-blessé.

À la base de cette « injustice d'assurance » apparente, il y a la nécessité de concilier les exigences de la communauté d'utiliser de façon prudente et avisée des ressources financières versées par tous les citoyens avec les exigences de particuliers qui souhaitent pratiquer des activités ludiques et sportives considérées « risquées ».

Ladite réduction concerne principalement les prestations de l'assureur social : se substituant à l'employeur il doit, d'après la loi, verser à l'assuré-blessé la rétribution qui est due à ce dernier lorsqu'il ne travaille pas suite à l'accident.

Cette réduction de la prestation d'assurance est expressément prévue par la Loi, notamment par l'art. 50 de l'OAINF (Ordonnance sur l'Assurance contre les accidents), qui fournit en même temps la définition normative d'« acte téméraire ».

Ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA)

« En cas d'accidents non professionnels dus à une entreprise téméraire, les prestations en espèces sont réduites de moitié ; elles sont refusées dans les cas particulièrement graves.

Les entreprises téméraires sont celles par lesquelles l'assuré s'expose à un danger particulièrement grave sans prendre de mesures destinées à ramener celui-ci à des proportions raisonnables ou sans pouvoir prendre de telles mesures. Toutefois, le sauvetage d'une personne est couvert par l'assurance même s'il peut être considéré comme une entreprise téméraire. »

En ce qui concerne les sports impliquant un risque ou un danger, les ouvrages spécialisés et les tribunaux établissent une distinction entre :

Actes téméraires absolus

On parle d'acte téméraire absolu quand une action dangereuse ne semble pas digne de protection ou quand l'action implique un danger tellement élevé pour la vie et l'intégrité de la personne que le risque ne peut être ramené à des proportions raisonnables, même quand les circonstances s'avèrent favorables.

Actes téméraires relatifs

On parle d'acte téméraire relatif quand la personne assurée n'a pas réduit d'une manière acceptable – bien qu'en ayant la possibilité – une activité en soi digne de protection, mais objectivement risquée et dangereuse (par exemple, les sports d'hiver en dehors des pistes délimitées).

La raison de la réduction des prestations d'assurance est ainsi liée à ce que l'on appelle les « actes téméraires relatifs » ; elle ne réside donc pas dans la particularité ou dans le type de sport, mais bien dans le non-respect, de la part du sportif, des règles de prudence et de sécurité qu'il est tenu à observer dans la pratique de la discipline sportive.

Ski-alpinisme et ski de randonnée transfrontaliers : quel droit ?

Ces dernières années, l'offre touristique dans le cadre du ski-alpinisme et du ski de randonnée a sensiblement augmenté pour ce qui est des « itinéraires transfrontaliers » dans la double acception de :

- parcours qui commencent et terminent dans des pays frontaliers différents ;
- itinéraires de randonnées nationaux proposés à une clientèle essentiellement étrangère.

Dans les deux hypothèses, la question du droit à appliquer se pose en cas de différends et de controverses juridiques, caractérisés par des éléments « étrangers », aussi bien pour les sujets impliqués (qui peuvent avoir une nationalité et un

lieu de résidence différents) que pour le pays étranger où se sont déroulés les faits.

Par exemple, quel droit appliquera un Tribunal italien devant se prononcer sur la responsabilité découlant d'une randonnée à ski effectuée en Suisse ?

E quelles normes pourra invoquer un groupe de ski-alpinistes suisses qui s'en est remis à l'accompagnement et à l'organisation d'un guide italien ?

Les implications découlant du droit national que l'on peut appliquer tour à tour peuvent être importantes.

Il suffit de penser à l'hypothèse courante d'un accident lors d'une randonnée de ski-alpinisme en Suisse ayant occasionné à un Italien des lésions imputables à un sujet précis.

L'application du droit suisse ou du droit italien a une influence décisive pour ce qui est de l'indemnisation des lésions subies.

En effet, si c'est le droit italien qui peut être invoqué, ce que l'on appelle un « dommage biologique » pourra être reconnu et un dédommagement (généreux) pourra être versé ; par contre, si l'on applique le droit suisse, un dédommagement de ce type serait exclu ou son montant serait nettement inférieur.

Il en va de même pour les accidents mortels : le droit italien prévoit le dédommagement de la « perte de la relation de parenté », inconnue dans les États voisins, du moins dans l'acception et avec l'extension en vigueur en Italie.

Dans le cadre de la responsabilité civile, la matière est disciplinée, à l'échelon européen, par le Règlement 864/2007 du 11.7.2007, également appelé « Rome II ».

Sur la base de l'art. 4 dudit Règlement :

- Le droit appliqué est celui du Pays où le dommage s'est vérifié ;
- Si le présumé responsable et la victime résident dans le même État, c'est le droit de cet État qui est appliqué.

Par ailleurs, « pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité. » (art. 17)

Les Tribunaux des États membres de l'Union européenne appliquent aussi les normes de ce Règlement dans leurs rapports avec les autres pays.

Si la pratique du ski-alpinisme/ski de randonnée en milieu transfrontalier se déroule dans le contexte d'un véritable rapport contractuel instauré avec un sujet « guide » (au sens large), il y a une responsabilité aussi bien extracontractuelle que contractuelle.

Pour ce qui est des aspects contractuels, l'on applique le Règlement UE 593/2008 dit « Rome I », dont l'art. 3 établit que le contrat est discipliné par la Loi choisie par les parties.

Le rapport contractuel qui s'instaure entre le client skieur-alpiniste et le professionnel de la montagne (guide de montagne, moniteur de ski, accompagnateur) s'inscrit dans le cadre des contrats qui ont pour objet, de manière générale, une « prestation de services ».

En l'absence d'un choix commun des parties, l'art. 4 du Règlement établit que : « Le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. »

Si le comportement / événement assume une connotation importante sur le plan pénal, c'est la loi du lieu où le délit s'est déroulé qui sera appliquée et c'est là que se tiendra le procès (*lex loci commissi delicti*).

Le concept d'auto-responsabilité

Dans la Confédération Helvétique, le concept d'« auto-responsabilité » (en allemand « *Eigenverantwortung* ») a son origine et sa base normative dans la Constitution Fédérale elle-même, car l'art. 10 y prévoit textuellement que « Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement ».

Le point de départ pour aborder le thème de la responsabilité dans le droit helvétique est le concept de dérivation romane « *damnum sentit dominus* » : c'est la victime qui est la responsable du dommage et des conséquences que ce dernier a pour lui.

Toute dérogation à ce principe requiert un examen attentif pour vérifier si et dans quelle mesure la dérogation est justifiable.

D'après le Tribunal administratif Fédéral de Berne, en substance, chaque individu est responsable de sa propre sécurité et de sa propre protection, ainsi que de la sécurité et de la protection de ses biens. Le propriétaire du bien et/ou le titulaire du droit est tenu à prendre les initiatives et les mesures les plus adaptées pour conjurer la vérification de dommages qui peuvent le toucher.

En cas de non-respect de ces mesures préventives, c'est le principe exprimé ci-dessus qui prime : le blessé est responsable des conséquences dommageables.

Dans ce contexte, toujours d'après les plus hautes instances de justice administrative helvétique, il ne serait pas possible d'invoquer une responsabilité de l'État.

Cela est valable, notamment, pour les dommages liés à la « Nature » et à ses risques intrinsèques.

D'après cette orientation, si ce n'est pas lui qui a créé la source du danger, l'État ne serait pas tenu à œuvrer pour lutter contre ces « menaces ».

Dans la matière qui nous occupe, le skieur-alpiniste et/ou le randonneur hivernal entreprend sa randonnée à ses risques et périls, sauf si ladite randonnée est effectuée dans le cadre d'un rapport professionnel / contractuel par lequel le sportif « s'en remet » à la compétence et à l'expérience d'un professionnel de la montagne.

Il s'agit, en substance, du même concept d'auto-responsabilité et d'acceptation du risque qui a longuement caractérisé, en Italie également, l'approche à la montagne aussi bien de la part du skieur/randonneur individuel que dans le cadre du rapport qui s'instaurerait entre le sportif / usager de la montagne et les différents « professionnels ».

En Suisse, bien que dans le plus grand respect des normes, ou plutôt des « bonnes pratiques » universellement acceptées, le concept fondamental de l'auto-responsabilité demeure à la base de la fréquentation de la montagne.

En Suisse, du moins d'après nous, il n'y a pas de recherche spasmodique – souvent au-delà de tout discours raisonnable – d'un responsable auquel adresser des demandes d'indemnisations conséquentes.

Il s'agit peut-être d'une philosophie de la montagne qui a longtemps fait ses preuves, mais qui paraît aujourd'hui toujours plus menacée par une massification touristique souvent incontrôlée.

Heureusement, le recours à l'assurance – publique et privée – permet de circonscrire la « courses » aux tribunaux et à encourager des transactions extra-judiciaires.

Le concept d'auto-responsabilité s'étend :

- au planning et au programme de la randonnée ;
- aux conditions physique du randonneur et à ses capacités individuelles ;
- à l'équipement et à l'approvisionnement ;
- au choix du parcours ;
- à l'évaluation des conditions météo et des conditions de la neige.

Les sources de référence pour le « devoir de garantir la sécurité » (*Verkehrssicherungspflicht*)

Une importance centrale est reconnue à l'auto-responsabilité individuelle, notamment dans le cadre de ce que l'on appelle « freie Natur » – un territoire non contrôlé ni délimité.

Pour concilier les droits garantis par la Constitution concernant la liberté personnelle et la liberté de mouvement, le législateur helvétique s'est abstenu de donner une discipline normative au ski sur piste, comme cela s'est en revanche fait en Italie avec la loi 363/2003.

Le principe d'auto-responsabilité cesse là où le skieur, bien que prudent, doit se confronter avec des dangers atypiques et imprévisibles, qui ne relèvent pas de ce à quoi il « s'attend » raisonnablement, en tenant compte du milieu naturel.

Dans l'évaluation concrète des profils de responsabilité possibles et de la diligence requise dans le cas spécifique, la jurisprudence helvétique – à tous les niveaux et dans toutes les instances – a recours à des sources métajuridiques qui comprennent, en plus de ce que l'on appelle le « décalogue de la FIS » :

- Les directives SKUS de la « Commission des questions juridiques relatives aux descentes pour sports de neige ».
- Les directives SBS promulguées par la « Commission des questions juridiques relatives aux descentes pour sports de neige ».

En-dehors des structures et des installations et des ouvrages réalisés par l'homme, il n'y a pas d'« obligations de sécurité et de protection ».

Dans cet espace « libre », les usagers et les fréquentateurs doivent nécessairement prendre acte et tenir compte – à leurs risques et périls – des particularités liées à la conformation des lieux, aux conditions météo et saisonnières.

La « Commission des questions juridiques relatives aux descentes pour sports de neige » organisme interne des « Remontées Mécaniques Suisses » a établi pour 2019 les nouvelles « Directives » qui intègrent les « obligations de garantir la sécurité de la circulation sur les infrastructures pour sport de neige ».

Le premier chapitre, intitulé « But des directives et responsabilité individuelle de l'usager des infrastructures pour sports de neige » évoque avec force le concept d'auto-responsabilité et de délimitation spatiale de l'obligation de garantir la sécurité : « Les usagers empruntent les infrastructures pour sports de neige à leurs propres risques et périls. Les dangers inhérents à la pratique des sports de neige ne peuvent pas être évités par des mesures s'appuyant sur les présentes directives. Les usagers doivent adapter leur manière de pratiquer leur sport à leurs capacités et aux conditions du terrain, de visibilité et de la neige. Ils doivent en particulier être à même de maîtriser toutes les difficultés que peuvent présenter le terrain (vagues, bosses, creux, etc.), les obstacles sur celui-ci (arbres, constructions, clôtures,

roches saillantes, etc.), les conditions atmosphériques (brouillard, température, etc.) et l'état de la neige (neige fraîche, sillons, endroits râpés, verglacés, etc.). Les usagers doivent être conscients que même l'analyse la plus scrupuleuse du danger d'avalanche et les mesures prises en conséquence ne peuvent pas les protéger de manière absolue. Les signaux d'indication, de danger, de mise en garde et de barrage doivent être respectés.

Les usagers évoluent à leurs propres risques et périls sur le terrain en dehors des infrastructures pour sports de neige aménagées selon les présentes directives. »

De ce qui est exposé ci-dessus découle la nécessité d'effectuer une première distinction importante et riche de conséquences pour ce qui est la « responsabilité » entre les « infrastructures pour sports de neige » d'un côté et les « espaces non contrôlés » de l'autre.

Cette distinction, en effet, n'est pas seulement lexicale ou terminologique : elle revêt une importance primaire, car elle implique des conséquences importantes pour ce qui est de la responsabilité et des obligations, notamment de garantir les conditions de sécurité.

Infrastructures pour sports de neige

Toutes les « infrastructures pour sports de neige » possèdent deux caractéristiques communes : elles sont délimitées et elles sont protégées des « dangers alpins », en premier lieu du danger d'avalanches et du danger de chute de pierres. Il s'agit :

- 1) **des pistes** : surfaces enneigées, damées et préparées mécaniquement et contrôlées ;
- 2) **des itinéraires** : surfaces non damées, contrôlées et protégées des dangers alpins ;
- 3) **des sentiers** : faisant partie de pistes ou d'itinéraires ou servant de liaison ;
- 4) **des installations spéciales** : espaces séparés destinés à des utilisations bien précises (débutants, *snowpark*, parcs pour enfants, compétition, entraînement) ; elles sont délimitées, protégées des dangers alpins et doivent être séparées des autres espaces ; leur utilisation doit être signalée.

La responsabilité de l'exploitant des pistes

Avec l'ouverture et la gestion des pistes, ainsi qu'avec leur exploitation commerciale, l'exploitant crée une source potentielle de risque et de danger pour les usagers.

Il en découle pour lui une position de garantie et de protection. Il doit ainsi prendre les initiatives et les mesures les plus appropriées pour préserver la communauté des dangers insidieux pour les skieurs, car imprévisibles.

Les risques normaux ou « typiques » de l'activité effectuée et de ce qui caractérise, raisonnablement, une piste de ski en montagne pendant l'hiver ne relèvent pas de l'obligation de protection et de garantie de la part de l'exploitant.

Dans ce contexte, les usagers des pistes peuvent efficacement compter sur le fait que les pistes mises à leur disposition sont délimitées, damées, contrôlées et protégées.

La protection du plus insidieux des dangers en montagne rentre dans ce cadre : le détachement possible d'une avalanche qui toucherait la piste.

Sur les pistes, les itinéraires et sur les installations spéciales, les dix règles de la FIS s'appliquent, ainsi que le principe d'auto-responsabilité de l'utilisateur.

Règles de la FIS :

1) Respect d'autrui

Tout skieur et snowboarder doit se comporter de telle manière qu'il ne puisse mettre autrui en danger ou lui porter préjudice.

2) Maîtrise de la vitesse et du comportement

Tout skieur et snowboarder doit descendre à vue. Il doit adapter sa vitesse et son comportement à ses capacités personnelles ainsi qu'aux conditions générales du terrain, de la neige, du temps et à la densité de la circulation sur les pistes.

3) Maîtrise de la direction

Le skieur et snowboarder amont, dont la position dominante permet le choix d'une trajectoire, doit prévoir une direction qui assure la sécurité du skieur et snowboarder aval.

4) Dépassement

Le dépassement peut s'effectuer, par amont ou par aval, par la droite ou par la gauche, mais toujours de manière assez large pour prévenir les évolutions du skieur et snowboarder dépassé.

5) Pénétrer et s'engager sur la piste ainsi que virer vers l'amont

Tout skieur et snowboarder qui pénètre sur une piste de descente, s'engage après un stationnement ou exécute un virage vers l'amont doit s'assurer par un examen de l'amont et de l'aval, qu'il peut le faire sans danger pour lui et pour autrui.

6) Stationnement

Tout skieur et snowboarder doit éviter de stationner sans nécessité sur les pistes dans les passages étroits ou sans visibilité. En cas de chute le skieur et snowboarder doit dégager la piste le plus vite possible.

7) Montée et descente à pied

Le skieur et snowboarder qui monte ne doit utiliser que le bord de la piste. Il en est de même du skieur et snowboarder qui descend à pied.

8) Respect du balisage et de la signalisation

Tout skieur et snowboarder doit respecter le balisage et la signalisation.

9) Assistance

En cas d'accident tout skieur et snowboarder doit prêter secours.

10) Identification

Tout skieur et snowboarder témoin ou partie responsable ou non d'un accident est tenu de faire connaître son identité.

L'obligation de garantir la sécurité des pistes a assurément une nature contractuelle à laquelle il est possible, par ailleurs, d'ajouter une responsabilité extra-contractuelle, comme cela apparaît dans la sentence 206/2014 prononcée le 18.9.2014 par le Tribunal Fédéral : « Les exploitants des remontées mécaniques qui préparent les pistes pour l'accès des usagers, doivent adopter les mesures de sécurité et de protection appropriées pour prévenir et contrer les dangers. »

Cette obligation a, d'une part, une nature contractuelle. Les exploitants des remontées mécaniques sont tenus – en raison d'une obligation accessoire découlant du contrat de transport stipulé avec les usagers (skieurs et snowboarders) – à garantir la sécurité des pistes et le service de secours.

Les coûts engendrés par ces obligations doivent être compris dans le forfait quotidien ou hebdomadaire.

L'obligation d'assurer la sécurité de la circulation se base également sur la responsabilité civile (extra-contractuelle) et découle de l'obligation de protection à la charge de celui qui crée ou qui entretient un état susceptible de causer un dommage. »

Limites spatiales du contrôle sur les pistes

L'obligation de garantir les conditions de sécurité s'étend normalement à deux mètres du bord de la piste.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal Fédéral, en cas de dangers particulièrement insidieux, la bande de deux mètres peut s'étendre – exceptionnellement – même au-delà, mais concerne quand même toujours les abords de la piste. Cette exception suppose, en premier lieu, un risque particulièrement élevé pour la vie et pour l'intégrité physique de l'usager (par exemple, un précipice ou une crevasse).

En deuxième lieu, la possibilité de sortir de piste doit également s'avérer élevée, à cause de la conformation du terrain, ainsi que d'une forte pente dans les abords immédiats de la piste et jusqu'à l'endroit dangereux.

Dans de telles conditions, en effet, l'usager qui tombe et glisse au-delà du bord de la piste poursuit sa trajectoire jusqu'au point où se situe le danger externe.

Bien que le cadre spatial des obligations de sécurité et de protection à la charge de l'exploitant de la piste/installation se borne uniquement à la piste et à ses abords immédiats, une obligation d'information et d'avertissement existe pour l'exploitant, afin que le skieur/usager n'aboutisse pas « hors-piste » par erreur, en étant convaincu du contraire.

L'introduction du système de démarcation sur les deux côtés de la piste permet une délimitation claire de la piste et de son tracé, rendant ainsi cette éventualité plutôt improbable.

Zone non contrôlée

Le terrain en dehors des infrastructures pour sports de neige est considéré comme une zone non contrôlée et il n'est ni délimité ni protégé des dangers alpins. Cela est valable, notamment pour les « pistes sauvages » et les « variantes », ainsi que pour tout l'« espace alpin libre » concerné par le ski-alpinisme et par la randonnée hivernale.

L'obligation de garantir la sécurité ne s'étend pas à la zone non contrôlée : celui qui la parcourt le fait à ses risques et périls. Cet espace n'est ni délimité ni aménagé ni contrôlé ni protégé des dangers alpins.

Dans cet espace, l'auto-responsabilité est à son plus haut niveau :

« Les *Freeride Checkpoint* rappellent aux usagers qu'ils pratiquent leurs sports en dehors des descentes délimitées et sécurisées, c'est-à-dire dans l'espace non contrôlé, exclusivement à leurs risques et périls. »

« L'obligation de garantir la sécurité de la circulation ne s'étend pas à la zone non contrôlée. Celui qui parcourt la zone non contrôlée le fait exclusivement à ses risques et périls. »

Néanmoins, cet espace n'est assurément pas une zone de non-droit : les lois y sont en vigueur et sont appliquées, en particulier si le comportement du skieur-alpiniste nuit à des tiers, causant des dommages à des personnes ou à des biens.

En ce qui concerne la responsabilité civile, l'art. 41 du Code des obligations helvétique est appliqué, comme l'article 2043 du code civil italien.

Article 41

Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

La responsabilité pénale liée aux avalanches

L'art. 237 du code pénal suisse prévoit que :

1. Celui qui, intentionnellement, aura empêché, troublé ou mis en danger la circulation publique, notamment la circulation sur la voie publique, par eau ou dans les airs, et aura par là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à dix ans si le délinquant a sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes.

2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si le délinquant a agi par négligence.

Avalanches et procès

Il n'arrive pas souvent qu'en Suisse les avalanches et leurs conséquences aboutissent à un jugement.

Souvent, la procédure est classée dès les enquêtes préliminaires.

Le cas de l'avalanche d'Anzère, dans le canton du Valais, est différent, car il s'est agi d'une procédure articulée, qui a abouti jusqu'au Tribunal Fédéral.

Le 27.12.2009, trois skieurs en hors piste furent accusés d'avoir déterminé le détachement d'une avalanche qui toucha deux skieurs sur la piste située en aval, dans le domaine skiable d'Anzère, heureusement sans conséquences mortelles.

Le 23.5.2014, le Juge du district de Hérens et Conthey a reconnu la responsabilité pénale des accusés, aux termes de l'art 237 du code pénal suisse.

La condamnation fut ensuite contestée devant le Tribunal Cantonal du Valais. Par son jugement du 14.3.2016 ce dernier acquittait les « freeriders », car l'avalanche n'était concrètement pas « prévisible ».

Suite au recours introduit à l'échelon cantonal, le Tribunal Fédéral a confirmé la responsabilité pénale des accusés, en « fixant » quelques points :

- Les pistes font partie du concept de « route » aux termes de l'art. 237 du code pénal ;
- Une condamnation aux termes de l'art. 237 implique que le sujet a déterminé l'événement en violant son devoir de prudence /diligence ;

- Le comportement viole le devoir de prudence/diligence toutes les fois que le sujet, au moment des faits, aurait pu et dû se rendre compte – vu ses connaissances et ses capacités – que son comportement mettait des tiers en danger ;
- Le caractère prévisible de l'événement d'après des critères de causalité représente une condition essentielle pour considérer qu'il y a violation de diligence ;
- Les directives de la SKUS indiquent que, à partir d'un danger d'avalanches « 3 marqué », il est opportun de ne pas abandonner les pistes délimitées.

Ainsi,

« Vu leur expérience et des informations tirées des bulletins des avalanches et des signalements de danger sur place, les accusés auraient dû éviter d'affronter la traversée du versant en amont de la piste. En ne tenant pas compte des avis de danger, ils ont négligé de respecter leur devoir de prudence /diligence. »

Interdire le ski-alpinisme et les activités proches : un choix possible ?

Nombreux sont ceux qui se prononcent en faveur d'une interdiction généralisée des pratiques sportives dans les « espaces alpins libres » (*freies Gelände*), considérés excessivement dangereux.

Une telle interdiction s'avérerait en contraste avec la liberté de mouvement que nous avons déjà mentionnée, garantie par l'art. 10 de la Constitution Fédérale.

Même dans l'hypothèse d'une limitation de l'exercice de ce droit fondamental, il faudrait, dans tous les cas, respecter les paramètres de la raisonnable et de la proportionnalité.

Dans cette optique, l'interdiction devrait être non seulement dans l'intérêt public, mais aussi adéquate et nécessaire dans le but éventuellement envisagé.

De façon théorique, il serait possible de prévoir une interdiction – visant à limiter des accidents souvent mortels – qui devrait être compensée par le droit « au mouvement » garanti par la constitution et par l'exigence d'une offre touristique toujours plus articulée.

Si la possibilité d'une interdiction généralisée aboutit au néant, les autorités territoriales compétentes ont toujours la possibilité d'adopter – dans l'intérêt de la sécurité publique – des mesures interdisant ou limitant l'accès à certains espaces.

Ces interdictions doivent d'ailleurs avoir une connotation temporelle et spatiale bien précise.

Ski de randonnée sur les pistes et/ou en-dehors des horaires : un phénomène croissant

Bien que le ski-alpinisme proprement et traditionnellement considéré soit effectué de jour en dehors des pistes et des espaces délimités, l'on assiste en Suisse à une augmentation progressive d'activités que nous pourrions définir hybrides, où des skieurs-alpinistes / skieurs de randonnée « croisent » les pistes délimitées dans leurs horaires d'ouverture, mais aussi le soir ou la nuit.

Ce phénomène a pris de telles proportions que le Club Alpin Suisse-CAS, les Remontées Mécaniques Suisses et le BPA (Bureau Prévention Accidents) ont élaboré des règles de comportement pour les skieurs de randonnée

Les cinq règles

- 1) Les infrastructures pour sports de neige sont fermées et donc barrées en dehors des heures d'exploitation des installations de transport. Les randonneurs à ski doivent eux aussi respecter les heures d'exploitation.
Danger de mort ! Seules les infrastructures explicitement ouvertes peuvent être utilisées pour la randonnée à ski en dehors des heures d'exploitation.
- 2) Durant les heures d'exploitation, les règles FIS s'appliquent à tous les usagers des infrastructures de sports de neige. Les skieurs de randonnée sur les pistes doivent en particulier observer les règles suivantes :
 - montée uniquement sur le bord de la piste ;
 - montée l'un derrière l'autre et non l'un à côté de l'autre ;
 - pas de traversées aux endroits où les conditions de visibilité sont défavorables ;
 - prudence particulière près des monticules, dans les passages étroits, dans les pentes raides et en présence de verglas
 - respecter la pratique du ski alpin ; celle-ci a la priorité.
- 3) Les instructions du service de pistes et de sauvetage doivent impérativement être suivies.
Si les entreprises de remontées mécaniques exigent une contribution à l'utilisation des infrastructures pour sports de neige, celle-ci doit être acquittée en conséquence.
- 4) Lorsque des conditions particulières l'exigent, l'entreprise de remontées mécaniques concernée a la possibilité d'interdire le ski de randonnée sur ses infrastructures de sports de neige.
- 5) Les zones de tranquillité pour la faune et les zones protégées doivent être respectées en tout temps
Les zones forestières doivent être évitées au crépuscule et la nuit (surtout avec des lampes frontales).

La « Loi Fédérale concernant l'activité de guide de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque »

Juste après l'entrée en vigueur en Italie de la Loi 363/2003 du 24.12.2003 réglementant la sécurité dans la pratique des sports d'hiver de descente, en Suisse le législateur et l'exécutif étaient sensibilisés de plusieurs côtés, mais sans grand succès, quant à la nécessité de garantir, dans la Confédération Helvétique aussi, davantage de sécurité aux usagers des pistes.

Le 14.9.2005, le Gouvernement Fédéral avait repoussé une motion en ce sens, avec la motivation suivante :

« Nous partageons les craintes de l'auteur de la motion quant à l'augmentation des blessures graves sur les pistes de ski. Il faut en effet tout entreprendre afin d'augmenter la sécurité et de faire diminuer le nombre des accidents. Ce-

pendant, il n'y a pas besoin, pour cela, d'édicter de nouvelles prescriptions et responsabilités légales.

Aujourd'hui déjà, la directive de la Commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige (SKUS) contraint les exploitants de pistes de ski à prendre des mesures de prévention et les utilisateurs des pistes à une conduite responsable (règles FIS). De plus, le Bureau suisse de prévention des accidents et de la SUVA ainsi que d'autres organisations (p. ex. SKUS) procèdent régulièrement à des campagnes de prévention.

Cependant, il n'y a pas besoin de réglementation légale supplémentaire, édictée par la Confédération, ni d'introduire une police des pistes investie du pouvoir de répression et d'amende. Les bases du droit civil et pénal sont suffisantes. »

Au cours des années suivantes, la pratique du ski a subi un peu partout, pas seulement en Suisse, des transformations et des changements importants.

La commercialisation progressive de l'activité sportive « de neige » n'a pas uniquement concerné le ski alpin sur piste : il y a aussi eu une augmentation sensible de la demande de ceux qui souhaitent pratiquer des activités sportives à risque dans les espaces non délimités.

C'est dans ce cadre temporel et social que s'inscrit la « Loi fédérale sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque » (la Loi, par brièveté), entrée en vigueur le 1.1.2014, qui a ensuite subi quelques modifications pour aboutir le 1.5.2019 à sa version définitive.

Cette loi s'applique « aux activités à risque proposées à titre professionnel dans des sites montagneux ou rocheux et dans des zones de cours d'eau répondant aux caractéristiques suivantes :

- a) ils présentent soit des risques de chute ou de glissade soit des risques importants de crues, de chutes de pierre, de chutes de glace ou d'avalanches ;
- b) la pratique de l'activité exige des connaissances ou des mesures de sécurité particulières.

Dès l'article introductif et de présentation de cette loi suisse, des différences substantielles apparaissent par rapport à la Loi italienne 363/2003.

Alors que le législateur italien a principalement entendu discipliner les sports d'hiver substantiellement « sur piste », en déterminant quels sont les espaces skiables aménagés et qui en sont les responsables, ainsi qu'en fournissant des normes de comportement aux usagers, le législateur helvétique a – schématiquement – tourné son attention vers :

1) **Objet**

- Les activités à risque
- Dans des sites montagneux
- Proposées à titre professionnel

Parmi les activités à risque qui nous occupent, il y a les suivantes :

2) **Caractéristiques**

- il y a des risques de chute ou de glissade soit des risques importants de crues, de chutes de pierre, de chutes de glace ou d'avalanches
- pour y accéder, des connaissances ou des mesures de sécurité particulières sont nécessaires.

- en ce qui concerne l'activité de professeur de sports de neige, elle est exercée « hors du domaine de responsabilité des exploitants de remontées mécaniques. »

3) **Activités**

Sont soumis à la présente loi :

- l'activité de guide de montagne ;
- l'activité de professeur de sport de neige exercée hors du domaine de responsabilité des exploitants de remontées mécaniques ;
- le canyoning ;
- le rafting et les descentes en eaux vives ;
- le saut à l'élastique.

Pour qu'une activité soit considérée « à risque », le fait que le risque découle de la nature-environnement ou bien de l'homme est absolument sans importance.

Dans tous les cas, justement, afin de mettre en valeur l'activité comme « à risque », il ne doit pas s'agir d'un risque « standard », mais bien d'un risque élevé.

En ce sens, le ski pratiqué sur des pistes délimitées ne relève pas du cadre d'application de la présente loi suisse.

La structure « ouverte » de cette loi permet de prendre en considération de nouvelles activités à risque, conformément à l'évolution de la société, des « modes » et des tendances.

Bien entendu, cette loi n'introduit pas de nouveaux critères ni de principes pour ce qui est de la responsabilité ; la responsabilité civile en cas de violation des dispositions de cette loi est disciplinée par les principes généraux fixés par le code des obligations.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur les sports « à risque », les différents Cantons (notamment ceux de montagne : le Valais, les Grisons et Berne) réglementaient ces activités de façon absolument autonome, avec des résultats souvent incohérents : suivant le Canton, par exemple, l'activité sportive à risque pouvait être proposée avec ou sans autorisation.

La loi en question a mis un terme à cette diversité, établissant un règlement-cadre unitaire et fédéral, tout en permettant aux différents Cantons des intégrations ou des modifications plus circonscrites, compte tenu du caractère spécifique de chaque territoire.

« Le Conseil fédéral peut soumettre à la présente loi d'autres activités à risque comparables, compte tenu des dangers objectifs qu'elles comportent » (art. 1, dernier alinéa) ;

4) **Cadre spatial**

En ce qui concerne l'activité qui nous intéresse le plus, c'est-à-dire l'activité sportive de ski-alpinisme et de randonnée hivernale, la présente loi se caractérise par son cadre spatial. Ce dernier est circonscrit et défini ainsi :

En dehors du cadre de responsabilité des exploitants des remontées mécaniques, c'est-à-dire en dehors des installations et des bâtiments, y compris les abords immédiats des installations de remontée, y compris les remonte-pentes, les télécabines et les pistes de descente délimitées.

Si et quand l'activité se déroule – même en partie seulement – en Suisse ou, du moins, si et quand le départ ou l'arrivée se trouvent en Suisse.

Ainsi, une randonnée qui commence en Suisse et se termine en Autriche sera soumise à la loi Suisse. En revanche, ce n'est pas le cas pour une randonnée organisée

par un opérateur suisse – avec départ de Suisse et retour en Suisse – qui prévoit le déroulement de l'activité à risque (randonnée, escalade, etc. ...) à l'étranger.

La Loi et l'ordonnance y afférente s'appliquent ainsi aux activités à risque proposées à titre professionnel qui commencent, terminent ou se déroulent au moins en partie sur le territoire de la Confédération Helvétique.

D'après l'article 2 de cette Loi, il peut y avoir une responsabilité des professionnels si les prescriptions et obligations d'information suivantes sont violées :

La personne responsable a notamment les obligations suivantes:

1. expliquer aux clients les risques particuliers pouvant résulter de la pratique de l'activité choisie ;
2. s'assurer que les clients ont les aptitudes nécessaires pour pratiquer l'activité choisie ;
3. vérifier que le matériel ne présente aucun défaut et que les installations sont en bon état ;
4. s'assurer que la pratique de l'activité choisie est adaptée aux conditions météorologiques, notamment aux conditions d'enneigement ;
5. s'assurer que le personnel dispose de qualifications suffisantes ;
6. s'assurer que le nombre d'accompagnateurs est adapté au degré de difficulté de l'activité et à ses risques ;
7. respecter l'environnement et, en particulier, préserver les espaces vitaux de la faune et de la flore.

Autorisation et assurance

Pour pouvoir proposer, au niveau professionnel, les activités sportives contemplées par la loi en question, les différents professionnels – qu'il s'agisse de personnes physiques ou d'entreprises – doivent disposer d'une autorisation délivrée par des organismes cantonaux certifiés, après l'obtention d'un certificat d'habilitation à l'exercice de leur activité professionnelle obtenu au terme d'un cours de formation.

Afin de protéger les usagers, une banque de données que tout le monde peut consulter contient tous les noms des professionnels (personnes physiques ou entreprises) qui ont obtenu l'autorisation cantonale. Ladite autorisation a une validité de quatre ans.

En l'absence d'une autorisation valable, l'exercice professionnel des activités en question constitue une infraction pénale qui peut être sanctionnée par une amende pouvant atteindre jusqu'à dix mille francs suisses.

L'art. 13 de cette loi impose au professionnel une couverture d'assurance pour la responsabilité civile professionnelle « offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité ». Cette couverture doit être de cinq millions de francs au moins.

Les professionnels de la Montagne:

Professeur de sport de neige

L'activité de professeurs de sport de neige est également contemplée par la Loi Fédérale et par l'ordonnance y afférente.

Ceux qui ont obtenu un titre professionnel à l'étranger doivent aussi obtenir, pour pouvoir exercer leur activité professionnelle en Suisse, une reconnaissance préalable de la part des autorités helvétiques.

Les dispositions dictées par la Loi Fédérale concernant la profession de « Professeur de sport de neige » se penchent sur l'activité d'enseignement en-dehors du cadre spatial de responsabilité des exploitants des remontées.

D'après la loi, l'enseignement de sports de neige inclut :

- Le ski alpin ;
- Le snowboard ;
- Le ski de fond ;
- La randonnée en raquettes à neige.

Professeur de sport de neige ou guide de montagne ?

Compte tenu du degré particulier de difficulté et/ou du milieu naturel, certaines activités sont expressément soustraites à l'enseignement-accompagnement de la part des professeurs de sport de neige et sont réservées aux guides de montagne.

Les professeurs de sport de neige peuvent ainsi exercer leur activité en dehors du cadre de responsabilité des exploitants des remontées mécaniques, à condition que :

- Il n'y ait pas de passages sur glacier ;
- Il n'y ait pas la nécessité d'utiliser du matériel technique auxiliaire (piolets, crampons, cordes...) pour garantir la sécurité des clients ;
- L'activité soit au maximum des degrés de difficulté suivants :
 - 1) Pour les randonnées à ski et en snowboard : « peu difficile » (PD) ;
 - 2) Pour les randonnées en raquettes à neige : degré de difficulté WT 3 (à l'exception des randonnées en raquettes à neige sur des sentiers de randonnées d'hiver signalés et ouverts ;
 - 3) Pour les descentes hors-piste : « difficiles » (à condition qu'il n'y ait pas de danger de chute dans le vide).

Par contre, les Cantons peuvent à leur tour réglementer par des actes normatifs l'activité d'enseignement non seulement hors-piste mais aussi sur piste.

Qualification du contrat

En stipulant un contrat qui a pour objet l'« activité à risque » spécifique qui a été choisie, les parties contractuelles (l'organisateur et le client) s'accordent sur les multiples aspects de l'activité elle-même : durée, but, caractéristiques, prix...

Il doit y avoir une « correspondance » dans le cadre de ces prestations : l'organisateur se charge de l'exécution correcte de la prestation convenue et le client de payer le prix établi.

Indépendamment de l'« activité à risque » précise qui a été choisie, le contrat en question est lié au contrat de mandat réglementé par l'art. 394 du Code des Obligations suisse :

« Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.

Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. »

Clauses « libératoires » d'exclusion / limitation de la responsabilité

Entre l'organisateur de l'activité – qui est un professionnel – et le client, il y a en général un écart remarquable en termes d'expérience et de connaissance spécifique du secteur.

Le client fait précisément confiance à cette expérience et à ces capacités quand il s'« en remet » au professionnel de la montagne.

Souvent, la position de « force » de l'organisateur-professionnel se traduit dans la tentative de la part de celui-ci de modifier, à son propre avantage et au détriment du client, l'organisation et la discipline prévues par le règlement concernant la responsabilité et le dédommagement.

Cette modification est possible compte tenu de la nature dispositive de la normative civilise sur la responsabilité : les parties qui stipulent un contrat ont effectivement la possibilité de déroger et/ou de modifier le règlement en la matière.

C'est justement par le recours à ce que l'on appelle les « clauses libératoires » que se concrétise cette dérogation à la discipline « normale » de la responsabilité : le sujet « fort » a le but de limiter le plus possible sa responsabilité vis-à-vis du « client faible » qui invoque protection et tutelle.

– Les limites aux clauses libératoires

Afin de conjurer et de prévenir une éventuelle utilisation indiscriminée des « clauses libératoires », le législateur helvétique a instauré quelques limitations importantes qui impliquent que cette clause peut être nulle, aux termes du Code des Obligations :

« Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. »

« Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. » (art. 100 du Code des Obligations).

Cette norme pose clairement des limites à l'admissibilité de ces clauses incitant sur la responsabilité et un contrôle de la part du Juge est reconnu afin que la « bonne foi » qui doit caractériser les rapports entre les parties dans toutes les phases du contrat soit respectée.

La censure d'inadmissibilité de la clause de la part du Juge peut aussi s'étendre à la « faute légère » dans l'hypothèse – fréquente dans la matière qui nous occupe – où « la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité. »

Parmi ces « industries » il y a les entreprises privées qui, avec une concession publique, parviennent à une position qui s'approche d'un monopole dans le cadre d'une activité précise.

D'après les ouvrages spécialisés, elles incluent les activités qui requièrent une autorisation pour protéger la sécurité publique collective.

Parmi les « concessions publiques » il y a les téléphériques, les remontées mécaniques en général, les écoles de ski, l'activité de guide de montagne.

La nécessité de détenir une concession régulière ou une autorisation détermine la limitation du nombre des entreprises qui travaillent dans ces secteurs et, par conséquent, la clientèle qui peut se trouver confrontée à un sujet à la force contractuelle supérieure, qui « impose » ses propres conditions.

D'autre part, les usagers ont tendance à faire davantage confiance à ceux qui proposent des activités pour lesquelles une concession ou une autorisation est requise, car le fait que celle-ci a été délivrée devrait garantir des conditions de sécurité optimales.

Avec l'entrée en vigueur de la « Loi fédérale sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque » et l'autorisation nécessaire prévue par l'art. 3 de cette loi, il est estimé que l'évocation de l'art. 100 du Code des Obligations est tout à fait pertinente, car ces activités peuvent faire partie de l'« industrie concédée par l'autorité. »

Par conséquent, le Juge peut se prononcer et déclarer qu'une clause libératoire est nulle même en cas de « faute légère ».

Les clients qui s'en remettent aux professionnels qui leur proposent certaines activités à risque doivent pouvoir compter sur un standard de sécurité maximal, sans limites préétablies.

– Limitations supplémentaires aux « clauses libératoires »

Dans la matière qui nous occupe, la catégorie de « dommage » la plus représentée est certainement celle des lésions.

Une libération ou une limitation de la responsabilité en cas de lésions est à considérer nulle aussi bien en Suisse qu'en Italie.

La sécurité personnelle du participant / client constitue un droit absolu et imprescriptible ; ce droit ne peut donc pas faire l'objet de limitations contractuelles, ainsi que cela est établi par l'art. 27 du code civil suisse :

« Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. »

Ainsi, en cas de lésions, l'organisateur de l'activité à risque répondra sans limitation aucune et une éventuelle clause libératoire s'avérerait nulle.

Publicité et responsabilité

La croissance exponentielle du phénomène « hors-piste / ski-alpinisme » n'aurait peut-être pas été possible sans la contribution décisive de la publicité, par ses multiples moyens de diffusion, notamment sur les nouvelles plateformes technologiques.

Les acteurs de terrain se demandent alors spontanément si et dans quelle mesure une publicité « agressive » ou souvent partielle, voire ne correspondant pas à la vérité, peut impliquer une responsabilité pour celui qui utilise cette publicité dans un but lucratif ou pour en tirer d'autres avantages.

– Publicité générique ou spécifique

Les ouvrages qui se sont penchés sur ce thème précis établissent généralement une première distinction entre une forme de publicité « générique » du hors piste / ski-alpinisme et une publicité spécifique ou « ciblée ».

La publicité générique tisse substantiellement les louanges de domaines ou d'espaces entiers, se servant d'expressions et de tons mirobolants. Elle ne constitue alors pas une source de responsabilité, car le message publicitaire est générique et concerne une vaste zone, dont l'étendue et les limites sont difficiles à déterminer.

Ce caractère générique et l'impossibilité objective de circonscrire l'espace qui fait l'objet de la publicité se traduit – en raison, justement, de cette indétermination spatiale – dans l'impossibilité pratique d'y prévoir les mesures de sécurité et de protection.

Cela s'avère par contre différent si la publicité concerne des zones bien déterminées, précises, avec des cartes ou des supports télématiques numérisés à l'appui.

Dans ce cas, en effet, puisque la publicité est « ciblée » et spécifique, elle précise plus clairement un ou plusieurs itinéraires, « garantissant » leur sécurité et leur parcours aisé.

Dans ce contexte, le concept d'auto-responsabilité tel qu'il est esquissé ci-dessus accompagne celui de « confiance » : le sportif/usager considère que les renseignements fournis sont vrais et fiables.

Naturellement, cela ne concerne pas tant les informations sur la « beauté des lieux », mais plutôt les indications sur la sécurité d'un itinéraire bien précis.

D'après nous, cela est valable aussi bien pour ce qui est dit que pour ce qui n'est pas dit.

Taire des caractéristiques potentiellement dangereuses a le même poids, en termes de responsabilité, que la transmission (active) de renseignements qui ne correspondent pas à la vérité.

Le fondement de cette responsabilité particulière est double :

- La publicité n'est pas faite d'une manière « désintéressée » et elle vise un résultat en termes d'affluence touristique et sportive, donc une utilité. Dans le cadre de l'« allocation du risque » il est universellement reconnu que le sujet qui tire un avantage d'une activité prend en charge les responsabilités qui en découlent.
- Plus la fiabilité et le professionnalisme du sujet qui propose et fait la publicité s'avèrent élevés, plus le destinataire des informations a confiance.

Le « danger » représenté par ces formes de responsabilité doit être clair pour la catégorie des commerçants et/ou des exploitants. La Commission juridique des Remontées Mécaniques Suisses a d'ailleurs consacré beaucoup d'attention à ce problème dans ses Directives :

« Les éléments figurant dans la publicité quant à la possibilité de pratiquer le ski de variante et le freeride dans le domaine pour sports de neige (« La Mecque du freeride », « À donf dans la drepou », « L'aventure du hors-piste », « Magnifiques descentes dans la poudreuse » et autres) n'engagent pas la responsabilité de l'entreprise de remontées mécaniques dans le domaine non contrôlé. De tels messages publicitaires généraux ne doivent pas avoir pour interprétation que les variantes et les zones de freeride en dehors des infrastructures pour sports de neige sont contrôlées et sécurisées contre les dangers. » (Directive n° 48)

« Afin d'éviter des attentes indues en matière de sécurité, les variantes et zones de freeride ne doivent pas figurer sur les panneaux panoramiques et d'orientation. Il faut également éviter d'indiquer graphiquement les possibilités de freeride aux Freeride Checkpoints » (Directive n° 49)

Tandonnée hivernale

Depuis toujours, la randonnée – aussi bien hivernale qu'estivale – représente l'une des activités ludiques et sportives les plus pratiquées en Suisse.

Ce n'est donc pas un hasard si la Confédération compte dans son ensemble 65.000 kilomètres de sentiers, dont environ 22.000 km en montagne.

Les sentiers et le réseau de randonnée en général sont expressément contemplés par la Constitution Fédérale. À l'art. 88, celle-ci prévoit une véritable synergie Confédération-Cantons :

Article 88

- 1) La Confédération fixe les principes applicables aux réseaux de chemins et de sentiers pédestres.
- 2) Elle peut soutenir et coordonner les mesures des cantons visant à l'aménagement et à l'entretien de ces réseaux.
- 3) Dans l'accomplissement de ses tâches, elle prend en considération les réseaux de chemins et sentiers pédestres et remplace les chemins et sentiers qu'elle doit supprimer.

La Loi Fédérale du 4.10.1985 sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre (LCPR) établit les principes d'aménagement, de réalisation et d'entretien des chemins de randonnée, mais elle se borne à la formulation des lignes directrices, dont la mise en œuvre est du ressort des Cantons et de plusieurs types d'organisation (entreprises de transports, associations touristiques locales, club alpin suisse).

Notamment, les Cantons « assurent une circulation libre et si possible sans danger sur ces chemins » (art. 6).

La référence dans le texte à une obligation de garantir la circulation sur les chemins – si possible – sans danger dénote en principe un devoir de protection qui ne peut bien évidemment pas avoir une portée absolue, car il est limité par :

- la réalisabilité effective des mesures de prévention et de protection ;
- l'usage prévu pour ces chemins ;
- l'auto-responsabilité.

La source de l'obligation de garantir les conditions de sécurité et de protection découle du principe habituel non seulement dans le Droit helvétique sur la base duquel le sujet qui crée ou entretient une source de danger ou de risque est tenu à adopter toutes les mesures adéquates nécessaires afin d'éviter les dommages aux tiers (« Gefahrensatz » en allemand).

Dans la plupart des Cantons, l'activité d'aménagement, de délimitation et d'entretien est confiée aux Communes et à différents organismes et associations du secteur.

Les mesures de prévention et de protection sont définies sur la base de la catégorie et de l'usage prévu pour les chemins, ainsi qu'en tenant compte du principe d'auto-responsabilité des usagers.

L'auto-responsabilité du randonneur d'hiver

Pour aborder le thème de la responsabilité dans le cadre de la fréquentation du réseau de randonnée suisse il faut, une fois de plus, faire tout d'abord référence au concept d'auto-responsabilité.

Si le randonneur ne fait pas appel à la compétence d'un guide professionnel, il affronte le parcours « à ses risques et périls ».

Ce concept d'auto-responsabilité ou de « choix conscient » est très vaste et comprend :

- l'évaluation de sa condition physique et de ses capacités ;
- l'équipement ;
- le choix du parcours ;
- les conditions météo et les conditions du sol.

La cause de la plupart des accidents est à rechercher dans un manque d'évaluation ou dans une évaluation erronée d'un ou de plusieurs des aspects listés ci-dessus.

L'utilisation du réseau de randonnée a lieu à titre gratuit – sauf si le chemin fait intégralement partie d'une propriété privée – et les randonneurs ne sont pas liés par contrat aux sujets potentiellement responsables.

Si, par son comportement actif ou par omission, le randonneur a participé à déterminer l'accident, l'obligation de dédommagement à la charge des organismes responsables (Communes, Cantons) sera réduite proportionnellement sur la base de l'art. 44 du code des obligations ; si la responsabilité de la victime est prépondérante, les dommages-intérêts peuvent ne pas être alloués par les organismes chargés de la surveillance/entretien, car il y a une interruption du lien de causalité.

Les chemins de randonnées – notamment hivernaux – se trouvent par définition dans un territoire de « pleine nature » et ils devraient – pour que leurs caractéristiques demeurent intactes – ne pas faire l'objet d'interventions, ainsi qu'être libres d'installations et de structures humaines.

Compte tenu de ceci, l'obligation de garantie et de protection des chemins que l'on doit pouvoir parcourir « si possible sans dangers », comme cela est prévu par l'art. 6., ne peut nécessairement pas avoir une valeur absolue.

Quel est donc le niveau de sécurité requis ? De quels risques devront être protégés les randonneurs ?

En décembre 2017, le Tribunal Cantonal du Valais a établi que les dangers intrinsèques des sports de neige lors des randonnées d'hiver incluent le risque de perdre le contrôle ou de tomber sur des passages glissants ou verglacés. Il n'est pas insolite que quelques tronçons du parcours présentent des points glissants ou verglacés à cause des conditions météo, malgré le passage d'une dameuse. S'il n'y a aucun risque particulièrement élevé ou atypique, les responsables ne doivent pas adopter de mesures de précaution supplémentaires. L'obligation de protection des pentes n'existe que dans le cadre de ce qui est nécessaire et raisonnable. Si les responsables de la sécurité devaient prévoir des mesures de sécurité supplémentaires pour chaque point glissant ou verglacé de l'espace de randonnée hivernale cela serait disproportionné.

L'obligation de protection doit tenir compte de la proportionnalité et de la possibilité concrète de mise en œuvre des mesures de protection ; elle doit être raisonnable, c'est-à-dire considérer des aspects tels que la gravité du risque, la probabilité qu'il se vérifie, l'entité des dégâts possible, la responsabilité individuelle.

Les mesures de sécurité adoptées sont toujours le résultat d'une pondération attentive des risques, des intérêts des parties et de l'auto-responsabilité des usagers.

Dans le cadre des sentiers « d'hiver », on distingue habituellement entre :

- chemins de randonnée ;
- parcours à raquettes.

Les deux doivent être protégés et mis en sécurité contre les deux risques alpins principaux : les avalanches et le risque de chute.

Dans ce cadre, le Canton, la Commune ou les organismes expressément délégués jouent un rôle de garantie et protection.

Les chemins de randonnée sont sujets à de multiples risques naturels, mais il n'y a pas toujours l'obligation d'en « garantir la sécurité ». Les risques météorologiques, par exemple, font partie des responsabilités des usagers : ces derniers sont tenus à se protéger en programmant leurs sorties, en s'informant, en s'équipant et en adoptant un comportement prudent.

Responsabilité civile du Canton et des Communes

Le fondement juridique de la responsabilité des cantons et des Communes est constitué par la « Loi Fédérale sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre », notamment par les articles suivants :

Article 6

Les cantons :

- a) pourvoient à l'aménagement, à l'entretien et à la signalisation des chemins pour piétons et des chemins de randonnée pédestre ;
- b) assurent une circulation libre et si possible sans danger sur ces chemins.

Article 8

Pour l'établissement des plans, l'aménagement et la conservation des réseaux de chemins pour piétons et de chemins de randonnée pédestre, la Confédération et les cantons font appel à des organisations privées vouées au développement de ces réseaux (organisations privées spécialisées). Ils peuvent confier certaines tâches à ces organisations

La responsabilité du propriétaire de l'ouvrage **Les chemins sont-ils des « ouvrages » ?**

L'article 58 du code des obligations établit que :

« Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien. »

En ce qui concerne les chemins de randonnées, il est juste de se demander s'ils constituent des « ouvrages » aux termes de l'art. 58 du code des obligations.

Les ouvrages aux termes de l'art 58 du code des obligations sont ancrés directement ou indirectement au sol.

Les chemins sont ainsi considérés comme des ouvrages au moment où ils cessent d'être des parcours battus pour devenir des tracés qui comportent une modification « intentionnelle » du terrain.

D'après le droit fédéral, l'art. 58 du Code des Obligations s'applique aussi dans le cas où l'ouvrage est liée à un organisme territorial, chaque fois que ledit ouvrage de la propriété de la Commune et utilisé par la collectivité provoque des dommages à des tiers.

À ce propos :

- il est suffisant que le parcours soit clairement reconnaissable et délimité, avec ou sans structures de consolidation ;
- la modification du terrain doit être d'une certaine portée : un parcours simplement fauché ou battu n'est pas assimilable à un ouvrage ;
- les infrastructures du chemin (parapet, rampes, passerelles) sont considérées comme des ouvrages indépendamment du fait que le passage concerné soit lui aussi ouvrage ou non.

D'après la jurisprudence fédérale, la qualification d'« ouvrage » s'avère pertinente chaque fois que l'aménagement du chemin a exigé d'importants déplacements ou des fouilles et si le chemin lui-même est caractérisé par des structures ou par des éléments de sécurité (rambardes, ponts, clôtures).

Qui est le « propriétaire » de l'ouvrage ?

Si le chemin constitue un « ouvrage » aux termes de l'art 58 du code des obligations, le même article indique que le propriétaire de l'ouvrage est un sujet éventuellement responsable.

En cas d'accident, le problème de savoir qui est le propriétaire du terrain se pose.

Cela ne s'avère pas toujours aisé, car le droit fédéral ne se « satisfait » pas toujours de déterminer le sujet formellement propriétaire et il tient plutôt compte de celui qui a construit l'ouvrage, de celui qui l'utilise ou qui en dispose, ayant ainsi des obligations d'entretien.

Synthèse

Le choix effectué par la Suisse de s'appuyer sur les « bonnes pratiques » consolidées au fil de plusieurs décennies et élaborées par des organismes hautement qualifiés et spécialisés a jusqu'à présent fait ses preuves, devenant ainsi un point de référence constant pour les ouvrages spécialisés et pour les tribunaux.

Si les espaces délimités sont ainsi caractérisés par une obligation articulée de garantir la sécurité (« Verkehrssicherungspflicht » en allemand) à la charge des gérants / exploitants, l'espace « non contrôlé » est en large mesure lié au concept d'auto-responsabilité.

L'auto-responsabilité, à la base des activités que l'on effectue en montagne, cohabite toutefois avec le principe de confiance qui s'instaure chaque fois qu'un sujet assume une position de garantie et de protection aux termes de la loi ou par contrat ou par « immixtion », dans les limites de ce qui est raisonnable et faisable.

ANALYSE JURIDIQUE
PÔLE SKIALP REGION GRAND-SAINT-BERNARD
SKIALP@GSB

VALENTINE RODUIT-ROSSIER
*avocate au barreau du Valais**

* Ainsi fait à Martigny, le 18 novembre 2020.

I. Preambule

Le projet Skialp@GSB est porté par le District d'Entremont, via son Préfet, M. Alain Maret.

Ce projet vise à créer un pôle de ski alpinisme, cartographié mais non balisé ni sécurisé dans la région du Grand-St-Bernard entre la Suisse et l'Italie. Son but est le développement d'un produit touristique intégré, en vue de sa commercialisation par des tours opérateurs/acteurs privés

Des affiches publicitaires et autres produits publicitaires pourront informer les une clientèle étrangère et locale sur l'existence du pôle Skialp.

Le but de la présente analyse est, d'une part, de déterminer si les organismes publics, respectivement les corporations publiques – en l'occurrence les communes du District d'Entremont – peuvent engager leur responsabilité civile ou pénale dans le cadre des itinéraires hors-piste/freeride non balisés et non sécurisés, et à quelles conditions.

D'autre part, il sera question de déterminer si une responsabilité hypothétique des organismes publics peut découler de la publicité d'un domaine spécifique, qui invite à une activité hors-piste.

Dans le cadre de ce mandat, la soussignée s'est fondée sur des documents légaux, doctrinaux et de jurisprudence, cités en bas de page, ainsi que sur les informations données par la répondante de l'Antenne Région Valais romand, Mme Florence Gessler.

Pour le surplus, il est précisé que la présente analyse se limite strictement aux questions posées et tente d'apporter une approche pragmatique plus que théorique.

II. La notion d'administration publique et d'organisme public

La notion d'administration publique revêt plusieurs sens et se définit d'une part par l'« activité englobant tout acte d'exécution d'une tâche d'intérêt public qu'une loi attribue à son auteur¹ » et d'autre part par l'« ensemble des titulaires de tâches publiques à accomplir conformément à la loi² ».

Un organisme public désigne « les titulaires de tâches administratives qui sont des personnes morales au sens juridique du terme représentées par leurs organes³ ». Il peut s'agir de corporation publique (groupements de personnes organisées corporativement) ou de collectivités publiques, tels que les cantons, les communes et la confédération.

¹ DUBEY, Droit administratif général.

² DUBEY, Droit administratif général.

³ DUBEY, Livre de droit administratif général.

III. La responsabilité de la collectivité publique

a. En général

Le domaine « hors-piste », soit les espaces géographiques non balisés et non sécurisés, appartient au domaine public de l'Etat.

Dans le cadre du projet Skialp, il convient de se demander si la collectivité publique concernée agit comme une personne privée. L'organisme public agit à titre de privé quand il exerce une activité tendant indirectement à réaliser une tâche d'intérêt public, soit les activités que les titulaires de prérogatives de puissance publique déploient sur un marché afin d'y réaliser des profits. L'Etat a alors le même but que n'importe quel autre acteur économique.

En l'espèce, l'on peut considérer que l'Etat du Valais et les Communes du District d'Entremont subventionneront le projet Skialp en mettant à disposition les moyens nécessaires à la réalisation du pôle et à sa publicité. L'on peut donc admettre que les collectivités publiques (Etat du Valais et District d'Entremont) agissent avec le projet Skialp, dans un but lucratif, notamment à travers la promotion de la Région du Grand-Saint-Bernard.

En effet, le but de la mise en œuvre du pôle Skialp est le développement d'un produit touristique intégré, en vue de sa commercialisation. Ce projet attirera une clientèle touristique locale et internationale dans la région du Grand-Saint-Bernard et aura donc pour objectif indirect la réalisation de profits en faisant marcher les hôtels, les restaurants, les magasins de sport, les corporations de guides etc,... Ainsi, la collectivité en général bénéficiera de cet afflux touristique, notamment grâce aux produits de consommation parallèles et indispensables (cf. énumération ci-dessus), mais aussi grâce aux taxes de séjours visant à contribuer aux infrastructures que la collectivité met à leur disposition⁴.

* * *

b. La responsabilité – Acteur privé ou puissance publique

Lorsqu'un organisme public agit au même titre qu'un acteur privé, les dispositions applicables dans le cadre de la responsabilité sont celles du droit privé, partant celle du *Code des obligations suisse* (ci-après : CO ; art. 41ss CO).

Lorsqu'il est possible d'imputer l'accomplissement d'une tâche à un organisme doté de la puissance publique, l'art. 59 du *Code civil suisse* (ci-après : CC) renvoie à la législation cantonale applicable aux corporations publiques. L'art. 4 de la *Loi cantonale sur la responsabilité publique des collectivités publiques et de leurs agents* (ci-après : LcResp) dispose ainsi que « l'Etat et la collectivité répondent du dommage causé illicitement à un tiers par un agent dans l'exercice de sa fonction. ». Il faut, par ailleurs, préciser qu'il en va d'une responsabilité primaire et exclusive (cf. art. 5 de ladite loi).

*

⁴ Règlement sur les taxes de séjour et d'hébergement de la commune de (règlement type) ; Loi sur le tourisme du 9 février 1996; L'ordonnance concernant la loi sur le tourisme du 10 décembre 2014.

Quant au dommage causé par des actes licites, la collectivité publique ne répond du dommage que dans la mesure où la loi le prévoit (art. 11 LcResp).

*

Le ski alpinisme (hors-piste) étant une activité licite, à savoir non-interdite par une disposition légale, il est donc primordial de trouver une disposition qui règle la responsabilité des collectivités publiques.

c. La responsabilité civile

Dans un premier temps, afin de déterminer si la collectivité publique concernée encourt ou non une responsabilité, il est nécessaire de préciser la notion de responsabilité et d'établir le fondement de celle-ci.

Dans un deuxième temps, il s'agira de délimiter cette dernière avec la responsabilité individuelle de chacun (en l'occurrence des skieurs s'aventurant sur un itinéraire non balisé ; *infra III/e*).

* * *

La responsabilité civile est consacrée aux art. 41 à 61 du CO. L'art. 41 CO dispose que « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ».

Il s'agit de l'obligation faite à une personne de réparer le préjudice causé à autrui. En règle générale, il incombe à celui qui subit un préjudice de le supporter personnellement. Néanmoins, la loi peut imposer à un tiers l'obligation de le réparer, lorsqu'une cause particulière existe⁵.

L'application de l'art. 41 CO nécessite la réunion de 4 conditions, soit : un préjudice, un acte illicite, un lien de causalité entre la survenance du préjudice et de l'acte illicite et, une faute. Il s'agit de la responsabilité délictuelle⁶.

Le préjudice – ou le dommage – se manifeste par la diminution non voulue des biens et/ou de leur valeur d'une personne. Il peut prendre la forme, d'une part, d'un dommage au sens strict, soit la diminution involontaire du patrimoine d'une personne, et, d'autre part, d'un tort moral⁷.

Il convient notamment de préciser que les lésions corporelles du type blessures causées par une chute, une avalanche, etc... en tant que telles ne sont pas des dommages, sauf s'il en découle des conséquences patrimoniales⁸.

La faute est le manquement de la volonté aux devoirs juridiques, devoirs qui seront développés plus bas⁹.

L'acte illicite se définit comme la transgression d'une défense de nuire à autrui en l'absence de motifs légitimes¹⁰.

⁵ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 1992.

⁶ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 2001.

⁷ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 2007.

⁸ ATF 127 III 403, JdT 2001 I 482.

⁹ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 2021.

¹⁰ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 2019.

Il est relevé que la doctrine majoritaire en droit suisse adopte une conception objective de l'illicéité, soit qu'un acte n'est illicite que s'il se heurte à une règle qui protège les intérêts d'autrui¹¹.

*

En l'occurrence, il est essentiel de mentionner que le ski hors-piste n'est pas *en soi* un acte illicite dans notre système juridique.

*

La jurisprudence a notamment admis de fonder l'illicéité de l'acte sur l'interdiction de la création d'un état de fait dangereux (*Gefahrensatz*), soit que « celui qui crée un état de choses dangereux pour autrui doit prendre les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter la survenance d'un préjudice¹² ». D'après certains auteurs, ce principe permet d'établir un devoir d'agir dans les cas d'atteintes à des droits absolus, causées par une omission (puisque une omission ne peut constituer un acte illicite que s'il existe un devoir d'agir)¹³. Il s'agit d'une concrétisation des devoirs de sécurité¹⁴.

Concernant les sports de neige, l'étendue du devoir de sécurité est concrétisée à l'aide, notamment, de la directive de la Commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige (SKUS). Cette directive a pour principe de base que toute activité des skieurs et snowboarders se pratique à ses propres risques et périls. Par ailleurs, lorsqu'il en va du domaine skiable non contrôlé, la responsabilité de chacun est engagée au sens de 41 CO (*supra* III/c). Dans le cadre de cette analyse, l'on peut assimiler le ski-alpinisme à un sport de neige.

*

Il convient, ensuite, de préciser que la Loi fédérale sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque s'applique aux activités qui d'une part présentent des risques de chute ou de glissade ou des risques importants de crues, de chutes de pierre, de chutes de glace ou d'avalanche (art. 1 al. 1 let. a LGOR). Cette dernière se rapporte aux activités où la pratique de celles-ci exigent des connaissances ou des mesures de sécurité particulières (art. 1 al. 1 let. b LGOR).

Toutefois, le champ d'application de cette loi est restreint aux activités exercées à titres professionnelles, soit par des guides de montagnes, à des professeurs de ski ainsi qu'à des accompagnateurs de montagne (art. 1 al. 2 de la Loi sur les activités à risques et art. 1 de l'ordonnance sur les activités à risques). Ces dispositions ne concernent pas la collectivité publique directement.

Néanmoins, il est pertinent d'évoquer cette législation, puisque les activités susmentionnées peuvent être qualifiés de dangereuses au sens de l'art. 1 al. let. a LGO, ce qui nous permet de poursuivre l'analyse en application du principe d'ingérence.

*

Ainsi, l'on peut admettre, communément, que la création d'un pôle de ski-alpinisme est caractéristique de la création ou de l'aggravation d'un état de fait dangereux¹⁵.

¹¹ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, n° 2020.

¹² ATF 126 III 113, c. 2a, ; ATF 123 III 306, c. 4b. ; ATF 121 III 358 ; WERRO, *CR—CO* art. 41, n° 79.

¹³ WERRO, *CR—CO*, art. 41 n° 79.

¹⁴ WERRO, *CR—CO* art. 41, n° 81 ; WERRO, *La responsabilité civile*, n° 303.

¹⁵ ATF 123 IV 9, c. 2a, JdT 2000 I 78 ; ATF 121 III 358, c. 4a, JdT 1996 I 66.

De cette responsabilité délictuelle, il incombe à celui qui met à disposition des itinéraires de ski hors-piste, un devoir de sécurité. Ce devoir est limité aux mesures raisonnablement exigibles par les circonstances, en vue d'éviter la survenance d'un dommage¹⁶. Il s'agit de déterminer ce qu'implique un quelconque devoir de sécurité en l'espèce, développés ci-dessous (*infra* III/d).

Pour le surplus, il est relevé qu'en cas d'itinéraires balisés, sécurisés et aménagés, la responsabilité civile des personnes qui s'en occupent pourra être engagée (notamment celle des agents municipaux, par exemple)¹⁷.

d. Quant au pôle de ski-alpinisme

Le pôle de ski-alpinisme se qualifie comme la création de cartes présentant des itinéraires de randonnées alpines, non balisés et non sécurisés.

Cela étant, nous ne pouvons raisonnablement assimiler les normes applicables aux chemins de randonnées pédestres à la situation qui nous concerne. En effet, la corporation publique supporterait l'obligation de sécurisation de la circulation, c'est-à-dire de s'assurer que la voie soit suffisamment sûre comme il en va pour les chemins de randonnées balisés¹⁸.

A cet effet l'art. 6 al. 1, let. b de la *Loi fédérale sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre* (ci-après : LCPR) dispose que sur les chemins de randonnée pédestre, la circulation doit être « si possible sans danger ». La loi évoque clairement le terme « si possible », de sorte qu'il n'est pas requis une protection globale contre tout risque imaginable. Il est prévu que les randonneurs soient protégés contre les risques non reconnaissables immédiatement, autrement dit les pièges¹⁹.

S'agissant des risques naturels comme les chutes de pierres ou de blocs de pierre, toute personne empruntant un chemin de randonnée alpine doit l'accepter et l'assumer comme faisant partie des *aléas* de la vie²⁰.

*

Dans ce contexte, il convient de déterminer si la collectivité publique concernée a un devoir de signalisation du fait de cartographier l'itinéraire, conformément à ce qui prévaut pour les chemins de randonnées pédestre et alpine.

L'art. 6 al. 1 let. a LCPR dispose que « les cantons pourvoient à l'aménagement, à l'entretien et à la signalisation des chemins pour piétons et des chemins de randonnée pédestre ». D'après ledit article et l'art. 4 de l'*Ordonnance sur les chemins*

¹⁶ ATF 130 III 193, JdT 2004 I 214.

¹⁷ Dangers naturels sur les chemins et sentiers pédestres, Responsabilité et tâches des communes, Groupe de travail « dangers naturels » du canton de Berne : https://www.naturgefahren.sites.be.ch/naturgefahren_sites/fr/index/ueber_uns/ueber_uns/publikationen.assetref/dam/documents/VOL/Naturgefahren/fr/naturgefahren_bei_fuss-_und_wanderwegen_f.pdf

¹⁸ Guide de prévention des risques et responsabilité sur les chemins de randonnée pédestre : (disponible en ligne en pdf : <https://www.chemins.randonner.ch/fr/telechargements>).

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

*pour piétons et les chemins de randonnée pédestre, l'entretien et la signalisation (ci-après : OCPR) relèvent de la responsabilité des cantons et des communes*²¹.

Dans le cas d'espèce, si les itinéraires cartographiés dans le cadre du pôle Skialp sont compris dans les plans établis par le canton ou les communes au sens de l'art. 4 OCPR, alors l'Etat du Valais ou les communes sont tenus d'entretenir et de signaler lesdits itinéraires.

Or, le projet Skialp ne concerne que la cartographie et non le balisage, l'on peut donc partir du principe que la collectivité publique n'aura pas d'obligation d'entretien.

e. La collectivité propriétaire d'un ouvrage

Il est également pertinent de se demander si la responsabilité de la collectivité publique en tant que « propriétaire d'ouvrage » (art 58 CO) peut être engagée.

Il s'agit d'une responsabilité objective, à savoir une responsabilité sans faute contrairement à ce que prévoit l'art. 41 CO. L'art. 58 CO dispose que « le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien ». On entend par « ouvrage » au sens de l'art. 58 CO tout objet ayant été réalisé de façon artificielle, autrement dit par la main de l'homme et qui est relié directement ou indirectement au sol. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les pistes de ski signalées exclusivement par des poteaux doivent également être considérées comme des ouvrages²².

Concernant les chemins de randonnée alpine, il est admis que ces derniers ne présentent pas un caractère d'ouvrage, la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage étant alors principalement limitée aux éventuelles constructions situées sur le chemin (chaînes, cordes, échelles et autres)²³. Quant au parc « freeride », ils peuvent être qualifiés d'ouvrage. Ces derniers se situent sur le domaine public de l'Etat et, en vue du principe de l'accession (art. 667 CC), la collectivité publique sera considérée comme propriétaire et donc pourra être tenu responsable en cas de vices de constructions ou de défaut d'entretien.

Tel ne serait pas le cas dans le cadre du pôle Skialp, les itinéraires n'étant pas balisés.

f. Délimitation avec la responsabilité individuelle

En principe, les usagers alpins sont conscients des risques qu'ils encourent, de leur responsabilité individuelle et de l'obligation d'éviter les accidents par l'adoption d'une conduite prudente et adaptée aux conditions²⁴. La responsabilité personnelle est primordiale²⁵.

²¹ *Idem.*

²² ATF 130 III 193, c. 2.2, JdT 2004 I 214.

²³ Guide de prévention des risques et responsabilité sur les chemins de randonnée pédestre (disponible en ligne).

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

La transgression des règles de conduite élaborées par la Fédération internationale de ski (FIS) pour les skieurs et snowboarders et les directives de la Commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige (SKUS) peut entraîner des conséquences sur le plan civil²⁶. En effet, les skieurs, snowboarders et randonneurs qui sont à l'origine d'un accident en violation de ces règles seront tenus de réparer le dommage conformément aux art. 41 ss CO²⁷.

Ainsi, la responsabilité des organismes publics est fortement limitée par la responsabilité individuelle de chacun, ces derniers devant faire preuve de l'attention et de la prudence requises par les circonstances en se comportant de manière raisonnable²⁸.

Les références citées ci-dessus s'appliquant aux chemins de randonnée balisés et/ou aux pistes balisées, nous pouvons admettre que le randonneur alpin devra faire preuve d'une attention et d'une prudence encore plus accrues en cas d'itinéraires non-balisés.

IV Conclusions – responsabilité civile

En définitive, la responsabilité civile de la collectivité publique peut être engagée lorsque survient un dommage *illicite*, pour autant que la collectivité et/ou ses organes et ses employés n'aient pas rempli leur obligation de sécurisation des chemins, conformément à ce qu'impose l'Office fédéral des routes (ORFU).

Il est prévu pour les chemins de randonnées pédestres, que le devoir de sécurité est restreint aux risques et aux endroits dangereux atypiques susceptibles d'entraîner des accidents graves (mort ou lésions corporelles graves) même lorsque le randonneur fait preuve de l'attention et de la prudence habituelles²⁹.

Néanmoins, à l'instar de ce qui prévaut pour les *Via ferrata*, il est possible de prévoir que la collectivité décline toute responsabilité en cas d'accident et que chacun parcourt à ses risques et périls – hormis les conditions de la responsabilité par rapport à l'ouvrage, art. 58 CO.

Sur le plan juridique, le fait d'informer que la collectivité décline toute responsabilité, a pour but de rendre attentif l'utilisateur sur sa propre responsabilité individuelle mais ne dispense pas le devoir de diligence requis lors de mise à disposition des itinéraires³⁰.

Dès que la collectivité remplit ses devoirs et se conforme aux injonctions de l'ORFU et de la LCPR, aucune responsabilité ne peut être engagée. Par ailleurs, le principe fondamental demeure la responsabilité individuelle de chacun.

²⁶ ATF 106 IV 353, consid. 3a ss ; Site internet du Bureau de prévention des accidents (BPA) – conseil juridique (disponible en ligne).

²⁷ ATF 106 IV 353, consid. 3a ss ; Site internet du Bureau de prévention des accidents (BPA) – conseil juridique.

²⁸ Guide de prévention des risques et responsabilité sur les chemins de randonnée pédestre de l'ORFU, (disponible en ligne).

²⁹ *Idem*.

³⁰ BPA – Conseil juridique, www.bfu.ch.

Cela étant, dans le cadre du pôle Skialp, il est essentiel de préciser que :

1. Les itinéraires seront cartographiés, mais non-balisés ;
2. Que ces itinéraires n'entrent pas spécifiquement dans le cadre des règles applicables aux chemins pédestres et aux routes balisés ;
3. Que la responsabilité de la collectivité publique ne devrait pas être engagée si elle rend attentif les usagers au non-balisateur et à la non-sécurisation des lieux ;
4. Que la responsabilité individuelle prime, étant précisé que la corporation qui offre le produit touristique devrait porter à la connaissance du consommateur qu'il ne s'agit que d'un pôle et non d'un parc, que seule leur responsabilité pourra être engagée et qu'ils devront, dans la mesure du possible, se faire accompagner d'un guide, pour assurer leur sécurité.

* * * * *

V. Responsabilité pénale

a. De l'organisme public

Intéressons-nous désormais à la responsabilité pénale qui peut être engagée.

De prime abord, l'art. 102 al. 4 du Code pénal suisse (*ci-après* : CP) dispose que « sont des entreprises au sens du présent titre les personnes de droit public, à l'exception des corporations territoriales (soit Cantons, Communes) ». Ainsi, seul un agent public peut être personnellement tenu pour responsable (art. 102 al. 4 CP *a contrario*), à savoir les membres de la collectivité tels que le cantonnier/président de la commune³¹.

Dans le cas d'espèce, l'on peut admettre que le comportement, respectivement l'omission d'agir du responsable du projet *pourrait* être constitutif d'homicide par négligence (art. 117 CP) ou lésions corporelles par négligence (art. 125 CP).

Afin que la responsabilité pénale soit engagée, il faut que celui-ci ait agi par négligence, c'est-à-dire par imprévoyance coupable (art. 12 al. 3 CP). L'auteur a agi par négligence lorsque « d'une part, il a violé les règles de prudence que les circonstances lui imposaient pour ne pas excéder les limites du risque admissible et que, d'autre part, il n'a pas déployé l'attention et les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour se conformer à son devoir³² ».

Ainsi, il ne suffit pas qu'il ait violé ses devoirs de diligence, il faut qu'on puisse reprocher à l'auteur un manque d'effort blâmable. Encore faut-il établir que le comportement passif soit contraire à l'obligation d'agir (art. 11 al. 1 CP) afin d'éviter la survenance du résultat³³.

³¹ Guide de prévention des risques et responsabilité sur les chemins de randonnée pédestre ; HALDY Jacques, Point juridique : La responsabilité de la commune et des membres de la Municipalité (disponible en ligne : www.ucv.ch).

³² TF 6B_275_2015 du 6 septembre 2016 ; ATF 135 IV 56 consid. 2.1 p. 64 ; 134 IV 255 consid. 4.2.3 p. 262

³³ CASSANI, CR-CP, art. 11 CP, n° 20.

En d'autres termes, les communes du District d'Entremont devraient occuper **une position de garant** et, leur inaction devrait violer une obligation d'agir résultant de cette position³⁴.

Le droit pénal qualifie ainsi de garant « celui qui, compte tenu de sa situation juridique, doit empêcher la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale ». Cette obligation comprend un devoir de protection (protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés) et un devoir de surveillance (empêcher la réalisation de risques connus)³⁵.

On peut assimiler cette situation à la position qu'occupe un guide ou un professeur de sports de neige ; ces derniers ont des devoirs et une responsabilité très étendue aux vues de leurs connaissances, leurs capacités et qualités ainsi que du contrat de mandat (art. 394 ss CO) ou de travail (art. 319 ss CO) les liants à leur client.

En l'espèce, les communes du District de l'Entremont ne seront pas engagées contractuellement avec les usagers alpins, de sorte que leurs obligations/devoirs seront moindres.

*

L'art. 11 al. 2 let. d CP fonde comme source du devoir juridique spécial, d'agir dans le cadre de la création d'un risque . Il en découle que « celui qui a créé un risque pour les biens juridiques d'autrui est tenu de prendre les mesures propres à en écarter la réalisation »³⁶. L'obligation d'agir est limitée aux mesures de précaution aptes à éviter la survenance du dommage qui découle du risque créé dans un lien de causalité adéquate.³⁷

Ainsi, le garant ne répond que des risques **typiquement** liés à l'activité qu'il a le devoir de surveiller³⁸.

Comme démontré plus haut (*supra* III/c), il est possible que la collectivité publique soit considérée comme « auteur » de la création d'une situation dangereuse, en particulier si le produit touristique ne rend pas attentifs les usagers au fait que les itinéraires ne sont pas balisés, ni sécurisés.

En effet, les parcours faisant l'objet de tracés sont mis à disposition par la collectivité publique ce qui pourrait créer une certaine confiance de l'utilisateur, ainsi que l'attente d'une protection³⁹.

Dans la situation qui nous préoccupe, l'on peut admettre que les mesures devant être prises par l'auteur d'un tracé de randonnée alpine sont circonscrites.

A la lumière de ce qui prévaut pour la responsabilité étatique des chemins de randonnées alpines, les mesures visant à réduire les risques sont limités aux endroits extrêmement dangereux⁴⁰. En effet, on ne peut raisonnablement attendre des responsables de sécuriser la montagne car les dangers naturels, tels que les avalanches sont imprévisibles.

Il est donc extrêmement rare qu'un comportement de la collectivité ou de ses agents soit jugé fautif sur le plan pénal.

³⁴ CASSANI, art. 11 CP, n° 20.

³⁵ REMY, CR-CP art. 125 CP.

³⁶ ATF 116 IA 202, c. 2, JdT 1992 IV 122.

³⁷ CASSANI, CR-CP, art. 11 CP, n° 43.

³⁸ CASSANI, CR-CP, art. 11 CP, n° 11 ; GRAVEN, *L'infraction*, n° 83.

³⁹ Donatsch/TAG.

⁴⁰ Guide de prévention des risques et responsabilité sur les chemins de randonnée pédestre

Néanmoins, la collectivité peut se rendre coupable de négligence, dans la situation où elle aurait omis de prendre les mesures pour éviter un danger tout en ayant connaissance de la gravité du danger⁴¹. Tel est le cas si par exemple le chemin n'a pas été fermé à titre préventif et qu'un risque immédiat d'avalanche était prévisible⁴².

Afin de se prémunir de toute responsabilité, les Communes du District de l'Entremont – ou l'exploitant du produit touristique – devrait tout au moins rendre attentifs les usagers des risques encourus et des précautions à prendre.

b. Individuelle

Il est de la responsabilité de chacun d'avoir l'équipement adéquat pour pratiquer la randonnée alpine, de s'informer du risque d'avalanche en consultant le bulletin météorologique mis en ligne par le SLF⁴³ et d'adapter son comportement aux circonstances. Le principe de la responsabilité individuelle est la règle absolue⁴⁴.

La responsabilité pénale des skieurs/snowboarder est engagée sur la base des art. 117 CP et 125 CP en cas d'accident ou d'avalanche entraînant la mort ou des lésions corporelles. S'ils déclenchent une avalanche, leurs comportements peuvent être qualifiés d'entrave à la circulation publique au sens de l'art. 237 CP.

Cet article prévoit que : « celui qui, intentionnellement, aura empêché, troublé ou mis en danger la circulation publique, notamment la circulation sur la voie publique, par eau ou dans les airs, et aura par-là sciemment mis en danger la vie ou l'intégrité corporelle des personnes sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».

En outre, les règles FIS et les directives SKUS reconnues par le Tribunal fédéral comme référence en matière de diligence et de surveillance, ne doivent pas être enfreintes sous peine d'entraîner la responsabilité pénale de l'auteur de l'accident au sens des articles du CP précités⁴⁵.

En l'occurrence, les itinéraires n'étant pas balisés, seule une prudence ordinaire pourrait être commandée sur le plan pénal.

Néanmoins, les communes du District de l'Entremont – ou l'exploitant du produit touristique – devrait rendre attentifs les usagers du pôle à adopter un comportement prudent.

VI. Conclusions responsabilité penal

en somme, la responsabilité pénale des communes du District de l'Entremont et de leurs agents ne sera *a priori* jamais retenue dans le cadre d'accidents sur des itinéraires non balisés.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ <https://www.slf.ch/fr/bulletin-davalanches-et-situation-nivologique.html#dangeravalanche>

⁴⁴ BPA – conseil juridique ; www.bfu.ch.

⁴⁵ BPA – conseil juridique ; voir ATF 106 IV 352 consid. 3a ss.

En outre, la responsabilité individuelle des usagers prime et s'impose. En effet, il incombe aux randonneurs des devoirs de sécurités et de diligences étendus.

VII. Publicité et responsabilité

S'agissant de la responsabilité hypothétique des organismes publics, qui découle de la publicité pour une région, invitant à prendre part à une activité similaire au hors-piste, l'on peut d'ores et déjà exclure la responsabilité fondée sur la confiance déçue.

En effet, cette dernière s'applique lorsque les individus concernés se trouvent dans une relation juridique spéciale qui justifie l'application du devoir de protection et d'information selon le principe de bonne foi (art. 2 CC)⁴⁶.

L'art. 2 CC dispose que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. ». Agir contrairement à la bonne foi signifie notamment le fait de renforcer ou de laisser subsister certaines attentes chez l'autre partie, avant de les décevoir de manière incompatible avec leurs obligations de bonne foi ou de loyauté. Néanmoins, le principe de bonne foi tel qu'exposé ci-dessus est limité par le principe de la bonne foi subjective, soit l'absence de sentiment d'irrégularité juridique.

Il semble peu probable que le simple fait d'afficher des publicités incitant à l'activité du ski-alpinisme hors-pistes fonde une relation juridique spéciale entre les intéressés. En outre, la bonne foi subjective peut être mise en échec, les destinataires de la publicité (soit un nombre indéterminé de personne) pouvant raisonnablement se rendre compte du risque encouru par une telle activité.

* * *

Quant à la responsabilité civile, il s'agit de savoir si la publicité peut en tant que telle participer à la création ou à l'aggravation d'un état de fait dangereux.

Il semblerait que la publicité ne participe pas en soi à la création d'une situation dangereuse. De plus, la publicité en question ne constitue pas une publicité mensongère, qui serait réprimée par la loi sur la concurrence déloyale. Cela étant, l'art. 41 CO ne trouve pas application, ce dernier exigeant la présence d'un acte illicite (*supra* III/e).

* * *

⁴⁶ Cf. CC&CO annoté, art. 1 CO p.4.

Quant à la responsabilité pénale, celle-ci ne pourrait être engagée uniquement si l'auteur des affiches a agi intentionnellement. En effet, le fait d'afficher des publicités ne donnant source à aucune obligation d'agir ne fonde pas une position de garant au sens de l'art. 11 al. 2 let. d CP, aucun devoir de diligence ne peut donc être violé.

Bien qu'envisageable, le dol éventuel, soit que « l'auteur qui ne veut pas le résultat dommageable pour lui-même, envisage le résultat de son acte comme possible et l'accepte au cas où il se produirait⁴⁷ » peut être exclu. Il serait en effet difficile de prouver l'intention de l'auteur.

* * * * *

VIII. Synthèse

Au vu de ce qui précède, il est possible mais très peu probable que la collectivité publique soit tenue pour responsable en cas d'accident entraînant des lésions corporelles ou la mort et, en cas d'avalanche.

Cette responsabilité peut être déterminée par le droit privé et donc l'art. 41 CO, même s'il en va d'une responsabilité étatique. La collectivité participe certes à la création d'un état de fait dangereux, mais n'occupe pas une position de garant de laquelle il découle certaines obligations telles que les mesures de sécurisation⁴⁸.

Afin de lui reprocher une violation de ces devoirs, il faut que ceux-ci soient commis de manière fautive, c'est-à-dire que la collectivité n'ait pas pris les mesures requises pour parer aux dangers.

Or, comme les itinéraires n'étant pas balisés, il suffirait de rendre attentifs les usagers du pôle à certaines mesures de précaution. Néanmoins, les risques survenant des activités faisant partie des aléas de la vie et, les dangers imprévisibles ne peuvent souvent être empêchés.

En outre, l'éventuelle responsabilité de la collectivité publique, tant sur le plan pénal que civil, ne serait retenue que de manière très restrictive, car elle est limitée par la responsabilité personnelle de chacun. Cela s'explique notamment par le principe de la responsabilité individuelle auquel l'ordre juridique suisse accorde une grande d'importance.

A toutes fins utiles, il est précisé que les notions de responsabilité devront être revues en cas de commercialisation du pôle et plus particulièrement si les utilisateurs doivent payer pour accéder aux itinéraires.

⁴⁷ ATF 6B_34/2017 consid. 1.1 ; 133 IV 9 consid. 4.1.

⁴⁸ Dangers naturels sur les chemins et sentiers pédestres, Responsabilité et tâches des communes, Groupe de travail « dangers naturels » du canton de Berne : https://www.naturgefahren.sites.be.ch/naturgefahren_sites/fr/index/ueber_uns/ueber_uns/publikationen.assetref/dam/documents/VOL/Naturgefahren/fr/naturgefahren_bei_fuss-_und_wanderwegen_f.pdf.

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2020
presso Musumeci S.p.A.
Quart (Valle d'Aosta)



F O N D A Z I O N E
CENTRO INTERNAZIONALE SU
DIRITTO, SOCIETÀ E ECONOMIA
OSSERVATORIO SUL SISTEMA MONTAGNA
"LAURENT FERRETTI"

Via ROMA, 88/D
11013 COURMAYEUR,
Valle d'Aosta
Tel. (0165) 846498 - Fax (0165) 845919
www.fondazionecourmayeur.it
E-mail: info@fondazionecourmayeur.it
C. F. 91016910076

Il volume è anche disponibile su www.fondazionecourmayeur.it

