

Rassegna di diritto
farmaceutico e della salute

**RIFLESSIONI GIURIDICHE
SUL *DOPING***

Avv. Roberto Carmina

ARTICOLI, NOTE E COMMENTI

RIFLESSIONI GIURIDICHE SUL DOPING

Abstract Il lavoro prende in considerazione criticamente il reato di *doping*, valutando la sua compatibilità con il principio di offensività e analizzando il potenziale conflitto tra esso e l'art. 25, comma 2°, della Costituzione, sotto il profilo della violazione del principio di tassatività.

Sommario: 1. Il reato di *doping* e il grado di anticipazione della tutela penale; 2. Le fattispecie incriminatrici in materia di *doping* sul "banco di prova" del principio di riserva di legge

1. Il reato di *doping* e il grado di anticipazione della tutela penale

Ai sensi dell'art. 9, comma 1° e 2°, della legge n. 376/2000 commette il reato di *doping* "chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste all'articolo 2, comma 1°, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze" oppure "chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste all'articolo 2, comma 1°, non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche".

A ben vedere la disposizione appena riportata prevede quattro fattispecie incriminatrici: da una parte l'*eterodoping*, presunto o reale, che si ha nell'ipotesi in cui si procuri ad altri, (1) si somministri, (2) o si favorisca l'utilizzazione di farmaci o di sostanze vietate (3) oppure si adottino pratiche mediche vietate, (4) dall'altra l'*autodoping*, presunto o reale, che si configura in caso di assunzione di farmaci o sostanze dopanti oppure nel caso di sottoposizione a pratiche mediche vietate. (5)

Pertanto alle due fattispecie incriminatrici qualificabili di *doping* "reale" si aggiungono le condotte eterodirette e quelle autodirette di *doping* "presunto" finalizzate e comunque idonee a modificare i risultati dei controlli *antidoping*. Si fa riferimento, in quest'ultimo

1) Nell'attività volta a procurare ad altri i farmaci e le sostanze dopanti rientra qualsiasi condotta volta a realizzare un'intermediazione tra cedente e cessionario.

2) La condotta di somministrazione di sostanze o farmaci dopanti si configura laddove vi sia una consegna di sostanze vietate per un uso immediato o futuro.

3) L'attività volta a favorire comunque l'utilizzo di sostanze o farmaci dopanti ricomprende qualsiasi condotta che, non rientrando nel procacciamento e nella somministrazione, faciliti l'utilizzo di sostanze vietate.

4) Per adozione di pratiche mediche vietate si intende la prescrizione e la predisposizione di pratiche mediche vietate.

5) Incidentalmente è opportuno rilevare che nei concetti di *eterodoping* e di *autodoping* rientra non soltanto l'utilizzo di sostanze dopanti, ma anche dei trattamenti medici diretti a potenziare artificialmente le prestazioni sportive. L'assimilazione tra le sostanze e le pratiche mediche dopanti si è resa necessaria, tra l'altro, per contrastare il frequente utilizzo da parte degli atleti di trasfusioni ematiche dirette a migliorare i risultati sportivi.

caso, a reati di *doping "presunto"* in quanto la condotta incriminata, trova la sua *ratio* nel timore dell'atleta dell'esito dei controlli *antidoping*. Si tratta di fattispecie incriminatrici che mantengono una certa autonomia rispetto all'*eterodoping* e all'*autodoping*, visto la loro profonda differenza materiale e funzionale che si esplica in una diversa oggettività giuridica, essendo finalizzate alla tutela della correttezza dei controlli *antidoping*. (6)

In più, emerge la natura di reato comune delle ipotesi eterodirette in quanto il soggetto attivo può essere chiunque e il carattere di reato a soggettività ristretta delle condotte autodirette visto che il destinatario della norma penale è il soggetto che pratica l'attività sportiva.

Inoltre, il reato di *doping* ha natura pluri offensiva perché, oltre a tutelare la salute degli atleti, è diretto alla salvaguardia della correttezza nello svolgimento delle competizioni sportive. Rispetto ai beni giuridici tutelati dalla fattispecie incriminatrice la previsione normativa dell'idoneità a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo anticipa la tutela a una fase precedente al danno, caratterizzando il delitto di *doping* in termini di reato di pericolo. Conseguentemente per poter configurare il reato è sufficiente che la condotta tipica abbia come conseguenza un evento giuridico di pericolo per i beni giuridici tutelati dal reato.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza individuano varie categorie di reati di pericolo in relazione al grado di anticipazione della tutela del bene giuridico alla cui salvaguardia è finalizzata la norma incriminatrice. Infatti, in materia di reati di pericolo le classificazioni sono le più varie, ma a nostro avviso, la terminologia più chiara può essere proposta nei termini di una tripartizione che individua: i reati di pericolo concreto, i reati di pericolo astratto o legalmente presunto e i reati di pericolo indiretto. I primi si hanno in tutti i casi in cui il giudice deve necessariamente verificare la presenza di un pericolo per il bene tutelato o considera il pericolo come unico elemento di tipizzazione della condotta (7). I reati di pericolo astratto, invece, sono quelli in cui il giudizio di pericolo viene compiuto dal legislatore, utilizzando le leggi di esperienza. In ultimo, i reati di pericolo indiretto sono delle fattispecie incriminatrici che il legislatore prevede allo scopo di anticipare la tutela penale a uno stadio anteriore alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Sulla base di questa qualificazione della categoria dei reati di pericolo astratto e di quella dei reati di pericolo indiretto è stata messa in dubbio la loro conformità con il principio di offensività (8). In particolare, per quel che riguarda i reati di pericolo astratto potrebbe sempre accadere che si realizzi un'ipotesi concreta in cui alla valutazione di pericolosità di determinate condotte, operate dal legislatore su un piano generale e astratto non corrisponda la effettiva pericolosità di determinate condotte concrete, con conseguente scostamento dal criterio di offensività (9).

6) Una parte della dottrina sostiene anche che i reati di *doping "reale"* e quelli di *doping "presunto"* si distinguerebbero in quanto solo il primo richiederebbe il dolo specifico mentre per il secondo sarebbe sufficiente il dolo generico in quanto la locuzione "sono diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze" dovrebbe condurre a tale conclusione. Sulla questione si veda MICHELETTA G (2001). *I profili penalistici della normativa sul doping*, in *L'Indice penale*, 1346-1347.

7) Si discute se il giudizio sulla sussistenza del pericolo deve essere effettuato a base totale cioè tenendo conto di tutte le circostanze presenti al momento del fatto anche non conoscibili dall'agente oppure a base parziale cioè prendendo in considerazione soltanto le circostanze conoscibili ex ante da un osservatore avveduto, più le particolari conoscenze proprie dell'agente concreto.

8) In tema, tra l'altro, si veda CARINGELLA F - DE PALMA M (2011). *Il principio di offensività*, in *Lezioni e Sentenze di Diritto Penale, Parte generale*, Dike Giuridica, Roma, 28 s.s.

9) Tuttavia, alcuni reati di pericolo astratto come l'incendio di cosa altrui, sono configurati dal Legislatore o dalla stessa giurisprudenza in modo tale che la condotta che il giudice deve accertare sia necessariamente offensiva: si pensi all'accertamento di un incendio vasto, violento e idoneo a propagarsi. Un secondo gruppo di tali reati risulta compatibile con il principio di offensività adottando un'interpretazione che esclude dalla tipicità quelle fattispecie che non creano un pericolo o un danno per il bene giuridico tutelato. Adottando tali principi la giurisprudenza ha escluso che la calunnia o la falsa testimonianza potessero configurarsi in mancanza di idoneità lesiva. Un terzo tipo di reati di pericolo astratto è incompatibile con il principio di offensività, ma non è incostituzionale, perché realizza la stessa *ratio* di tale criterio, ossia la tutela del bene giuridico. In tale categoria rientrano quei reati che puniscono condotte di per sé non offensive, ma che lo diventano se poste in essere da più soggetti in modo seriale, e quelle fattispecie che

Com'è noto il principio di offensività configura una caratteristica essenziale dei reati, ossia la loro necessaria lesività nelle forme del nocumento o del pericolo per un bene giuridico. Tale principio per la dottrina trova fondamento nella Carta Fondamentale in quanto gli articoli 1, 2, 3 e 8, comma 1°, della Costituzione definiscono lo stato Italiano come laico, pluralista e garantista dei diritti fondamentali degli individui, ai quali spetta la sovranità. Da ciò deriva che il nostro sistema non può reprimere la mera pericolosità del soggetto o semplici disobbedienze. Inoltre, il principio in esame trova anche riscontro nell'art. 13 della Costituzione dal quale si desume che la libertà è un diritto fondamentale la cui limitazione, attraverso l'applicazione di una sanzione penale, si può ammettere solo in presenza di una reale offesa ad altri beni pure essi meritevoli di tutele e in base all'art. 25 della Carta Fondamentale, nel quale si fa riferimento al fatto commesso. Il termine "fatto" in questo contesto andrebbe interpretato nel significato di fatto offensivo di beni giuridici, in quanto l'uomo deve essere punito non per quello che è ma per quello che fa. Anche dalla parte generale del codice penale emerge la rilevanza del principio di offensività nel nostro ordinamento. Infatti, tale criterio emerge dall'art. 40 c.p. sul nesso di causalità, dall'art. 43 c.p. sull'elemento soggettivo della responsabilità, dall'art. 49 c.p. relativo al reato impossibile (dato che esso prevede la non punibilità se l'evento dannoso o pericoloso risulta impossibile), dall'art. 56 c.p. sul reato tentato (richiedendo l'idoneità univoca degli atti a realizzare il delitto), dagli articoli che fanno riferimento alla persona dell'offeso, dall'art. 115 c.p. (che prevede la non punibilità del mero accordo o dell'istigazione) e, infine, dall'art. 133 c.p. (che stabilisce che per determinare la pena in concreto si deve fare riferimento, tra l'altro, alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato). Tale principio risulta anche nella parte speciale del codice penale e, in particolare dalla stessa sistematica di questa, che si fonda sul bene giuridico offeso. Ulteriormente il D.P.R., 22 Settembre 1988, n. 448, sul rito minorile e il D.lgs., 28 Agosto 2000, n. 274, sul procedimento penale davanti al Giudice di pace stabiliscono come indice per l'improcedibilità dell'azione la tenuità del fatto (10).

Alla luce delle pregresse considerazioni, la questione controversa, oggetto della presente trattazione, consiste nell'accertare a quale categoria di reato di pericolo appartengono le fattispecie delittuose prese in esame e se si configuri la lesione del principio di necessaria offensività. La dottrina si è divisa tra chi ritiene che il reato di *doping* sia un reato di pericolo astratto (11), chi sostiene che si tratti di un reato di pericolo concreto (12) e chi propende per una natura mista di tale reato (13).

incriminano dei fatti che alla luce dello stato della conoscenza del tempo non è certo che rechino un pregiudizio alla salute, ma vi è un fondato sospetto che siano pregiudizievoli.

10) Sul principio di offensività e sui reati di pericolo cfr. MARINUCCI G - DOLCINI E (2012). *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Giuffrè, Milano; ANTOLISEI F (2003). *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano; FIANDACA G - MUSCO E (2001). *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna; GAROFOLI R (2003). *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano; MANTOVANI F (2011). *Diritto penale - Parte generale*, CEDAM, Padova; PAGLIARO A (2003). *Principi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano; GALLI R (2008). *Appunti di diritto penale*, CEDAM, Padova; CARINGELLA F - DE PALMA M - DELLAVALLE F (2011). *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Dike Giuridica, Roma.

11) Tra gli altri, FADALTI L, *Il delitto di doping nella giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista Penale*, 2004, 436; ARIOLLI G - BELLINIV (2005). *Disposizioni penali in materia di doping*, Giuffrè, Milano, 75.

12) Si veda, tra gli altri, FADALTI L - REBECCA M (2005). *Delitto di doping: irrisolto il contrasto interpretativo tra le sezioni semplici della Cassazione*, in *Rivista Penale*, 919; MADIA N (2008). *Il delitto di assunzione di sostanze dopanti: al bivio tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Cassazione Penale*, 2576; STRUMIA M (2004). *Doping nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, Torino, 203; AIELLO G (2002). *La legge antidoping e i suoi riflessi sull'assetto dei rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo*, in *Profili attuali di diritto sportivo e nuova legge antidoping*, a cura di GAMBONI G, Giuffrè, Milano, 50 s.s.; LAGEARD G (2002). *Doping non è reato somministrare sostanze anabolizzanti senza fine di alterare la prestazione agonistica*, in *Diritto penale e processo*, 1007; JOVINO M (2004). *La repressione del doping: profili penali*, in *La tutela della salute nelle attività motorie e sportive: doping e problematiche giuridiche*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 192; TRAVERSI A (2001). *Diritto penale dello sport*, Giuffrè, Milano, 114.

13) BONINI S (2006). *Doping e diritto penale*, CEDAM, Padova, 250 s.s.

Secondo il primo orientamento il reato di *doping* si deve considerare un reato di pericolo astratto in quanto: nel testo normativo della disposizione in esame non vi sono appigli da cui possa desumersi la natura di reato di pericolo concreto, la configurazione del reato in tal senso fa venire meno le inevitabili difficoltà probatorie derivanti dall'accertamento giudiziale della riferibilità della patologia all'assunzione o somministrazione della sostanza dopante; l'accertamento del Giudice sulla pericolosità potrebbe realizzare una disapplicazione della norma penale e stante la rilevanza fondamentale della salute quale bene giuridico tutelato in via principale dalla fattispecie incriminatrice presa in esame. La Corte di Cassazione aderisce a tale linea di pensiero, che propende per la natura di reato di pericolo astratto della fattispecie incriminatrice in esame, e afferma testualmente: "*il riconoscimento della pericolosità (...) è già insito nell'inserimento di una determinata sostanza, ovvero nella previsione di soglie di concentrazione non consentite di essa, nelle liste di riferimento delle classi farmacologiche di sostanze dopanti e di metodi doping vietati stabilite dalle organizzazioni internazionali, con la conseguenza il giudice non deve accertare, di volta in volta, la concreta attitudine offensiva, per qualità e quantità, delle sostanze assunte o somministrate*" (14).

Per un secondo orientamento il reato di *doping* si deve ritenere di pericolo concreto visto le difficoltà incontrate dagli interpreti nel conciliare la figura di reato di pericolo astratto con il fondamentale principio di offensività e considerato che la disposizione contiene un espresso riferimento all'idoneità delle sostanze dopanti a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, mentre se il Legislatore si fosse voluto riferire ad un'accezione astratta di pericolo si sarebbe limitato a prevedere un divieto di adoperare sostanze ad effetto dopante. Conseguentemente, seguendo tale linea di pensiero, si deve effettuare un giudizio di idoneità sia in sede amministrativa che in ambito giurisdizionale.

Ad avviso di altri autori, invece, il reato di *doping* avrebbe natura mista in quanto il reato di *eterodoping* dovrebbe considerarsi di pericolo astratto visto la rilevanza del bene giuridico salute quale oggetto di tutela della fattispecie incriminatrice presa in esame, mentre il reato di *autodoping* si dovrebbe ritenere di pericolo concreto dato che, in questo caso, il bene tutelato dovrebbe considerarsi il patrimonio con conseguente inammissibilità di una tutela anticipata di esso, stante la sua rilevanza minore rispetto alla salute. Inoltre, a conferma di quanto sostenuto, si sostiene che "*la compresenza sotto la stessa cornice di pena del doping manu alius e del doping manu propria appare conforme al canone basilare di proporzione sistematica che deve guidare la commisurazione giudiziale e prima ancora le comminatorie legislative, (solo) nella misura in cui a differenti beni giuridici corrispondano diverse scale di anticipazione della tutela penalistica*" (15). Tuttavia, secondo il nostro modo di vedere, se il Legislatore avesse voluto prevedere due fattispecie incriminatrici distinte che tutelano differenti beni giuridici e che rientrano anche in categorie diverse di reati, non le avrebbe di certo inserite in una stessa cornice normativa, prevedendo, inoltre, la stessa pena.

Invece, riteniamo che occorra distinguere un dimensione formale della disposizione incriminatrice del *doping* da un piano sostanziale di questa.

Infatti da un punto di vista formale il rinvio contenuto nell'art. 9, commi 1° e 2°, della legge n. 376/2000, a un provvedimento governativo diretto ad individuare le sostanze dopanti, svolgerebbe una funzione rilevante ai fini di una valutazione sull'anticipazione della soglia di tutela penalistica. Infatti, seguendo un criterio formale, il Legislatore, prevedendo che l'incriminazione dipenda dall'individuazione della sostanza dopante da parte di provvedimenti amministrativi, avrebbe voluto manifestare una dissociazione tra una casistica

14) Corte di Cassazione, Sezione III penale, 12 Luglio 2007, n. 27279, consultabile in *Giurisprudenza*, 2007, 83.

15) BONINI S (2006). *Doping e diritto penale*, CEDAM, Padova, 258.

finita, ma in evoluzione, oggetto di previsione amministrativa che si presumerebbe caratterizzata dall'offensività e ulteriori ipotesi oggetto di una verifica di offensività in concreto da svolgersi di volta in volta da parte dell'Autorità giudiziaria.

Tuttavia, a nostro avviso, bisogna prendere atto della necessità di un'interpretazione che escluda dalla tipicità del fatto quelle fattispecie non compatibili con il principio di offensività, visto che non realizzano un pericolo per il bene giuridico tutelato, in adesione a quell'orientamento di pensiero secondo cui il fatto penalmente inoffensivo è tipico solo in apparenza (16). Tale operazione ermeneutica trova conforto nella necessità di evitare interpretazioni contrastanti con principi cardine del nostro ordinamento (ed incorrere eventualmente anche in un sindacato di illegittimità costituzionale), e laddove sia possibile, dare interpretazioni coerenti con i valori di fondo del nostro ordinamento. In senso conforme la Corte Costituzionale ha evidenziato l'essenziale ruolo del principio di offensività come fondamentale canone ermeneutico alla luce del quale interpretare le disposizioni penali, affermando testualmente che: "è precipuo dovere del giudice di merito apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta se (...) la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante" (17). Inoltre, in tempi più moderni la Corte Costituzionale ha evidenziato nuovamente la rilevanza del principio in esame sostenendo, in materia di aggravante legata all'ingresso illegale nel territorio dello Stato, che: "la previsione considerata (...) ferisce il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore" (18).

Pertanto, a nostro avviso, alla luce di quanto appena affermato, il giudice dovrà svolgere un accertamento fattuale sulla effettiva ricorrenza degli elementi sintomatici del pericolo, e se del caso anche disapplicare i provvedimenti amministrativi che ne siano carenti, ritenendo che il fatto non costituisca reato, e non limitarsi a un raffronto cartolare tra i farmaci utilizzati e quelli non consentiti. Difatti, le ipotesi espressamente previste dal provvedimento amministrativo, se prive del requisito dell'effettività della pericolosità, non possono costituire fattispecie incriminatrici, in quanto realizzano reati impossibili, dato che saremmo di fronte a condotte che in concreto non sono in grado di ledere né la lealtà né la salute pubblica. A tal proposito viene in rilievo, come già accennato, tra l'altro, la disciplina prevista dall'art. 49. c.p., che, lungi dal essere un inutile duplicato in negativo del tentativo, ha un'autonoma dignità legislativa, riconoscendo nell'ambito della legislazione ordinaria il principio di necessaria offensività. La disposizione, difatti, esclude la punibilità di un fatto, quando, "per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso". In altri termini, il giudice dovrà verificare se, nella vicenda storica sottoposta al suo sindacato, all'utilizzazione delle sostanze dopanti consegua l'attivazione di composti chimici, contenuti nel farmaco, concretamente adeguati a realizzare un'effettiva alterazione dell'organismo umano (19), essendo, in caso contrario sufficiente, se del caso, l'applicazione della sanzione sportiva. Conseguentemente, riteniamo che sia necessaria una verifica giudiziale diretta ad accertare se la condotta incriminata ha in concreto un'incidenza ed un'idoneità tali da offendere il bene interessato, che con la previsione del reato il

16) Si veda FIANDACA G - MUSCO E (2001). *Manuale di diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 160. In senso contrario JESCHIECK H - WEIGEND T (1996). *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, A.T, 209 s.s, i quali ritengono che in mancanza di offesa al bene giuridico, il fatto sarebbe tipico ma carente di antigiuridicità sostanziale.

17) Corte Costituzionale, 11 Luglio 1991, n. 333, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, 2067.

18) Corte Costituzionale, 8 Luglio 2010, n. 249, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2996.

19) In senso conforme, CRIMI F (2009). *Il doping autogeno (c.d. autodoping): delitto di adozione e sottoposizione a pratiche mediche dopanti in Diritto dello sport. Profili penali*, a cura di GUARDAMAGNA A, UTET, Torino, 221 s.s.

Legislatore intendeva tutelare. Pertanto l'organo giudicante può sia estendere che limitare la previsione amministrativa in conformità alla disposizione legislativa. In questo modo il magistrato risulta essere vincolato solo dalla legge, come dispone l'art. 101, comma 2°, della Costituzione, e viene oltretutto rispettato anche il principio del *favor rei*, in quanto la disposizione oltre ad essere elastica in senso peggiorativo, lo sarebbe anche in termini migliorativi. Tuttavia, ad onor del vero, bisogna dire che risulta problematica l'individuazione degli specifici criteri a cui il giudice dovrà attenersi per effettuare la valutazione in concreto della pericolosità della condotta incriminata in presenza solo di generiche linee guida legislative (20).

In ultimo, a nostro avviso, se la condotta incriminata dall'art. 9, commi 1° e 2°, della legge n. 376/2000, viene posta in essere da un soggetto che non ha la qualifica di atleta, così come tratteggiata dal diritto sportivo, dovrebbe comportare una valutazione della pericolosità, in concreto effettuata dal giudice, che tenga conto della minore offensività di tale azione rispetto ai beni giuridici tutelati.

Invero, lo sportivo amatoriale in caso di condotta integrante il reato di *doping*, realizza una più tenue lesione della lealtà sportiva e del diritto alla salute. Infatti l'azione illecita dello sportivo amatoriale viene posta in essere, pur sempre, al di fuori delle competizioni ufficiali e ha una minore ricaduta sulla salute collettiva rispetto a un analogo comportamento posto in essere da uno sportivo professionista o dilettante, visto che non ha quel ruolo trainante e di modello per i giovani proprio degli atleti che partecipano alle competizioni disciplinate dal CONI e dagli organismi sportivi internazionali. Pertanto, utilizzando il principio di offensività si possono superare gli eventuali risultati aberranti di un'applicazione *sic et simpliciter* agli atleti amatoriali delle classificazioni governative sulle materie dopanti (21), evitando, d'altra parte, anche, le conseguenze paradossali di un'impunità degli sportivi amatoriali (22). Inoltre, negando la responsabilità penale degli sportivi amatoriali, si realizzerebbe una violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3 della Costituzione. Infatti, verrebbero sanzionati penalmente in modo diverso soggetti in concreto identici, solo sulla base del riconoscimento formale di una determinata disciplina sportiva da parte del CONI.

In conclusione, alla luce di quanto sostenuto, riteniamo che sia indispensabile un sindacato del giudice diretto a verificare la concreta offensività della condotta posta in essere dallo sportivo in quanto, in caso contrario, si rischierebbe di punire un soggetto che non ha leso o messo effettivamente in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

2. Le fattispecie incriminatrici in materia di doping sul "banco di prova" del principio di riserva di legge

La legge n. 376/2000, che ha introdotto le fattispecie incriminatrici in materia di *doping*, rinvia ad una tabella, prevista da un provvedimento ministeriale chiamato a specificare le sostanze dopanti, che va ad integrare il precetto della disposizione penalistica e perciò, a

20) In tema si veda MICHELETTA G (2001). *I profili penalistici della legge sul doping*, in *L'Indice penale*, 1336.

21) Cfr. MICHELETTA G (2001). *I profili penalistici della legge sul doping*, in *L'Indice penale*, 1345 che evidenzia la possibile punibilità del "sedentario che, deciso ad intraprendere un'attività sportiva, si cimenta in lunghe passeggiate con l'aiuto di massicce dosi di caffeina".

22) Si pensi al caso di un'atleta di uno sport non riconosciuto dal CONI che utilizza una gran quantità di sostanza dopanti, visto la presunta irrilevanza penale della sua condotta.

nostro avviso rappresenta una delle ipotesi di norme penali in bianco (23). Come è noto, per norma penale in bianco si intende una disposizione penale incriminatrice in parte priva di contenuto precettivo che, però, è destinata a completarsi tramite il rinvio, nella maggior parte delle ipotesi, a fonti normative secondarie. In relazione a tale tecnica normativa sorge una problematica che concerne la riserva di legge in relazione alle fattispecie penali incriminatrici. Infatti la Corte Costituzionale (24) (pur spesso astenendosi dal prendere esplicita posizione in merito alla natura della riserva di legge) ha ritenuto, in varie occasioni, che la riserva di legge in materia penale è assoluta, in quanto l'art. 25, comma 2°, della Costituzione, demanda il potere normativo in materia penale al Parlamento, dato che le fattispecie penalistiche incidono sui diritti fondamentali dell'individuo, e soprattutto sulla libertà personale. La ratio di tale previsione normativa è da individuarsi nella stessa natura del Parlamento, che costituisce la massima manifestazione della rappresentanza politica, visto che viene eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, ed esprime, altresì, le sue decisioni all'esito di un procedimento, quello legislativo, che necessita di un preventivo raffronto dialettico tra tutte le forze politiche e, sia pure in via indiretta, con l'opinione pubblica (25).

Nel nostro sistema legislativo il fondamento della riserva assoluta di legge in materia penale è rinvenibile nell'art. 25, comma 2°, della Costituzione, secondo cui la potestà punitiva dello Stato non può superare il limite dato dalla necessità che la fattispecie incriminatrice sia stata espressamente disciplinata. Conseguentemente, la fattispecie incriminatrice legislativa dovrebbe essere completa sia nel precetto che nella correlazione tra questo e la sanzione.

Tuttavia, è opportuno, in alcuni casi, che il Legislatore ricorra all'integrazione di fonti secondarie in quanto vi sono degli aspetti tecnici che richiedono un aggiornamento costante per adeguarsi all'innovazione scientifica. Sul tema la Corte Costituzionale ha affermato, in varie occasioni, da un lato, la natura assoluta della riserva di legge in materia penale, dall'altro, l'ammissibilità costituzionale, in ambito penalistico, delle norme penali in bianco (26). Queste affermazioni, a nostro avviso, non sono compatibili, in quanto se la riserva di legge fosse assoluta non sarebbe, evidentemente, ammissibile un'integrazione della fattispecie incriminatrice da parte di fonti secondarie (27). Conseguentemente, riteniamo che l'ammissibilità delle norme penali in bianco dimostri la natura in parte relativa della riserva di legge in materia penale, laddove entrino in gioco altri valori aventi rilevanza costituzionale, e la sola necessità di una "sufficiente determinazione" delle disposizioni incriminatrici di tal genere. Infatti, come più volte sostenuto dalla Corte Costituzionale è da considerarsi costituzionalmente legittima la norma penale in bianco se delinea in modo sufficientemente determinato il contenuto e i limiti del precetto penale pur sen-

23) In tal senso vedi Tribunale di Bari, 24 Ottobre 2003, in *Foro Italiano*, 2004, 88 s.s., secondo il quale le fattispecie incriminatrici sancite dalla legge n. 376/2000 sono costruite, dal punto di vista strutturale, come norme penali in bianco, nel senso che l'applicazione di queste è condizionata all'emanazione dei decreti ministeriali attuativi. In senso conforme, in dottrina, si veda, tra gli altri, JOVINO M. (2004). *La repressione del doping: profili penali*, in *La tutela della salute nelle attività motorie e sportive: doping e problematiche giuridiche*, a cura di BOTTARI C., Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 186.

24) Tra le altre, Corte costituzionale, 13 Febbraio 1995, n. 34, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 362.

25) Cfr. CARLASSARE L. (2006). *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in *Le fonti del diritto, oggi: giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 155 s.s., secondo la quale "solo l'Assemblea legislativa può intervenire sui diritti del cittadino" visto il suo carattere pluralistico e composito, e afferma che le norme costituzionali che prevedono riserve poste a salvaguardia dei diritti, suggellate dal massimo grado di assolutezza, comportano una riserva di atto, la legge parlamentare, "dovuta alla natura dell'organo che lo emana e alla pubblicità del procedimento legislativo nell'articolazione delle sue fasi".

26) Tra le altre, Corte Costituzionale, 30 Gennaio 2009, n. 21, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 144.

27) In senso conforme AMATO G. (1964). *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 497.

za delineare in modo completo la fattispecie incriminante (28). Tali considerazioni sono particolarmente opportune in materia di doping in quanto è necessario ragguagliare a presupposti "flessibili" la determinazione delle sostanze dopanti che postulano cognizioni necessariamente variabili in rapporto ai progressi tecnico-scientifici che la materia può subire nel tempo.

Pertanto, la riserva assoluta di legge, in materia di *doping*, deve essere relativizzata per renderla compatibile con altri principi aventi valenza costituzionale: quali il principio di certezza del diritto e quello di offensività.

Infatti, da una parte, è evidente, che, in materia di *doping* (così come in materia di stupefacenti), per garantire la certezza del diritto la disposizione legislativa penalistica necessita di una specificazione che limiti la discrezionalità dell'organo giudicante e che viene realizzata ancorando l'incriminazione all'individuazione delle sostanze dopanti così come classificate da parte degli atti normativi secondari, dall'altra, questa integrazione non può avvenire mediante un provvedimento legislativo, per la lentezza che caratterizza tale procedimento rispetto alla rapidissima evoluzione farmacologica e per l'opportunità di affidare tali valutazioni a organi che abbiano specifiche competenze in tali materie, ma è appropriato ricorrere a fonti secondarie, garantendo in tal modo una costante corrispondenza tra le sostanze previste e l'offesa ai beni giuridici tutelati dalla legge n. 376/2000 (e quindi tra il dato normativo e la reale lesività) e realizzando una duplice valutazione sulle stesse, a tutto vantaggio del principio di offensività.

Tuttavia, la relativizzazione della riserva di legge assoluta, a nostro avviso, tutelando diritti primari dell'uomo, non può andare oltre certi limiti. Infatti, il precetto penale deve essere sufficientemente determinato e deve contenere le linee guida a cui si devono attenere le fonti sottordinate, specificando le classi di sostanze vietate, le quali devono rientrare in delle categorie chiuse. In altre parole, la fonte secondaria a cui rinvia la legge penale non deve avere una funzione integratrice ma solo di specificazione del disposto legislativo perché in caso contrario verrebbe del tutto meno la ratio garantista dell'art. 25, comma 2°, della Costituzione. La dottrina chiarisce sul punto che "l'apporto di un regolamento tecnico-scientifico dal quale è escluso ogni margine di discrezionalità, di scelta cioè sulle modalità con cui dare esecuzione alla legge, rientra pienamente in quell'attività normativa esclusivamente esecutiva e fondamentalmente esplicativa che, in via astratta, si è ritenuta compatibile con la riserva assoluta" (29). Pertanto, a titolo esemplificativo, si può ritenere legittimo il rinvio, in tema di stupefacenti, al Decreto del Ministero della Salute previsto dagli artt. 2 e 13 del D.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui si specifica che tale fonte normativa secondaria possa completare le tabelle, sulla base di linee guida indicate nello stesso articolo 14 laddove tali criteri siano specifici, vincolando quella che si deve considerare una mera esplicazione esecutiva (si pensi al caso previsto nel comma 1°, del sovra indicato articolo, alla lett. a, numero 3), in cui si fa riferimento alle "sostanze di tipo amfetaminico ad azione eccitante sul sistema nervoso centrale".

Invece, applicando tali principi al reato di *doping*, si evince chiaramente come la descrizione legale della fattispecie incriminatrice in esame utilizza termini vaghi (idoneità a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo) che richiedono l'intervento di una fonte normativa secondaria in funzione integrativa e non di specificazione. Infatti, la fattispecie incriminatrice in esame, non permette, alla fonte secondaria richiamata, la cernita di fatti da un tipo legislativamente predeterminato, visto che qualunque

28) Tra le altre, Corte Costituzionale, 8 Luglio 1971, n. 168, consultabile on line in www.giurcost.org.

29) CACACE E. (2011), *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni tra fonti primarie e secondarie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4825.

sostanza è idonea a modificare le condizioni psicofisiche dell'organismo (30) (non prevedendosi, tra l'altro, neanche, il criterio tecnico cui la Commissione deve attenersi). Conseguentemente possiamo affermare che il reato di *doping* non è rispettoso del principio costituzionale di cui all'art. 25, comma 2°, Costituzione, e, pertanto, potrebbe incorrere in un sindacato di illegittimità costituzionale in quanto la fonte secondaria non puntualizza ma completa la previsione normativa. In altre parole, la norma panale in bianco, nel caso di specie, non può ritenersi rispettosa del principio di legalità, in quanto la fonte extrapenale che individua le sostanze dopanti non rinvia nella legge una sufficiente specificazione circa i relativi presupposti, caratteri e limiti, per cui non vi sono sostanze, che sulla base della previsione legislativa, non possono definirsi dopanti, essendo tutte le sostanze idonee a modificare le condizioni psicofisiche (31).

Un'altra questione problematica è quella sorta in relazione ai reati commessi tra il 2000 e il 2002, cioè tra la data di entrata in vigore della legge n. 376/2000 e il regolamento che ha previsto le sostanze dopanti. Infatti la giurisprudenza sul punto si è divisa tra un orientamento che sosteneva che la legge in esame sia completa ed efficace fin dalla sua entrata in vigore e la tesi che riteneva la legge sul *doping* non immediatamente operativa fino a quando non fosse stato emesso il regolamento che individuava le sostanze dopanti, che veniva richiesto dalla stessa legge in esame. Il primo orientamento si fonda sulla considerazione che le sostanze dopanti già erano state stabilite dalla legge n. 552/1995, attuativa della Convenzione contro il *doping* stipulata a Strasburgo il 16 Novembre 1989, per cui il regolamento sarebbe meramente ricognitivo e la stessa legge n. 376/2000, sotto questo specifico profilo, più che costituire una norma penale in bianco si dovrebbe considerare una sorta di rinvio formale alla precedente legge e alle liste convenzionali. Per la seconda tesi (che propende per la natura di norma penale in bianco della legge n. 376/2000), invece, si ritiene, che richiedendo la legge un regolamento che specifichi le sostanze dopanti, questa non potrebbe trovare applicazione fino a quando la fonte secondaria non venga pubblicata. La questione è stata risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione (32), che risolvendo un contrasto giurisprudenziale tra la seconda (33) e la terza sezione (34) della Cassazione, affermarono, una volta per tutte, la natura meramente ricognitiva dell'elenco risultante dal provvedimento ministeriale del 15 Ottobre 2002 (e successivi) rispetto alla previsione della legge n. 522 del 1995, attuativa della Convenzione di Strasburgo e alle indicazioni del CIO (tra cui in primo luogo il Codice Wada) e delle Organizzazioni internazionali sportive. In altre parole, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sposarono

30) In senso conforme MICHELETTA G. (2001), *I profili penalistici della legge sul doping*, in *L'Indice penale*, 1334 s.s., il quale ritiene che il concetto di idoneità a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo sia privo di senso "in quanto ogni sostanza che abbia un'attività biologica è idonea, se assunta, a modificare le condizioni psicofisiche e biologiche dell'organismo". In più, l'autore citato sostiene anche che in materia di doping, non viene precisata una soglia di effetti minimi che i farmaci devono produrre sullo sportivo a differenza di quanto viene previsto per gli stupefacenti, dove un criterio obiettivo di valutazione legislativa sussiste.

31) Contra, MARRA G. (2001), *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in *Cassazione penale*, 2857 il quale sostiene "il legislatore (...) ha fatto tesoro di una consolidata esperienza da tempo maturata nell'ambito della legislazione sugli stupefacenti, allo scopo di consentire un congruo bilanciamento tra le esigenze garantistiche sottese alla riserva di legge e quella, non meno sensibile, della tutela del cittadino contro possibili abusi giudiziari di elementi essenziali della fattispecie eccessivamente ampi (...). La complessa definizione di doping approntata dall'art. 1, commi secondo e terzo, colma ogni possibile lacuna, riconducendo il potere attributivo alla Commissione e al Ministero della salute nei limiti di una integrazione strettamente tecnica della legge penale che, in quanto priva di contenuto discrezionale sul piano della politica criminale, non è in grado di scalfire il monopolio attribuito all'art. 25 comma secondo della Cost. al Parlamento, facendo così salva la costituzionalità della norma incriminatrice".

32) Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, 25 Gennaio 2006, n. 3087, consultabile in *Diritto penale e processo*, 2006, 446 a 448.

33) Corte di Cassazione, Sezioni II penale, 20 Dicembre 2004, (Ordinanza) n. 49949, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 78 a 81.

34) Corte di Cassazione, Sezioni III penale, 4 Novembre 2004, n. 46764, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 82-83.

la prima tesi, ritenendo che nel periodo ricompreso tra il 2000 e il 2002, si potessero comunque applicare i reati di cui alla legge n. 376/2000, rinviando a quanto previsto nelle fonti convenzionali internazionali.

In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che: 1) la Convenzione di Strasburgo e la legge n. 376/2000 perseguono le stesse finalità di tutela. Infatti la Convenzione di Strasburgo accanto alla previsione della tutela della lealtà sportiva contiene espliciti richiami alla salvaguardia della salute degli atleti; 2) l'art. 2, comma 1, della legge n. 376/2000 di concerto con l'art. 8, lett a) del d.m 2001 n. 440 (riguardante il funzionamento e la struttura della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul *doping* e per la tutela della salute nelle attività sportive) attribuirebbero al decreto ministeriale 15 Ottobre 2002 e successivi, la funzione, non di individuare, ma di ripartire in classi le sostanze e le pratiche mediche dopanti, recependo la Convenzione di Strasburgo e le indicazioni del CIO e degli organismi internazionali sportivi. Da ciò conseguirebbe la natura ricognitiva dei decreti ministeriali, che si dovrebbero, quindi, considerare mere esemplificazioni, visto pure che le liste convenzionali di riferimento richiamano "le sostanze affini" (o "simili") a quelle dopanti specificatamente enucleate; 3) i lavori preparatori avvalorerebbero la tesi secondo la quale i decreti ministeriali avrebbero natura esclusivamente classificatoria in quanto il testo, approvato dal Senato il 21 luglio 1992, dell'art. 2 comma 1°, prevedeva che le sostanze e i metodi dopanti fossero individuati dal d.m. mentre la Camera dei deputati modificò questo testo nei termini propri dalla legge oggi in vigore, con la formula "sono ripartiti"; 4) la previsione dell'art. 6, legge n. 376/2000, secondo la quale le Federazioni sportive nazionali, possono prevedere sanzioni disciplinari per la somministrazione o l'assunzione di sostanze o per il ricorso a pratiche mediche dopanti anche nel caso in cui queste non siano ripartite nelle classi di cui all'art. 2 comma 1°, a condizione che tali farmaci, sostanze o pratiche siano considerati dopanti nell'ambito dell'ordinamento internazionale vigente andrebbe riferita a quelle sostanze che sono particolarmente suscettibili di violazioni non intenzionali delle norme *antidoping*, a causa della loro larga diffusione nei prodotti medicinali, o che sono meno suscettibili di essere utilizzate con successo come agenti dopanti, che pur essendo considerate dopanti nell'ambito dell'ordinamento internazionale vigente, potrebbero essere o meno incluse nei regolamenti nazionali; 5) non si porrebbero problemi di incostituzionalità della legge sul *doping* in relazione al principio di riserva di legge in quanto l'elencazione contenuta nell'annesso alla Convenzione di Strasburgo si caratterizzerebbe per una sufficiente determinatezza.

Le soluzioni assunte dalle Sezioni Unite della Cassazione, tuttavia, non convincono per varie ragioni e sembrano un volo pindarico della giurisprudenza, teso a dare immediata attuazione alla legge n. 376/2000, visto il ritardo nell'emanazione del Decreto Ministeriale di riferimento, che non trova riscontro né nel dato normativo né nei principi fondamentali del nostro ordinamento (35).

Infatti, *in primis*, il bene giuridico oggetto di tutela, la struttura e le finalità della Convenzione di Strasburgo e quelle della legge n. 376/2000 non coincidono. Invero, la Con-

35) In senso conforme, cfr. MARRA G. (2001), *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in *Cassazione penale*, 2858, secondo cui le probabili lacune elencative dovute alla lentezza della procedura amministrativa rispetto allo sviluppo scientifico in materia di doping non possono essere rimediate da operazioni ermeneutiche adeguatrici degli interpreti. In questo senso anche LAGEARD G. (2002), *Doping: non è reato somministrare sostanze anabolizzanti senza fine di alterare la prestazione agonistica*, in *Diritto penale e processo*, 1005-1006, il quale ritiene che se il decreto fosse meramente ricognitivo, la legge n. 376/2000 dovrebbe trovare applicazione anche *contra tabulam*. Coerentemente anche FADALTI L. (2004), *Il delitto di doping nella giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista penale*, 435, secondo il quale si deve escludere ogni apprezzamento soggettivo *ad addendum* al di là delle revisioni periodiche effettuate mediante i decreti ministeriali.

venzione di Strasburgo tutela primariamente il *fair play* e solo in via incidentale la salute mentre la legge n. 376/2000 all'opposto tutela in via primaria la salute e solo secondariamente la lealtà sportiva. Come evidenziato nell'Ordinanza n. 49949 del 2004, dalla Sez. II della Corte di Cassazione, dalle affermazioni che compaiono negli enunciati normativi della legge sul doping (36) e dalla relazione illustrativa dell'originario disegno di legge n. 4102/1999 (37) risulta che "il richiamo (insistito) alle esigenze di tutela del bene della salute (...) costituisce (...) il nucleo essenziale dell'intero impianto normativo e la stessa ragion d'essere dell'intervento penale, spiegando quindi le ragioni di previsioni precettive e sanzionatorie particolarmente incisive" mentre "del tutto diversa si presenta, invece, la ratio e gli obiettivi perseguiti dalla Convenzione di Strasburgo del 1989, giacché, pur essendo innegabile che attraverso essa si intendesse scongiurare rischi anche per la salute degli atleti, è innegabile che la finalità dello strumento pattizio fosse eminentemente quella di tutelare (come d'altra parte chiarisce lo stesso preambolo) il principio del *fair play* delle manifestazioni sportive" (38). Ciò si può desumere, tra l'altro, come chiarito dalla Sezione II della Cassazione, dalle concrete misure adottate, dal sistema di controlli e di laboratori, dalle attribuzioni conferite al Gruppo di vigilanza e dalla circostanza che l'appendice alla Convenzione recasse l'indicazione di sostanze e metodi proibiti in gara. Altresì, a nostro avviso, la differenza, sopra evidenziata, tra la Convenzione di Strasburgo (e più in generale tra le fonti sportive internazionali) e la legge n. 376/2000 si può rinvenire anche nei destinatari delle disposizioni in esame. Infatti, a nostro avviso, le prime sono dirette agli sportivi che partecipano alle competizioni ufficiali mentre le seconde si possono applicare pure agli sportivi amatoriali, visto anche quanto precisato nella relazione illustrativa dell'originario disegno di legge n. 4102/1999. Precisamente, i ministri proponenti del suddetto disegno di legge, sottolinearono, in particolare, la necessità di un intervento nel settore in considerazione della maturata consapevolezza che si fosse "di fronte a pratiche in grado di incidere significativamente sulla salute di quanti vi si sottopongono e che, quindi, si (fosse) di fronte ad un problema che (aveva) travalicato i limiti del mondo dello sport (convenzionale) per divenire anche e soprattutto una questione attinente alla salute dei cittadini" (39).

In altre parole le Sezioni Unite della Cassazione adottando la soluzione secondo la quale i decreti ministeriali contenenti le liste di sostanze e pratiche vietate sarebbero degli atti meramente ricognitivi delle fonti pattizie, dimostrano di cadere in un equivoco concettuale, facendo confusione tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale. Invero, sia la Convenzione di Strasburgo che il Codice Wada (a cui si fa implicito riferimento nella disposizione normativa) sono diretti a disciplinare la materia disciplinare sportiva. Ciò si può evincere per quanto concerne la Convenzione di Strasburgo, oltre da quanto già

36) In particolare, art. 1, comma 1°, art. 3 e art. 7 della legge n. 376/2000 consultabile in www.camera.it.

37) Infatti, la relazione illustrativa dell'originario disegno di legge n. 4102, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 giugno 1999, afferma che "tra i punti di maggior rilievo del provvedimento vanno quindi segnalati: a) l'introduzione di una nozione di doping, che tiene conto dei criteri definitivi adottati sul piano internazionale (in primo luogo dalla citata Convenzione di Strasburgo) ma che, al tempo stesso, ne evidenzia la pericolosità per la salute pubblica; b) l'individuazione delle sostanze e delle pratiche dopanti in tabelle secondo un sistema analogo a quello già adottato dal testo unico sugli stupefacenti, anche al fine di adeguare le disposizioni sanzionatorie penali ai principi costituzionali di tassatività e determinatezza; c) l'istituzione di un organo, inserito nell'ambito del Ministero della sanità in base al principio secondo cui il doping costituisce innanzi tutto un pericolo per la salute degli atleti, che avrà il compito di individuare e di aggiornare costantemente l'ambito delle sostanze e delle pratiche dopanti ma anche di effettuare direttamente i controlli sull'uso del doping nelle manifestazioni agonistiche; d) la previsione di un sistema sanzionatorio che distingue nettamente il piano dell'intervento penale da quello disciplinare, rimesso agli organismi sportivi, sottolineando la particolare offensività delle condotte di somministrazione o determinazione all'uso di sostanze dopanti (in cui l'atleta viene in evidenza come soggetto passivo) rispetto alla condotta di assunzione d'iniziativa dello stesso atleta"; citato dalla Corte di Cassazione, Sezioni II penale, 20 Dicembre 2004, (Ordinanza) n. 49949, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 78 a 81.

38) Corte di Cassazione, Sezioni II penale, 20 Dicembre 2004, (Ordinanza) n. 49949, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 78 a 81.

39) Disegno di legge n. 4102, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 giugno 1999, citata dalla Corte di Cassazione, Sezioni II penale, 20 Dicembre 2004, (Ordinanza) n. 49949, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 78 a 81.

evidenziato, anche dall'applicabilità di essa solo a soggetti che fanno parte di un organizzazione operante in ambito sportivo e dalla previsione dell'impegno degli stati firmatari affinché le organizzazioni sportive operanti al loro interno adottino regolamenti conformi alle prescrizioni contenute nella Convenzione stessa. Uguali considerazioni valgono per il Codice Wada (ratificato dal CIO) che prevede, tra l'altro, come violazioni del regolamento *antidoping*: l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione dei luoghi di reperibilità, il rifiuto di sottoporsi al controllo *antidoping* e il possesso delle sostanze vietate anche da parte del personale di supporto; condotte che, è di tutta evidenza, non possono avere una rilevanza penalistica. Oltretutto, il Codice Wada segue criteri che contrastano con gli stessi principi fondamentali penalistici, prescindendo la punibilità dal dolo o dalla colpa e prevedendo la minor età come un'aggravante. La illogica commistione, realizzata dall'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, tra l'ordinamento penale e il sistema sportivo è suggellata, in modo ancor più evidente, in relazione al riferimento alle indicazioni degli Organismi internazionali preposti al sistema sportivo.

Alla luce delle pregresse considerazioni è di tutta evidenza che gli elenchi pattizi richiamati concernono un sistema volto ad operare in relazione alle sanzioni disciplinari sportive, per cui non opera il principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" e, conseguentemente, non possono avere valenza costitutiva del precetto penalistico, ma al massimo possono ispirare il legislatore statale, che comunque non deve abdicare, se intende legiferare in materie di rilevanza sportiva, dalla sua funzione di trasposizione delle nozioni sportive in concetti compatibili con l'ordinamento nazionale.

Oltretutto, le liste convenzionali in esame, proprio in quanto nascono per esigenze disciplinari sportive, non sono rispettose del principio di *extrema ratio* che caratterizza le fattispecie incriminatrici, che, com'è noto, prevede che esse operino solo nelle ipotesi in cui il bene giuridico non sia altrimenti pienamente tutelabile.

Inoltre, dai lavori preparatori della legge n. 376/2000 non si può evincere, come, invece, sostenuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, una *diminutio* delle competenze della Commissione per il controllo e la vigilanza sul *doping*. Infatti, nel passaggio dal testo approvato dal Senato a quello approvato dalla Camera, nell'art. 2, seppur si è attribuito il compito di ripartire le sostanze e le pratiche dopanti e non di individuarle, si è anche depotenziata la pregnanza del richiamo alla Convenzione di Strasburgo, al CIO e agli altri organismi sportivi internazionali, essendo stata modificata l'espressione "*in conformità con le disposizioni della Convenzione*" con quella "*anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione (...) e delle indicazioni*". In altre parole, la formulazione letterale della norma in esame sembra (con il termine "*anche*" che precede l'elenco delle fonti sportive) voler chiarire che la Convenzione di Strasburgo e le indicazioni del CIO e degli organismi internazionali sportivi non siano gli unici riferimenti normativi. Oltretutto, il richiamo contenuto nell'art. 6, della legge n. 376/2000, al potere delle Federazioni sportive nazionali di prevedere sanzioni disciplinari, conformemente all'ordinamento sportivo nazionale, anche al di fuori delle tabelle contenute nei decreti ministeriali, non può essere ricondotta, come fanno impropriamente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a quelle sostanze che sarebbero particolarmente suscettibili di violazioni non intenzionali delle norme *antidoping*, a causa della loro larga diffusione nei prodotti medicinali, o che sarebbero meno suscettibili di essere utilizzate con successo come agenti dopanti e che pur considerate dopanti nell'ambito dell'ordinamento internazionale vigente, potrebbero essere o meno incluse nei regolamenti nazionali. Difatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da una parte affermano che il decreto ministeriale attuativo della legge n. 376/2000 dovrebbe solo recepire le indicazioni delle fonti internazionali destinate ad operare in ambito sportivo e dall'altra cerca di recuperare quella funzione di filtro dei principi sportivi proprio

dell'ordinamento statale (nei casi in cui intenda legiferare in materie aventi rilevanza sportiva), sulla base di un *discrimen* che non trova nessun criterio specificativo nella legislazione vigente, affidando la materia in esame all'arbitrio dei giudici.

Pertanto, paradossalmente, seguendo il ragionamento delle Sezioni Unite della Cassazione, la discrezionalità nella scelta delle sostanze dopanti propria degli organismi internazionali sportivi, che avrebbe una refluenza immediata sulla fattispecie incriminatrici di cui alla legge n. 376/2000, dovrebbe trovare un limite nella discrezionalità del Giudice, in una logica nella quale il disposto legislativo penalistico perde ogni rilevanza a scapito del principio di certezza del diritto.

Oltretutto, autorevole dottrina chiarisce sul punto, che "*ultronea dà l'impressione di essere l'evocazione della norma dell'art. 6, co. 2, che invece, pur nella sua specificità disciplinare, (...) potrebbe tranquillamente essere letta a contrariis per ricavare che la discrezionalità extratabellare concessa alle federazioni sportive non possa essere estesa al giudicante chiamato ad applicare la l. 376*" (40).

Ma oltre quanto già sostenuto, il profilo più rilevante da prendere in considerazione attiene alla indeterminatezza delle liste pattizie. Invero, le elencazioni convenzionali sono prive del requisito della tassatività e lasciano un'eccessiva discrezionalità alle scelte dei giudici. La suddivisione delle sostanze dopanti in classi non può essere considerata sufficiente per garantire la stringente necessità, propria del diritto penale, di tassatività. Difatti le elencazioni convenzionali prevedono costanti riferimenti a sostanze affini (o simili), che aprono preoccupanti buchi neri nel principio di legalità. Del resto, se in materia disciplinare o civilistica si può ammettere e anzi, in alcuni casi, si può ritenere opportuna l'estensione della disciplina a fattispecie atipiche, per garantire la copertura di ipotesi non espressamente previste, altrettanto non si può affermare in materia penale, alla luce di conquiste giuridiche costituzionali, quali: la riserva di legge, il principio di legalità e quello di tassatività, in mancanza delle quali si rischierebbe una pericolosa deriva illiberale del nostro ordinamento.

Oltretutto, osta alla natura meramente ricognitiva dell'elenco contenuto nel d.m. 15 Ottobre 2002 e di quelli successivi, la complessità della procedura di determinazione delle sostanze e delle procedure mediche dopanti, che prevede l'approvazione di queste da parte del Ministero della Sanità, d'intesa con il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, su proposta della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive. Infatti, se l'elenco fosse meramente ricognitivo sarebbe sufficiente una procedura più snella e non si richiederebbe l'intervento di una commissione con specifiche competenze tecniche.

In più il rinvio generico alle fonti pattizie internazionali, contenuto nell'art. 2, comma 1°, della legge n. 376/2000, che a detta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, specificherebbe il precetto della legge sul doping, non è, a nostro avviso, rispettoso del principio di legalità, non essendo specificate espressamente quali esse siano.

Last but not least, se nell'art. 2, comma 1°, della legge n. 376/2000, fosse contenuto un mero rinvio alle liste convenzionali (destinate ad esplicare effetti nell'ambito sportivo disciplinare), con conseguente natura meramente dichiarativa del correlato decreto ministeriale, l'aggiornamento semestrale delle tabelle non potrebbe mai andare oltre le sostanze e i metodi previsti dalla fonti sportive internazionali. Ciò comporterebbe la cessione del potere punitivo a una fonte eteronoma all'ordinamento statale mediante un rinvio formale che realizza un asservimento delle fattispecie incriminatrici della legge n. 376/2000 al sistema sportivo internazionale, che com'è evidente, si fonda su principi e obiettivi difformi

40) BONINI S. (2006), *Doping e diritto penale*, CEDAM, Padova, 214.

da quello penalistico interno, realizzando un inconcepibile cessione integrale della potestà punitiva ad organismi privatistici.

In conclusione, come sopra evidenziato, la legge sul *doping*, a nostro avviso, è strutturata in modo infelice, in quanto pur volendo ricalcare la legge sugli stupefacenti (41), mediante un'integrazione del precetto penalistico con efficacia costitutiva da parte di una fonte sottordinata (42), non ha quella sufficiente determinatezza che presenta quest'ultima (almeno nella sua quasi totalità), così violando l'art. 25, comma 2°, della Costituzione. Il presunto rinvio formale contenuto nella n. 376/2000 agli elenchi convenzionali internazionali, oltre a essere un aggiustamento creativo giurisprudenziale, essendo la disposizione in esame, in realtà, una norma penale in bianco che rinvia a un decreto ministeriale, non risolve, come già chiarito, la questione della violazione del principio di tassatività, in quanto anche tali fonti eteronome (insieme alla stessa legge n. 376/2000) non presentano quella determinatezza (facendo riferimento anche a sostanze o pratiche affini o simili) che si richiede a una norma penalistica visto la loro finalità disciplinare sportiva.

Avv. Roberto Carmina*

41) Sulla questione si veda la relazione illustrativa dell'originario disegno di legge n. 4102, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 giugno 1999, nella quale si sostiene che "tra i punti di maggior rilievo del provvedimento vanno quindi segnalati: (...) l'individuazione delle sostanze e delle pratiche dopanti in tabelle secondo un sistema analogo a quello già adottato dal testo unico sugli stupefacenti"; citata dalla Corte di Cassazione, Sezioni II penale, 20 Dicembre 2004, (Ordinanza) n. 49949, consultabile in *Diritto e Giustizia*, 2005, 78 a 81. In dottrina cfr. FADALTI L. (2003), *Il delitto di doping*, in *Rivista Penale*, 923, il quale sostiene che "tutta la legge in questione (e in particolare le disposizioni incriminatrici della stessa) sono strutturate sul modello della disciplina prevista per le sostanze stupefacenti dal D.P.R. 309/1990".

42) Diversamente, RAVERA C. (2009), *Eterointegrazione normativa e norma penale in bianco*, in *Diritto dello sport. Profili penali*, a cura di GUARDAMAGNA A, UTET, Torino, 190, la quale ritiene che solo "nell'ipotesi in cui il decreto ministeriale individui farmaci, sostanze e pratiche mediche non menzionate espressamente dalla legge di ratifica, ma comunque ricicanti fra le c.d. 'sostanze affini', sembra, potersi ritenere che il decreto perda i connotati ricognitivi e classificatori per assumere la natura di norma secondaria integratrice delle fattispecie incriminatrici dei reati di doping".

* Roberto Carmina, Avvocato del Foro di Palermo e Dottorando di ricerca in Soggetti, istituzioni, diritti nell'esperienza interna e transnazionale della Scuola di dottorato in diritto sovranazionale e diritto interno dell'Università di Palermo.