

I LIMITI PENALI IN ORDINE ALL'ATTIVITÀ SPORTIVA, TRA DIRITTO ALLA PRATICA SPORTIVA E DIRITTI ALL'INTEGRITÀ FISICA ED ALLA VITA

1. Premessa - 2. La possibilità di esercitare attività sportive pericolose - 3. La tesi dell'uguale trattamento - 4. Le tesi incentrate sul diverso trattamento. Introduzione - 5. La non punibilità in virtù di una causa di giustificazione: *a)* Generalità; *b)* La scriminante non codificata; *c)* L'esercizio del diritto; *d)* Il consenso dell'avente diritto - 6. La soluzione incentrata sul difetto di colpa - 7. I vari orientamenti giurisprudenziali - 8. Necessità di un intervento del legislatore in materia

Abstract

Il lavoro analizza la tematica della violenza sportiva e dei relativi limiti di punibilità, evidenziando i difetti delle varie soluzioni interpretative ed auspicando un intervento del legislatore.

The work analyzes the problem of violence in sport and the relative problem of limits to punishment, highlighting the defects of the various opinions and hoping for intervention of the Legislator.

Keywords: Criminal Law, Sport, Athletes, Limits, Punishment.

1. Premessa

All'inizio del presente lavoro appare opportuno fornire precisazioni in ordine al titolo. L'espressione "limiti penali" ha una duplice valenza: non si riferisce solo ai limiti di liceità/illiceità penale dell'attività sportiva ma anche ai limiti della legislazione penale in materia, che hanno spinto la giurisprudenza e la dottrina a veri equilibrismi interpretativi al fine di ritenere non punibili condotte poste in essere nello svolgimento di attività sportive che dovrebbero altrimenti essere ritenute penalmente illecite.

Appare infatti subito evidente il potenziale contrasto tra beni di particolare importanza per la persona umana, quali la vita e l'integrità fisica, e il diritto ad esercitare attività sportive che possono ledere tali beni.

Quest'ultimo appare connesso nel caso di professionismo, oltre al più volte invocato diritto alla salute, anche al diritto di esercitare un'attività lavorativa alla luce dell'art. 35 Cost. (oltretutto connesso in alcuni casi ad importanti interessi economici).

Si tratta quindi di operare un delicato bilanciamento, che allo stato attuale della legislazione penale italiana appare simile per difficoltà alla quadratura del cerchio.

Infatti è di comune dominio il fatto che è consentito il libero svolgimento di attività sportive nel corso delle quali, soprattutto a livello agonistico, v'è il rischio di ledere i predetti beni giuridici di rilevanza costituzionale, rischio che varia a seconda delle caratteristiche dello sport praticato.

A tal proposito sono state proposte in dottrina diverse classificazioni. Una prima, basata su una bipartizione, distingue tra sport istituzionalmente volti contro il fisico del competitore e sport che non hanno tale caratteristica¹.

Una più articolata classificazione, basata su una tripartizione, distingue tra sport non violenti, caratterizzati dal divieto di contatto con gli altri partecipanti (ad es., atletica leggera, nuoto, tennis e automobilismo), sport di combattimento, caratterizzati dall'impiego di energia fisica contro l'avversario (ad es., pugilato, lotta libera, arti marziali orientali) e, infine, sport che prevedono la possibilità di contatti violenti (ad es., rugby e calcio)².

Una ulteriore classificazione, basata su una quadripartizione, distingue tra sport a violenza necessaria e diretta contro l'avversario (lotta, pugilato), sport basati su violenza sia alla persona che alle cose (rugby), sport a violenza soltanto eventuale sulle persone (calcio) e, infine, sport a violenza soltanto sulle cose (tennis)³.

Come si vedrà in seguito, le caratteristiche del singolo sport e le regole del gioco che lo disciplinano hanno una notevole importanza per l'individuazione dei limiti di liceità delle condotte dell'atleta.

In definitiva, si tratta di trovare soluzioni equilibrate che consentano di contemperare la tutela dei beni giuridici sopra richiamati e gli interessi di carattere sociale connessi allo svolgimento di attività sportive, ossia l'interesse a favorire la salute, in armonia con l'art. 32 Cost., e l'interesse a consentire attività professionali agonistiche, in armonia con l'art. 35 Cost.

Tali soluzioni allo stato attuale della legislazione penale, in assenza di una norma *ad hoc* che preveda esplicitamente, entro certi limiti, la non punibilità di attività dannose poste in essere durante la pratica sportiva, sono frutto di lodevoli sforzi ermeneutici, che però presentano problemi

¹ In tal senso G. MARINI, *Violenza sportiva*, in *Novissimo digesto italiano*, XX, Torino, 1975, p. 986.

² In tal senso T. DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in *Annali di diritto processuale penale*, 1932, p. 1301; E. ALTAVILLA, *Responsabilità colposa in una partita di calcio*, in *Giustizia penale*, 1951, II, p. 232; G. VASSALLI, *Agonismo sportivo e norme penali*, *Rivista di diritto dello Sport*, 1958, p. 183; G. DE FRANCESCO, *La violenza sportivi ed i suoi limiti scriminanti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 588.

³ In tal senso R. RAMPIONI, *Delitto sportivo*, *Enciclopedia del Diritto*, X, Roma, 1988.

sistematici (assimilabili, come s'è detto, alla quadratura del cerchio), che solo l'intervento del legislatore può superare fornendo risposte equilibrate, che da un lato non creino "vuoti di tutela" penalistica e dall'altro non paralizzino le attività sportive.

2. La possibilità di esercitare attività sportive pericolose

In ossequio ad una applicazione a dir poco rigida delle norme penali poste a tutela della vita e dell'integrità fisica dovrebbero sempre e comunque essere puniti gli atleti autori di condotte dannose, anche se poste in essere nel pieno rispetto delle regole agonistiche.

L'esempio più evidente deriva dalla *boxe*, sport incentrato sullo scontro fisico, dal quale sovente derivano lesioni, talora gravi, anche quando il pugile si è attenuto nel combattere alle disposizioni regolamentari.

Appare quindi evidente che questa soluzione deve essere quantomeno mitigata al fine di non provocare per via del timore di sanzioni penali la cessazione della pratica degli sport cd. violenti o di quelli che, pur non essendo violenti, non escludono il contatto fisico, o di quelli che sono in sé pericolosi (es. automobilismo).

La questione è stata sempre risolta in senso opposto, alla luce dell'interesse generale della collettività a che venga svolta attività sportiva per il potenziamento fisico della popolazione⁴, interesse progressivamente riconosciuto dallo Stato, prima con la legge 16 febbraio 1942, n. 426 (con la quale venne attribuita al Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), anche se non esplicitamente, natura pubblicistica⁵ ed alle federazioni nazionali sportive la natura di organi di questo), successivamente con il d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 (che ha interamente abrogato la citata legge, riconoscendo all'art. 1 la personalità giuridica del CONI, posto sotto la vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali), e con la legge 17 ottobre 2003, n. 280 (che ha riconosciuto l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale)⁶.

⁴ In tal senso: Cass., Sez. V, 25 febbraio 2000, n. 2765, citata in M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 161.

⁵ Anche se non era stata riconosciuta esplicitamente dalla legge in questione la natura di ente pubblico non economico del CONI, si desumeva incontestabilmente dall'attribuzione ad esso di funzioni integrative ed ausiliarie di quelle statali, dalla sottoposizione ai poteri di intervento e di controllo degli allora Ministero del turismo e dello spettacolo, Ministero del tesoro e Ministero delle finanze e dall'assoggettamento al controllo della Corte dei conti a seguito della devoluzione al CONI dei proventi del Totocalcio, avvenuta con d.l. 14 aprile 1948, n. 496. Sul punto v. A. TRAVERSI, *Diritto penale dello sport*, Milano, 2001, p. 9.

⁶ Su quest'ultima legge v. L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, Piacenza, 2020, pp. 25 ss.

Meno incontestata è la risposta ad un secondo quesito, ossia se l'attività sportiva debba essere equiparata a qualsiasi altra attività umana ed assoggettata al regime ordinario della responsabilità civile e penale per quanto concerne i fatti lesivi verificatisi durante l'esercizio delle varie discipline⁷. Ad esso sono state fornite risposte di segno diverso.

3. La tesi dell'uguale trattamento

Una parte minoritaria della dottrina propende per la risposta affermativa ritenendo che la tematica delle lesioni o della morte inferte nel corso delle attività sportive non si differenzi da quella delle lesioni o della morte derivanti da qualsiasi altra attività⁸.

Si tratta di una risposta che, in buona sostanza, reca anch'essa il pericolo di paralisi delle attività sportive rischiose per via del timore della sanzione penale.

4. Le tesi incentrate sul diverso trattamento. Introduzione

La maggioranza delle opinioni, sia in dottrina che in giurisprudenza, propende invece per la differenziazione del regime della responsabilità penale riguardante le attività sportive.

Il punto comune delle varie opinioni è costituito dal fatto di non ritenere punibile l'attività sportiva dannosa che *sia stata svolta nel rispetto delle regole del gioco*⁹.

Questo comune approdo è stato però raggiunto seguendo rotte diverse: *a)* la non punibilità in virtù di una causa di giustificazione; *b)* la non punibilità per difetto di colpa.

5. La non punibilità in virtù di una causa di giustificazione

a) Generalità

La maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ritiene scriminata la condotta dell'atleta nel caso di attività svolta nel rispetto delle regole della disciplina sportiva.

Diverse sono le opinioni su quale sia la causa di giustificazione in questione.

⁷ Sul punto v. A. TRAVERSI, *Diritto penale dello sport*, cit., p. 41.

⁸ In tal senso B. PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 213; A. BERNASCHI, *Limiti dell'illiceità penale nella violenza sportiva*, in *Rivista di diritto dello Sport*, 1976, pp. 4 ss.

Alcuni ritengono che si tratti di una scriminante non codificata; altri la individuano fra le scriminanti legislativamente previste.

b) La scriminante non codificata

Una parte della giurisprudenza in alcune pronunce di legittimità sostiene la tesi che la pratica sportiva costituisca una causa di giustificazione non codificata¹⁰. Anche in dottrina si registrano voci in tal senso¹¹.

In ordine all'origine di tale causa si delineano contrasti.

Da un lato la tesi della consuetudine; dall'altro la tesi dell'estensione analogica delle norme in tema di cause di giustificazione¹².

Si tratta di impostazioni che, per un verso o per l'altro, presentano aporie.

La tesi dell'origine consuetudinaria è contrastata dalla fin troppo ovvia considerazione che in campo penale la consuetudine non ha l'efficacia di abrogare disposizioni di legge¹³.

La tesi dell'estensione analogica viene ritenuta fondata sul principio generale che «l'esercizio di un'attività autorizzata dallo Stato perché corrispondente all'interesse della comunità sociale, importa l'impunità dei fatti lesivi o pericolosi che eventualmente ne derivino, quando tutte le regole che disciplinano l'attività medesima siano osservate»¹⁴.

Si tratta di una tesi opinabile in quanto evoca la *vexata quaestio* dell'analogia *in bonam partem*, alla quale sono state mosse varie obiezioni.

Contro di essa viene infatti invocato il dato testuale dell'art. 14 delle cosiddette preleggi che, come è noto, prevede il divieto di analogia di norme "penali", fra le quali rientrano anche quelle che prevedono cause oggettive d'esclusione del reato.

In tale ottica il divieto in questione viene ritenuto basato sul principio di legalità, volto ad assicurare la certezza del diritto, che verrebbe vulnerata dando spazio anche all'analogia *in bonam*

⁹ Ritiene non punibile lo sportivo che abbia agito nel rispetto delle regole del gioco o violandole entro i limiti dell'illecito sportivo Cass., Sez. IV, 8 agosto 2000, n. 8910.

¹⁰ Cass., Sez. V, 25 febbraio 2000, n. 2765; Cass., Sez. IV, 8 agosto 2000, n. 8910.

¹¹ In tal senso, oltre agli autori che saranno citati nelle note successive, si veda G. PIOLETTI, *Sport, causa ludica ed illecito penale*, *Rivista di diritto dello Sport*, 1981, pp. 444 ss.

¹² In tal senso G. FIANDACA, *Nota introduttiva agli artt. 50-54 (cause di giustificazione)*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, p. 199.

¹³ In tal senso F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, p. 249. Discorso diverso, come si vedrà, riguarda la consuetudine come fonte di diritti con riferimento all'art. 51 cod. pen., ritenuta da una parte della dottrina ammissibile. In tal senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1980, pp. 429 s.

*partem*¹⁵. A ciò si aggiunga che lo stesso articolo vieta l'analogia rispetto a norme eccezionali, come possono essere ritenute quelle che prevedono cause di giustificazione.

È stato inoltre osservato come il principio del *favor rei* alla base dell'analogia in questione sia subordinato al superiore principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., che verrebbe vulnerato se fosse attribuita al singolo giudice la scelta in ordine all'esclusione della punibilità, con il rischio di decisioni difformi tra i vari giudici¹⁶. Tale osservazione appare, ad avviso di chi scrive, non convincente in quanto il principio del *favor rei* non è altro che il principio di inviolabilità della libertà personale, consacrato nell'art. 13 Cost., che rappresenta il principale baluardo a tutela di tale libertà¹⁷. Vista la sua notevole, anche se talora trascurata, importanza, non è così facilmente subordinabile al principio di uguaglianza.

c) L'esercizio del diritto

Una parte importante della dottrina ravvisa il fondamento della non punibilità dell'atleta che abbia cagionato danno durante il corretto svolgimento dell'attività sportiva nell'esercizio di un diritto da parte dello stesso¹⁸.

Tale diritto deriverebbe dal fatto che l'attività sportiva è giuridicamente autorizzata, come risulta dall'istituzione di organismi come il CONI¹⁹.

Partendo dalla considerazione che il consenso dell'avente diritto opera solo nel limite del potere di disposizione del proprio corpo delineato dall'art. 5 cod. civ., si ritiene che l'esercizio del diritto di svolgere attività sportiva scrimini in presenza di determinate condizioni: *a)* svolgimento della competizioni sotto l'egida di organizzazioni sportive legittimamente preposte al settore; *b)* qualificazione di idoneità agonistica dei partecipanti dal punto di vista sanitario; *c)* svolgimento dell'attività nel pieno rispetto dei regolamenti ufficiali della disciplina sportiva²⁰.

¹⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 250.

¹⁵ In tal senso P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, pp. 39 s., per le cause di giustificazione, 223. *Contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 86 s.

¹⁶ In tal senso P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 131.

¹⁷ Sul punto sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, Napoli, 2014.

¹⁸ In tal senso A. PANNAIN, *Violazione delle regole del gioco e delitto sportivo*, in *Archivio penale*, 1962, II, p. 98; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 428 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, pp. 190 ss.

¹⁹ In tal senso T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 193.

²⁰ *Ibid.*

Altra opinione ravvisa il fondamento del diritto all'esercizio dell'attività sportiva nella consuetudine²¹.

Una parte della giurisprudenza segue tale impostazione per quanto concerne le lesioni derivanti da comportamenti conformi a regolamenti sportivi, mentre per quelli non conformi ritiene applicabile il consenso dell'avente diritto, solo però nel caso di rischio consentito, ossia quello strettamente connesso al particolare tipo di sport²².

Si tratta anche in questo caso di tesi opinabili.

Occorre partire dalla considerazione che le scriminanti sono basate sul bilanciamento di interessi coinvolti. La ragione che giustifica la scriminante in questione è quindi ravvisabile nella prevalenza dell'interesse di chi agisce rispetto agli interessi in conflitto con il primo²³.

È evidente che nelle ipotesi qui prese in considerazione non potrebbe mai ipotizzarsi una *voluntas legis* volta a far prevalere il diritto dell'atleta a praticare attività sportiva rispetto agli altrui diritti all'incolumità fisica o, addirittura, alla vita.

Detto con altre parole, il diritto a praticare lo sport non può essere ritenuto a cuor leggero prevalente rispetto ai diritti ora menzionati e quindi invocando il primo è difficile ipotizzare il sacrificio lecito dei secondi senza una chiara presa di posizione in tal senso del legislatore.

Del resto appare di tutta evidenza che così ragionando non si nega il diritto all'esercizio dello sport ma si afferma che tale esercizio incontra dei limiti posti dall'esistenza di diritti di rango superiore.

A ciò si aggiunga che tale diritto normalmente non si pone in conflitto con l'incolumità fisica e la vita degli altri atleti, se non negli sport violenti, quali il pugilato o alcune arti marziali orientali. Negli altri sport la lesione di questi diritti non è prevista, tanto è vero che normalmente esistono, come si vedrà meglio in seguito, regole volte ad impedire danni ai competitori.

In ogni caso, anche a voler ritenere valida l'opinione qui criticata, resterebbe il problema dell'attività sportiva *in violazione* delle regole del gioco, che non potrebbe essere ritenuta scriminata non essendo stato correttamente esercitato il diritto all'esercizio dello sport.

²¹ In tal senso G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1988, p. 128; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 429 ss.; *contra* I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, pp. 101 ss.

²² In tal senso Cass., 30 aprile 1992, in *Foro italiano*, 1993, II, p. 79.

²³ Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 127.

Risulta quindi non soddisfacente l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale volto a ravvivare nella causa di giustificazione dell'esercizio del diritto il fondamento della non punibilità delle condotte sportive dannose ma poste in essere nel rispetto delle regole del gioco.

d) Il consenso dell'avente diritto

Del pari non soddisfacente appare la soluzione basata sulla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, prevista dall'art. 50 cod. pen.

Profilata nella Relazione ministeriale del guardasigilli sul nuovo codice²⁴, è accolta da parte della giurisprudenza²⁵.

Per quanto concerne la dottrina, l'orientamento prevalente si basa su considerazioni ordinarie, ritenendo che la scriminante operi solo entro i limiti di disponibilità del diritto indicati dall'art. 5 cod. civ.²⁶. Non manca però in questo ambito chi ritiene vevoli limiti di disponibilità più ampi derivanti dalla consuetudine²⁷.

Quest'ultima opinione è affetta da un'insuperabile aporia derivante dal fatto che gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica sono ai sensi del predetto articolo del codice civile vietati e quindi il relativo diritto risulta in questi casi indisponibile.

Potendo quindi valere solo per lesioni che non comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, la soluzione incentrata sul consenso dell'avente diritto appare quantomeno incompleta, non consentendo la giustificazione dell'attività sportiva gravemente dannosa ma svolta correttamente.

Si pensi ad una diminuzione permanente procurata durante un combattimento di *boxe* nel pieno rispetto delle regole: in base alla sola tesi qui criticata non potrebbe ritenersi non punibile il pugile che le abbia arrecate all'avversario.

²⁴ Sul punto si veda la *Relazione ministeriale al codice penale del Ministro di Grazia e Giustizia, Onorevole Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori al codice penale e di procedura penale*, vol. I, Roma, 1929, 23 («nel nostro ordinamento molteplici sono i casi in cui viene riconosciuta all'individuo la facoltà di disporre della propria integrità fisica: sia per sottoporsi ad operazioni chirurgiche o estetiche, sia per partecipare a manifestazioni sportive o a giochi dei quali la violenza è elemento essenziale»).

²⁵ Cass., 30 aprile 1992, in *Foro italiano*, 1993, II, p. 79.

²⁶ In tal senso F. CHIAROTTI, *La responsabilità penale nell'esercizio dello sport*, in *Rivista di diritto dello Sport*, 1959, p. 261; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 428; G. ALBEGGIANI, *Sport (dir. pen.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XLIII, Milano, 1990, p. 554.

²⁷ In tal senso T. DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, cit., p. 1304; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto nello sport*, Padova, 1979, p. 276.

In ogni caso, applicando rigorosamente tale criterio la scriminante in questione non sarebbe applicabile in tutti i casi di violazione delle regole del gioco.

Per limitare tale aporia la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la causa di giustificazione prevista dall'art. 50 cod. pen. anche al caso di violazione di tali regole, ritenendo che la liceità del comportamento dello sportivo venga meno solo «quando vi è il superamento del rischio consentito in quella determinata pratica sportiva ed al quale il gareggiante consente»²⁸.

Viene quindi invocato il concetto di “rischio consentito”, che, come si vedrà in seguito, costituisce la chiave di volta per la soluzione del problema.

Alle considerazioni critiche sinora svolte occorre aggiungere che nella maggioranza dei casi non si riscontra un consenso *esplicito* da parte dell'atleta a subire lesioni e quindi il discorso riguarda normalmente il consenso *presunto*. Sul punto bisogna chiedersi se sia così facilmente presumibile un consenso a subire lesioni, che pur non raggiungendo i limiti indicati dall'art. 5 cod. civ., possono essere gravi. La risposta appare negativa per una serie di ragioni.

È difficile ipotizzare il presupposto ravvisato in dottrina per l'operatività di tale consenso, ossia la possibilità di ritenere *fondatamente* che il titolare del bene lo avrebbe concesso se a conoscenza della situazione di fatto²⁹.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza maggioritaria nega efficacia al consenso presunto³⁰. Da quanto sinora osservato risulta quindi che anche la soluzione basata sull'art. 50 cod. pen. appare opinabile.

6. La soluzione incentrata sul difetto di colpa

Le considerazioni finora svolte evidenziano la non divisibilità delle opinioni che cercano di risolvere il problema della liceità delle attività sportive dannose sul versante delle scriminanti.

L'aporia di fondo di tali impostazioni è insita nella natura delle cause di giustificazione, basate sul bilanciamento di interessi potenzialmente in conflitto, bilanciamento, come s'è detto, in questo caso molto difficile: da un lato beni giuridici quali l'integrità fisica o, addirittura, la vita, dall'altro l'interesse a svolgere attività sportiva.

²⁸ Cass., 30 aprile 1992, in *Foro italiano*, 1993, II, p. 79.

²⁹ Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 124 s.

³⁰ In tal senso Cass., 21 gennaio 1981, in *Repertorio Foro italiano*, 1983, p. 381; Cass., 10 gennaio 1972, in *Repertorio Foro italiano*, 1973, p. 355. *Contra* Cass., 16 giugno 1986, in *Foro italiano*, 1987, II, p. 5.

Occorre quindi volger mente altrove, ossia al difetto dell'elemento psicologico del reato. È su questo versante che appare meglio affrontabile, sia pur parzialmente, la questione. Non è ovviamente questa la sede per affrontare *funditus* la tematica della colpa, tuttavia occorre richiamare alla mente alcuni concetti utili per il presente lavoro.

Come è noto, la natura della colpa viene ritenuta da parte significativa della dottrina basata sulla violazione di regole cautelari³¹, ossia regole volte ad impedire eventi dannosi.

Tali regole possono essere non codificate (nei casi di colpa cd. generica, negligenza, imprudenza ed imperizia) oppure codificate (nei casi di colpa specifica, inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline).

Queste nozioni di carattere generale devono essere applicate al tema in questione.

L'attività sportiva, come s'è già detto, viene vista favorevolmente per gli effetti benefici che può determinare per il singolo e per la società. Tali effetti inducono lo Stato ad ammettere anche le attività sportive che, per un verso o per l'altro, siano potenzialmente dannose.

In questo caso si ritiene che possa essere corso il rischio dei relativi danni, purché venga contenuto in limiti accettabili. È un aspetto della tematica del cd. rischio consentito³² (*erlaubtes Risiko*), che riguarda in maniera ancora più pregnante altre attività pericolose. Si pensi alla circolazione stradale o alla produzione industriale, attività utili alla società ma foriere di pericoli.

I "limiti accettabili" del rischio si traggono da una serie di norme codificate alle quali deve uniformarsi chi svolga un'attività pericolosa consentita: si pensi al *corpus* normativo in tema di sicurezza sul lavoro³³; si pensi al codice della strada, oggetto negli ultimi tempi di varie modifiche.

Nelle attività pericolose consentite non sono quindi applicabili i criteri di evitabilità propri della colpa "comune" altrimenti l'ordinamento entrerebbe in contraddizione con sé stesso da un lato autorizzando l'attività rischiosa e dall'altro imputando qualsiasi conseguenza dannosa in quanto sempre prevedibile ed evitabile con l'astensione dall'attività pericolosa³⁴.

³¹ Per tutti M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 148 ss.

³² In giurisprudenza prendono in considerazione il concetto di "rischio consentito", anche se nell'ottica della scriminante non codificata: Cass., Sez. V, 25 febbraio 2000, n. 2765; Cass., Sez. IV, 8 agosto 2000, n. 8910.

³³ Sull'argomento sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, in F.S. FORTUNA (a cura di), *I reati in materia di lavoro*, vol. VIII del *Trattato di diritto penale dell'impresa diretto da Astolfo di Amato*, Padova, 2001, pp. 183 ss.

³⁴ In tal senso F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 300.

Quindi in tali attività è configurabile la colpa solo con riferimento a quegli eventi rappresentabili e prevenibili mediante l'adozione di particolari cautele³⁵.

Ne consegue, ad avviso dello scrivente, che la valutazione della configurabilità o meno di tal forma di elemento soggettivo non deve essere basata sulle norme cautelari non codificate proprie della colpa generica ma su quelle codificate proprie della singola attività³⁶.

Per quanto concerne le attività sportive, tali norme sono contenute negli specifici regolamenti. Si tratta di produzioni normative, elaborate dalle singole federazioni sportive, nella maggior parte affiliate al CONI, che delineano per il singolo sport le "regole del gioco" e quindi il comportamento corretto da parte degli atleti. Fra queste regole comportamentali ve ne sono molte finalizzate a limitare il rischio che l'attività dell'atleta risulti dannosa per altri.

Gli esempi sono numerosi: per quanto concerne il pugilato la regola che vieta di colpire l'avversario al di sotto della cintura; per quanto concerne lo sport automobilistico la regola che impone al pilota di rallentare di fronte all'esibizione da parte dei commissari di gara della bandiera che comunica pericolo e la regola che indica la velocità massima consentita nella corsia dei box.

Quindi se un evento dannoso si verifica nonostante il rispetto di tali regole non sarà configurabile colpa. Si pensi ai drammatici esempi di motociclisti travolti e uccisi nel corso di gare da loro colleghi che li seguivano a brevissima distanza ad altissima velocità: gli investitori non sono stati ritenuti responsabili di queste tragiche morti in quanto non hanno violato alcuna norma regolamentare.

Nei casi qui considerati basandosi sui generali canoni della prudenza sarebbe invece ipotizzabile una loro responsabilità penale a titolo di colpa in quanto andando a velocità moderata avrebbero evitato i loro malcapitati colleghi, ma questi partecipavano a gare nelle quali la velocità è elemento essenziale e non è obbligatorio che sia ridotta se non nei casi indicati dal regolamento.

Altro esempio, piuttosto evidente, deriva dal pugilato: il pugile colpendo l'avversario corre il rischio di procurargli lesioni (quindi tiene un comportamento che in base ai canoni della prevedibilità ed evitabilità può essere ritenuto imprudente) ma è proprio tale condotta l'*ubi consistam* della *boxe* e quindi non è responsabile di tale reato se rispetta le relative norme regolamentari.

³⁵ In tal senso, sia pur nei limiti indicati nella nota seguente M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 158 s.

³⁶ *Contra*, nel senso di ipotizzare la necessità del rispetto anche di regole di prudenza non codificate, E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla responsabilità per colpa nei giuochi sportivi*, in *Rivista di diritto dello Sport*, 1950, p. 114. Limita la possibilità di configurazione della colpa generica ai casi di eventi particolarmente gravi in presenza

Questi esempi lasciano intendere con evidenza il carattere particolare che assume la colpa con riferimento alle attività in questione: si tratta di colpa specifica e non generica in quanto per configurarla è richiesta l'inosservanza delle norme cautelari indicate dai regolamenti.

Ovviamente queste considerazioni valgono solo con riferimento alle ipotesi nelle quali il soggetto *non ha voluto l'evento*.

Qualora invece abbia voluto l'evento, anche se ha rispettato le regole di gioco deve essere ritenuto responsabile a titolo di dolo. Nel caso da ultimo indicato infatti il rispetto del regolamento non può essere invocato, attesa la presenza della previsione e della volizione dell'evento. Tale precisazione assume un particolare rilievo per quanto riguarda l'attività pugilistica. Infatti qualora il *boxeur* spinto da odio nei confronti dell'avversario lo colpisca per ucciderlo, pur nel rispetto (apparente) delle regole, e ne cagioni la morte ci si troverà di fronte ad un omicidio doloso. Naturalmente il problema vero sarà quello di provare la volontà omicida, non bastando a tal fine le dichiarazioni aggressive che sovente i pugili fanno nel corso delle conferenze di presentazione degli incontri.

La precisazione, che trova fondamento sulla base delle differenze ontologiche tra colpa (avente, almeno in parte, natura normativa) e dolo (avente natura psicologica)³⁷, sembra essere stata recepita in una pronuncia di legittimità, nella quale si è ritenuto che il fatto sia doloso qualora la gara sia stata solo l'occasione dell'azione volta a cagionar lesioni ed invece sia colposo se innestato nello svolgimento dell'attività agonistica e dipendente dalla violazione di norme regolamentari³⁸.

Occorre infine ricordare che sullo stesso versante del difetto di colpa può essere preso in considerazione il caso fortuito, che secondo il prevalente e condivisibile orientamento dottrinale costituisce una scusante, in quanto tale escludente l'elemento soggettivo del reato³⁹.

Alla luce delle caratteristiche concrete della singola attività sportiva (dinamiche di gioco, incitamento del pubblico, spirito di squadra, comportamenti degli avversari), che inevitabilmente condizionano l'attività dell'atleta determinando uno stato di foga agonistica che limita la possibilità di previsione degli eventi, è stato sensatamente opinato che «la colpa sportiva non va commisurata sulla base dei rigorosi criteri della prudenza normale ma in considerazione della peculiare na-

di evenienze particolari che avrebbero imposto la necessaria prudenza: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 280.

³⁷ Sul punto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 293.

³⁸ In tal senso Cass., 30 aprile 1992, in *Foro italiano*, 1993, II, p. 79.

³⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *La "sultas" nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010, pp. 131 ss.

tura dell'attività in sé pericolosa e tuttavia consentita, onde maggior campo d'azione finisce per trovare il fortuito»⁴⁰.

In tal senso pare porsi l'orientamento giurisprudenziale che ha ravvisato una ipotesi di caso fortuito nello scontro tra un calciatore che affiancando in corsa l'avversario lo aveva colpito per sottrargli il pallone⁴¹.

Il caso fortuito può però trovare fruttuosa applicazione solo qualora il concetto di imprevedibilità dell'evento dannoso venga relativizzato adattandolo al tipo di attività⁴², in questo caso alla realtà agonistica: in linea astratta lesioni derivanti dall'attività sportiva sono sempre prevedibili, tuttavia tenendo conto delle caratteristiche di molti sport, come la concitazione, la concentrazione dell'atleta sul conseguimento del risultato, si può elaborare un concetto di prevedibilità concreta in ordine al quale valutare o meno l'esistenza di tale scusante⁴³.

In definitiva, pur ritenendo valida l'opinione che ravvisa il fondamento della non punibilità dell'atleta nel difetto di colpa, non possono nascondersi i limiti sistematici di tale impostazione, ossia la punibilità di condotte poste in violazione di norme che regolano lo sport, che, al di là delle ipotesi di caso fortuito, tuttavia non abbiano superato il cosiddetto "rischio consentito". Si pensi ai casi ricorrenti di interventi fallosi nel corso di una partita di calcio che si concretizzino in lesioni involontarie: trattandosi di azioni poste in essere in violazione del regolamento dovrebbero essere ritenute sempre punibili (in presenza, quando richiesto, della querela).

7. I vari orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza ha cercato di scongiurare questo pericolo talora ricorrendo al concetto di *rischio consentito*, individuando una causa di giustificazione non codificata entro i limiti di tale rischio nel caso di intervento fallosi in scivolata durante una partita di calcio⁴⁴.

Altro orientamento pone invece il rischio consentito in relazione al consenso dell'avente diritto, escludendo qualsiasi forma di causa di giustificazione nel caso in cui un giocatore di calcio colpisca l'avversario a gioco fermo⁴⁵.

⁴⁰ F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano, 1966, p. 648.

⁴¹ In tal senso Cass., 16 marzo 2011, n. 28772.

⁴² In tal senso M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 1992, p. 73.

⁴³ Sul punto v. L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, cit., pp. 94 s.

⁴⁴ In tal senso Cass., 8 marzo 2016, n. 9559.

⁴⁵ In tal senso Cass., 28 marzo 2017, n. 33275.

Quest'ultima conclusione è sostanzialmente condivisa in giurisprudenza in quanto generalmente si esclude la configurabilità della cosiddetta "scriminante sportiva" al di fuori del contesto di gioco⁴⁶, giungendo a ritenere punibili anche i falli di reazione, in quanto tali esorbitanti dalla dinamica del gioco, e quelli nei quali la vicenda sportiva costituisca solo un'occasione per la condotta lesiva⁴⁷.

Su analoga linea si pongono tutte le sentenze di legittimità che puniscono i comportamenti violenti contrari al dovere di lealtà⁴⁸. Quindi in giurisprudenza si cercano soluzioni equilibrate pur mancando una norma specifica *ad hoc*.

Da qui le inevitabili oscillazioni in ordine alla non punibilità di condotte poste nel corso di attività sportive: o viene valorizzata la scriminante del consenso dell'avente diritto, pur non escludendo a priori l'esistenza di una scriminante non codificata⁴⁹, o si ipotizza una causa di giustificazione non codificata⁵⁰, o viene ipotizzata una "eterointegrazione" tra esercizio del diritto e consenso dell'avente diritto, il primo nel caso di pieno rispetto delle regole del gioco, il secondo per contesti sportivi non regolamentati, come una partita tra amici⁵¹.

8. Necessità di un intervento del legislatore in materia

Da quanto sinora esposto si può ritenere non esagerato il ricorso in premessa alla metafora della quadratura del cerchio: l'esigenza di non sanzionare penalmente condotte dannose che pur non rispettando le regole del gioco non vadano oltre il rischio consentito si scontra con le diverse aporie sistematiche che affliggono ogni soluzione interpretativa proposta. Giova precisare che il discorso vale non solo per le pratiche sportive "istituzionalizzate" ma anche per le gare sportive al di fuori dei circuiti ufficiali, come le partite per mero diletto o gli allenamenti⁵².

⁴⁶ In tal senso Cass., 7 dicembre 2008, n. 10734; Cass., 24 giugno 2015, n. 39805.

⁴⁷ In tal senso Cass., 16 novembre 2011, n. 42114. In dottrina G. ALBEGGIANI, *Sport (dir. pen.)*, cit., pp. 547 ss.; R. RAMPIONI, *Delitto sportivo*, *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 1 ss.

⁴⁸ In tal senso Cass., 27 marzo 2001, n. 24942.

⁴⁹ Cass., 28 marzo 2017, n. 33275.

⁵⁰ In tal senso Cass., 8 marzo 2016, n. 9559.

⁵¹ In tal senso Cass., 4 luglio 2011, n. 42114.

⁵² In tal senso G. DE FRANCESCO, *La violenza sportivi ed i suoi limiti scriminanti*, cit., p. 597; R. BEGHINI, *L'illecito civile e penale sportivo*, Padova, 1999, p. 66. *Contra* L. MASERA, *Delitti contro l'integrità fisica*, in *Trattato Teorico/Pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. VII, *Reati contro la persona e il patrimonio*, a cura di F. Viganò, C. Piergallini, Torino, 2012, p. 112.

Nell'analizzare le dimensioni del problema non si può però trascurare il fatto che lo stesso è limitato dalla procedibilità a querela di vari reati riguardanti l'incolumità personale.

Si pensi al delitto di lesioni colpose previsto dall'art. 590 cod. pen., punibile a querela della persona offesa anche nei casi di lesioni gravi e gravissime (al di fuori dei casi indicati nel IV comma, che però non interessano la materia in questione⁵³).

Si pensi al delitto di lesioni dolose lievissime, per il quale è richiesta ai sensi del II comma dell'art. 582 cod. pen. (tranne le eccezioni in esso indicate) la condizione di procedibilità in questione. Normalmente la persona offesa nell'ambito dell'attività sportiva non esercita il diritto di querela, tenendo conto della mancanza di volontarietà della condotta, delle peculiarità della situazione agonistica, dell'entità della violazione della regola di gioco, dell'entità del danno subito e, eventualmente, di clausole che impegnino l'atleta a non sporgere querela al fine di privilegiare la giustizia sportiva.

Questa situazione limita ma non elimina il problema in quanto tutte le soluzioni prima viste hanno limiti che vengono inevitabilmente superati con forzature interpretative, frutto di condivisibili opzioni di politica criminale che però spettano al legislatore.

Questo aspetto merita la massima attenzione: il bilanciamento tra diritto all'attività sportiva e diritti connessi ad importantissimi beni giuridici attinenti alla persona umana (vita, integrità fisica) spetta solo al detentore del potere legislativo.

Soluzioni diverse, che modifichino a livello interpretativo l'ambito del penalmente rilevante, appaiono inevitabilmente contrarie al principio della riserva di legge⁵⁴, costituzionalmente sancito non solo dal II comma dell'art. 25 Cost. ma anche dall'art. 13 della Carta costituzionale⁵⁵.

Quindi ad avviso di chi scrive, nel caso di azioni poste in essere *nel rispetto delle regole sportive* il soggetto non è punibile per difetto dell'elemento soggettivo del reato, qualora, ovviamente, l'evento non sia voluto.

Con riferimento invece ad azioni svolte *in violazione delle "regole del gioco"* si rende necessario un intervento legislativo che preveda esplicitamente per il delitto previsto dal primo comma dell'art. 590 cod. pen. (lesioni colpose, non aggravate) la non punibilità dell'atleta qualora

⁵³ Si tratta dei casi di lesioni colpose gravi e di lesioni colpose gravissime commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene nei luoghi di lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale, che solo con forzature interpretative di chiaro carattere analogico potrebbero trovare applicazione nei casi di violazioni delle regole del gioco nello sport professionistico.

⁵⁴ Sul rapporto tra scriminanti non codificate e principio della riserva di legge si veda M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 276 ss.

l'evento sia rimasto nei limiti del rischio consentito. Tale rischio sarebbe quindi normativamente delimitato dall'esclusione della non punibilità delle lesioni colpose gravi e di quelle gravissime, operando così un valido bilanciamento tra beni che eviti l'impunità di rilevanti offese all'incolumità individuale poste in essere in violazione delle regole sportive.

A maggior ragione non sarebbe concepibile prevedere un rischio consentito riferito alle ipotesi di omicidio colposo (art. 589 cod. pen.) in quanto alla luce della tavola dei valori delineata dalla Costituzione non potrebbe risultare soccombente in un bilanciamento con il diritto all'attività sportiva il bene fondamentale della vita (e il relativo diritto).

Si tratterebbe della ricezione di un concetto, valorizzato da alcuni degli orientamenti giurisprudenziali sopra visti, che risolverebbe il problema del rispetto della riserva di legge. Tuttavia non può essere nascosto un problema di indeterminatezza dello stesso che lascerebbe spazi notevoli all'interpretazione, sia pur confinati alle ipotesi di lesioni colpose non aggravate.

Sarebbe quindi necessaria una definizione legislativa di tale rischio, basata sul nesso funzionale del comportamento rispetto alle caratteristiche del gioco ed al contesto nel quale l'azione si è svolta⁵⁶. Il riferimento al contesto permetterebbe anche di distinguere in maniera equilibrata i fatti posti in essere in competizioni ufficiali rispetto a quelli realizzati in allenamento o in partite amatoriali.

In questo modo i margini interpretativi resterebbero nei limiti della Costituzione ed il concetto di nesso funzionale consentirebbe l'utilizzo delle regole del gioco anche come parametro per stabilire il grado di difformità rispetto ad esse della condotta dell'atleta.

Infine il ricorso ad una generica espressione riferita a tale non punibilità, quale quella "non è punibile", sarebbe in linea con la tradizione codicistica che non impegna il legislatore in prese di posizione dommatiche, lasciando agli interpreti la diatriba in ordine alla natura dell'istituto (scriminante, causa di non punibilità, o altro)

MASSIMO LUIGI FERRANTE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

⁵⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Principio di libertà*, cit., pp. 130 ss.

⁵⁶ In tal senso Cass., 4 luglio 2011, n. 42114. Per le critiche mosse al concetto di nesso funzionale si consideri L.M. FLAMINI, *Diritto penale dello sport*, cit., pp. 85 ss.