

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”

Roma, 28 - 30 marzo 2011
Ergife Palace Hotel

La scriminante dell'attività sportiva e la responsabilità penale per colpa

coordinatore
Dott. Giuseppe MARRA
Magistrato fuori ruolo presso l'Ufficio
Legislativo del Ministero della Giustizia

LA SCRIMINANTE DELL'ATTIVITÀ SPORTIVA E LA RESPONSABILITÀ PENALE PER COLPA

di Giuseppe Marra

Sommario : 1) Il fondamento dogmatico della scriminante; 2) Le lesioni personali commesse con l'osservanza delle regole del gioco ; 3) Le lesioni personali commesse con la violazione delle regole del gioco; 4) La giurisprudenza più recente e la responsabilità per colpa

Il fondamento dogmatico della scriminante

Si è soliti affrontare la presente tematica dei limiti scriminanti dell'attività sportiva, evidenziando un dato di comune conoscenza e cioè che l'attività sportiva, per la sua indubbia utilità sociale, viene non solo ammessa ma anche promossa dallo Stato, malgrado in molti casi si presenti come un'attività intrinsecamente pericolosa.

Di tale positiva valutazione ne è segno tangibile la legge 16 febbraio 1942 n.426 che ha istituito un apposito ente pubblico (Comitato Olimpico Nazionale Italiano - C.O.N.I.), il quale per statuto è deputato (attraverso le federazioni sportive, definite organi del C.O.N.I.) alla promozione, disciplina ed organizzazione delle attività sportive ad ogni livello.

E' evidente che lo Stato ha quindi ponderato che nel bilanciamento degli interessi contrapposti, da un lato il rischio connesso all'attività sportiva (ovviamente più intenso in alcuni sport piuttosto che in altri) e dall'altro l'utilità sociale per il benessere psico-fisico che deriva dalla pratica sportiva alla popolazione, va data prevalenza a quest'ultimo profilo.

Si potrebbe ritenere che l'ordinamento si preoccupi però di limitare il rischio connesso allo svolgimento della pratica sportiva, individuando in maniera il più possibile puntuale delle norme cautelari, contenute all'interno dei singoli regolamenti sportivi esistenti per ognuna delle discipline sportive riconosciute ed autorizzate dallo Stato. In realtà pare condivisibile l'osservazione di chi evidenzia che le norme della disciplina sportiva non hanno come scopo precipuo di evitare eventi lesivi, come vere e proprie norme cautelari , “...quanto soprattutto di assicurare il conseguimento del risultato sportivo, nel rispetto dei principi ispiratori del gioco.”¹

Senza potersi soffermare di più sul punto a causa dell'ampiezza dell'argomento, va sottolineato in ogni caso che le regole cautelari da prendere in considerazione in tali ipotesi non possono essere

¹ Cfr. in questi termini espressamente M. RONCO, *sub art.*(590), in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. RONCO e S. ARDIZZONE, Utet, 2003, 2084 ss.

costruite in base ai tradizionali criteri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento - criteri che potrebbero addirittura condurre ad una regola di condotta che imponga l'astensione dall'attività consentita in quanto tale - ma debbono tener conto dell'esigenza di permettere lo svolgimento dell'attività ritenuta socialmente utile, mantenendo al contempo il livello di pericolosità entro limiti accettabili : soltanto il superamento di tali limiti, o, secondo una terminologia particolarmente efficace, dei margini del cosiddetto "rischio consentito", può pertanto essere fonte di responsabilità penale.²

La dottrina ancor oggi si interroga su quale sia il fondamento di liceità dell'attività sportiva, in particolare delle condotte lesive dell'integrità fisica che possono verificarsi³.

Secondo la dottrina maggioritaria⁴ tale fondamento andrebbe individuato nell'art.51 c.p., che consente di scriminare l'autore di una condotta lesiva realizzata nel corso della pratica sportiva, perché compiuta nell'esercizio di una facoltà legittima in quanto autorizzata dallo Stato, come sarebbe evidente soprattutto negli sport espressamente regolamentati. Questa teoria viene però criticata perché la scriminante non potrebbe trovare applicazione nei casi (statisticamente i più frequenti e problematici) in cui le lesioni sono derivate da condotte che violano le norme regolamentari, poiché a rigore l'autorizzazione dello Stato all'esercizio di un'attività rischiosa quale è lo sport, è condizionata proprio dalla richiesta di osservare le norme disciplinanti le singole attività, dallo stesso individuate come detto nei regolamenti delle federazioni. Inoltre tale scriminante non potrebbe altresì trovare applicazione per l'attività sportiva non regolamentata, che pure potrebbe presentare gli stessi profili di utilità sociale di quella già riconosciuta dallo Stato (si pensi ai nuovi sport che nel corso del tempo sono stati organizzati spontaneamente dai praticanti, sino al loro riconoscimento ufficiale da parte del C.O.N.I.) .

Ad avviso invece di altri autori⁵ è più opportuno il ricorso alla scriminante del consenso dell'avente diritto ai sensi dell'art.50 c.p., ritenendo che colui il quale si accinge a svolgere un'attività sportiva

² Sulla problematica del cosiddetto "rischio consentito" si veda per maggiori e necessari approfondimenti : PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. gen., Giuffrè , 1996, 302 e 378 ss.; ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, 1995; BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, ora in *Scritti di dir.pen.*, vol.I, Giuffrè, 1997, 170 ss..

³ Per una panoramica sulle posizioni della dottrina e della giurisprudenza, gli scritti più recenti sono : F.MARZANO, *L'attività sportiva : tra illecito disciplinare ed attività penalmente irrilevante* , in *questa rivista*, 2007, p.3988; S. RAFFAELE, *Tipicità e giustificazione di lesioni personali in ambito sportivo*, in *Riv.it.dir.pro.pen.*, 2006, 1584, nonché ci sia consentito il richiamo a G.MARRA, *Le lesioni personali nell'ambito dell'attività sportiva*, in *Merito*, 2004, 6, 48 ss.

⁴ DE FRANCESCO, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 597; F.MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc.dir.*, vol.XV, Giuffrè, 1990, 648; BRICOLA, *op. cit.*, 203.

⁵ Per tutti RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Cedam, 1979, 250 ss., con ampi richiami e casi giurisprudenziali, nonché PAGLIARO, *op.cit.*, 432. In giurisprudenza fanno riferimento alla scriminante dell'art.50 c.p., Cass. pen , sez.V, 8 ottobre 1992, n.9627, in *questa rivista* , 1993, 1726, 1002, con nota di MELILLO, *Violenza sportiva : condizioni per la rilevanza penale del fatto*; in precedenza, Cass. pen sez. I, 20 novembre 1973, Piccardi, in *Foro it.*, 1974, II, 374.

implicitamente accetti i rischi da essa derivanti, quantomeno nei limiti di quella che si può definire la c.d. violenza base (da individuare a seconda del tipo di sport più o meno violento), situazione che potrebbe anche verificarsi al di là del rispetto delle regole di gioco. Il consenso riguarderebbe perciò anche quelle condotte scorrette che sono però da considerare rientranti nel normale sviluppo della competizione sportiva, secondo canoni ermeneutici ispirati all'adeguatezza sociale.

Ma anche tale ricostruzione presenta un evidente e insuperabile punto critico e cioè che il consenso dell'avente diritto, ai sensi dell'art.50 c.p., trova il limite implicito dell'art.5 c.c. e quindi sarebbe inoperante per le lesioni che comportino un pregiudizio permanente all'integrità fisica e ovviamente per l'evento morte, nei quali casi lo sportivo risponderebbe sempre anche in sede penale, a prescindere dalla manifestazione del consenso da parte dell'avversario. Tale limite sarebbe particolarmente incidente negli sport a violenza necessaria, quali la boxe, il karate, la lotta, dove non sono infrequenti eventi anche gravi sino alla morte, tanto che in molti dubitano ad esempio della compatibilità della boxe con il nostro ordinamento, in cui il bene salute e il bene vita sono ritenuti, certamente da tutti, indisponibili e quindi non rimessi alla sola volontà del loro titolare.

Vale la pena infine citare una dottrina minoritaria⁶, la quale acutamente contesta l'impostazione tradizionale che, per rendere lecita la lesione nell'attività sportiva, va necessariamente a ricercare l'operatività di una causa di giustificazione, sia essa l'art.50 ovvero l'art.51 c.p., evidenziando che in tal modo si afferma invece l'illiceità di base dell'attività sportiva pericolosa, che solo in forza dell'applicazione di una scriminante diventa penalmente irrilevante. Ad avviso di questo autore le lesioni sportive che si realizzano all'interno del c.d. rischio consentito, da individuare di volta in volta a secondo della normalità delle condotte che si possono prevedere per i rispettivi sport, sono di per sé lecite per difetto di tipicità penale. La tipicità andrebbe infatti individuata non più in base al tradizionale criterio naturalistico-causale, che vedrebbe realizzata in astratto la fattispecie penale di lesione oppure di omicidio, ma in forza di canoni di valore che tengano conto del contesto in cui la lesione sia cagionata e del bilanciamento di interessi operato a monte dallo Stato.

La giurisprudenza sia di merito sia di legittimità, sulla scorta delle tesi di un noto autore⁷ e conscia dei limiti delle teorie su esposte, sembra invece consolidarsi negli ultimi anni nell'affermare, in base ad un procedimento analogico in *bonam partem* con le cause di giustificazione codificate, l'esistenza di una scriminata non codificata, quella dell'esercizio dell'attività sportiva, la quale consentirebbe, entro l'area del c.d. rischio consentito, di escludere l'antigiuridicità della lesione sportiva per mancanza del danno sociale⁸.

⁶ Cfr. S.FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Cedam, 1996, 58 ss., e su analoghe posizioni anche S. RAFFAELE, *op.cit.*

⁷ Vedi ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XVI ed., a cura di L.CONTI, Giuffrè, 2003, pp.311 ss.

⁸ Cfr. sul punto, Cass. pen., sez.V, 21 febbraio 2000, n.1951, in *questa rivista*, 2000, 1634, 3016, con nota di D'AMBROSIO, *La responsabilità per le lesioni cagionate durante un'attività sportiva*.

Sul punto è interessante notare *de iure condendo*, che lo schema di legge delega di riforma del codice penale, elaborata dalla Commissione Nordio, ha previsto per la prima volta (art.35) una scriminante autonoma e tassativa relativa all'attività sportiva, precisando che essa produce effetti anche nel caso in cui l'agente compia il fatto, "...nella ragionevole convinzione di adeguarsi alla regolamentazione della specifica attività."

Ma al di là delle dispute dottrinarie, le problematiche maggiori si riscontrano poi nell'affrontare i casi pratici, che di volta in volta sono giunti all'attenzione dei giudici, di cui è opportuno distinguere le ipotesi di lesioni commesse con l'osservanza delle regole di gioco, da quelle consumate in violazione di norme sportive .

Le lesioni personali commesse con l'osservanza delle regole di gioco

E' discusso in dottrina se le regole cautelari contenute all'interno dei regolamenti sportivi debbano essere considerati quali unici parametri per valutare la colpa dell'agente, senza perciò tener conto, ove le circostanze concrete lo richiedano, anche di canoni di comportamento ispirati alle regole non scritte di prudenza o diligenza. In altri termini è controverso se l'osservanza delle regole di gioco da parte degli atleti escluda sempre qualsiasi profilo di responsabilità colposa, anche laddove l'evento lesivo avrebbe potuto essere evitato utilizzando un grado di prudenza aggiuntiva, che in concreto era esigibile dall'agente nel caso di specie.

Vi è chi sostiene che nell'ipotesi in cui si verificano delle lesioni malgrado l'osservanza da parte dell'atleta delle norme cautelari specifiche, l'evento deve "...considerarsi lecito, in virtù di una presunzione di caso fortuito, ossia di imprevedibilità di esso, data l'osservanza delle regole del gioco."⁹

Altri invece rilevano che un simile orientamento, probabilmente volto a limitare il sindacato del giudice penale nell'ambito dello sport, non tiene debitamente in conto del fatto che sono proprio i regolamenti sportivi a contenere molte volte delle norme che richiamano in maniera tacita i principi di prudenza e diligenza propri delle regole cautelari non scritte (emblematico è il regolamento del gioco calcio, elaborato dalla F.I.G.C., che all'art.12 comma 2 n.1, stabilisce il divieto di gioco giudicato " pericoloso" dall'arbitro, lasciando aperta l'individuazione delle condotte vietate), sulla condivisibile premessa che le norme cautelari scritte sono frutto di un procedimento di necessaria generalizzazione di regole di esperienza consolidate, che non può prevedere in maniera esaustiva tutte le ipotesi verificabili nella realtà¹⁰.

⁹ In tal senso BRICOLA, *op. cit.*, 203.

¹⁰ Cfr. ALBEGGIANI, voce *Sport*, in *Enc.dir.*, vol.XLIII, Giuffrè, 1990, 546; in precedenza anche VASSALLI, *Agonismo sportivo e norme penali*, in *Riv. dir.sport.*, 1958, 184. Da ultimo anche F.MARZANO, *op.cit.*, che distingue però tra sport a violenza c.d. eventuale e quelli a violenza c.d. necessaria, come il pugilato; per questi ultimi la regola scritta della disciplina sportiva, appare essere l'unico discrimine tra condotta scriminata ed illecito penale.

Peraltro vi sono alcuni precedenti giurisprudenziali di merito e di legittimità, tutti però non recenti, i quali hanno ritenuto che l'osservanza delle regole del gioco esercitato, non fosse di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità penale dell'atleta in caso di incidente colposo, nell'ipotesi in cui lo stesso avrebbe potuto astenersi da azioni, che seppur consentite dal regolamento sportivo, facessero insorgere di fatto un pericolo manifesto per l'avversario. Si pensi alla condotta di calciare con forza il pallone nel corso di una partita di calcio, che ovviamente è di regola lecito; in talune circostanze particolari, ad esempio si immagini di avere il volto dell'avversario a brevissima distanza dal pallone, tale condotta può presentare dei profili di prevedibilità di un evento lesivo molto alti, con la conseguente evitabilità dello stesso con una semplice maggior prudenza da parte dell'atleta, anche a discapito del suo immediato interesse di gioco.

Tuttavia la giurisprudenza più recente è invece tutta in senso contrario¹¹, e cioè che l'osservanza delle norme regolamentari esclude la responsabilità penale dell'atleta per i fatti lesivi da lui compiuti.

Le lesioni personali commesse con la violazione delle regole di gioco

Il punto invece che presenta i maggiori contrasti e che appare di maggiore incidenza statistica, è quello invece riguardante la valutazione delle condotte lesive conseguenti alla violazione delle regole sportive.

In tale ambito non è contestata la piena ricorrenza della responsabilità penale quando l'attività lesiva, pur se compiuta nel corso dell'esercizio di un'attività sportiva, è da questa scissa non avendo nessun collegamento con le finalità proprie del singolo sport, comprendendo anche quelle agonistiche. E' infatti evidente che, ad esempio, se durante una partita di basket o di calcio (non ovviamente durante un incontro di boxe), un giocatore colpisca volontariamente con un pugno il viso dell'avversario cagionandogli delle lesioni, egli risponderà ai sensi dell'art.582 c.p. , e se poi da quel pugno derivasse la morte della persona offesa, lo stesso sarà imputato di omicidio preterintenzionale.

In tali ipotesi, non infrequenti nel caso ad esempio del cosiddetto fallo di reazione, l'agente viola consapevolmente le regole del gioco, disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario e superando con ogni evidenza la soglia del cosiddetto rischio consentito, poiché quel tipo di condotta non è

¹¹ Cfr. in particolare per l'affermazione di una responsabilità penale, anche se vi è stata osservanza delle regole sportive, Cass.pen., sez. IV, 22 maggio 1967, n.72, in *Giust.pen.* 1967, II, 582; Cass.pen., 9 ottobre 1950, in *Giust.pen.* 1951, II, 232; App. Firenze, 17 gennaio 1983, in *Giur.merito.*, 1987, 218; si veda anche, quale sentenza più recente, Cass.civ., sez. III, 8 agosto 2002, n.12012, Fregola c. Saliotti, in *Foro it.*, 2003, I, 168 ss, con nota di A.FANELLI.

In senso contrario, vedasi Cass.pen., sez.IV, 28 aprile 2010, n.20595; Cass.pen., sez.V, 13 febbraio 2009, n.17923, in *Cass. pen.*, 2010, 279, 933, con nota di G.MARRA, *La Cassazione precisa i limiti scriminanti dell'attività sportiva*; Cass.pen., sez.V, 21 febbraio 2000, n.1951, *op.cit.*; Cass.pen., sez.V, 12 maggio 1993, in *Riv.dir.sport*, 1993, 321.

prevedibile dai partecipanti, non rientrando tra quelle azioni normali e tipiche del basket o del calcio. Né si può invocare alcun consenso tacito da parte dei giocatori, poiché è logico presumere che essi non abbiano acconsentito ad essere presi a pugni .

Non è dubbio perciò che in tali fattispecie la gara sportiva è solo un'occasione dell'azione illecita volta a cagionare l'evento, e che perciò l'autore del fatto integrante il reato di lesioni risponderà dello stesso a titolo di dolo, non potendosi invocare alcuna delle cause di giustificazione relative all'attività sportiva indicate in precedenza.

Non vi sono poi particolari perplessità neanche nei casi diametralmente opposti, ossia quando la violazione della regola sportiva è avvenuta involontariamente, per la concitazione della gara, per la stanchezza che ha ridotto il livello di attenzione dell'atleta ecc. ecc. E' evidente che non vi sono profili di rimproverabilità penale da imputare allo sportivo, per cui in quell'ambito trova comunque piena applicazione la scriminante *de qua* .

Dubbi invece sussistono nelle ipotesi in cui la lesione o la morte derivino dalla violazione anche consapevole delle regole sportive, compiuta però nel corso di un'azione di gioco in cui, dalla ricostruzione in fatto, appare evidente che l'atleta perseguisse solo finalità agonistiche (come ad esempio nell'ipotesi, per così dire di scuola, del calciatore che rincorrendo l'avversario che corra con il pallone verso la sua porta per segnare un goal, nell'impossibilità di togliergli la palla, lo atterri da tergo, colpendolo con un calcio ad una gamba, così cagionandogli una frattura all'arto inferiore)¹².

Non pare tuttavia condivisibile in questi casi la ricostruzione dogmatica in termini di stretto parallelismo tra violazione volontaria della regola sportiva ed illecito penale, in quanto tale interpretazione non è rispettosa dell'intrinseca peculiarità dell'attività sportiva, la quale trova motivi di perfezionamento e di interesse, anche per gli spettatori oltre che per i praticanti, proprio nella cosiddetta ansia di risultato, la quale invero costituisce l' "in sé" dell'agonismo, che a sua volta rappresenta l'anima dell'attività sportiva, anche di quella amatoriale.

Va sottolineato che il mancato rispetto, anche volontario, delle regole del gioco, è in una certa misura fisiologicamente connesso ad ogni pratica agonistica, tant'è che gli stessi regolamenti sportivi prevedono una serie di violazioni, con le rispettive sanzioni per i cosiddetti "falli di gioco" commessi dagli atleti; ipotizzare invece in questi casi sempre l'intervento del giudice penale, significherebbe scoraggiare in radice ogni attività sportiva, in quanto si finirebbe con il ridurre drasticamente i margini di liceità.¹³

¹² Si tratta di un caso oggetto della sentenza di cui Cass. pen., sez.V, 8 ottobre 1992, n.9627, con nota di MELILLO, *op.cit.*

¹³ Vedi ALBEGGIANI, voce *Sport* , *op.cit.*, 552; DE FRANCESCO, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, 599; G.MARRA, *Le lesioni personali*, *op.cit.* , 54

Appare perciò condivisibile l'impostazione offerta dalla dottrina nettamente maggioritaria e da parte della giurisprudenza, nella quale l'area di liceità nello sport, non è limitata dall'osservanza o meno delle regole di gioco, ma piuttosto dal livello di "violenza base", in ragione dei diversi sport, che ogni partecipante accetta implicitamente nello svolgimento dell'attività agonistica. E' evidente che in una partita di calcio o di basket, entrambi sport a violenza cosiddetta eventuale, solo di fronte a eventi di particolare gravità lesiva, tali da ricomprendere anche lesioni permanenti all'integrità fisica, si potrà presumere il superamento della soglia del rischio consentito.

Tale impostazione, per così dire meno rigoristica, trova peraltro dei giusti contemperamenti in ulteriori criteri di valutazione della soglia del cosiddetto rischio consentito; essa infatti non dipende solamente dall'individuazione della cosiddetta "violenza-base" a seconda dei tipi di sport che si praticano, che vanno infatti distinti tra quelli a violenza necessaria, quelli a violenza eventuale e quelli senza contatto fisico (es. tennis), ma anche dal livello agonistico sotteso alla gara sportiva. Detta soglia va perciò ritenuta particolarmente bassa nel caso di semplice allenamento o di gare amatoriali nelle quali i partecipanti si attendono un livello di correttezza maggiore dagli avversari, e invece deve essere via via innalzata nell'ipotesi di gare ufficiali tra dilettanti, sino a quelle tra professionisti, in cui l'ansia di risultato assume la sua massima espansione, in ragione anche degli interessi economici presenti.

Appare infine degna di nota la posizione di quegli autori¹⁴ i quali, ritenendo che il discrimine tra ciò che è lecito e quello che risulta penalmente rilevante non sta nell'osservanza delle regole del gioco, quanto piuttosto nella violazione del principio di lealtà che deve sorreggere l'attività sportiva, arrivano alla conclusione che l'alternativa è solo tra due possibilità : mero illecito sportivo e reato doloso, contrariamente a quanto invece sostenuto dalla giurisprudenza che prevede anche l'ipotesi del reato colposo.

In realtà le incertezze interpretative esposte, consentono conclusivamente di concordare con quanto affermato *expressis verbis* dalla Cassazione in più sentenze, e cioè che : *“ Neppure è facile stabilire quale sia la soglia del c.d. rischio consentito per ciascuna disciplina sportiva. Trattasi in realtà di questione prevalentemente di fatto la cui soluzione compete ai giudici di merito”*¹⁵.

Peraltro in un primo tempo, la giurisprudenza della Cassazione è sembrata dare centralità al consenso dell'avente diritto, al fine di individuare così la soglia del c.d. rischio consentito, entro la quale non vi sarebbe rilevanza penale. In particolare ha affermato che la violazione consapevole

¹⁴ Cfr. M. RONCO, *op.cit.*, 2084; MELILLO, *Violenza sportiva, op.cit.*; nonché G. AMATO, *Per i danni causati nell'azione di gioco la responsabilità è solo per colpa*, in *Guida dir.*, 2000, 10, 73 ss.

¹⁵ In questi termini sia , Cass. pen., sez.V, 8 ottobre 1992, n.9627, *op.cit.*, sia Cass. pen., sez.V, 21 febbraio 2000, n.1951, *op.cit.*

delle regole del gioco, anche di quelle poste specificamente a salvaguardia dell'incolumità dei partecipanti, non può comportare automaticamente l'affermazione della colpa per inosservanza di norme cautelari ai sensi dell'art. 43 c.p., ma che essa può ricorrere solo quando si accerta nel merito il superamento della predetta soglia, determinata in ragione del tipo e livello di attività sportiva, su cui viene dato anche implicitamente il consenso all'offesa da parte di ogni partecipante (in una partita di calcio la Cassazione ha ritenuto che gli atleti fossero consapevoli del rischio di essere atterrati con uno sgambetto o con una spinta che superasse i limiti regolamentari). Tale superamento è stato poi individuato in quelle condotte che abbiano travalicato “ *dal dovere di lealtà sportiva fino a trasmodare nel disprezzo per l'altrui integrità fisica* ” (nella fattispecie si trattava di un fallo da tergo nei confronti del calciatore che si avviava verso la porta avversaria; la Cassazione annullava la sentenza della Corte d'Appello escludendo il dolo, poiché la condotta illecita era stata compiuta nell'esercizio dell'attività sportiva, all'interno di un'azione finalisticamente inserita nello svolgimento di una gara, quale quella volta ad impossessarsi del pallone ed ad impedire all'avversario di segnare il goal, ritenendo tuttavia che nella fattispecie ricorresse in ogni caso la colpa, poiché il difensore aveva commesso un fallo di gioco che, oltre ad essere volontario, era diretto alla persona dell'avversario e di portata tale da comportare la prevedibilità di eventi lesivi)¹⁶. Tale impostazione è stata poi prevalentemente seguita dalla giurisprudenza di merito¹⁷. Di diverso avviso sono invece alcune recenti sentenze della Suprema Corte¹⁸, nelle quali abbandonando il richiamo alla figura del consenso dell'avente diritto, si è sostenuto che quando il fatto lesivo si è verificato perché il giocatore ha violato volontariamente le regole del gioco, disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario, allora esso non potrà rientrare nella causa di giustificazione dell'attività sportiva, ma sarà penalmente perseguibile.

¹⁶ Cfr. sul caso riportato Cass. pen., sez.V, 8 ottobre 1992, n.9627, con nota di MELILLO, *Violenza sportiva, op.cit.*; i principi sono stati poi successivamente confermati da Cass.pen., sez.V, 12 maggio 1993, *op.cit.*, e più di recente da Cass. pen., sez.IV, 25 febbraio 2000, n.2765, in *Guida dir.*, 2000, 18, 79 con nota di G.AMATO, *Violazione delle regole di condotta imprudente, e presupposti della responsabilità penale*, nonché in *Riv.dir.sport*, 2000, 1-2, 142 ss., con nota di G.CHINÈ, *Illecito sportivo e responsabilità penale: i nuovi confini di una scriminante non codificata*. Negli stessi termini anche una piuttosto recente sentenza in sede civile Cass., sez. III, 8 agosto 2002, n.12012, Fregola c. Saliotti, in *Foro it.*, 2003, I, 168 ss, con nota adesiva di A.FANELLI.

¹⁷ vedi Trib. Aosta, 21 maggio 1997, in *Resp.civ.e prev.*, 1997, 1208; Trib.civ. Milano, 20 dicembre 1999, Di Salvo c. Crescione, in *Riv.dir.sport*, 2000, 1-2, 189 ss, con nota di G.CHINÈ, *La responsabilità del giocatore di calcetto violazione delle regole di gioco*; di particolare interesse poi, Trib. Rieti, 12 gennaio 2001, in *Giur. merito*, 2001, II, 409; App. Palermo, 26 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, II, 719.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez.V, 21 febbraio 2000, n.1951, con nota di D'AMBROSIO, *op.cit.*; Cass. pen., sez. IV, 7 ottobre 2003, n.39204, in *Riv.pen.*, 2004, 194; più di recente Cass. pen., sez.V, 20 gennaio 2005, n.19473, in *Riv. it.dir.pro.pen.*, 2006, 1584, con nota adesiva di S. RAFFAELE, *op.cit.*

Se il fatto si è poi verificato nel corso di una azione di gioco al fine di impossessarsi della palla o di impedire che l'avversario ne assuma il controllo, e il mancato rispetto delle regole del gioco sia in realtà dovuto all'ansia di risultato, si è affermato ricorrere la natura colposa dell'illecito penale¹⁹.

In questi termini perciò la Cassazione ha limitato l'area dell'illecito sportivo penalmente irrilevante, alle sole ipotesi d'inosservanza involontaria delle norme regolamentari di gioco (ad es. a causa della concitazione della fase di gioco o per stanchezza), mentre ha ritenuto che la violazione volontaria delle stesse comporterà sempre una responsabilità penale : 1) di natura colposa, se l'atleta non le ha osservate, anche solo per ansia di risultato, nell'ambito di una azione di gioco ed in funzione dell'obiettivo agonistico; 2) di natura dolosa se l'agente le ha violate fuori da finalità sportive, con l'intenzione o la mera accettazione del rischio di arrecare pregiudizio all'integrità fisica dell'antagonista. In sostanza è la finalizzazione o meno allo sviluppo del gioco che contraddistingue l'atto lesivo doloso da quello colposo, in cui è voluto soltanto il contrasto, sia pure irregolare, all'azione di gioco dell'avversario.²⁰

Su quest'ultimo punto è infatti pacifico anche in giurisprudenza che se l'azione di gioco è stata solo un'occasione per commettere delle lesioni, si è fuori dall'ambito applicativo della scriminante dell'attività sportiva²¹. Analogamente nel caso in cui l'azione lesiva è compiuta quando il gioco è fermo.²²

La giurisprudenza più recente e la responsabilità per colpa

Al fine di ricostruire i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità più recente, che quasi sempre ha ravvisato una responsabilità penale per lesioni colpose, pur nell'ambito dello svolgimento di un'azione di gioco, si è preso quale *leading case* quello affrontato dalla sentenza sez.V, 13 febbraio 2009, n.17923²³, che aveva ad oggetto un episodio di lesioni personali gravi cagionate con la violazione volontaria delle regole sportive, nella specie del basket, in cui durante una gara agonistica un giocatore in possesso della palla, per smarcarsi dell'avversario che lo pressava da dietro, aveva alzato il gomito e repentinamente aveva ruotato il busto ed il braccio alzato, così colpendo con forza ed in pieno volto l'avversario. La sentenza appare meritevole per lo

¹⁹ Negli stessi termini anche Trib. Venezia 2 dicembre 1999, in *Giur. merito*, 2000, II, 641.

²⁰ Cfr. in questi termini le già citate : Cass.pen., sez.IV, 28 aprile 2010, n.20595; Cass.pen., sez.V, 13 febbraio 2009, n.17923, in *Cass. pen.*, 2010, 279, 933, con nota di G.MARRA, *La Cassazione precisa i limiti scriminanti dell'attività sportiva*

²¹ Cfr. per ultimo Cass. pen., sez.V, 16 giugno 2009, in *Foro it.*, 2010, II, 501; Cass. pen, sez.V, 21 febbraio 2000, n.1951, *op.cit.*

²² Cfr.sempre Cass.pen., sez.IV, 28 aprile 2010, n.20595

²³ Sentenza già citata alle note 11 e 20.

sforzo sistematico in ordine alla materia della scriminante dell'attività sportiva e per la chiarezza delle motivazioni; tale esigenza è forse stata imposta dalle notevoli incertezze dei giudizi di merito che l'hanno preceduta, dato che il Tribunale di Cagliari aveva assolto l'imputato, a cui era stato contestato il delitto di lesioni volontarie gravi, perché il fatto non costituisce reato, difettando a suo avviso l'elemento psicologico della consapevolezza e volontà di ferire la persona offesa. La Corte d'Appello invece aveva dichiarato l'imputato colpevole del reato ascrittogli, ritenuto l'eccesso colposo nell'esercizio dell'attività sportiva. La Procura Generale della Cassazione, dal canto suo, ha poi chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non costituisce reato, ritenendo ricorresse la scriminante dell'attività sportiva. Come è evidente una notevole incertezza di giudizio, frutto probabilmente di una confusione di concetti giuridici che tuttora investe la materia.

La sentenza della Cassazione peraltro ribadisce l'interpretazione già offerta con la sentenza n.19473/2005²⁴ (ove il relatore/estensore era il medesimo di questa in esame), preoccupandosi di chiarire e precisare la ricostruzione sistematica dell'intero settore dell'attività sportiva.

Come già evidenziato la giurisprudenza appare consolidata nell'affermare che si tratti di una cosiddetta scriminante non codificata, a fronte delle difficoltà di applicare a tali ipotesi le cause di giustificazioni tipiche del consenso dell'avente diritto o dell'esercizio di un diritto, propugnate da una parte maggioritaria della dottrina.

Tale scriminante opera poi nei limiti della soglia del c.d. "rischio consentito" dall'ordinamento, da individuare di volta in volta in ragione delle diverse tipologie e discipline sportive.

La sentenza afferma che il discrimine tra attività sportiva lecita ed illecito penale, "*..non può che essere segnato, dal rispetto delle regole tecniche che presiedono allo svolgimento di ciascuna disciplina sportiva..... Il rispetto delle regole anzidette segna, allora, i contorni dell'area di impunità, nel senso che qualsiasi pregiudizio alla persona, sia alla sua integrità fisica che persino alla sua esistenza in vita, ove avvenga in costanza di condotta agonistica pienamente rispettosa delle relative misure cautelari, si sottrae alla responsabilità penale.*", affermazione che come detto non è sempre stata scontata in giurisprudenza ed è tuttora messa in dubbio nella sua absolutezza da parte della dottrina²⁵, che ritiene comunque necessario tener conto anche delle regole cautelari non scritte, suggerite dagli ulteriori canoni di prudenza e diligenza (la c.d. colpa generica).

Viene poi ribadito che la violazione involontaria delle regole sportive, dovuta alla concitazione del gioco ed all'ansia di risultato insita nella competizione sportiva, è penalmente irrilevante, come da tutti ritenuto.

²⁴ Vedi nota n.17

²⁵ Vedi le note 9 e 10.

Quanto poi invece ai casi più problematici, ossia quelli relativi alle condotte che volontariamente violano la disciplina sportiva, la sentenza in commento offre delle opportune ed importanti precisazioni. Si afferma infatti che *“...non sempre la violazione volontaria sfocia nell’area dell’illecito penale. Ciò può avvenire qualora la condotta dell’agente sia obiettivamente incompatibile con le caratteristiche e lo spirito di una determinata disciplina sportiva e sia, cioè, totalmente avulsa dalle relative peculiarità.....Ricorrendo i due presupposti (volontarietà dell’infrazione ed abnormità della condotta), il fatto è penalmente rilevante.”*. La sentenza, prescindendo dal caso di specie posto alla sua attenzione ove la rilevanza penale della condotta dell’imputato avrebbe dovuto essere piuttosto chiara in ragione della grave slealtà e pericolosità dell’azione posta in essere, ha voluto raccogliere i suggerimenti di quella parte della dottrina che ha contestato l’automaticità tra violazione disciplinare con effetti lesivi ed illecito penale, in nome della necessità di non “soffocare” lo spirito agonistico che dà linfa vitale allo sport con la cappa del penalmente rilevante. Viene perciò detto che per integrare la fattispecie penale non basta che il giocatore violi volontariamente la regola sportiva, ma è necessario che la sua condotta sia abnorme, nel senso di contraria con evidenza al *“ principio di lealtà e correttezza sportiva”*.

Queste affermazioni della Cassazione, per certi versi richiamano l’idea che la scriminante dell’attività sportiva abbia come presupposto (e non anche come fondamento) il consenso implicito dei partecipanti al gioco, il quali sono consapevoli che l’attività sportiva includa quasi inevitabilmente anche la violazione delle relative regole (punite con le sanzioni disciplinari), nel limite però del principio di lealtà sportiva, che certamente non può comprendere una grave lesione della propria integrità fisica a cui nessun giocatore di regola acconsentirebbe (ad eccezione ovviamente per gli sport a violenza c.d. necessaria).

Individuato perciò l’ambito del penalmente rilevante, la Cassazione precisa e ribadisce infine il criterio di imputazione del profilo soggettivo, doloso o colposo, affermando che esso *“...andrà poi, agevolmente risolto sulla base del criterio finalistico (applicabile solo in tale limitato ambito), ossia se l’azione violenta, anche se antisportiva – e dunque antidoverosa – sia direttamente funzionale non alla messa in pericolo dell’altrui incolumità , ma al perseguimento dell’obiettivo agonistico, ovvero se sia gratuitamente rivolta alla persona dell’avversario, in forma diretta o intenzionale (con consapevole profittamento della circostanza di gioco) o con mera accettazione preventiva del rischio di arrecare pregiudizio all’integrità fisica dell’antagonista. Nel primo caso, si avrà responsabilità per colpa; nel secondo a titolo di dolo, diretto od eventuale.”*²⁶

²⁶ Cfr. in questi termini : Cass.pen., sez.IV, 28 aprile 2010, n.20595; Cass.pen., sez.V, 13 febbraio 2009, n.17923, in Cass. pen., 2010, 279, 933, op.cit.

In questo quadro ermeneutico, già espresso dalla Suprema Corte con la citata sentenza del 2005, appare evidente l'ultima censura mossa alla decisione della Corte d'Appello, ossia quella relativa al riconoscimento dell'eccesso colposo nella causa di giustificazione, dato che l'art. 55 c.p. trova applicazione solo quando ricorre di base una situazione scriminata, che nel caso di specie non poteva certo esserci perché la condotta dell'imputato era volontariamente fallosa e ben al di là della correttezza e lealtà sportiva, dato che la rotazione repentina e decisa del torso con il gomito alzato era destinata con ragionevole certezza ad impattare con il corpo dell'avversario che sopraggiungeva.

In conclusione va detto che il dato interpretativo più interessante della vicenda esaminata è che la Cassazione, di fronte quindi ad un gesto volontario in cui forse si poteva immaginare che l'atleta avesse accettato il rischio di colpire al volto l'avversario che gli stava appena dietro, ha utilizzato il criterio finalistico per escludere l'imputazione dolosa, sottolineando che tale criterio è “...applicabile solo in tale limitato ambito...”. Si è perciò tenuto in massimo conto il contesto in cui si è verificata la condotta violenta, ossia nell'ambito di un'attività, che come detto, non solo è consentita dall'ordinamento ma è anche da esso promossa.

Tali affermazioni permettono di fare un parallelismo con l'altra scriminante non codificata, quella dell'attività medico – chirurgica, ove con riferimento agli interventi cosiddetti arbitrari (quelli in cui il medico agisce consapevole dell'assenza del consenso del paziente), la Cassazione, recependo le osservazioni di gran parte della dottrina, ha valorizzato al massimo il dato della finalizzazione terapeutica della condotta medica, in alcuni casi (nell'ipotesi di esito fausto) per negare la sussistenza della tipicità del reato di lesioni dolose²⁷, in altri casi (nell'ipotesi di esiti infausti) per negare la ricorrenza dell'omicidio preterintenzionale, difettando le lesioni intenzionali²⁸.

Questo parallelismo offre l'occasione per fare una riflessione sull'affermazione anche in giurisprudenza di un diritto penale per così dire “ situazionale”, in cui la specificità del contesto è l'occasione per dettare una disciplina di settore (lo sport, l'attività medica, l'attività di impresa ecc.).

²⁷ Vedi Cass.pen., sez.un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, II, 305, con nota critica di G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*

²⁸ Cfr. Cass. pen., sez.IV, 26 maggio 2010, n. 34521