

La scriminante dell'attività sportiva e il c.d. rischio consentito

Autore: STUDIO LEGALE Salvatore Camonita

In: Diritto penale

Le esimenti. 1

Esimente nel linguaggio giuridico significa, in senso lato, ciò che esclude la responsabilità penale.

Nell'ambito delle esimenti rientrano, come sottospecie, le cause di giustificazione, i casi di non punibilità, nonché altre ipotesi di non punibilità determinate da ragioni di opportunità politico-criminale.

Le cause di giustificazione o, cause oggettive di esclusione del reato, sono dette anche scriminanti o cause di liceità¹.

Esse sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti sarebbe da considerarsi reato, tale non è perché la legge lo consente, lo impone o lo tollera (artt. 50 ss. c.p.).

Le cause di giustificazione, quindi, trovano fondamento logico-giuridico sul principio di non contraddizione, secondo il quale un ordinamento giuridico non può, ad un tempo, consentire e vietare uno stesso fatto.

Nella logica classica, il principio di non-contraddizione afferma la falsità di ogni proposizione implicante che una certa proposizione A e la sua negazione, cioè la proposizione non-A, siano entrambe vere allo stesso tempo e nello stesso modo. Secondo le parole di Aristotele: «È impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo»². Quindi in presenza di cause di giustificazione, l'ordinamento, in ossequio al suddetto principio di non contraddizione, riconosce meritevoli di tutela altri interessi che possono essere prevalenti, mancanti o equivalenti rispetto a quelli tutelati dalla norma violata (a cui dovrebbe discendere l'applicazione di una sanzione).

La dottrina dominante ritiene che le scriminanti ineriscano alla struttura del reato, come cause di esclusione dell'antigiuridicità oppure come elementi negativi del fatto, che devono mancare perché il fatto costituisca reato.

Le cause di giustificazione si distinguono in comuni e speciali:

le scriminanti comuni:

1. consenso dell'avente diritto, art. 50 c.p. ;

2.esercizio del diritto, art. 51 c.p. ;

3.adempimento del dovere, art. 51 c.p. ;

4.uso legittimo delle armi, art. 53 c.p. ;

5.legittima difesa, art. 52 c.p. ;

6.stato di necessità, art. 54 c.p. ;

esse sono previste nella parte generale del codice e risultano applicabili a tutti i reati con esse compatibili; le scriminanti speciali sono previste per singole figure criminose, come ad es. la reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale.

Infine abbiamo le cause di giustificazione non codificate, dette anche tacite o extra-legislative. Esse sono scriminanti non contemplate espressamente dalla legge, ma attinte da fonti materiali, che assumono rilievo in virtù del ricorso al procedimento di applicazione analogica delle scriminanti codificate.

La problematica ermeneutica delle scriminanti non codificate. 2

Una certa dottrina, seguita dalla giurisprudenza, esclude che le scriminanti non codificate assumano rilievo in virtù del procedimento analogico, osservando che le ipotesi individuate di tale categoria sono in genere riconducibili nell'alveo delle scriminanti codificate.

La questione dell'interpretazione in dottrina ampia è stata foriera di discussione in merito alla loro efficacia giacché in sede penale (art. 14 delle preleggi) è fatto divieto di applicazione analogica delle norme penali.

La maggior parte della dottrina giunge però a ritenere la liceità dell'applicazione di cause non codificate e ciò in quanto le cause di giustificazione non rientrano nei casi in cui l'interpretazione analogica è vietata. E' infatti pacifico che le scriminanti non sono norme penali in senso stretto, ma delle semplici norme generali.

Tra le cause non codificate si trovano: l'attività medico - chirurgica (per le lesioni provocate ai pazienti inevitabilmente durante gli interventi) e l'attività sportiva violenta (per le lesioni che involontariamente gli atleti si provocano durante le competizioni sportive).

Le più importanti cause di giustificazione non codificate sono:

- 1.l'attività sportiva violenta
- 2.l'attività medico-chirurgica;
- 3.le informazioni commerciali;
- 4.l'uso di auto blu e
- 5.l'uso di materiale di cancelleria.

L'art. 59 c.p. stabilisce che le cause di giustificazione siano valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti (rilevanza oggettiva), e che se l'agente ritiene per errore che esistano cause di giustificazione, queste sono sempre valutate a favore di lui (rilevanza del putativo), a meno che l'errore sia dovuto a colpa, nel qual caso l'agente è responsabile se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

L'agente risponderà di delitto colposo, ove previsto, anche nei casi in cui la causa di giustificazione in realtà esiste, ma egli travalichi i limiti stabiliti dalla legge, dall'ordine dell'autorità o dalla necessità (eccesso colposo) ad es. l'agente reagisce per legittima difesa a chi lo aggredisce per percuoterlo, cagionando erroneamente la morte).

Le cause di esclusione della colpevolezza (cenni). 3

Le cause di esclusione della colpevolezza, invece, lasciano integra l'antigiuridicità o la illiceità oggettiva del fatto e fanno venir meno solo la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto agente. Rientrano in tali cause tutte quelle situazioni in cui il soggetto agente commette un reato in quanto costretto da pressioni psicologiche che gli coartano la volontà. Il soggetto agisce quindi in difetto del richiesto elemento soggettivo. Proprio per tale ragione, tali circostanze operano solo se conosciute dal soggetto e, poiché lasciano integra l'illiceità del fatto, operano solo a vantaggio del soggetto agente e non possono essere applicabili ad altri eventuali soggetti che hanno contribuito alla realizzazione del fatto.

Le cause di esenzione da pena (cenni). 4

Le cause di esenzione da pena invece consistono in circostanze che lasciano sussistere sia l'antigiuridicità sia la colpevolezza.

La ragione dell'esistenza di tali cause va ricercata nelle ragioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena, avuto anche riguardo all'esigenza di salvaguardare contro-interessi che risulterebbero altrimenti lesi, da un'applicazione della pena nel caso concreto. Anche tali circostanze non possono essere applicate ai correi.

Le cause soggettive di esclusione del reato. 5

Per quanto concernono le cause soggettive di esclusione del reato, sono quelle cause in presenza delle quali viene meno la colpevolezza (elemento soggettivo) del reato.

Le cd. scusanti possono essere distinte in quelle che:

1. determinano l'esclusione del nesso psichico:

incoscienza indipendente da volontà: il soggetto pone in essere una condotta criminosa trovandosi in uno stato di incoscienza;

caso fortuito o forza maggiore (art. 45 c.p.): "non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore".

Nel primo caso (caso fortuito), non sempre esclude l'esistenza dell'azione e si verifica quando il fatto (evento lesivo) deriva dall'incrocio tra un accadimento naturale e la condotta umana.

Nel secondo (forza maggiore) invece la volontà del soggetto viene sempre annullata giacché lo stesso viene costretto da una forza esterna a se stesso che, per il suo potere superiore, inevitabilmente, lo obbliga (contro la sua volontà) a compiere l'azione incriminata dall'Ordinamento;

costringimento fisico (art. 46 c.p.): "non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto, mediante violenza fisica, alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi. In tal caso, del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza". E' la tipica ipotesi di forza maggiore in cui la forza esterna è determinata dalla violenza fisica di un altro soggetto. Il reato quindi non viene commesso da chi agisce materialmente, ma da chi ha posto in essere la costrizione.

2. determinano la mancanza di dolo e colpa:

caso fortuito (art. 45 c.p.): si verifica quando un evento dannoso si realizza a causa di un comportamento dell'agente posto in essere senza la sua volontà né da lui causato per imprudenza e/o diligenza (es. ferito da una terza persona che muore dopo il ricovero a causa di un incendio fortuitamente scoppiato in ospedale). Il caso fortuito non esclude l'esistenza dell'azione, ma impedisce che l'agente possa essere chiamato a rispondere dell'evento cagionato con il concorso di fattori che esulano dall'ordine normale delle cose;

errore sul fatto costituente reato (art. 47 c.p.): "l'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso. L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato". L'errore sul fatto si ha quindi quando il soggetto che agisce ha un'errata percezione della realtà nel senso che il soggetto è convinto di porre in essere un fatto concreto diverso da quello vietato dalla norma penale. Per essere rilevante l'errore deve essere essenziale (cadere cioè su uno o più elementi essenziali richiesti per la sussistenza del reato) e scusabile (al soggetto non deve essergli mosso alcun rimprovero).

Dopo quanto detto,

in breve possiamo affermare che le attività rischiose vengono classificate secondo una triplice partizione:

Condotte pericolose e non giuridicamente autorizzate:

Sono le condotte non utili e dannose, punite in sé o in quanto causa di eventi lesivi. L'ordinamento sancisce per queste condotte l'obbligo di astenersi, essendo queste direttamente previste dalle norme incriminatrici quali condotte illecite o quali cause di un evento illecito normativamente stabilito.

Condotte non giuridicamente autorizzate perché trasgressive di norme cautelari:

Le condotte de qua infatti, rientrano negli scopi preventivi delle norme cautelari, sono obbiettivamente prevedibili e obbiettivamente evitabili.

Attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate perché socialmente utili.

Esse implicano il rispetto del limite dell'autorizzazione prefissato dalla norma cautelare, minimizzando i rischi di eventi lesivi (leges artis dell'attività medico chirurgica e dell'attività sportiva violenta, ecc.). È un dato incontestabile la non responsabilità nel caso di evento lesivo verificatosi nonostante il rispetto delle norme dette. In primo luogo perché l'ordinamento non può autorizzare od addirittura imporre l'attività e poi imputare gli effetti lesivi all'agente; in secondo luogo, l'ordinamento deve accollarsi il rischio dell'evento nello stesso momento in cui autorizza un'attività rischiosa contenuta nei limiti del cd. rischio consentito. Taluni, conducendo alla massima estensione la teoria in argomento ritengono, nel caso in cui si operi nell'ambito dei limiti del rischio consentito, che la non punibilità debba fondarsi sulla mancanza di tipicità del fatto materiale. Infatti, se la condotta è lecita, l'evento infausto non è oggetto della previsione normativa ed il nesso causale ha per oggetto un evento atipico, la fattispecie di legge non è integrata già sul piano della tipicità. Il risultato cui si vuole pervenire è evidentemente quello di evitare in questi casi il riferimento alla colpevolezza, la cui valutazione non è richiesta da parte del giudice.

La causa di giustificazione dell'attività sportiva e del cd. rischio consentito. 6

L'attività sportiva, certamente comporta una carica agonistica alla e dalla quale consegue un contatto fisico che, eventualmente, può generare la commissione di illeciti apprezzabili dal e nell'ambito squisitamente penale.

L'evoluzione giurisprudenziale ha, necessariamente, segnato il discrimine tra attività

1. sportiva necessariamente violenta, in cui l'attività sportiva è causa efficiente ovvero condicio sine qua non di illeciti, perché la violenza è in re ipsa (ad esempio il pugilato, lotta libera);
2. attività sportiva a violenza eventuale, laddove, invece, il contatto fisico è possibile ma non necessario, come il calcio o il basket; ed infine
3. quelle attività dove la violenza è alla radice esclusa dalla tipologia di attività esercitata (nuoto, tennis, l'atletica leggera).

Ebbene, mentre in quest'ultimo caso non vi sono problemi di sorta, stante che la violenza non è mai

consentita, maggiori problematiche sorgono dalle prime due categorie per le quali, invece, occorre stabilire se e quando l'ordinamento consenta di ritenere non punibili le offese provocate nell'esercizio dell'attività sportiva.

La giurisprudenza ha, inoltre, coniato il cd. rischio consentito, quale scriminante atipica, segnando così il limite entro il quale l'attività sportiva pur determinando illeciti penali, non viola una fattispecie penale incriminatrice, perché si tratta di comportamenti connessi ad azioni di gioco che sono considerate normali nello svolgimento dell'azione sportiva. Il superamento di detto limite comporta una responsabilità per dolo o colpa, perché esorbita dalla carica agonistica e sfocia nella lesione all'incolumità personale e all'integrità fisica.

Riguardo all'illecito sportivo si apre un ampio ventaglio di soluzioni giurisprudenziali, volte ad analizzare la rilevanza penale e la portata scriminante del cosiddetto rischio consentito.

L'illecito sportivo e il rischio consentito cenni di giurisprudenza di legittimità. 7

Generalmente in tema di lesioni cagionate nel contesto dello svolgimento di un'attività sportiva, allorché venga posta a repentaglio coscientemente l'incolumità del giocatore, che legittimamente si attende dall'avversario un comportamento agonistico anche rude, ma non esorbitante dal dovere di lealtà fino a trasmodare nel disprezzo dell'altrui integrità fisica, si verifica il superamento del cd. rischio consentito, con il conseguente profilarsi della responsabilità per dolo o per colpa.

Senonché, ne discende che il fatto è doloso, quando la gara sia solo l'occasione (o il pretesto) dell'azione volta a cagionare lesioni, mentre è colposo se innestato nello svolgimento dell'attività agonistica e discendente dalla violazione norme regolamentari.

L'accertamento del rischio consentito è questione di fatto, da risolvere caso per caso, in relazione al tipo di pratica sportiva, nonché, nell'ambito di questa al tipo di attività agonistica - in particolare la S.C. Con la sentenza n.° 9627 del 1992 della Sezione V° ha escluso il dolo, nel caso di specie, poiché il fatto lesivo ebbe a verificarsi nel corso di un'azione di gioco tesa ad impedire che l'avversario si proiettasse col pallone verso la rete avversaria, ma ha ritenuto la colpa, poiché il difensore commise il fallo con un violento calcio, durante un incontro tra dilettanti.

In tema di cd. "illecito sportivo" l'autore dell'evento lesivo che sia stato rispettoso delle regole del gioco, del dovere di lealtà nei confronti dell'avversario e dell'integrità fisica di costui non sarà perseguibile penalmente in quanto non potrà dirsi superata la soglia di "rischio consentito". Diversamente allorché il giocatore violi volontariamente le regole del gioco disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario, il fatto non potrà rientrare nella causa di giustificazione, ma sarà penalmente perseguibile, - in specie- la Cassazione con la sentenza n.° 1951 del 2000 Sezione V°, ha ritenuto che non potesse ritenersi scriminato

il comportamento del giocatore di pallacanestro che aveva sferrato un pugno al giocatore avversario attingendone la mandibola destra.

Altresì, per quanto concerne la tematica delle lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva che implichi l'uso della forza fisica e il contrasto anche duro tra avversari, l'area del rischio consentito è delimitata dal rispetto delle regole tecniche del gioco, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all'elemento psicologico dell'agente il cui comportamento può essere, pur nel travalicamento di quelle regole, la colposa, involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza del gioco; tutto ciò riguardando il fallo di gioco punibile anche se non volontario, ha stabilito che se è commesso durante una partita di calcio che abbia causato una grave lesione all'avversario può essere punito come reato sia a titolo di dolo che di semplice colpa (cfr. Cass. Sez. V sent. n.° 19473/2005).

Nell'ambito di lesioni colpose gravi verificatesi nel corso di competizione sportiva, la scriminante del consenso dell'avente diritto presuppone che il "rischio" di subire dette lesioni sia, dal partecipante ad essa, preventivato e dunque accettato, - in quanto l'illecito sportivo, presuppone la sussistenza del consenso dell'avente diritto ex art. 50, c.p., ricorrendo quando la condotta lesiva, quale quella del diretto controllo del tiro del pallone, del tentativo di impossessarsene o di contenderlo all'avversario ovvero di introdursi nell'azione di gioco, sia finalisticamente inserita nel contesto di una attività sportiva - sicché detta scriminante non è configurabile allorquando le caratteristiche amichevoli o amatoriali della competizione rendano non prevedibile la verifica di lesioni superiori, per entità e gravità, a quelle normalmente accettabili in tale contesto (cfr. Cass. Sez. V° Sent. n.° 44306/2008: fattispecie di lesioni gravi con effetti permanenti, derivate da un'azione di «sgambetto», cagionate durante lo svolgimento di una partita di calcio tra compagni di scuola).

Le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali hanno, da tempo, definito i contorni della nozione di illecito sportivo, nozione che ricomprende tutti quei comportamenti che, pur sostanziando infrazioni delle regole che governano lo svolgimento di una certa disciplina agonistica, non sono penalmente perseguibili, neppure quando risultano pregiudizievoli per l'integrità fisica di un giocatore avversario, in quanto non superano la soglia del c.d. rischio consentito e che si tratta di un'area di non punibilità, la cui giustificazione teorica non può che essere individuata nella dinamica di una condizione scriminante.

La Corte ha però precisato che posto che l'uso della forza fisica, nel senso anzidetto, può essere causa di pregiudizi per l'avversario che cerchi di opporre regolare azione di contrasto, il rispetto delle regole segna il discrimine tra lecito ed illecito in chiave sportiva e che neppure in ipotesi di violazione di quelle norme, tale da configurare illecito sportivo, viene travalicata l'area del rischio consentito, ove la stessa violazione

non sia volontaria, ma rappresenti, piuttosto, lo sviluppo fisiologico di un'azione che, nella concitazione o trance agonistica (ansia del risultato), può portare alla non voluta elusione delle regole deliberatamente piegata al conseguimento del risultato, con cieca indifferenza per l'altrui integrità fisica o, addirittura, con volontaria accettazione del rischio di pregiudicarla, allora, in caso di lesioni personali, si entra nell'area del penalmente rilevante, con la duplice prospettiva del dolo o della colpa.

Il dolo ricorre quando la circostanza di gioco è solo l'occasione dell'azione volta a cagionare lesioni, sorretta dalla volontà di compiere un atto di violenza fisica (per ragioni estranee alla gara o per pregressi risentimenti personali o per ragioni di rivalsa, ritorsione o reazione a falli precedentemente subiti, in una logica dunque punitiva o da contrappasso).

La Corte infine precisa che è evidente che, ai fini dell'indagine in questione, risulta decisivo accertare se il fatto si sia o meno verificato nel corso di una tipica azione di gioco, in quanto in ipotesi alternativa ricorre sempre una fattispecie dolosa.

Quando, invece, la violazione delle regole avvenga nel corso di una ordinaria situazione di gioco, il fatto avrà natura colposa, in quanto la violazione consapevole è finalizzata non ad arrecare pregiudizi fisici all'avversario, ma al conseguimento, in forma illecita, e dunque anti-sportiva, di un determinato obiettivo agonistico, salva, ovviamente, la verifica in concreto che lo svolgimento di un'azione di gioco non sia stato altro che mero pretesto per arrecare, volontariamente, danni all'avversario.

All'uopo si consideri che secondo la sentenza della Corte di Cassazione Penale n° 10138 del 14 marzo 2011, costituisce reato l'aver colpito con un pugno l'avversario durante una partita di basket non per un eccesso agonistico, ma per finalità estranee alla competizione, indipendentemente dal fatto che il gesto violento si sia verificato

“a gioco fermo”.

Secondo i Giudici della S.C., infatti, il comportamento dell'atleta non avrebbe avuto rilevanza penale solo nel caso in cui il pugno fosse stato sferrato all'avversario nella concitazione della gara, per contendergli il possesso della palla. L'aver agito per finalità estranee alla competizione ha invece comportato il superamento del limite del cd. “rischio consentito”, rendendo il comportamento perseguibile penalmente.

Altresì, continuando nella direzione della responsabilità penale, la Cassazione con la

Sentenza 2 dicembre 2010 - 14 marzo 2011, n.° 10138, ha affermato, che va esclusa l'applicabilità della causa di giustificazione non codificata dell'esercizio di attività sportiva, ogniqualvolta sia ravvisabile nell'agente la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'incolumità dell'avversario, approfittando della circostanza del gioco.

Corte di Cassazione Penale sez. V°

16 novembre 2011, n.° 42114 - In tema di esercizio di attività sportiva, deve escludersi la scriminante

atipica e non codificata del c.d. "rischio consentito" quando il fatto lesivo si verifica al di fuori dell'ordinaria azione di gioco in violazione delle regole tecniche del gioco praticato.

Ancora continuando nell'esame della cennata sentenza Cassazione, sez. V°, 16 novembre 2011, n.° 42114 su l'illecito sportivo e illecito penale, al fine di rilevare quando ricorra il rischio consentito, si osserva che la causa di giustificazione, cosiddetta non codificata, dell'esercizio di attività sportiva presuppone che l'azione lesiva non integri infrazione di una regola sportiva o comunque, laddove la integri, sia compatibile con la natura della disciplina sportiva praticata ed il contesto agonistico di svolgimento; in assenza della causa di giustificazione detta, il fatto di reato sarà doloso o colposo a seconda che la condotta sia connotata da volontà diretta a ledere l'incolumità dell'avversario o a preventiva accettazione del relativo rischio ovvero sia meramente colposa

Continuando, ancora in tema di cd. Lesioni sportive, non è applicabile la previsione di eccesso colposo ex art. 55, c.p., in quanto la causa di giustificazione, cd. non codificata, dell'esercizio dell'attività sportiva presuppone che l'azione lesiva non integri infrazione di regola sportiva o comunque, laddove la integri, sia compatibile con la natura della disciplina sportiva praticata ed il contesto del suo svolgimento; in assenza della causa di giustificazione detta, il fatto di reato sarà doloso o colposo a seconda che la condotta sia connotata da volontà diretta a ledere l'incolumità dell'avversario o a preventiva accettazione del relativo rischio ovvero sia meramente colposa (cfr. Cass. Sez. V° Sent. n.° 17923/2009).

<https://www.diritto.it/la-scriminante-dell-attivita-sportiva-e-il-c-d-rischio-consentito/>