

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA PREVISIONE DEL DOLO SPECIFICO NEL COMMERCIO DI SOSTANZE DOPANTI (ART. 586-BIS, CO. 7, C.P.): QUANDO MOTIVI 'FORMALI' E ARGOMENTI SOSTANZIALI CONVERGONO

Nota a [Corte cost., sent. 9 marzo 2022 \(dep. 22 aprile 2022\), n. 105, Pres. Amato, Red. Amoroso](#)

di Sergio Bonini

La Consulta, con sentenza 105 del 2022, dichiara l'illegittimità dell'art. 586-bis, co. 7, c.p., in tema di commercio di sostanze dopanti, limitatamente alla previsione di un dolo specifico, ovvero al «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti». Con il perno dell'eccesso di delega ex art. 76 Cost. si congiungono osservazioni più "contenutistiche" della Corte in merito a globale assetto e teleologia del contrasto al doping. L'occasione è quindi propizia per aggiornare la riflessione su possibili riforme in materia, con l'accento questa volta su quelle non desiderabili, perché tali da stravolgere le linee politico-criminali non irragionevolmente tracciate, in origine, dalla legge 376 del 2000.

SOMMARIO: 1. L'ambientazione costituzionale della decisione in commento. – 1.1. Il *dernier cri* in materia di riserva di legge. – 1.2. L'ipotesi di decreto legislativo esorbitante la delega. – 2. La trama di Corte cost. 105/2022, fra espressi vincoli "formali" e implicite istanze sostanziali. – 3. Le ragioni, anche pre-art. 586-bis, per migliorare l'impianto normativo, senza alterarlo.

1. L'ambientazione costituzionale della decisione in commento.

La pronuncia 105/2022 ben si iscrive in un *milieu* argomentativo frutto, all'interno della Consulta, di (inevitabilmente) laboriose stratificazioni. Il tema è invero capitale nel nostro settore: la *riserva di legge*.

1.1. Il *dernier cri* in materia di riserva di legge.

Nella riflessione della giurisprudenza costituzionale su questo principio, al di là della sicura pertinenza rispetto alla delibazione tecnica delle questioni sottoposte, piace il "sofferto" impegno, quasi in forma di *autocoscienza introspettiva*, sull'*ubi consistam* – sui corretti limiti, non indebitamente limitanti – della propria attività.

Si muove sempre, nella giurisprudenza costituzionale in materia, da una *regola*.

Evidenziare il contenuto della regola giova peraltro a chiarire le ragioni di quella che solitamente è presentata come *eccezione*¹: una *eccezione non eccezionale*, potremmo tuttavia osservare, vista la *frequente incidenza* di quella deroga, il suo (*sfaccettato*) *polimorfismo* normativo e la sua riconducibilità, almeno in parte, ai *medesimi principi* sottostanti alla regola; sino forse a potersi parlare, per amor di correttezza definitoria, di un *risvolto della regola*, più di che un'eccezione.

La regola, dunque: il principio della *riserva di legge* sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. demanda il potere di normazione in ambito penale, per il fatto di incidere sui *diritti fondamentali dell'individuo*, a una *legge di diretta matrice parlamentare*, ovvero a un *atto avente forza di legge*, comunque collegato all'intervento parlamentare; in una *società democratica*, è infatti il *soggetto-Parlamento* – eletto a *suffragio universale* dall'intera *collettività nazionale*, e incarnante la *massima espressione della rappresentanza politica* – il naturale depositario delle *scelte di politica criminale*, con i connessi *delicati bilanciamenti* fra diritti e interessi contrapposti².

Da questo discende che la Corte *non potrà né ripristinare nell'ordinamento norme incriminatrici abrogate né creare nuove fattispecie incriminatrici né estendere quelle esistenti a casi non previsti*, così come le sarà interdetta l'*incisione in peius sulla risposta punitiva/sulla punibilità/sulla complessiva disciplina del reato*³.

Tutto ciò, peraltro, *non rappresenta principio assoluto*⁴, valendo solo di *regola*, ovvero *in linea di principio*⁵, per il sussistere di *specifiche situazioni* (specifiche eccezioni, nel linguaggio della Corte) nelle quali è necessario salvaguardare la *necessaria ampiezza* del sindacato di legittimità costituzionale, *senza che ne risulti vulnerato* il principio costituzionale della riserva di legge⁶.

La sussistenza di tali peculiari eccezioni/situazioni atte a consentire un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* si è nel tempo⁷, *iuxta*

¹ In generale, sull'argomento, si può vedere S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

² Come evidenzia Corte cost., n. 46, 10/3/2014, dep. 13/3/2014, l'impedimento all'adozione di pronunce di illegittimità costituzionale di segno sfavorevole per l'agente si radica *non in una ragione meramente processuale* – di irrilevanza, nel senso che un'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio *a quo*, alla stregua del divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli – *ma in una ragione di ordine sostanziale*, intimamente connessa alla *ratio* del principio della riserva di legge ex art. 25, co. 2, Cost.

³ Corte cost., n. 8, 25/11/2021, dep. 18/1/2022; Corte cost., n. 155, 8/5/2019, dep. 21/6/2019; Corte cost., n. 37, 23/1/2019, dep. 6/3/2019; Corte cost., n. 143, 18/4/2018, dep. 5/7/2018; Corte cost., n. 32, 12/2/2014, dep. 25/2/2014.

⁴ Corte cost., n. 155/2019, cit.

⁵ Corte cost., n. 37/2019, cit.

⁶ Corte cost., n. 17, 14/1/2021, dep. 11/2/2021.

Si potrebbe glossare che il concetto di *garanzia liberale-individuale* è *più ampio e composito* di quello "preliminare" della riserva di legge, o forse che già la riserva di legge è nozione *meno monolitica* di quanto non risulti tradizionalmente, accogliendo al suo interno vettori di segno, almeno apparentemente, pluridirezionale.

⁷ Soprattutto da una quindicina d'anni, superando un iniziale *self-restraint* rispetto alla sindacabilità della *lex mitior*: v. Corte cost. n. 394, 8/11/2006, dep. 23/11/2006; ma già Corte cost., n. 148, 2/6/1983, dep. 3/6/1983 [di «pronuncia "caposaldo"», «giro di boa», scrive, nel contesto di un'ampia e istruttiva tematizzazione (407-

propria principia, standardizzata: a) introduzione di norme penali di *ingiustificato favore* nei confronti di un *sottoinsieme* di soggetti o comportamenti sottratti, *in violazione del principio di eguaglianza*, a una *previsione incriminatrice comune e comunque più generale* (qui la prospettiva è all'evidenza quella del superamento dell'esistenza, nell'ordinamento, di *zone franche* immuni dallo scrutinio di legittimità costituzionale) b) fenomeni di *scorretto esercizio del potere legislativo*/di irregolarità del procedimento di produzione/in generale, di invalidità sul piano della disciplina delle fonti: *id est* presenza di *vizi formali o di incompetenza*, relativi al procedimento di formazione dell'atto legislativo o alla legittimazione dell'organo che lo ha adottato⁸ c) violazione di *obblighi di matrice sovranazionale*, rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost. d) ipotesi di *reductio ad legitimitatem di norme processuali* che determinino, *in via meramente collaterale e indiretta*, un effetto sfavorevole per l'imputato o per l'indagato⁹.

Arrogazione di un *potere paralegislativo* da parte della Consulta¹⁰?

Con una formula leale alla realtà normativa, si spiega come l'effetto *in malam partem* non discenda dall'*introduzione di nuove norme* o dalla *manipolazione di norme esistenti* da parte della Corte stessa, la quale *si limita a rimuovere* la disposizione reputata lesiva dei parametri costituzionali; tale effetto derivando, invece, dall'*automatica riespansione della norma generale o comune* – così come configurata dallo stesso legislatore, e

547), V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019, 422].

⁸ Oltre al caso che qui più ci interessa dell'abrogazione di una disposizione penale attraverso decreto legislativo, senza autorizzazione da parte della legge delega, rientra in questa classe la violazione del riparto di competenze, ai Consigli regionali non spettando la neutralizzazione di scelte incriminatrici compiute dal legislatore nazionale; nonché il mancato rispetto da parte dello stesso Parlamento dei principi ricavabili dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge, che indirizzano verso un contenuto della legge di conversione omogeneo a quello del decreto legge, in chiave di interrelazione funzionale (cosiddetta natura «funzionalizzata e specializzata» della legge di conversione).

⁹ Corte cost., 8/2022, cit.; Corte cost., 17/2021, cit.; Corte cost., n. 219, 23/9/2020, dep. 20/10/2020; Corte cost., 37/2019, cit.; Corte cost., n. 236, 7/11/2018, dep. 14/12/2018; Corte cost., 46/2014, cit.; Corte cost., 32/2014, cit.; Corte cost., 394/2006, cit.

¹⁰Preconizzava per la Consulta un futuro da «organo superlegislativo» P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, XIX (nella splendida *Lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti*): «dato il sistema con cui è stata redatta la nostra Costituzione (nella quale molte disposizioni hanno soltanto l'apparenza di norme giuridiche, ma nella sostanza sono soltanto enunciazioni programmatiche di propositi politici), c'è da pensare che la funzione della Corte costituzionale consisterà assai spesso nel sindacare se il Parlamento colle sue leggi sia stato fedele al programma contenuto nella Costituzione, ed assumerà quindi, anche senza volerlo, caratteri di controllo politico» (XV-XVI). Nella dottrina costituzionalistica, vede oggi il rischio dell'«instaurazione di fatto di un diverso ordinamento», trainato dalla giurisdizione costituzionale, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251-290, testualmente 284. Pur nella grave problematicità di questi temi, ragionevolmente non c'è irenismo in F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *Leg. pen.*, 2020, 16: «la Corte, quando con talune sue decisioni erode un po' della discrezionalità legislativa perché solo così è possibile assicurare la massima tutela ai diritti fondamentali, non attenta alla democrazia ma contribuisce al suo rafforzamento». Della Corte costituzionale come «Attore sociale materialmente legiferativo (sia pure 'in negativo')» scrive – decisivo, come si chiarirà subito nel testo, quanto è fra parentesi – C.E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità*, Giappichelli, Torino, 2021, 63-64.

in effetti *mai (validamente) abrogata* – rispetto al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria¹¹.

A ogni buon conto, la delega legislativa *non esclude ogni discrezionalità* del legislatore delegato, che potrà anzi risultare *più o meno ampia*, in rapporto al *tasso di specificità dei criteri* indicati nella legge delega: la valutazione sull'*eccesso (dal margine) di discrezionalità* avrà pertanto come necessario presupposto una *verifica di coerenza* fra norma delegata e ragione giustificatrice della delega¹².

Più precisamente: vero che l'art. 76 Cost. *non* riduce la funzione del legislatore delegato a una mera *scansione linguistica* delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, il "*libero apprezzamento*" del delegato non potrà *mai trasformarsi in principio o criterio direttivo*: trasformazione che sarebbe agli antipodi di una *legislazione vincolata* qual è, per definizione, la legislazione su delega¹³.

Discrezionalità non può infatti equivalere a *riformulazione dell'opzione di tutela*, che anche la più parziale delle abrogazioni, *in criminalibus*, significa alterazione di assetti di tutela *in instabile equilibrio*.

Ciò vale tanto più allorché si tratti di *delega per il riordino* (altrimenti detta *per la ricollocazione*¹⁴): una tipologia di delega che, strutturalmente e teleologicamente, concede al legislatore delegato un margine di discrezionalità *limitato* per l'introduzione di

¹¹ Corte cost., 8/2022, cit.: *reviviscenza* della previgente disposizione parlamentare; Corte cost., 155/2019, cit.; Corte cost., 37/2019, cit.; Corte cost., 236/2018, cit.: decisioni *meramente ablativo*; Corte cost., n. 5, 15/1/2014, dep. 23/1/2014; Corte cost., 148/1983, cit., che distingueva già con chiarezza tra inammissibile conio da parte della Consulta di nuove norme penali (*accoglimento additivo*) e riconduzione di un dato regime penale nell'ambito delle norme di diritto comune, attraverso una *pura e semplice dichiarazione d'illegittimità costituzionale* della disposizione impugnata. Cfr. F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, cit., 8: «la dichiarazione d'incostituzionalità è possibile quando l'effetto *in malam partem* non è la conseguenza di una *scelta discrezionale* della Corte ma è il risultato per così dire automatico del rapporto strutturale esistente tra la norma (di favore) annullata e altra norma di maggior tutela»: «un meccanismo di logica formale che assicura una copertura interamente legislativa della soluzione *in malam partem* prodotta dalla dichiarazione di illegittimità».

¹² Corte cost., n. 231, 20/10/2021, dep. 2/12/2021.

La sottolineatura circa la sfera di discrezionalità residuante in capo al legislatore delegato è per il vero più convinta nella giurisprudenza costituzionale meno recente; v. le sentenze ricordate dall'Avvocatura generale dello Stato, come richiamate nel «Ritenuto in fatto» di Corte cost., n. 61, 9/1/2020, dep. 10/4/2020: il legislatore delegato, anche se nell'ambito invalicabile dei confini tracciati dalle possibilità applicative desumibili dalle norme di delega, sarebbe libero di scegliere fra le *alternative* che gli si prospettano, di valutare le *specifiche situazioni* da disciplinare e di effettuare le *puntualizzazioni* richieste dalla fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi; in caso contrario, si ridurrebbe il delegato a un *rango quasi regolamentare*, privandolo di autonomia precettiva, in contrasto con il *carattere pur sempre primario* del provvedimento legislativo oggetto di delega.

Convincente, anche se di indubbiamente complessa gestione, l'idea del controllo di conformità della norma delegata alla norma delegante come *avvicinamento finale di due processi ermeneutici paralleli* (a riguardo, in dottrina, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 34-45): l'uno, relativo alle *norme dedicate a oggetto, principi e criteri direttivi* della delega, da effettuare tenendo conto del globale contesto in cui si collocano e isolando le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, riguardante le *norme poste dal legislatore delegato*, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega (Corte cost., n. 250, 18/10/2016, dep. 25/11/2016).

¹³ Ancora Corte cost., 250/2016, cit.

¹⁴ Per questa terminologia, Corte cost., n. 189, 5/6/2019, dep. 18/7/2019.

soluzioni innovative, subordinate alla *stretta* conformità ai principi e ai criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante¹⁵.

1.2. *L'ipotesi di decreto legislativo esorbitante la delega.*

Se quello fin qui considerato è il contorno istituzionale del problema, *in medias res* ci conduce la giurisprudenza costituzionale relativa a quanto indicato sopra come b): il principio di *riserva di legge* (il riferimento testuale, oltre il segno, cade talvolta sul principio di legalità) è violato allorché la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle relative sanzioni sia effettuata dal Governo *in assenza o fuori* dai limiti di una valida delega legislativa.

L'abrogazione di una fattispecie criminosa mediante un *decreto legislativo*, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe infatti in contrasto con la preclusione per il Governo di porre opzioni politico-criminali *contrastanti o anche solo in parte autonome* rispetto a quelle indicate dal legislatore delegante.

In questo senso, la puntuale verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata rappresenta *strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge* e diviene dunque possibile censurare una *disposizione abrogativa* contenuta in un decreto legislativo, con *contestuale introduzione di una nuova disposizione incriminatrice*, la cui area applicativa *non si estenda* – in contrasto con il criterio di delega – a *tutte le ipotesi già coperte* dalla previgente incriminazione, con conseguente *illegittimo effetto modificativo* delle scelte di penalizzazione compiute dal Parlamento¹⁶.

Sempre con la grammatica concettuale della Consulta: se l'esclusione delle pronunce *in malam partem* mira a salvaguardare il *monopolio del soggetto-Parlamento* sulle decisioni incriminatrici, sarebbe illogico¹⁷ estendere tale esclusione a interventi normativi operati *senza il rispetto del corretto iter procedurale*, che assume una *specificità valenziale garantistica nella cornice della riserva di legge*, implicando il procedimento legislativo un preventivo confronto dialettico *fra tutte le forze politiche*, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, *con la pubblica opinione*, consentendo così, alle une e all'altra, un *apporto critico* alle scelte di criminalizzazione che la maggioranza ha in animo di adottare; così come, più in particolare, altrettanto illogico sarebbe ampliare la preclusione di pronunce sfavorevoli alle ipotesi di interventi normativi operati *da soggetti non legittimati*, che pretendano di "bloccare" le linee politico-criminali del detentore di quel monopolio, come avviene per esempio allorché il Governo si serva

¹⁵ Corte cost., 61/2020, cit.; Corte cost., 250/2016, cit., che sottolinea il nesso quinario fra riordino, ricomposizione sistematica, concetto comune di razionalizzazione, concetto giuridico di razionalizzazione e limiti di speciale rigore nell'esercizio di poteri delegati innovativi.

¹⁶ Corte cost., 189/2019, cit.; Corte cost., 37/2019, cit.; Corte cost., 5/2014, cit., che unisce il tema dell'attribuzione *di fatto* di *scelte valoriali* al Governo a quello della creazione di *zone franche* nell'ordinamento [aspetti distinti in punti b) e a) nello schema sopra richiamato].

¹⁷ In termini rafforzati: *del tutto illogico* inibire decisioni costituzionali sfavorevoli quando esse non solo non collidono con la previsione dell'art. 25, co. 2, Cost., ma valgono anzi ad assicurarne il rispetto (così Corte cost., 46/2014, cit.).

dello strumento del decreto legislativo *senza il supporto della legge di delegazione parlamentare*¹⁸.

Quando ragiona sulla funzione della riserva di legge, la dottrina si spinge a segnalazioni su *criticità e disfunzioni* attuali dell'istituzione parlamentare improntate ad anche crudo ma necessario *realismo penalistico*: vengono in considerazione la caduta di *illusioni illuministiche* sulla praticabilità di una reale tripartizione di poteri, sulla non pericolosità del potere legislativo (che finisce spesso per identificarsi con la maggioranza di governo), sulla supremazia garantistica e sulla "incorruttibilità" della legge (a rischio invece di illegittimità sostanziale pur se varata secondo le procedure costituzionali), da cui discendono crisi di rappresentanza dei cittadini e *deficit* di democraticità, con scadimento ormai diuturnamente registrabile del Parlamento quale tutore della legalità, come comprovano i fenomeni di decodificazione, ipertrofia e instabilità legislativa, frammentazione casistica, logorrea e sciatteria tecnica, incultura giuridica non disgiunta da ignoranza linguistica, inconcludente assemblearismo¹⁹ (cui *adde* i rilievi formulabili intorno allo sperimentalismo²⁰, alla compromissorietà e al simbolismo di molte leggi dei nostri tempi, talvolta costruite come leggi *ad personam*, nel complessivo disinteresse per un uso pur cauto e selettivo dell'analisi economica del diritto).

Queste problematicità esorbitano, all'evidenza, dallo spettro valutativo della Corte, e tuttavia è interessante notare che Consulta e letteratura penalistica si ritrovano, con voce unica, nel confermare come il Parlamento resti il *centro dialettico di maggioranza e minoranza*, quale sede di *plurimi vagli critici*, ovvero, comunque, qui in specie con il linguaggio della dottrina, il potere *più idoneo a garantire il cittadino contro arbitrarie limitazioni della propria libertà* e, in definitiva, il potere *costituzionalmente meno pericoloso*, anche per l'essere soggetto a controllo di costituzionalità e altresì a controllo nel merito mediante *referendum abrogativo*²¹.

2. La trama di Corte cost. 105/2022, fra espressi vincoli "formali" e implicite istanze sostanziali.

Scomponiamo la sentenza costituzionale 105 del 2022²² in quattro punti, e relative chiose.

Primo punto del «Considerato in diritto». La pronuncia 105/2022, delineato il quadro complessivo della *legge 376/2000*, focalizza l'attenzione sull'*art. 9* che, prima

¹⁸ Corte cost., 8/2022, cit.

¹⁹ A riguardo, la magistrale sintesi di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, 46.

²⁰ Dovuto all'assenza di un adeguato *background* di studi empirico-criminologici.

²¹ Ancora F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 46, concludendo (48) che l'abbandono del pur storicamente condizionato e anzi «ammaccato» principio della riserva di legge comporterebbe implicazioni così negative, «di cui non sono neppure prevedibili le dimensioni».

²² Corte cost., n. 105, 9/3/2022, dep. 22/4/2022.

dell'abrogazione di cui all'art. 7, co. 1, lett. n), d.lgs. 21/2018, prevedeva *tre distinte fattispecie di reato*, poi oggetto di traslazione nel codice penale.

Nei *primi due commi*, infatti, il legislatore aveva tipizzato le *figure incriminatrici meno gravi*, sanzionanti, da un lato, «salvo che il fatto costituisca più grave reato», le condotte di *eterodoping* (sommministrazione, procacciamento, favoreggiamento del doping, adozione di pratiche mediche vietate) e di *doping autogeno* (assunzione della sostanza, sottoposizione a pratiche vietate), commesse ricorrendo a prodotti dopanti o a pratiche mediche non giustificati da condizioni patologiche e idonei a modificare le condizioni psico-fisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti; dall'altro, sanzionanti le medesime condotte aventi a oggetto sostanze dopanti o pratiche mediche idonee a modificare i risultati dei controlli antidoping.

Il co. 7 dell'art. 9 l. 376/2000, invece, contemplava la *più grave* fattispecie del *commercio* di sostanze dopanti – oggetto delle imputazioni contestate in entrambi i processi *a quibus* – sostanziandosi nella condotta di «[c]hiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente, destinati alla utilizzazione sul paziente».

Identico dunque l'oggetto dell'attività, costituito da prodotti e pratiche dopanti, ma duplice, e *significativa*, come rimarca la Consulta, la differenza tra i commi 1-2 e 7: riguardo alla condotta e riguardo all'elemento soggettivo.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, in particolare, la Corte si interroga sulla mancata riproduzione del dolo specifico nell'originario co. 7, apparendole peraltro evidente come chi commercia sostanze dopanti persegue normalmente un *fine di lucro* anziché un obiettivo di alterazione dell'esito di competizioni agonistiche.

Prima chiosa. Sin dalle battute iniziali del «Considerato in diritto», la Consulta mostra di non rinunciare a un *atteggiamento sostanzialista*, di *dialogo effettivo con il potere legislativo*: il parziale spostamento dell'accento dalla mera delineazione dell'originario impianto normativo alle ragioni politico-criminali (all'*evidenza criminologica*) della disciplina introdotta dal legislatore del 2000 contribuisce infatti a isolare nella fattispecie *autonoma* di commercio un *nucleo solido di opzione precettistica* non contingente, non irragionevole e non scalzabile attraverso la *sedes materiae* di un decreto legislativo privo di apposita autorizzazione.

Secondo punto. La Corte ritorna al criterio di delega di cui all'art. 1, co. 85, lettera q), legge 103/2017, legittimante il Governo all'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale», mediante l'inserimento nel complesso codicistico di tutte le vigenti fattispecie incriminatrici che abbiano a diretto oggetto di tutela *beni di rilevanza costituzionale*²³, in particolare i *valori della persona umana*, e tra questi il bene della *salute, individuale e collettiva*.

²³ Percepibile l'eco bricoliana, forse per il “tramite” dell'art. 129, co. 1, Commissione bicamerale.

Nel rispetto di tale criterio di delega, l'art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. 21/2018 ha inserito nel codice penale, quale art. 586-*bis*, il delitto di «Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti». In via parallela, come anticipato, l'art. 7, co. 1, lett. n), d.lgs. 21/2018, ha abrogato l'art. 9 della l. 376/2000²⁴.

A valle della duplice operazione di abrogazione e contestuale introduzione codicistica *i farmaci e le sostanze*, oggetto delle condotte punibili, sono individuati con la *nuova formula* «ricompresi nelle classi previste dalla legge», ossia nelle classi previste dalla legge 376/2000 (in luogo del precedente riferimento per dir così numerico alle «classi previste all'articolo 2, comma 1» della stessa legge). Qui, però, sottolinea la Corte, la diversa dizione testuale *non incide sull'identità concettuale* del richiamo.

Differente il discorso per il dolo specifico, che è confermato nella trasposizione di eterodoping e autodoping dai commi 1 e 2 dell'art. 9 della l. 376 ai commi 1 e 2 dell'art. 586-*bis* (e non poteva essere diversamente alla luce del vincolo derivante dal criterio di delega, osserva la Corte); ma che è inserito – con l'indicazione anche qui del «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» – *nella stessa fattispecie di commercio*, trasferita dal comma 7 dell'art. 9 l. 376 al comma 7 dell'art. 586-*bis* c.p.

Con il dolo specifico aggiunto, si avrebbe quindi, nella prospettazione dei remittenti, una *parziale abolitio criminis*, per l'impossibilità di sanzionare il commercio assistito da semplice dolo generico.

È proprio sulla previsione di un elemento soggettivo “nuovo”, “eccedente” ex art. 76 Cost. la delega, che si radica dunque la questione di costituzionalità relativa al commercio.

Seconda chiosa. Implicitamente, la Corte tripartisce in *trasposizione integrale*, *trasposizione aggiornatrice* e *trasposizione innovativa*, con le ulteriori variabili connesse al

²⁴ Non è questa la sede per discutere la tematica più trasversale, e ben precedente il d.lgs. 21/2018, circa vantaggi e punti critici legati al “trapianto” di una norma, dalla legislazione extracodicistica a quella codicistica. Basti osservare che, se l'inserimento nel codice produce sicuri benefici in termini, per dir così, socio-pedagogici (ovvero progressi, in chiave di prevenzione generale negativa e forse soprattutto positiva, legati all'introduzione di una data norma all'interno del più “unitario” e “visibile” *corpus* codicistico), tale inserzione di per sé non assicura però una maggiore tutela agli interessi coinvolti, dando luogo per giunta all'effetto collaterale spesso poco desiderabile di rendere più sottile il cordone ombelicale che lega disposizioni penali e disposizioni extrapenali rimaste *extra moenia codicis*. Merita però aggiungere che, nello specifico della materia del doping, uno studioso del rapporto soluzione codicistica/soluzione extracodicistica fra i più qualificati ha espresso un giudizio drasticamente negativo intorno alle «quasi 500 parole» («più o meno, la metà di un canto della Divina Commedia») che si incontrano nel nuovo art. 586-*bis*: «500 parole strappate al paese natio, la legge 376 del 2000, e riversate nel cuore del codice penale»; una norma, l'art. 586-*bis*, che trova «come vicino di casa, l'art. 586 [morte o lesioni come conseguenza di altro delitto], una norma asciutta e aristocratica, nota per la sua assidua presenza nei salotti dell'alta dogmatica», mentre l'art. 586-*bis*, con il suo «profluvio di parole», «sembra invece un *habitué* dei *talk show* sportivi» (M. PAPA, *Dal codice penale scheumorfico alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, 145-146). Vera in particolare l'osservazione sulla frammentazione della disciplina, se non sullo sradicamento, prodotto dalla traslazione in diversa sede, resta corretto ritenere, alla luce del criterio “secco” di delega, come la trasposizione di quel mezzo migliaio di parole (in parte sì anche ridondanti, ma non è questo il contesto per farne l'esegesi) fosse atto dovuto, nell'*an* e nel *quantum*.

contesto di trasposizione: al cospetto di una previsione variata, fomentando la delega di mero riordino una *presunzione* ermeneutica di trasposizione innovativa, a discapito della sussumibilità nelle classi della trasposizione integrale o della trasposizione meramente aggiornatrice; una presunzione *non assoluta* comunque, riconoscendo invero la Corte, come visto, situazioni in cui la modifica non ha valore concettuale-contenutistico.

Terzo punto. Nel riconoscere l'*ammissibilità* della questione, la Consulta può giovare del ricco *carney* argomentativo, sintetizzato nel nostro paragrafo iniziale, intorno, potremmo dire, alla regola dell'*inammissibilità* di questioni di legittimità costituzionale che mirino al ripristino nell'*ordinamento* della disposizione incriminatrice abrogata; una regola con molte giustificate eccezioni, che quasi formano... la *nuova regola*.

Fra le *eccezioni regolari*, lo scorretto uso del potere legislativo da parte del Governo che – in contrasto con la norma di delega – trasferisca nel codice penale una disposizione incriminatrice restringendo la rilevanza penale della condotta da essa originariamente prevista, mentre la figura incriminatrice *sarebbe dovuta rimanere inalterata nella sua estensione*.

Quanto alla *fondatezza*, la Corte ricorda come la stessa relazione illustrativa dello schema di decreto delegato²⁵ indicasse astrattamente come «non [...] consentita un'opera di razionalizzazione che passasse attraverso la revisione generale della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare».

Già la delega di cui all'art. 1, co. 85, lett. q), l. 103/2017, del resto, notano i giudici costituzionali, nell'affidare al Governo «l'inserimento nel codice penale di [...] fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore», assumeva l'*univoco* significato di precludere al legislatore delegato la modifica, in chiave sia *ampliativa* sia *restrittiva*, delle fattispecie incriminatrici vigenti nella legislazione extracodicistica²⁶.

E, invece, nell'operazione di «riassetto normativo», il legislatore ha *arricchito* tramite dolo specifico la descrizione della fattispecie di commercio tradendo, si spinge a considerare la Corte – ancora: *sostanzialisticamente* –, una *precisa scelta di politica criminale* effettuata nel 2000 in chiave di “bipartizione” del dolo.

²⁵ Consultabile in *camera.it*.

²⁶ Osserva C. BRAY, *L'eccesso di delega nell'attuazione del principio della 'riserva di codice': sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento al commercio di sostanze dopanti*, in questa *Rivista*, 12 maggio 2022, come nel caso di specie la legge delega fosse certamente *chiara e precisa*, quando non sempre la delega rispetta *standard* adeguati di analiticità e chiarezza (sulla prassi di definire principi e criteri direttivi «tautologicamente o in maniera generica», partorendo deleghe *più o meno in bianco*, v., nella letteratura costituzionalistica, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, 35-36): il fatto che tale chiarezza e precisione della legge di delegazione non abbia impedito al Governo di esercitare la funzione legislativa travalicando i limiti indicati, rafforzerebbe l'esigenza di invertire l'attuale prassi parlamentare e governativa di ricorrere con frequenza a decreti legislativi e decreti-legge anche nel settore penale (il richiamo è alla nota posizione di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Giuffrè Lefebvre, Milano, 2021, 47-50; v. già G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Giuffrè, Milano, 1970, 249-263: *interpretazione restrittiva* della nozione di «legge», o *limite logico* all'operatività di decreti legislativi e decreti-legge, come frutto di una *concezione sostanzialistica* della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost.).

Il dolo specifico comune a *eterodoping* e *autodoping*, infatti, ben si relazionava a una duplice ottica di tutela, rivolta alla *salute individuale e collettiva* degli atleti da un canto e alla *regolarità delle competizioni* sportive dall'altro.

Alla base della scelta di sanzionare il *commercio* sol che sussista il *dolo generico*, stava, per contro, osservano il relatore Amoroso e colleghi, l'esigenza di contrastare con *effettività e maggior rigore* una condotta offensiva *soprattutto* della salute, anche di persone che assumono sostanze per un fine diverso da quello di alterazione della prestazione agonistica; in questa logica, restando *in disparte* o *sullo sfondo* la regolarità delle competizioni agonistiche; e così anche potendo il pubblico ministero evitare di fornire la *difficile prova* circa il dolo specifico.

Ecco dunque che la *sensibile riduzione* della fattispecie di commercio dovuta alla sopravvenuta necessità del dolo specifico si pone in contrasto con il criterio di delega oltre che con la *globale visione politico-criminale* sottesa al contrasto del doping.

Terza chiosa. La Consulta quasi "accerchia" l'introduzione del dolo specifico nella fattispecie di commercio evidenziandone l'incompatibilità a) in chiave "originaria" e *assorbente*, con la *legge delega* ma poi anche, se vogliamo *ad abundantiam* ma non trascurabilmente, b) con il *canone storico*, ovvero con l'indicazione *meramente conservativa* (non già innovativa) presente nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo c) con esigenze di *equilibrio probatorio*, ovvero con l'idea della *funzione probatoria del diritto penale sostanziale* quale *necessità logica* per un *diritto mirato alla realizzazione*²⁷: esigenze di equilibrio sacrificate dalle difficoltà di prova che porrebbe la specificità del dolo in rapporto al commercio d) con legittime aspettative di tutela avanzate da beni giuridici *meritevoli e bisognosi* di tutela penale.

Sotto quest'ultimo profilo, trapela qualche incertezza nella concettualizzazione della Consulta («soprattutto», «in disparte» «sullo sfondo»); chi scrive, non condivide la *plurioffensività* dell'eterodoping, e al tempo stesso ritiene che l'autodoping abbia un volto *economico-patrimoniale*.

Ma non è questo lo spazio per tornare su queste nostre posizioni²⁸, e pare invece opportuno privilegiare gli aspetti di *concordia* pur *discors* con la ricostruzione della Consulta, circa la *specialità* dell'ipotesi di commercio: una specialità relativa a destinatari, estensione di tutela, complessiva direzione assiologica, descrizione tipico-oggettiva e altresì, necessariamente, coerenza strutturale nel *côté* di rimproverabilità soggettiva.

Quarto punto. I giudici costituzionali non mancano di chiedersi se il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» possa assumere un *significato diverso all'interno della medesima disposizione* dell'art. 586-bis, ipotizzando che nel co. 7, a differenza dei co. 1 e 2, il richiamo al fine valga a *specificare la sostanza dopante nel suo contenuto oggettivo* e non già a connotare l'elemento soggettivo del reato.

L'ipotesi però rimane teorica: per la Corte, infatti, l'individuazione della sostanza dopante, nel suo contenuto oggettivo, è *già tutta nella previsione* secondo cui la sostanza

²⁷ G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2010, 193-201.

²⁸ Sviluppate in S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Cedam, Padova, 2006, 156-174, 271-274, 296-304.

debba essere ricompresa nelle «classi indicate dalla legge». Non resta che tornare all'iniziale e plurimotivabile assegnazione del «fine di» alla sfera del dolo specifico.

La Corte ragiona comunque su un'*ulteriore aggiunta* del co. 7 dell'art. 586-bis rispetto all'originario co. 7 dell'art. 9 l. 376, nella misura in cui si prevede che il commercio illecito possa riguardare anche farmaci e sostanze farmacologicamente o biologicamente attive «idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

La serrata esegesi dei due commi numero sette, e una considerazione sistematica della legge 376, portano però a vedere in quell'aggiunta un riferimento *meramente confermativo* dell'equiparazione, già sancita all'art. 1, co. 3, l. 376, fra *doping diretto* (quello volto all'innalzamento della competitività) e *manipolazione mascherante*, o «doping presunto²⁹» (quello teso a eludere i controlli).

Il *perimetro definitorio* del commercio resta dunque, in questa parte, immutato³⁰, mentre lo stesso non può dirsi, rimarca la Corte, per l'introduzione nel co. 7 dell'art. 586-bis di un dolo specifico: una tipologia di dolo che, quadruplicemente, *trasforma la struttura della fattispecie di reato, sposta il baricentro del bene giuridico*, deviandolo dalla salute, individuale e collettiva, alla correttezza delle competizioni agonistiche, *restringe l'area della punibilità* innescando un *abbassamento del livello di tutela, produce un contrasto rilevante ex art. 76 Cost.* rispetto alle *indicazioni vincolanti della legge delega*, ove non si attribuisce al Governo il potere di modificare le fattispecie incriminatrici già vigenti.

L'art. 586-bis, co. 7, c.p., è pertanto costituzionalmente illegittimo, *limitatamente alle parole* «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti»³¹.

Quarta chiosa. La Corte compie il *dovero sforzo* di cercare un'*interpretazione orientata alla delegata Costituzione*, con la verifica se il «fine di» introdotto possa dirsi ancora rispettoso, e non traditore, dell'art. 76 Cost.³².

²⁹ Per questa dicitura, A. DI MARTINO, *Gioco corrotto, giuoco corruttore: due problemi penali dell'homo ludens*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani. Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2001, 247.

³⁰ Diversamente S. BERNARDI, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa. A proposito del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2018, 128-129, la quale anche dal nuovo riferimento all'idoneità a modificare i risultati dei controlli anti-doping ricava che, all'interno del d.lgs. 21/2018, «la premessa inerente il carattere "neutrale" dell'operazione di razionalizzazione e trasferimento all'interno della disciplina codicistica non appare interamente rispettata» (v. anche 132: art. 586-bis, nel suo complesso, come «eccezione» all'idea di «una mera traslazione "codico-centrica", senza variazioni rilevanti dal punto di vista sostanziale»).

³¹ Sottolinea C. BRAY, *L'eccesso di delega nell'attuazione del principio della 'riserva di codice*, cit., 7, come la prospettiva dell'elisione dalla disposizione censurata del *solo inciso* sul fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti costituisca «un ulteriore tassello di novità nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale con effetti *in malam partem*», ponendosi come «il mezzo più idoneo ad eliminare quella sola parte della nuova disposizione che ha prodotto un illegittimo effetto modificativo rispetto a quelle che erano state le scelte di penalizzazione compiute dal Parlamento»; a ID., *Eccesso di delega nell'attuazione del principio di 'riserva di codice': il commercio di sostanze dopanti torna punibile a prescindere dal fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*, in *Sist. pen.*, 2022, 6-7 si rinvia per una persuasiva trattazione dei profili di diritto intertemporale conseguenti alla pronuncia di parziale declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 586-bis, co. 7.

³² Come ricorda di recente Corte cost., 189/2019, cit., *l'effettivo esperimento del tentativo di un'interpretazione*

E convince la conclusione: in un'ottica *microsistemica*, pur postulata la *ricezione trasformativa* che sempre il *contesto* oppone al *testo*, sarebbe incongruo ritenere che la stessa locuzione possa subire *adattamenti così vistosi* (fino anzi a conoscere una *contrapposta appartenenza* all'«oggettivo» e al «soggettivo»), all'interno dell'*identico articolo* di legge³³.

Si ritorna così, in filigrana, alla tripartizione già segnalata sopra – trasposizione integrale, trasposizione aggiornatrice e trasposizione innovativa –, in definitiva giudicandosi la specificità del dolo, con cui il comma 7 “raggiunge” i commi 1 e 2, una novella propriamente *revisoria*: ovvero, una forzatura³⁴ contraria a *delega*, a *sottosistema*, a *empiria* e a *scienza della legislazione*³⁵.

3. Le ragioni, anche pre-art. 586-bis, per migliorare l'impianto normativo, senza alterarlo.

A “bocce ferme”, dopo l'emanazione della legge 376/2000 di «Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping», e ancora lontani dalla modifica su cui ha dovuto pronunciarsi ora la Consulta, era del resto già possibile identificare, insieme a una serie di *riforme consigliabili* (qui fuori quadro)³⁶, alcune riforme

costituzionalmente conforme – ancorché risolto dal giudice *a quo* con esito negativo per l'ostacolo ravvisato nella lettera della disposizione denunciata – consente di superare il vaglio di *ammissibilità* della questione incidentale sollevata; per contro, la correttezza o meno dell'esegesi proposta dal rimettente – ovvero, più in particolare, la superabilità o non superabilità degli ostacoli adottati a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impugnata – riguarda il merito, e cioè la successiva verifica di *fondatezza* della questione stessa.

³³ Come scrive del resto F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1222, «l'interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più “libero” degli altri, non è ricerca di un risultato interpretativo comunque conforme a Costituzione, ma è piuttosto scelta fra più possibili significati, *tutti interni però al perimetro semantico della disposizione*, di quello che appare conforme o più conforme a Costituzione»; ID., *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, cit., 8-10. Sul significato letterale come *vincolo* riscoperto dalla giurisprudenza costituzionale, e non più solo *wishful thinking*, V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1233-1252, spec. 1233-1245.

³⁴ O una forma di *arbitrio*: C. BRAY, *Eccesso di delega nell'attuazione del principio di 'riserva di codice'*, cit., 5.

³⁵ Senza che il caso sottoposto alla Corte solleciti il ricorso a dati normativi e giurisprudenziali stranieri, in chiave di miglioramento di razionalità e qualità della motivazione: a riguardo, l'istruttiva tematizzazione di P. INSOLERA, *Brevi note sul (crescente) uso giurisprudenziale della comparazione nel sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Aracne, Roma, 2021, 399-415.

³⁶ Trattandosi in ogni caso, fondamentalmente, dell'introduzione di un'autonoma e più rigorosa cornice di pena in relazione alla condotta del medico che pratici il doping, approfittando dello schermo dell'esigenza curativa; di una specificazione sulla natura del pericolo nel cosiddetto autodoping, nei termini della concreta idoneità a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale; di un'integrazione del delitto di commercio così da inglobare la condotta realizzata all'interno di farmacie e altre strutture che detengono farmaci; di un intervento, anche qui in chiave di maggiore severità, sulla sanzione interdittiva a carico dell'esercente una professione sanitaria; dell'inclusione dei delitti in materia di doping nella «parte speciale» della responsabilità «da reato» degli enti: volendo, S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 348-362; ID., *Doping*

invece *non auspicabili*: riforme, cioè, tali da provocare, più che singoli “peggioramenti”, un vero e proprio *stravolgimento* delle (se non sempre armoniose almeno) non illogiche linee politico-criminali uscite dalla penna del legislatore al cambio di secolo.

Concentrandosi su ciò che pertiene al regime di imputazione soggettiva (od oggettivo-soggettiva, nella logica della *doppia misura* del dolo e della colpa³⁷), non desiderabili apparivano, in particolare, *due estensioni* e *una riduzione* dell’area di rilevanza penale.

Lasciando per ultima la proposta di modifica “riduzionista” (meglio: “negazionista”) direttamente coinvolta nella pronuncia costituzionale in commento:

a) La *più marcata estensione* riguarderebbe l’introduzione di un doping *colposo*, “elevato” dunque dal piano disciplinare a quello penale.

È vero che sono «ormai lontani i tempi in cui la dottrina penalistica poteva ancora parlare della “relativa rarità dei delitti colposi ad onta delle immense possibilità di rendersene colpevoli”»³⁸.

Sotto questo aspetto, potrebbe allora sembrare conforme al *trend* e ragionevole l’ampliamento della tipicità e della colpevolezza penale alla colpa, così da conseguire anche in materia di doping il *beneficio generalpreventivo* di un allargamento della sfera di tutela attraverso una *maggiore responsabilizzazione* (dei comportamenti) degli individui. Ma sono proprio le peculiari caratteristiche dell’ambito *de quo* a sconsigliare una tale estensione: condotte quali somministrazione, procacciamento, commercio o assunzione di prodotti *dopanti* sembrano incompatibili con un “semplice” atteggiamento di imprudenza, negligenza, imperizia e in particolare con la violazione di regole precauzionali scritte, sensatamente *insuscettibili di positivizzazione* legislativa o regolamentare; a meno che non si voglia accedere a quella proposta volta ad autorizzare una distribuzione controllata di sostanze dopanti e a conseguentemente istituire un “passaporto medico”, contenente l’indicazione delle tipologie di farmaci dati e delle modalità di assunzione. Una prospettiva, questa, in contrasto con la “lezione” delle scienze storiche, sociologiche, psicologiche e mediche; inane, poi, il riferimento al canone del rischio consentito³⁹: per quanto attentamente “mirata” e “monitorata”, non potendo la somministrazione di prodotti dalle proprietà stimolanti collocarsi nel novero delle

(diritto penale), in *Enc. dir. Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, 408-410.

³⁷ V. il classico di L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli ‘elementi finalistici’ delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano, 1993, in partic. 547-548, 558, 581: la presenza nel *Tatbestand* di elementi finalistici concorre in maniera essenziale a individuare il bene giuridico di volta in volta *specificamente* protetto e dunque a determinare, non “meccanicamente”, un’offensività dell’intero fatto che deve emergere quale *combinato disposto* di termini fisico-materiali (il contenuto “muscolare” della condotta individuale o la modificazione “causale” del mondo della natura) e, *con pari rango*, di un *fine specifico* espressivo, sul piano interpersonale dei rapporti sociali, di un *conflitto col soggetto passivo*, o comunque di un *contrasto con esigenze di tutela* avvertite come irrinunciabili dall’ordinamento; un fine, per queste ragioni, *irriducibile a coefficiente d’imputazione interiore-psichico-soggettivo*.

³⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019, 566, richiamando nel virgolettato un assunto di Karl Engisch.

³⁹ Sul quale v. da ult. la sistematizzazione di F. CONSULICH, *Rischio consentito*, in *Enc. dir. I Tematici*, II, *Reato colposo*, diretto da M. Donini, Giuffrè Lefebvre, 2021, 1102-1137.

attività rischiose ma socialmente utili o socialmente necessarie cui si applica il paradigma dello *erlaubtes Risiko*⁴⁰.

Strutturalmente, insomma, condotte quali somministrazione, procacciamento, commercio hanno come *presupposto il dolo*, e anzi quelle previste in una fase iniziale dai primi due commi dell'art. 9 l. 376 e ora dai primi due commi dell'art. 586-bis sono tipizzate – razionalmente: v. b) – in una forma, quella del dolo specifico, maggiormente “selettiva” rispetto alla previsione di un dolo generico, e *ancor più “distante”* dalla colpa.

Ne deriva che l’“accostamento”, seppure sotto distinta forbice edittale, della colpa al dolo, parrebbe stridere – la locuzione non sembri eccessiva – con l’*ontologia* del doping.

Una conferma viene, del resto, dal settore “cugino” delle sostanze stupefacenti o psicotrope, ove il d.p.r. 309/1990 non contempla un *pendant* colposo delle ipotesi dolose di produzione, offerta, messa in vendita e così via.

b) Da evitare era (e sarebbe) una – anch’essa nei fatti *estensiva* – *ritipizzazione in dolo generico* del dolo specifico contrassegnante condotte quali somministrazione, procacciamento e assunzione del doping.

Siffatta “conversione”, che in qualche contributo dottrinale era stata suggerita come possibile e opportuna già *de lege lata*⁴¹ – ma nulla autorizza quello che è *non arrotondamento, ma manipolazione* della fattispecie, per la violenza esercitata nei confronti di un *inequivoco* disposto legislativo –, non avrebbe tuttavia ragione di essere suggerita neppure *de lege ferenda*: buone previsioni normative sono solo quelle *suscettive di valida implementazione*, condizione che mancherebbe in radice in una novellata somministrazione o assunzione soggettivamente (ma in forza di *Doppelstellung* ancor prima oggettivamente) *omnibus*.

Il venir meno del dolo specifico con la sua portata “filtrante” avrebbe comportato/comporterebbe un ampliamento del raggio di applicazione di eterodoping e autodoping a *ogni competizione*, professionistica, dilettantistica o amatoriale che sia: il *télos* di protezione della salute ne uscirebbe sublimato, ma il vantaggio sarebbe solo “iniziale” o “apparente”.

Infatti: anche ipotizzando i migliori frutti dell’organo *ad hoc* deputato⁴² in tutte le direzioni di “perfezionamento” dei programmi e dei controlli antidoping, come ritenere sensatamente apprestabili *test* capillari ed efficaci nella miriade di manifestazioni sportive locali che gli organi di promozione sportiva calendarizzano quotidianamente?

Il rischio, cioè, è quello del *gigante dai piedi d’argilla*: riplasmate fattispecie di eterodoping e di autodoping che, *con simbolismo nudamente cartaceo*, si riducano a manifestazione programmatica d’intenti.

⁴⁰ *Amplius* S. BONINI, *Doping e diritto penale*, cit., 62-63, 345-346.

⁴¹ V., in particolare, un pur valido manualista come A. TRAVERSI, *Diritto penale dello sport*, Giuffrè, Milano, 2001, 116-117.

⁴² Oggi [v. art. 2, co. 1, lett. h.), d.P.R. 44/2013] la sezione del comitato tecnico sanitario (*ex commissione*) per la vigilanza e il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive, operante nell’ambito del Ministero della Salute.

Insomma: la proiezione anche in ambiti non professionistici di somministrazione, procacciamento, favoreggiamento e assunzione del doping, realizzata in virtù di una rimodulazione del dolo in dolo generico, esporrebbe fatalmente questa parte (oggi) dell'art. 586-bis a un *destino di ineffettività*; o, persino peggio, qualche sporadico *controllo "a campione"* potrebbe alla bisogna essere imbastito: ma non si tratterebbe altro che della strumentalizzazione del singolo *somministratore (o assuntore)-capro espiatorio* per fini neanche troppo nascosti di prevenzione generale-deterrenza.

c) Altrettanto improvvida si palesa una novella *speculare* alla precedente e, in questo caso, dunque, produttiva di una *riduzione* dell'area di rilevanza penale: una novella che pertanto, in omaggio a malintese e anzi incongruenti istanze di "simmetria legislativa", "aggiunga" nel delitto di commercio una finalità di alterazione delle prestazioni agonistiche identica a quella che assiste – e che, come visto, è bene che continui ad assistere! – le altre figure di reato previste dall'attuale art. 586-bis.

Era possibile svolgere questa valutazione analizzando presente e futuribili della legge 376/2000, e ora essa è riproponibile, non più solo in astratto, di fronte all'inopinata modifica, giudicata incostituzionale, contenuta nell'art. 586-bis, co. 7, c.p.

Anche leggendo lo *ius positum*, in chiave di strategia difensiva si sono sollevati dubbi sulla qualificazione del dolo del commercio come generico.

Che non si trattasse di svista del legislatore, "rimediabile" con l'"aggiunta" ermeneutica di un dolo specifico, così da giungere a un'"equiparazione" delle figure di somministrazione, assunzione e commercio, era ed è però agevolmente dimostrabile, principi costituzionali alla mano.

L'operazione si sostanzierebbe infatti in un'*interpretazione "additiva"* della fattispecie e tecnicamente in una sua *integrazione analogica in bonam partem* – dove il *favor rei* deriva dall'effetto-imbuto che è proprio del dolo specifico –; ma, anche a ritenere che questa forma sfugga alla portata generale del divieto di analogia di cui all'art. 14 disposizioni preliminari al codice civile, si addiverrebbe a una *risrittura* temeraria e *contra legem* della fattispecie di commercio, capace di "travolgere" lo stesso "presupposto" logico della *riserva di legge* in forza di opinabili e comunque indimostrate e inconferenti esigenze di "parificazione" soggettiva delle singole ipotesi oggettivamente e tipicamente normate.

De lege ferenda, le ragioni per non "sostituire" un dolo all'altro sembrano invece riassumibili con l'assenza di motivazioni politico-criminali a favore di una *contrazione della tutela* (giacché questo sarebbe il risultato della *selezione tipico-colpevole* apportata dalla specificità del dolo), rispetto all'attuale protezione assicurata a *ogni cittadino* praticante sport da una fattispecie come quella di commercio illecito; la quale assomma il triplice beneficio della non necessità di controlli per rilevare tracce del doping (ma, piuttosto, di una serie di consolidati elementi di contesto, o sintomatici⁴³), della

⁴³ Sia in dottrina sia nella giurisprudenza di legittimità si insiste sulla necessità di una *connotazione "organizzata"* del commercio (senza esigerne peraltro una speciale sofisticatezza); talvolta si richiamano elementi quali l'allestimento di un magazzino ove occultare le sostanze vietate, la creazione di una rete pubblicitaria per l'acquisto anche *online* e una sufficiente disponibilità di somme di denaro. Basta in ogni

previsione di margini edittali idonei a consentire incisivi interventi processuali, e in ultima analisi del plausibile bilanciamento fra garanzie dell'accusato e tutela della vittima.

Il commercio, del resto, già semanticamente e nella “stabilizzante” ermeneutica di Cassazione (in questo campo, ancora capace di una salvifica funzione nomofilattica), ha una vocazione a raggiungere *platee indeterminate di destinatari* – viceversa assente nelle più “specialistiche” e “personalizzate” condotte di somministrazione e procacciamento – che sarebbe letteralmente *annullata* da una *equiparazione soggettivo-tipica (o tipico-soggettiva) di segno restrittivo* di tutte le condotte previste e punite dall'art. 586-bis c.p.; un'equiparazione incomprensibile, non solo in rapporto ai bellicosi propositi di lotta al doping manifestati dal legislatore del 2000, ma anche rispetto all'attuale percezione della diffusione di prodotti dopanti nei boschi e nei sottoboschi della pratica sportiva: un'*emergenza doping* ancora reale e non “pomzata”, seppure marginalizzata da altre emergenze storiche come quelle di tipo pandemico, bellico e ambientale; un allarme – o, comunque, meno emotivamente, un *bisogno di tutela* – che sarebbe contraddetto da una “retrocessione” del commercio del doping ai soli canali professionistici: in contrasto, in definitiva, con la dimensione *promozionale-simbolica* dell'intervento penale e, *in via prioritaria*, con la sua dimensione *strumentale di tutela di beni provvisti di robusto consenso sociale e giuridico*.

caso, come ha ritenuto la Suprema Corte, accogliendo la logica del reato *eventualmente abituale*, un *unico episodio* di commercio; dirimente risultando una predisposizione «qualificata» dell'attività «nella prospettiva» di un'offerta destinata a durare nel tempo, dovendosi anche guardare a fattori come quantità e varietà delle sostanze «accaparrate» e «cure» a queste prestate, collegabili in modo attendibile a una molteplicità di contatti e occasioni di smercio in capo all'imputato, istruttore di *body building*.