

IL CODICE MONDIALE ANTIDOPING 2015

di ULRICH HAAS * e DANIELE BOCCUCCI **

SOMMARIO: 1. Il contesto del Codice.- 2. La cannabis.- 2.1. Ripensare la “Prohibited List”.- 2.1.1. Le peculiarità della “*Prohibited List*”.- 2.1.2. Proposte di riforma.- 2.2. Riconsiderare le conseguenze.- 2.3. In breve.- 3. Le sanzioni standard per gli atleti.- 3.1. Contesto.- 3.2. Il criterio dell’“intenzionalità”.- 3.2.1. La definizione di “intenzionale”.- 3.2.2. Il punto di riferimento del significato di “*intentional*”.- 3.2.3. Norme sull’onere della prova.- 4. Riduzione della sanzione per gli atleti.- 4.1. Riduzioni basate sulle attenuanti “*fault-related*”.- 4.1.1. “No Significant Fault”.- 4.1.2. Prodotti contaminati.- 4.2. Riduzioni indipendenti dal grado di colpa.- 4.2.1. Collaborazione fattiva.- 4.2.2. Ammissione.- 5. Personale di supporto degli atleti.- 5.1. Associazione proibita.- 5.2. Assistenza nelle violazioni relative al divieto di partecipazione.- 5.3. Investigazioni automatiche contro l’ASP.- 5.4. Rafforzamento del “*role model*” dell’ASP.- 6. Accesso alla giustizia.- 6.1. Eccezione: esclusione di ogni tutela giuridica.- 6.2. Concentrazione di competenza in favore del TAS.- 6.2.1. Portata sostanziale dalla clausola arbitrale.- 6.2.2. Ambito personale della clausola arbitrale.- 6.3. Oggetto del riesame.- 7. Da una politica anti-doping quantitativa ad una qualitativa.

1. Il contesto del Codice

Il Codice Mondiale Anti-Doping (il “Codice WADA” o il “Codice”) costituisce la spina dorsale della lotta al doping a livello mondiale e serve ad armonizzare e a coordinare tale la lotta a detto livello¹. L’edizione 2015 del Codice – la terza dopo quelle del 2003 e 2007 – è stata adottata nel novembre 2013 a Johannesburg al termine della Conferenza mondiale anti-doping. L’adozione del Codice WADA 2015 rappresenta il culmine di un processo di riforma durato circa diciotto (18) mesi². A tutti i “firmatari” del Codice, e cioè, in particolare, alle Federazioni Internazionali (“FI”), ai Comitati Olimpici Nazionali e alle agenzie nazionali antidoping (“NADO”) era stato affidato il compito di dare di attuazione al Codice nei rispettivi regolamenti, ponendo come data entro la quale detta attuazione avrebbe dovuto perfezionarsi quella del primo gennaio 2015, data in cui, come noto, il nuovo Codice è entrato in vigore. Come, a suo tempo, per il Codice 2003 ed il Codice 2007, anche il Codice WADA 2015 è il prodotto di tre fasi di consultazione aperta, gestite da una Commissione nominata dall’Agenzia mondiale antidoping (“WADA”)³. Durante le diverse fasi di consultazione, tutti gli interessati hanno avuto l’opportunità di

* Professore ordinario nell’Università di Zurigo.

** Avvocato.

¹ Cfr. HEALEY, *Sport and the Law*, 2009, p. 233 ss.

² Cfr. NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137), p. 20 ss.

³ Sulle competenze della Commissione si veda NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137), p. 20 e 21.

partecipare e di contribuire al processo di riforma. In totale, 315 parti interessate hanno espresso la loro opinione sui punti riguardanti la riforma del Codice. La gran parte degli interventi può essere suddivisa nelle seguenti categorie: movimento sportivo (149); agenzie regionali o nazionali antidoping (84); istituzioni statali o sovranazionali (36). Sono state presentate, nel complesso, 3987 proposte di riforma. L'entità di tale dato è, tuttavia, senz'altro da attribuirsi alla portata del processo di riforma. Il Codice WADA 2015 rappresenta la logica continuazione e l'ulteriore sviluppo della prassi in materia di lotta al doping. Le proposte di riforma "radicale", infatti, sono state quasi sempre respinte dalla maggioranza delle parti interessate. Di seguito verranno esaminate alcune delle questioni più rilevanti emerse dai numerosi contributi in sede di revisione del Codice⁴.

2. La Cannabis

Il numero di atleti risultati positivi alla cannabis è in cima alle statistiche della maggior parte delle organizzazioni anti-doping ("ADO")⁵. Alla luce di tale dato, è stata spesso sollevata la questione se sia davvero un compito della lotta contro il doping, quello di occuparsi delle cosiddette "droghe sociali". Dubbi al riguardo sono stati sollevati, nell'ambito del processo di riforma, da molti dei partecipanti (tra i quali, in particolare, le agenzie antidoping a carattere regionale e nazionale), i quali hanno sostenuto che non dovrebbe essere preteso che le scarse risorse di cui dispone la lotta contro il doping vengano utilizzate per contrastare l'uso della droga. In tale contesto, sono state formulate diverse proposte – a modifica degli indirizzi seguiti finora – per fare in modo che le ADO fossero sollevate delle problematiche relative all'uso di droghe.

2.1. Ripensare la “*Prohibited List*”

Il punto focale della definizione di doping è quello delle violazioni relative alla "*presenza di una sostanza vietata o dei suoi metaboliti o marker in un campione biologico dell'atleta*" (art. 2.1) ed all'"*uso o tentato uso da parte da parte di un Atleta di una sostanza vietata o di un metodo proibito*" (art. 2.2). Entrambe le violazioni antidoping ("ADRV" secondo l'acronimo inglese) menzionate fanno riferimento alla cosiddetta "*Lista delle sostanze proibite*" ("Prohibited List"), di cui all'art. 4 del Codice WADA 2015. In detta lista sono elencati le sostanze e i metodi il cui uso è proibito in ambito sportivo, con l'ulteriore precisazione che, mentre per alcuni di tali sostanze o metodi l'uso proibito è soltanto quello fatto nel contesto delle competizioni ("in competizione"), per altre sostanze o metodi il divieto è più esteso e relativo anche all'uso fatto al di fuori di tale contesto ("fuori competizione").

2.1.1. Le peculiarità della “*Prohibited List*”

⁴ Per una panoramica completa si veda RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *A new code for a new era in the fight against doping in sports, Global Sports Law and Taxation Reports (GSLTR)*, 2014, p. 25 ss.

⁵ Si veda sul punto il documento 2013 *Anti-Doping Testing Figures Report, Table 12*, si veda <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-2013-Anti-Doping-Testing-Figures-LABORATORY-REPORT.pdf>

Due aspetti sono, essenzialmente, caratteristici della "*Prohibited List*". In primo luogo, infatti, il Codice WADA determina i criteri in base ai quali una sostanza o un metodo particolare possono essere inclusi nella lista di cui si tratta. Ciò avviene quando essi siano potenzialmente idonei a mascherare l'uso o la presenza di una sostanza o di un metodo proibito (art. 4.3.2), o quando sussistono due dei seguenti tre criteri⁶, vale a dire: la potenziale idoneità al miglioramento delle prestazioni sportive; un rischio, anche solo potenziale, per la salute dell'atleta; che l'uso di una sostanza o di un metodo rappresenti una violazione dello "spirito sportivo", come descritto nel Codice WADA 2015.

In secondo luogo, poi, la "*Prohibited List*" si caratterizza per il fatto di porre una distinzione tra le sostanze vietate "in competizione" e quelle vietate (anche) "fuori competizione". Ciò parrebbe, a rigor di logica, contraddittorio, visto che i criteri innanzi menzionati non sembrano ammettere una simile distinzione⁷. Ed infatti, il giudizio sul se l'assunzione di una sostanza sia idonea a migliorare le prestazioni, sia (almeno potenzialmente) dannosa per la salute o sia contraria all'etica è completamente indipendente dalla considerazione sul quando la sostanza in questione sia stata assunta. Ad ogni modo, la differenziazione all'interno della "*Prohibited List*" tra quelle proibite "in competizione" e quelle proibite (anche) "fuori competizione" ha lo scopo di limitare in maniera "razionale" la portata della lista delle sostanze vietate. Tale obiettivo, come detto, dovrebbe essere raggiunto distinguendo all'interno della "*Prohibited List*" tra sostanze e metodi proibiti solo nel contesto di una competizione e quelli proibiti (anche) all'infuori di tale contesto. La "*Prohibited List*" contiene, infatti, due liste di sostanze vietate, di cui quella relativa all'elenco delle sostanze vietate "in competizione" è assai più ampia rispetto a quella delle sostanze di cui l'uso o l'assunzione sono proibiti anche "fuori competizione".

2.1.2. Proposte di riforma

Le proposte di riforma volte a "depenalizzare" la cannabis per quanto concerne la lotta al doping sono legate alle caratteristiche della "*Prohibited List*" innanzi indicate. Così, ad esempio, è stato proposto di modificare la classificazione dei criteri che determinano l'inclusione di una sostanza o di un metodo sulla lista. È stato proposto (per il caso in cui la sostanza non rappresenti un "agente mascherante"), di introdurre come criterio obbligatorio quello relativo al "*potential to enhance sport performance*". Tra i due criteri che devono sussistere per l'inclusione nella lista, quindi, quello relativo al "*potential to enhance sport performance*" dovrebbe risultare sempre integrato. In base alla proposta in questione, pertanto, dovrebbe escludersi ogni riferimento al doping in presenza di una assunzione di sostanze non idonee al miglioramento delle prestazioni sportive, con la conseguenza che il doping sarebbe essenzialmente equiparato ad un illecito miglioramento delle prestazioni. Tale proposta presenta innegabili vantaggi. In primo luogo, infatti, aiuta a definire in maniera più precisa il (finora piuttosto vago) significato di "doping". Vi è, poi, che

⁶ HEALEY, *Sport and the Law*, 2009, p. 238 ss.

⁷ In tal senso, correttamente, MONHEIM, *Internationale Dopingbekämpfung – Der World Anti-Doping Code der World Anti-Doping Agency*, 2006, p. 385; PROKOP, *Die Grenzen der Dopingverbote*, 2000, p. 239 ss.

anche il Codice WADA, in varie parti, attribuisce senz'altro un significato particolare al “*performance enhancement*”⁸.

Nonostante sussistessero delle buone ragioni in favore della proposta in oggetto, la stessa non ha trovato, alla fine, accoglimento, per ragioni di carattere politico⁹. Resistenze al riguardo sono state fatte dalle autorità statali, le quali si sono principalmente opposte ad un declassamento della protezione della salute nell'ambito della lotta al doping (in favore del criterio del miglioramento delle prestazioni). A tal proposito si è temuto, infatti, che l'impegno statale nella lotta al doping, e in particolare il supporto economico per le rispettive organizzazioni nazionali anti-doping (“NADO”), potesse venire meno o essere significativamente ridotto; ciò in quanto la principale ragione giustificatrice della partecipazione statale alla lotta al doping è quella della tutela della salute. D'altra parte, era (ed è) controverso, tra gli esperti, il fatto che l'uso di cannabis in casi particolari discipline (ad esempio il “*downhill*” e il “*mountain biking*”) possa avere un effetto “disinibitore” e, quindi, serva in qualche modo a migliorare le prestazioni. Anche la proposta relativa all'eliminazione della (incoerente) distinzione tra “in” e “fuori” competizione all'interno della “*Prohibited List*”, con lo scopo di armonizzare, nel suo insieme, la lista non ha ottenuto l'approvazione della maggioranza, poiché ciò avrebbe reso necessaria una completa revisione dell'elenco delle sostanze vietate. La maggioranza dei partecipanti si è mostrata contraria ad un passo di tale portata.

2.2. Riconsiderare le conseguenze

Dal momento che non si è riuscito ad ottenere la maggioranza per una riforma radicale della “*Prohibited List*”, è stata considerata la possibilità di mitigare le conseguenze di una ADRV in relazione all'uso di cannabis. Anche in questo caso si è, in un primo momento, cercato di affrontare la questione da un punto di vista più generale, ovvero non con riferimento esclusivo al problema cannabis, bensì a tutte le “droghe sociali” (“*substances of abuse*”)¹⁰. A questo proposito, la bozza circolata nella seconda tornata di consultazioni con riferimento al sanzionamento delle ADRV recitava come segue (art. 10.4.3): “*Where the anti-doping rule violation involves a substance that is identified on the Prohibited List as a Substance of Abuse, and the Athlete or other Person establishes no intent to enhance sport performance, then the Anti-Doping Organization with results management authority may allow the Athlete the opportunity to participate in a program of rehabilitation, at the Athlete's expense, in lieu of an appropriate part of the period of Ineligibility which would otherwise be applicable*”. Anche questa proposta, tuttavia, non ha riscosso il consenso della maggioranza. È stato osservato in particolare, che non tutte le ADO hanno le risorse finanziarie necessarie per istituire un “programma di riabilitazione” e che, di conseguenza, rischierebbe di favorirsi una disparità di trattamento degli atleti nei singoli Paesi.

⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 4.2.1, il commento all'art. 4.2.2 e l'art. art. 10.2.3; si veda anche la definizione di “*Administration*”, il commento alla definizione di “*No Significant Fault or Negligence*” ed il commento a quella di “*Trafficking*”.

⁹ Si veda anche RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 48.

¹⁰ Si veda RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 140 ss.

2.3. In breve

È da ritenersi, pertanto, che il consumo (talvolta diffuso) di cannabis tra gli sportivi sollevi degli interrogativi rilevanti con riferimento al senso ed allo scopo della lotta al doping. Gli interessati non sono riusciti a raggiungere un consenso su una “grande” soluzione per un riaggiustamento generale delle coordinate della lotta contro il doping sia sul piano fattuale (attraverso la riforma della “*Prohibited List*”), che sulle conseguenze giuridiche (attraverso la riforma delle sanzioni). Si è ritenuto, invece, che – qualora ve ne fosse bisogno – una soluzione al problema dovrebbe trovarsi, in ogni caso, all’interno del quadro di riferimento normativo esistente, ciò che, come si vedrà, appare (salvo fratture interne a tale quadro) alquanto difficile.

3. Le sanzioni standard per gli atleti

In linea di principio, a differenza della precedente versione, il Codice WADA 2015 prevede due sanzioni standard per gli atleti che commettono una ADRV ai sensi degli articoli 2.1 e 2.2 (presenza od uso di una sostanza o metodo proibito). Per le violazioni “intenzionali”, il Codice WADA 2015 prevede una sanzione base di quattro anni di inibizione (art. 10.2.1). Per le violazioni non intenzionali, invece, la sanzione base prevista è quella di due anni di inibizione (art. 10.2.2). Le sanzioni standard di cui sopra si applicano a prescindere dalla sostanza vietata o dal metodo proibito utilizzato dall’atleta. Solo l’onere della prova per dimostrare una ADRV intenzionale varia, a seconda del fatto che la sostanza proibita sia una cosiddetta “sostanza specificata” (“*specified substance*”) oppure no. Nella “*Prohibited List*” si definiscono “*specified substances*” quelle “*which are more likely to have been consumed by an Athlete for a purpose other than the enhancement of sport performance*”¹¹.

3.1. Contesto

La nuova normativa contenuta negli Artt. 10.2.1 e 10.2.2 del Codice WADA 2015 rappresenta un inasprimento, rispetto a quella della precedente versione del Codice (2009)¹². Sebbene, infatti, anche il vecchio Codice prevedesse l’irrogazione di sanzioni più elevate nel caso di sussistenza di “circostanze aggravanti” (indipendentemente dal fatto che si trattasse di “*specified substances*”, oppure no)¹³, la prassi adottata dagli organismi antidoping ha mostrato che l’applicazione di tale aggravante è stata abbastanza infrequente¹⁴. Il concetto di “*aggravating circumstances*”, di cui all’art. 10.6 del Codice WADA 2009, inoltre, era chiaramente più restrittivo con riferimento all’elemento della “intenzionalità”. Prerequisito per la

¹¹ Si veda il commento all’art. 4.2.2; si veda anche: FUCHS, *The Sanctioning Process for Specified Substances in the 2015 World Anti-Doping Code – A Fresh Start?*, ANZSLA 2013 (Vol 8), p. 127 ss.

¹² Sulla conciliabilità dell’inasprimento in questione con i diritti umani, si veda anche la perizia di JEAN-PAUL COSTA, <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADC-Legal-Opinion-on-Draft-2015-Code-3.0-EN.pdf>; sul punto si veda anche: NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137), p. 20, 21 ss.

¹³ Per un’analisi sul punto si veda FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, terza ed. 2014, C2.176.

¹⁴ Si veda: HAAS, *Mögliche Ansatzpunkte für eine Reform des Welt Anti-Doping Code*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l’honneur de Denis Oswald*, 2012, 2012, p. 627, 642.

sussistenza di "circostanze aggravanti" è, infatti, che oltre all'intenzionalità da parte dell'atleta, ricorrano altre circostanze che siano meritevoli di un particolare biasimo. La nuova normativa, pertanto, ha significativamente ridotto la soglia per l'inasprimento della sanzione, visto che, d'ora in avanti, sarà sufficiente l'intenzionalità della violazione per giustificare una sanzione (di entità maggiore di due anni). Oltre a ciò, la nuova normativa non prevede – diversamente da quanto faceva il vecchio art. 10.6 (del Codice WADA 2009) – alcuna "sliding scale" con riferimento alle conseguenze giuridiche della violazione. Ogni qual volta, infatti, l'atleta abbia agito con intenzionalità, non vi sarà spazio per alcuna cornice sanzionatoria, all'interno della quale fissare la sanzione da irrogare, ma troverà applicazione una sanzione "fissa" di quattro (4) anni.

La base di un simile inasprimento è rappresentata da numerose circostanze. In primo luogo, il caso "Armstrong"¹⁵ (scoppiato nel corso del processo di riforma del Codice) ha senz'altro contribuito a creare un clima favorevole ad un innalzamento della sanzione¹⁶. In considerazione del "doping scheme, more extensive than any previously revealed in professional sports history"¹⁷ – come accertato nella "Reasoned Decision" dell'USADA – è parso, infatti, difficile opporsi, da un punto di vista politico, alle richieste di inasprimento delle sanzioni. Deve notarsi, tuttavia, come non ci si sia posti l'interrogativo circa l'efficacia dissuasiva che la minaccia di una sanzione (standard) più severa avrebbe potuto avere su Armstrong con riferimento al ricorso a pratiche dopanti, né ad un simile interrogativo si è in altro modo cercato di dare risposta¹⁸. In secondo luogo, poi, deve rilevarsi come il principale fautore di un inasprimento delle sanzioni sia stato il Comitato Olimpico Internazionale ("COI")¹⁹. Ciò allo scopo di proteggere in maniera ottimale il valore delle manifestazioni organizzate dallo stesso COI (ed in tal modo anche la valorizzazione economica dei Giochi Olimpici). Il ritorno alle competizioni da parte di atleti sanzionati, infatti, è costantemente sfruttato dai media per collegare le pratiche dopanti poste in essere dall'atleta all'evento al quale lo stesso partecipa dopo aver scontato la squalifica. Accade spesso, in effetti, che l'atleta che abbia commesso una violazione e lo scandalo ad essa relativo ricevano più attenzione della competizione nella quale tale atleta ritorna alle gare e degli altri atleti "puliti" che ad essa prendono parte. Se si vuole evitare che una competizione venga disturbata da rumori concernenti il passato di doping di un atleta (con conseguenze negative per gli interessi economici in gioco), infatti, sembra evidente che si ostacolerà nel maggior modo possibile un ritorno di tale atleta alle competizioni. In altri termini, quanto più elevata sarà una sanzione base, tanto minori saranno i rischi connessi al ritorno di un atleta dopato per l'"azienda sportiva". Il COI, in realtà, aveva già in passato tentato di inibire in maniera definitiva la partecipazione ai Giochi Olimpici di

¹⁵ Si veda: <http://d3epuodzu3wuis.cloudfront.net/ReasonedDecision.pdf>

¹⁶ In tal senso anche: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 113.

¹⁷ Si veda: *REPORT ON PROCEEDINGS UNDER THE WORLD ANTI-DOPING CODE AND THE USADA PROTOCOL (USADA v/ Lance Armstrong)* 10 October 2012, p. 5.

¹⁸ Si veda anche: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 116.

¹⁹ Si veda anche: NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137) 20, 22.

atleti dopati. Tale tentativo, però, è fallito a causa della giurisprudenza dal Tribunale Arbitrale dello Sport (“TAS”)²⁰. La posizione del COI di cui si è detto, peraltro, ha trovato chiara espressione anche nella prima versione del Codice WADA 2015. Ed infatti, nella bozza circolata nel primo giro di consultazioni si leggeva (art. 10.15.1): “Where an Athlete or other Person has been sanctioned for an anti-doping rule violation other than under Articles 10.3.3 (Filing Failures and Missed Tests), 10.3.4 (Prohibited Association), 10.4 (Specified Substances), or 10.5.2 (No Significant Fault or Negligence), and Article 10.5.3 (Substantial Assistance) is not applicable, then, as an additional sanction, the Athlete or other Person shall be Ineligible to participate in the next Summer Olympic Games and the next Winter Olympic Games taking place after the end of the period of Ineligibility otherwise imposed”. A seguito di pesanti critiche a tale previsione, orientata esclusivamente all’interesse del COI, si è raggiunto un consenso sulla versione attuale, ora contenuta nel Codice WADA 2015, dovendosi, peraltro, riconoscere che, in molte discipline sportive, una inibizione di quattro anni equivale ad una sanzione a vita.

3.2. Il criterio dell’“intenzionalità”

Il criterio dell’“*intent*” pare essere, almeno a prima vista, un criterio appropriato per un inasprimento della sanzione, visto che la ADRV commessa intenzionalmente ha, di norma, una “intensità antiggiuridica” superiore a quella che contraddistingue una ADRV commessa da un atleta per negligenza. Il rinvio al criterio dell’“intenzionalità” per la determinazione della sanzione standard, pertanto, risulta essere coerente con delle valutazioni di proporzionalità che portano ad ancorare la durata della sanzione al grado di colpa dell’atleta.

3.2.1. La definizione di “intenzionale”

Guardando alle due sanzioni standard previste dal Codice WADA 2015, risulta evidente che la distinzione tra una ADRV intenzionale ed una ADRV commessa con negligenza è fondamentale²¹. Il Codice, infatti, non lascia la determinazione dei relativi confini alla giurisprudenza, ma la pone in maniera diretta, con ciò facendo tesoro dell’esperienza passata. Il criterio dell’intenzionalità, infatti, era previsto anche nel Codice WADA 2009 (si veda l’art. 10.4)²². IL TAS, tuttavia, ha mostrato di incontrare non poche difficoltà con il significato da attribuire a tale criterio²³. Al riguardo, infatti, si registravano diversi orientamenti. Nel lodo *Qerimaj* il TAS ha tracciato i confini del significato di “*intent*” nel seguente modo²⁴: “*Intent is*

²⁰ CAS 2011/O/2422 (4.10.2011) USOC v IOC; si veda al riguardo anche: HAAS, *Ex-Doper willkommen?*, in *Jusletter* 2.April 2012.

²¹ Si veda anche: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 105 ss.

²² Si veda FUCHS, *The Sanctioning Process for Specified Substances in the 2015 World Anti-Doping Code – A Fresh Start?*, ANZSLA 2013 (Vol 8), 127, 130 ss.; RIGOZZI/QUINN, *Inadvertent Doping and the CAS: Part I* (27 November 2013) *Law in Sport* <<http://www.lawinsport.com/articles/anti-doping/item/inadvertent-doping-andthe-cas-part-i-review-of-cas-jurisprudence-on-the-interpretation-of-article-10-4-of-the-currentwada-code>>.

²³ Per un’analisi si veda FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.194 ss.

²⁴ CAS 2012/A/2822 (12.7.2012) *Qerimaj v/ IWF*, par. 8.14.

established – of course - If the athlete knowingly ingests a prohibited substance. However, it suffices to qualify the athlete's behaviour as intentional, if the latter acts with indirect intent only, i.e. if the athlete's behaviour is primarily focused on one result, but in case a collateral result materializes, the latter would equally be accepted by the athlete. If - figuratively speaking - an athlete runs into a "minefield" ignoring all stop signs along his way, he may well have the primary Intention of getting through the "minefield" unharmed. However, an athlete acting in such (reckless) manner somehow accepts that a certain result (i.e. adverse analytical finding) may materialize and therefore acts with (indirect) intent."

Non tutti i collegi arbitrali hanno condiviso la pronuncia appena riportata²⁵. Una delle critiche ad essa mossa è relativa al fatto che la linea divisoria tra l'“*indirect intent*” (*dolus eventualis*) e la negligenza sarebbe assai sottile e, pertanto, il significato di “*intent*” o “*intentional*” sarebbe da interpretarsi in senso stretto, vale a dire come un “intento diretto”²⁶. Una simile opinione desta delle perplessità, visto che l'indicazione dei presupposti che valgono a determinare quando un atleta agisca in maniera intenzionale o negligente rappresenta una questione giuridica, alla quale un collegio arbitrale del TAS non può esimersi dal dare una risposta per il solo fatto che la delimitazione dei relativi confini è complessa. La delimitazione, da un punto di vista giuridico, tra negligenza ed intenzionalità non viene, peraltro, certo agevolata per il solo fatto di tirare la linea di confine tra l'intento diretto e l'intento indiretto (*dolus eventualis*) (invece di tirarla tra il *dolus eventualis* e la negligenza consapevole). Il Codice WADA 2015, comunque, ha fatto chiarezza sul punto, stabilendo che il significato di “*intento*” vada interpretato alla luce della giurisprudenza sul caso *Qerimaj*, e cioè nel senso che debba considerarsi come intenzionale anche la violazione commessa dall'atleta che agisca con *dolus eventualis*²⁷. All'art. 10.2.3 del Codice WADA 2015 si legge, infatti: “*As used in Articles 10.2 and 10.3, the term „intentional“ is meant to identify those Athletes who cheat. The term, therefore, requires that the Athlete ... engaged in conduct which he or she knew constituted an anti-doping rule violation or knew that there was a significant risk that the conduct might constitute or result in an anti-doping rule violation and manifestly disregarded that risk*”.

3.2.2. Il punto di riferimento del significato di “*intentional*”

È lecito chiedersi quale sia il punto di riferimento del significato del termine “*intentional*”. Da un punto di vista giuridico, la situazione è chiara qualora una sostanza sia proibita sia “in” che “fuori competizione”, caso in cui il riferimento andrà fatto all'assunzione od utilizzo della sostanza proibita, da cui deriva la ADRV. Se, dunque, l'atleta avrà assunto o utilizzato la sostanza in oggetto di proposito, dovrà essere irrogata la sanzione standard di quattro anni. Identico discorso vale per il caso in cui l'atleta abbia assunto una sostanza proibita solo “in competizione” nel

²⁵ Si veda RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 3.1.2).

²⁶ CAS 2014/A/3435 (17.7.2014) *Tomasz Stepien v/ Polish Rugby Union*, par. 95; CAS 2013/A/3316 (13.5.2014) *WADA v/ Chimdesteren Bataa & IPF*, par. 56.

²⁷ Si veda: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in Jusletter 11 November 2013, par. 108; RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 3.1.2).

corso di quest'ultima. Più complesso, invece, è il caso in cui una sostanza proibita esclusivamente "in competizione" venga assunta dall'atleta "fuori competizione". In tal caso, infatti, dovrebbe (o potrebbe) ritenersi che l'atleta abbia agito in maniera perfettamente lecita, e ciò anche nel caso in cui l'assunzione della sostanza sia avvenuta intenzionalmente. Una simile condotta, tuttavia, diviene illecita quando tale sostanza sia ancora presente nell'organismo dell'atleta nel momento in cui quest'ultimo prende parte ad una competizione. Questo rischio è spesso difficile da gestire per l'atleta. Ciò in quanto, da un lato, l'espressione "*in-competition period*" non ha un significato univoco, visto che le varie FI o le autorità sportive competenti per l'organizzazione di un evento possono definire l'"*in-competition period*" (ed in tal modo, in via indiretta, anche il "*testing menu*") a loro discrezione²⁸. Dall'altro lato, poi, i laboratori accreditati WADA migliorano costantemente la capacità di individuare la presenza di sostanze vietate, con la conseguenza che quantità sempre più piccole delle varie sostanze sono riscontrabili sui campioni biologici prelevati nel corso di una competizione. Ciò comporta, quindi, che, da un punto di vista pratico, la "finestra" in cui le sostanze non proibite "fuori competizione" possono essere assunte diviene sempre più piccola. Deve rilevarsi, poi, che i tempi per lo smaltimento di determinate sostanze dipendono anche dall'organismo di ciascun atleta e, quindi, da circostanze soggettive difficilmente calcolabili. Sembra chiaro, comunque, che l'intensità anti-giuridica che caratterizza la condotta di un atleta che abbia erroneamente valutato la persistenza di una sostanza nel proprio organismo sia senz'altro meno rilevante di quella che, invece, caratterizza la condotta di un atleta che, in qualsiasi momento, assuma intenzionalmente una sostanza proibita.

Per ovviare ai problemi derivanti dall'incoerenza della "*Prohibited List*", il Codice WADA 2015 chiarisce che il significato di "*intentional*", per quanto concerne i casi relativi alle sostanze proibite esclusivamente "in competizione", dovrà essere inteso non solo con riferimento all'assunzione della sostanza, ma anche alla stessa ADRV, vale a dire la presenza della sostanza vietata nell'organismo dell'atleta durante la competizione. Ne consegue che soltanto nel caso in cui la sostanza (proibita solo "in competizione") sia stata assunta ("fuori competizione") allo scopo di trarne vantaggio anche nella competizione ci si troverà ad avere a che fare con una ADRV connotata da intenzionalità atta a giustificare l'irrogazione della sanzione standard di quattro anni.

3.2.3. Norme sull'onere della prova

Poiché l'elemento psicologico con il quale l'atleta agisce al momento dell'assunzione di una sostanza proibita (solo "in competizione") è di difficile accertamento, il Codice WADA fa ricorso a delle presunzioni (relative). A questo riguardo, il Codice pone una distinzione tra "*specified substances*" e "*non-specified substances*"; ciò in quanto, nel caso di una sostanza "*non-specified*" è molto più facile ad assumere un nesso diretto tra l'assunzione della sostanza proibita e la prestazione

²⁸ Si veda la definizione di "*In-Competition*" nell'appendice sulle definizioni del Codice WADA 2015. "*Unless provided otherwise in the rules of an International Federation or the ruling body of the Event in question, "In-Competition" means the period commencing twelve hours before a Competition in which the Athlete is scheduled to participate through the end of such Competition and the Sample collection process related to such Competition.*"

agonistica. Deve, inoltre, rilevarsi che il Codice WADA 2015 non pone espressamente sull'atleta l'onere di dimostrare che la violazione sia stata commessa in maniera non intenzionale²⁹. Le regole concernenti le presunzioni, in particolare, sono strutturate come segue (art. 10.2.3)³⁰: “*An anti-doping rule violation resulting from an Adverse Analytical Finding for a substance which is prohibited In-Competition shall be rebuttably presumed to be not ‘intentional’ if the substance is a Specified Substance and the Athlete can establish that the Prohibited Substance was Used Out-of-Competition. An anti-doping rule violation resulting from an Adverse Analytical Finding for a substance which is only prohibited In-Competition shall not be considered ‘intentional’ if the substance is not a Specified Substance and the Athlete can establish that the Prohibited Substance was Used Out-of-Competition in a context unrelated to sport performance*”.

Oltre a quanto si è visto, non deve essere obliato che le regole probatorie appena menzionate non hanno carattere autoreferenziale, ma sono strutturate sul presupposto della parte iniziale della previsione all'interno della quale sono contenute (l'art. 10.2.3), la quale è volta ad individuare gli atleti che devono considerarsi come degli “imbrogliatori” (“*cheaters*”), stabilendo che solo per questi l'inibizione di quattro anni deve considerarsi appropriata³¹. L'intenzionalità di una ADRV, pertanto, dovrebbe ritenersi accertata da parte di un collegio del TAS soltanto in casi in cui la dimostrazione di tale elemento sia ben chiara.

4. Riduzione della sanzione per gli atleti

Al fine di stabilire se e quali circostanze attenuanti siano applicabili, è necessario previamente individuare quale sia la sanzione base applicabile, e cioè se ci si trovi dinanzi ad una ADRV intenzionale o meno. Nel primo caso, le uniche attenuanti che assumono rilievo sono quelle “*non-fault-related*” (art. 10.6 del Codice WADA 2015). Nel secondo caso, invece, possono trovare applicazione sia le attenuanti appena menzionate, che quelle del tipo “*fault-related*”. Alla base di questa differenza sta il fatto che il nuovo Codice WADA si prefigge di essere più flessibile nei confronti degli atleti che abbiano commesso una ADRV per mera disattenzione, mentre mostra di voler essere chiaramente inflessibile nei confronti di coloro che intenzionalmente fanno ricorso al doping.

Il fatto che in caso di ADRV “intenzionali” sia esclusa una riduzione della sanzione per motivi “*fault-related*” si evince già da una interpretazione sistematica delle previsioni sull'inibizione. La possibilità di riduzione della sanzione per motivi attinenti alla colpa viene prevista agli Artt. 10.4 e 10.5 del Codice. Ai sensi di tali disposizioni, presupposto per una riduzione della sanzione è che la condotta dell'atleta, con riferimento alla violazione commessa, sia esente da colpa o negligenza (art. 10.4 “*No Fault or Negligence*” – “NF”) o da colpa grave (art. 10.5 “*No Significant Fault or Negligence*” – “NSF”). È evidente che ambedue le ipotesi siano

²⁹ RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 5.2.1.2).

³⁰ Sull'intera questione si veda anche: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 5.1.2.2).

³¹ Si veda anche: NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137) 20, 22 ; RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 3.1.2).

necessariamente da escludersi nel caso in cui l'atleta abbia commesso la ADRV intenzionalmente³². Del resto, il fatto che in presenza di una ADRV commessa intenzionalmente debba escludersi al possibilità di una riduzione della sanzione ai sensi degli Artt. 10.4 e 10.5 del Codice, viene espressamente stabilito in diverse sezioni di quest'ultimo. Così, ad esempio, nel commento all'art. 10.5.2 si legge: *"Article 10.5.2 may be applied to any anti-doping rule violation, except those Articles where intent is an element of the anti-doping rule violation ... or an element of a particular sanction (e.g., Article 10.2.1) or a range of Ineligibility is already provided in an Article based on the Athlete or other Person's degree of Fault"*.

Nella *"Appendix Two Examples of the Application of Article 10"*, con riferimento al secondo esempio in essa riportato, si legge, inoltre, che: *"Because the violation was intentional, there is no room for a reduction based on Fault (no application of Articles 10.4 and 10.5)..."*.

In tal modo, il Codice WADA 2015 smentisce chiaramente il punto di vista giuridico – talora riscontrabile nella giurisprudenza del TAS – secondo il quale un atleta può commettere la stessa violazione sia in maniera intenzionale, che negligente³³. Deve ritenersi, in conclusione, che le attenuanti di cui agli Artt. 10.4 e 10.5 non trovano applicazione nei casi previsti dall'art. 10.2.1. Vi sarà, invece, spazio per una riduzione della sanzione sulla base di valutazioni *"fault-related"* soltanto nei casi in cui la ADRV sia stata commessa in maniera non intenzionale.

Per i casi in cui, infine, siano astrattamente applicabili sia attenuanti *"fault-related"* che attenuanti *"non-fault-related"* (ADRV commesse senza colpa grave), la precedenza spetta alle riduzioni basate sulle attenuanti *"fault-related"*. Ciò si desume dall'art. 10.6.4, nel quale si legge: *"Where an Athlete or other Person establishes entitlement to reduction in sanction under more than one provision of Article 10.4, 10.5 or 10.6, before applying any reduction or suspension under Article 10.6, the otherwise applicable period of Ineligibility shall be determined in accordance with Articles 10.2, 10.3, 10.4, and 10.5"*.

4.1. Riduzioni basate sulle attenuanti *"fault-related"*

Al centro delle riduzioni basate sulle attenuanti *"fault-related"* si trovano due novità del Codice WADA 2015:

4.1.1. *"No Significant Fault"*

Nel nuovo sistema introdotto dal Codice WADA 2015, non è possibile applicare riduzioni della sanzione in correlazione con il grado di colpa dell'atleta (nel caso di una ADRV commessa involontariamente), quando tale grado eccede la soglia della *"NSF"*. Oltre tale soglia, dunque, si rimane sulla sanzione base prevista dall'art. 10.2.2 (due anni di inibizione). Una riduzione, invece, è possibile quando il grado di colpa dell'atleta non superi la soglia indicata. Ciò vale indipendentemente dalla sostanza o dal metodo utilizzati nei singoli casi.

³² Si veda: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 3.2).

³³ Si veda, ad esempio: CAS 2012/A/2804 (3.12.2012) *Dimitar Kutrovsky v/ ITF*, par. 8.23.

Nei vari casi che si presentano, stabilire il grado di colpa di un atleta può rivelarsi un compito tutt'altro che facile. Delle linee guida al riguardo possono trarsi sia dallo stesso Codice WADA 2015, che dalla giurisprudenza del TAS nei casi decisi sinora.³⁴

- (i) Valutazione di tutte le circostanze del caso concreto

Il Codice WADA 2015 chiarisce, in primo luogo, che per l'accertamento del grado di colpa o negligenza debbono considerarsi tutte le circostanze del caso concreto. A tale riguardo, con riferimento alla NSF, si legge nella "Appendix Definitions": *"The Athlete or other Person's establishing that his or her Fault or negligence, when viewed in the totality of the circumstances and taking into account the criteria for No Fault or Negligence, was not significant in relationship to the anti-doping rule violation..."*.

- (ii) La concretizzazione dei doveri di diligenza oggettivi

Stabilire se l'atleta abbia agito con NSF o NF è possibile soltanto alla luce dei doveri che, nel caso concreto, gravano sullo stesso³⁵. Il principale riferimento, a questo riguardo, va fatto all'art. 2.2.1 del Codice WADA 2015, ai sensi del quale *"it is each Athlete's personal duty to ensure that no Prohibited Substance enters his or her body and that no Prohibited Method is Used"*. Il dovere di diligenza dell'atleta nell'ambito sportivo derivante da tale primario obbligo non è lo stesso in tutti i casi, ma dipende dalla concreta situazione di pericolo in cui ci si trovi. Ciò è stato sostenuto da un collegio del TAS nel caso *Cilic*³⁶: *"At the outset, it is important to recognise that, in theory, almost all anti-doping rule violations relating to the taking of a product containing a prohibited substance could be prevented. The athlete could always (i) read the label of the product used (or otherwise ascertain the ingredients), (ii) cross-check all the ingredients on the label with the list of prohibited substances, (iii) make an internet search of the product, (iv) ensure the product is reliably sourced and (v) consult appropriate experts in these matters and instruct them diligently before consuming the product."*

However, an athlete cannot be reasonably expected to follow all of the above steps in every and all circumstances".

Le circostanze atte a determinare una particolare situazione di pericolo, e quindi capaci di avere un impatto sul dovere di diligenza ("attenzione") da parte dell'atleta, possono risiedere nel particolare tipo di una sostanza proibita o nel prodotto nel quale la sostanza è contenuta. A tal riguardo il collegio arbitrale del TAS che si è pronunciato sul caso *Cilic* si è espresso nel seguente modo³⁷: *"Instead, these steps can only be regarded as reasonable in certain circumstances: A) For substances that are prohibited at all times (both in and out-of-competition), the above steps are appropriate, because these products are particularly likely to distort competition. This follows from Article 4.2.1 WADC which states: "The*

³⁴ Si veda anche: FUCHS, *The Sanctioning Process for Specified Substances in the 2015 World Anti-Doping Code – A Fresh Start?*, ANZSLA 2013 (Vol 8), 127, 140 e ss.

³⁵ Si veda: FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3a ed. 2014, C2.222.

³⁶ CAS 2013/A/3327 & 3335 (11.4.2014) *Marin Cilic v/ International Tennis Federation*, par. 74 ss.

³⁷ CAS 2013/A/3327 & 3335 (11.4.2014) *Marin Cilic v/ International Tennis Federation*, par. 75.

Prohibited List shall identify those Prohibited Substances and Prohibited Methods which are prohibited as doping at all time (both In-Competition and Out-of-Competition) because of their potential to enhance performance in future Competitions ...”. As a result, an athlete must be particularly diligent and, thus, the full scale of duty of care designed to prevent the athlete from ingesting these substances must apply. B) For substances prohibited in-competition only, two types of cases must be distinguished: i) The prohibited substance is taken by the athlete in-competition. In such a case, the full standard of care described above should equally apply; ii) The prohibited substance is taken by the athlete out-of-competition (but the athlete tests positive in-competition). Here, the situation is different.

The difference in the scenario (B ii) where the prohibited substance is taken out-of-competition is that the taking of the substance itself does not constitute doping or illicit behaviour. The violation (for which the athlete is at fault) is not the ingestion of the substance, but the participation in competition while the substance itself (or its metabolites) is still in the athlete’s body. The illicit behaviour, thus, lies in the fact that the athlete returned to competition too early, or at least earlier than when the substance he had taken out of competition had cleared his system for drug testing purposes in competition. In such cases, the level of fault is different from the outset. Requiring from an athlete in such cases not to ingest the substance at all would be to enlarge the list of substances prohibited at all times to include the substances contained in the in-competition list. CAS jurisprudence supports the view that the level of fault in case (B ii) differs. The Panel in this respect is mindful of the decision in the case CAS 2011/A/2495 in which it is held: ‘Of course the athlete could have refrained from using the [product] at all, but it can hardly be a fault (or at least a significant one) to use a substance which is not prohibited’ (para 8.26). It follows from this that if the substance forbidden in-competition is taken out-of-competition, the range of sanctions applicable to the athlete is from a reprimand to 16 months (because, in principle, no significant fault can be attributed to the athlete). The Panel would, however, make two exceptions to this general rule. The principle underlying the two exceptions is that they are instances of an athlete who could easily make the link between the intake of the substance and the risks being run. The two exceptions are: (α) Where the product that is advertised/sold/distributed as “performance enhancing”. Here a particular danger arises, that calls for a higher duty of care. If – eg – the athlete ingests a product called “Muscle Pro” or a product that is designed and/or advertised to be sold to body builders, then the athlete has to comply with a higher duty of care. The decisive criterion is not whether the substance is a supplement, because that word is devoid of any helpful meaning in this context. Instead, the decisive criterion is the purpose of the product (which is usually to be ascertained by considering how it is advertised on the box or discussed on the internet or used by the community in practice); (β) Where the product is a medicine designed for a therapeutic purpose. Again, in this scenario, a particular danger arises, that calls for a higher duty of care. This is because medicines are known to have prohibited substances in them. Not everything which is purchased in a pharmacy, however, is a “medicine”, within the terms used here (see CAS 2011/A/2495, para. 8.19). For example, a caffeine pill taken by an athlete out-of-competition to stay awake or to overcome tiredness (and

containing a substance prohibited in-competition) is not a medicine (see CAS 2011/A/2495, para 8.18 and CAS 2013/A/3075, para 9.6)”.

- (iii) **La soglia della NSF**

Una volta stabiliti quali siano, da un punto di vista oggettivo, i doveri di diligenza, sarà necessario stabilire, facendo riferimento alle misure in concreto adottate dall'atleta, se quest'ultimo abbia agito con una negligenza significativa, o meno. Deve tenersi presente che per il raggiungimento della soglia della NSF non è necessario che siano state adottate in concreto *tutte* le possibili precauzioni per evitare il verificarsi dell'evento³⁸ e che i requisiti per ritenere raggiunta tale soglia non possono essere enfatizzati, visto anche che la colpa rileva sotto un doppio profilo³⁹. Il grado della colpa, infatti, è rilevante sia per stabilire se una riduzione della sanzione sia possibile e, se quest'ultimo è il caso, in quale misura la sanzione concreta possa essere ridotta all'interno della cornice sanzionatoria applicabile. Per tale ragione, se i requisiti necessari per ritenere raggiunta la soglia della NSF dovessero essere posti troppo in alto, rimarrebbe ben poco spazio per procedere in maniera sensata alla fissazione della sanzione all'interno della cornice sanzionatoria a disposizione. In base alla giurisprudenza del TAS, pertanto, la soglia della NSF deve ritenersi già raggiunta quando l'atleta “*takes the clear and obvious precautions which any human being would take*” nel caso concreto⁴⁰. Il criterio da ultimo indicato è flessibile⁴¹, visto che ciò che ci si deve aspettare da un atleta coscienzioso affinché possa ritenersi che lo stesso abbia, in un caso concreto, adottato delle “*obvious and clear precautions*” dipende dal livello di pericolosità della situazione in cui si trova. Quanto più (evidentemente) pericolosa sarà una situazione, tante più saranno le precauzioni che ci si dovrà aspettare che un atleta adotti per scongiurare il pericolo. Così, ad esempio, con riferimento all'uso di prodotti che vengono pubblicizzati per il miglioramento delle prestazioni sportive o utilizzati a scopi terapeutici, le “*clear and obvious precautions*” da adottare saranno più stringenti che in altri casi.

Per poter ritenere che l'atleta abbia agito con NSF (o NF), il Codice WADA 2015 richiede la prova, da parte dell'atleta, del modo in cui la sostanza proibita sia entrata nel suo organismo⁴². Tale prova e il grado di colpa dell'atleta sono, in effetti, strettamente collegati. E infatti, una seria pronuncia sul se e quali misure un atleta abbia adottato per evitare una violazione antidoping è possibile soltanto qualora vi sia chiarezza circa il modo in cui la sostanza proibita sia entrata nel suo organismo. Correttamente, pertanto, la giurisprudenza del TAS è stata relativamente rigida circa la necessità di una simile prova⁴³. Ciò è stato ripetutamente chiarito dai vari collegi

³⁸ FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.222.

³⁹ CAS 2005/A/847 (20.7.2005) *H. Knauss v. FIS*, par. 7.3.5 ; si veda anche: FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.209.

⁴⁰ CAS 2005/A/847 (20.7.2005) *H. Knauss v. FIS*, par. 7.3.6; nello stesso senso FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.224 “*reasonable steps*”.

⁴¹ Si veda: FUCHS, *The Sanctioning Process for Specified Substances in the 2015 World Anti-Doping Code – A Fresh Start?*, ANZSLA 2013 (Vol 8), 127, 138.

⁴² Si veda la definizione NF e NSF nella quale si legge: “[e]xcept in the case of a Minor, for any violation of Article 2.1, the Athlete must also establish how the Prohibited Substance entered his or her system”.

⁴³ Si veda: CAS 2010/A/2230 (22.2.2011) *IWBF v/ UKAD & Gibbs*, par. 11.3; si veda anche l'analisi condotta in FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.179 ss.

del TAS⁴⁴: “*Obviously this precondition is important and necessary otherwise an athlete’s degree of diligence or absence of fault would be examined in relation to circumstances that are speculative and that could be partly made up*”.

La prova di come una sostanza proibita sia entrata nell’organismo presenta nei singoli casi delle notevoli difficoltà e ciò con particolare riguardo ai casi di atleti minori di età (che abbiano agito con colpa o negligenza)⁴⁵. Nel caso in cui questi ultimi, infatti, non abbiano capacità di intendere, o che la stessa sia limitata, e abbiano una limitata esperienza nelle questioni legate all’anti-doping, agli atleti di cui si tratta risulterà difficile adempiere al dovere derivante dall’art. 2.1.1 del Codice (“*to ensure that no Prohibited Substance enters his or her body*”)⁴⁶. Il più delle volte, pertanto, questi atleti non saranno in grado di dimostrare come la sostanza proibita sia entrata nell’organismo. Per tale ragione, un’applicazione rigida della normativa avrebbe l’effetto di contraddire la logica del Codice di collegare la sanzione al grado della colpa, visto che il più delle volte gli atleti minori di età agiranno con una colpa limitata, a causa della loro limitata esperienza e capacità di agire⁴⁷. Per tale ragione, il Codice WADA 2015 rinuncia alla prova sul come la sostanza proibita sia entrata nell’organismo nei casi di atleti minorenni, posto che in tali casi sarà possibile (a seconda delle circostanze) pronunciarsi – con riferimento alla scarsa esperienza dovuta all’età ed alla limitata capacità di agire dell’atleta – sulla colpa, anche senza che vi sia chiarezza sulla stessa, circa il modo in cui la sostanza proibita sia entrata nell’organismo dell’atleta.

- (iv) **Valutazione delle circostanze soggettive**

Il grado della colpa, infine, può dipendere anche da elementi di carattere soggettivo. A questo riguardo, il collegio TAS nel caso Cilic si è espresso nel seguente modo⁴⁸: “*Whilst each case will turn on its own facts, the following examples of matters which can be taken into account in determining the level of subjective fault can be found in CAS jurisprudence (cf. also La Rochefoucauld, CAS Jurisprudence related to the elimination or reduction of the period of ineligibility for specific substances, CAS Bulletin 2/2013, p. 18, 24 et seq.): a. An athlete’s youth and/or inexperience (see CAS 2011/A/2493, para 42 et seq; CAS 2010/A/2107, para. 9.35 et seq.). b. Language or environmental problems encountered by the athlete (see CAS 2012/A/2924, para 62). c. The extent of anti-doping education received by the athlete (or the extent of anti-doping education which was reasonably accessible by the athlete) (see CAS 2012/A/2822, paras 8.21, 8.23). d. Any other ‘personal impairments’ such as those suffered by: i. an athlete who has taken a certain product over a long period of time without incident. That person may not apply the objective standard of care which would be required or that he would apply if taking*

⁴⁴ CAS 2006/A/1130 (4.1.2007) *WADA v/ Stanic & Swiss Olympic Association*, par. 39.

⁴⁵ Si veda: FUCHS, *The Sanctioning Process for Specified Substances in the 2015 World Anti-Doping Code – A Fresh Start?*, ANZSLA 2013 (Vol 8), 127, 129; RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 139.

⁴⁶ Si veda anche: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime*, (in corso di pubblicazione – 3.1.1.1).

⁴⁷ Si veda: CAS 2010/A/2268 (15.9.2011) *I v/ FIA*, par. 133 ss.; si veda anche: FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.259.

⁴⁸ CAS 2013/A/3327 & 3335 (11.4.2014) *Marin Cilic v/ International Tennis Federation*, par. 76.

the product for the first time (see CAS 2011/A/2515, para 73). ii. an athlete who has previously checked the product's ingredients. iii an athlete is suffering from a high degree of stress (CAS 2012/A/2756, para. 8.45 seq.). iv. an athlete whose level of awareness has been reduced by a careless but understandable mistake (CAS 2012/A/2756, para. 8.37)".

- (v) Ancora sulla cannabis

Anche nell'ambito applicativo delle circostanze attenuanti si mostra nuovamente che i casi in cui la sostanza proibita è rappresentata dalla cannabis sono alquanto difficili da integrare nel sistema generale⁴⁹. È vero, infatti, che i casi in questione sono, di norma, dei casi di ADVR non volontaria, visto che la cannabis è una "specified substance" ai sensi dell'art. 4.2.2 del Codice ed è proibita solo "in-competizione" (si veda quanto riportato in precedenza) e che, sempre di norma, viene assunta "fuori-competizione". Tuttavia, poiché è noto il fatto che il consumo di cannabis è rilevabile anche a distanza di tempo dall'assunzione, sussiste il pericolo – in assenza di una normativa *ad hoc* – che la soglia della NSF non venga raggiunta e che, pertanto, nella maggior parte dei casi di cannabis si rimanga sulla sanzione standard di due anni per una ADVR non volontaria (art. 10.2.2). Tale situazione, tuttavia, è stata ritenuta inadeguata dalla maggioranza dei partecipanti alle sessioni di consultazione. A differenza della delimitazione della sanzione base per le condotte intenzionali e per quelle non intenzionali, nelle quali si è trovato un accordo su di una regola comune con riferimento alle sostanze proibite solo "in-competizione", non si è raggiunto alcun accordo sul problema di cui si tratta in relazione all'attenuante della NSF. Nel caso in oggetto, al contrario, si è stabilita una soluzione specifica al problema cannabis, prevedendo – tra le righe, ovvero nel commento alla definizione di NSF – che "[f]or Cannabinoids, an Athlete may establish No Significant Fault or Negligence by clearly demonstrating that the context of the Use was unrelated to sport performance". Oltre a ciò, altrove nel Codice (vale a dire nel "Decision Limits Technical Document")⁵⁰ la soglia stabilita per riportare un "Adverse Analytical Finding" ("AAF") alla cannabis è stata innalzata, in modo tale da alleggerire il carico posto sulle ADO relativo ai casi di positività alla cannabis derivanti dall'uso "fuori-competizione" di tale sostanza.

4.1.2. Prodotti contaminati

Un'ulteriore significativa modifica relativa alle riduzioni della sanzione "fault-related" è contenuta all'art. 10.5.1.2 del Codice, che recita: "*In cases where the Athlete or other Person can establish No Significant Fault or Negligence and that the detected Prohibited Substance came from a Contaminated Product, then the period of Ineligibility shall be, at a minimum, a reprimand and no period of Ineligibility, and at a maximum, two years Ineligibility, depending on the Athlete's or other Person's degree of Fault*".

⁴⁹ Si veda: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 6.2.2).

⁵⁰ Si veda: (table 1) http://www.footbballaustralia.com.au/dct/ffa-dtc-performgroup-eu-west-1/Vizzari_ibfpkaotxrf19l3j4k57wili.pdf.

- (i) **Contesto**

In via di principio, il tipo di sostanza rilevata nel campione dell'atleta influenza la cornice sanzionatoria applicabile. Nel caso in cui la ADRV (ai sensi degli Artt. 2.1 o 2.2 del Codice) stia in relazione con una “*specified substance*”, la cornice sanzionatoria – nel caso in cui sia raggiunta la soglia della NSF – andrà da un semplice biasimo formale ad un periodo di inibizione di due anni (art. 10.5.1.1 del Codice). Nel caso, invece, in cui si abbia a che fare con una “*non-specified substance*”, la cornice sanzionatoria per la medesima ADRV sarà ricompresa tra un periodo che va da uno a due anni. L'applicabilità di differenti cornici sanzionatorie, a seconda della sostanza o metodo proibito il cui uso venga riscontrato, è dovuta a diversi fattori. Tale distinzione, ad esempio, è espressione del fatto che l'uso di alcune sostanze è più biasimevole, da un punto di vista sportivo, rispetto all'uso di altre⁵¹. La distinzione di cui si tratta, inoltre, è anche basata sulla considerazione che un uso involontario delle “*specified substance*”, o meglio un uso per scopi diversi dal miglioramento delle prestazioni sportive, appare “più probabile” che per le altre sostanze proibite.

Si tratta, ovviamente, di una tipizzazione che, nei singoli casi, può portare a risultati chiaramente iniqui, come illustrato in un caso di cui si è occupato il TAS⁵². I fatti alla base del caso di cui si tratta sono i seguenti: La nuotatrice di livello internazionale Hardy aveva assunto per un notevole periodo di tempo (otto mesi), prima dei Giochi Olimpici di Pechino, un integratore alimentare del produttore A. L'atleta era a conoscenza del fatto che le autorità sportive avvertono regolarmente sui rischi derivanti dall'uso di integratori alimentari, visto che in passato molti di tali prodotti presenti sul mercato si sono rivelati essere contaminati – contenevano, cioè, delle sostanze vietate (o tracce delle stesse) – senza che ciò venisse indicato sull'etichetta o sulla confezione. In considerazione di tali avvertimenti, l'atleta aveva adottato diverse misure per evitare di commettere una ADRV. L'atleta, ad esempio, aveva richiesto informazioni al produttore, il quale le aveva assicurato che la composizione del prodotto era stata testata da un esperto indipendente. L'atleta, inoltre, aveva anche richiesto consiglio ad altri “esperti” per sincerarsi della “affidabilità” del prodotto del produttore A. Purtroppo, però, uno degli integratori alimentari (molti) utilizzati dall'atleta conteneva la sostanza proibita del “clenbuterol”, facente parte dalla categoria delle “*non-specified substances*”.

Il Collegio del TAS investito della decisione ha ritenuto raggiunta la soglia della NSF ed ha inflitto una sanzione al minimo della cornice sanzionatoria prevista, in considerazione di una minima “responsabilità giuridica” dell'atleta. Poiché, tuttavia, si aveva a che fare con un caso concernente una “*non-specified substance*”, il collegio, che si trovava ad applicare il Codice WADA 2009, ha incontrato un ostacolo nella riduzione della sanzione ed ha, pertanto, dovuto infliggere una sanzione inibitoria della durata di un anno⁵³. Se, invece, si fosse trattato di una “*specified*

⁵¹ Quello in questione, tuttavia, è un fattore secondario, come si evince dal commento all'art. 4.2.2 del Codice WADA 2015, ai sensi del quale: “*The Specified Substances identified in Article 4.2.2 should not in any way be considered less important or less dangerous than other doping substances*”.

⁵² CAS 2009/A/1870 (21.5.2010) *WADA v/ Jessica Hardy & USADA*; si veda anche: HAAS, *Mögliche Ansatzpunkte für eine Reform des Welt Anti-Doping Code*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, 2012, p. 627, 634 ss.

⁵³ CAS 2009/A/1870 (21.5.2010) *WADA v/ Jessica Hardy & USADA*, par. 126 ss.

substance”, e fermi restando tutti gli altri elementi della fattispecie concreta, il collegio avrebbe potuto infliggere una sanzione decisamente minore (al limite anche un semplice biasimo formale). La possibilità che nei casi di assunzione di un integratore alimentare contaminato si arrivi ad una riduzione della sanzione sino al mero biasimo formale oppure ci si debba fermare al limite minimo di un anno di inibizione dipendeva, alla fine, dal caso – e cioè da circostanze completamente estranee alla sfera di controllo dell’atleta –, vale a dire dal tipo di sostanza con la quale l’integratore risulterà essere contaminato. La notevole differenza sanzionatoria innanzi riferita (che dipende dal tipo di sostanza riscontrata) è poco opportuna, se non si distingue nei due casi la diversa intensità antiggiuridica o il tipo di colpevolezza contestata all’atleta. Il nuovo art. 10.5.1.2 del Codice WADA 2015 elimina una simile disparità di trattamento e apre le porte – anche per il caso che il prodotto sia contaminato con una “*non-specified substance*” – alla cornice sanzionatoria più favorevole per l’atleta.

- (ii) Il significato di “prodotto contaminato”

La riduzione della sanzione ai sensi dell’art. 10.5.1.2 del Codice è legata al significato di “prodotto contaminato”. Quest’ultimo viene definito nell’Appendice 1 (“Definizioni”) come segue: “*A product that contains a Prohibited Substance that is not disclosed on the product label or in information available in a reasonable Internet search*”. Una riduzione della sanzione, pertanto, è senz’altro da escludersi quando la sostanza vietata sia indicata sul prodotto stesso o su di un foglietto illustrativo. In tal caso l’art. 10.5.1.2 non sarà applicabile. È dubbio, invece, in quali circostanze debba giungersi alla stessa conclusione per ciò che concerne il caso in cui l’indicazione relativa alla sostanza vietata sia reperibile tramite una ragionevole ricerca via internet. I profili problematici, a questo riguardo, sono relativi non soltanto ai requisiti richiesti per ritenere effettuata una “*reasonable internet research*” (ad esempio, in quale lingua o con l’ausilio di quale motore di ricerca la stessa debba essere condotta oppure cosa sia “ragionevole” fare, quando l’accesso ad internet non è disponibile o lo è soltanto in maniera limitata)⁵⁴, ma anche, e soprattutto, quando debba ritenersi che la sostanza proibita sia da considerarsi indicata in internet all’esito di una ricerca⁵⁵. Ci si chiede, infatti, se debba ritenersi che la sostanza possa ritenersi indicata solo se riportata con il suo nome, oppure se sia sufficiente che gli effetti derivanti dall’assunzione del prodotto vengano pubblicizzati in un modo che è caratteristico degli effetti delle sostanze vietate (ad esempio massiccio sviluppo muscolare). Gli argomenti più validi portano a propendere per una interpretazione restrittiva, secondo la quale la sostanza proibita debba essere menzionata o indicata come tale. Da ciò non deriva, tuttavia, l’irrilevanza, ai fini della misura della sanzione, del modo in cui un prodotto venga pubblicizzato in internet. Si tratta, infatti, di una circostanza che, nel contesto dei doveri di diligenza dell’atleta, deve essere valutata, in particolare, al fine di stabilire se le misure precauzionali adottate dall’atleta sono tali da far ritenere raggiunta la soglia della NSF o meno.

⁵⁴ Si veda: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 133 ss.

⁵⁵ Si veda: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 6.2.3.2).

- (iii) **Rapporto con le altre previsioni**

L'art. 10.5.1.2 del Codice si pone in un rapporto problematico anche con le altre circostanze attenuanti basate sulla NSF, vale a dire l'art. 10.5.1.1 e l'art. 10.5.2.

Le previsioni da ultimo menzionate recitano: “10.5.1.1 *Specified Substances. Where the anti-doping rule violation involves a Specified Substance, and the Athlete or other Person can establish No Significant Fault or Negligence, then the period of Ineligibility shall be, at a minimum, a reprimand and no period of Ineligibility, and at a maximum, two years of Ineligibility, depending on the Athlete's or other Person's degree of Fault.*”.

“10.5.2 *Application of No Significant Fault or Negligence beyond the Application of Article 10.5.1. If an Athlete or other Person establishes in an individual case where Article 10.5.1 is not applicable, that he or she bears No Significant Fault or Negligence, then, subject to further reduction or elimination as provided in Article 10.6, the otherwise applicable period of Ineligibility may be reduced based on the Athlete or other Person's degree of Fault, but the reduced period of Ineligibility may not be less than one-half of the period of Ineligibility otherwise applicable. If the otherwise applicable period of Ineligibility is a lifetime, the reduced period under this Article may be no less than eight years*”.

È evidente che l'art. 10.5.1.2 è basato su delle premesse più stringenti, per una riduzione della sanzione, rispetto agli Artt. 10.5.1.1 e 10.5.2. Ed infatti, mentre le due previsioni da ultimo menzionate collegano la riduzione della sanzione semplicemente al raggiungimento della soglia della NSF, l'art. 10.5.1.2 richiede anche che la sostanza vietata contenuta in un prodotto non sia né riportata sull'etichetta, né si possa evincere all'esito di una “*reasonable internet search*”. L'ambito applicativo delle previsioni menzionate, pertanto, viene delimitato sia dal significato di “prodotto”, che da quello di “contaminato”. Da una parte si sarebbe indotti ad interpretare il significato di “prodotto” in maniera alquanto restrittiva, visto che la previsione – sia per quanto concerne la sua genesi, che per quanto concerne il suo senso o scopo – è stata ritagliata sugli integratori alimentari, più che sugli alimenti o prodotti medicinali⁵⁶. Un'interpretazione restrittiva del significato di “prodotto”, tuttavia, avrebbe l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione delle previsioni di carattere generale (art. 10.5.1.1 o art. 10.5.2) a scapito dell'art. 10.5.1.2. Ciò rappresenterebbe però, a sua volta – con riguardo alla limitata riduzione della sanzione di cui all'art. 10.5.2 – un’“arma a doppio taglio” per gli atleti⁵⁷.

In base al tenore dell'art. 10.5.1.2 del Codice potrà ritenersi che un prodotto sia contaminato quando né dall'etichetta, né dall'esito di ricerche ragionevoli condotte in internet si evinca la presenza di una sostanza vietata. Qualora, quindi, la sostanza vietata (ad esempio uno steroide, vale a dire una “*non-specified substance*”) non sia indicata sull'etichetta del prodotto, ma sia riportata in internet, non troverà (evidentemente) applicazione l'attenuante prevista dall'art. 10.5.1.2. Ci si chiede, però, se nel caso appena descritto l'atleta possa richiedere l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 10.5.2, in luogo di quella prevista dall'art. 10.5.1.2, visto

⁵⁶ Si veda: RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 6.2.3.2).

⁵⁷ RIGOZZI/HAAS/VIRET/WISNOSKY, *Fault-related Aspects of the 2015 World Anti-Doping Code Sanctioning Regime* (in corso di pubblicazione – 6.2.3.2).

che l'art. 10.5.2 non presuppone che si abbia a che fare con un "prodotto contaminato".

Certamente le cornici sanzionatorie degli Artt. 10.5.1.2 e 10.5.2 del Codice sono diverse. Per quello che riguarda quest'ultima disposizione, la cornice in questione è – nel caso di una violazione ai sensi dell'art. 2.1 o 2.2 – quella che va da uno a due anni. È dubbio, tuttavia, se sia consentito il ricorso all'art. 10.5.2. Ciò dipende dal significato che si attribuisce all'elemento della "*reasonable internet search*". Se, infatti, si ritenesse che, per i prodotti di cui si tratta (o per certi determinati prodotti), la "*reasonable internet search*" appartenga sempre alle "*clear and obvious precautions*" che un atleta è tenuto ad adottare, un ricorso all'art. 10.5.2 sembra assai poco probabile, visto che la soglia della NSF nell'ambito delle due norme può difficilmente essere distinta. Qualora, invece, si ritenesse che una "*reasonable internet search*" sia sempre necessaria per giustificare l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 10.5.2, non pare esservi nulla che si opponga all'applicazione di tale norma, anche nell'esempio innanzi indicato. Alla base dell'opinione appena sostenuta, si trovano validi motivi⁵⁸. Ed infatti, un atleta che, prima di assumere un prodotto, abbia verificato il relativo contenuto tramite una "*reasonable internet search*", avrà – in via di principio – fatto più di quanto richieda lo standard delle "*clear and obvious precautions*". Ciò, tuttavia, non significa che al caso di un atleta che si sia informato sul contenuto del prodotto sia leggendo l'etichetta che tramite delle ricerche in internet debba trovare applicazione la cornice sanzionatoria che va dal mero biasimo formale ad un anno di inibizione (e quindi al di sotto della soglia dell'art. 10.5.2).

4.2. Riduzioni indipendenti dal grado di colpa

Accanto alle riduzioni della sanzione "*fault related*", il Codice WADA 2015 prevede anche delle riduzioni indipendenti da tale elemento, le quali vengono regolate dall'art. 10.6. Tale norma, infatti, prevede tre tipi di "circostanze attenuanti" indipendenti dal grado di colpa e cioè la collaborazione fattiva ("*substantial assistance*") (di cui all'art. 10.6.1), l'ammissione in assenza di altre prove (di cui all'art. 10.6.2) e l'ammissione tempestiva ("*prompt admission*") di una ADRV (art. 10.6.3). Le circostanze di cui si tratta possono, in via di principio, trovare applicazione indipendentemente dal fatto che l'atleta abbia commesso la ADRV in maniera intenzionale o meno. Queste attenuanti, comunque, saranno per lo più applicabili – da un punto di vista pratico – alle sole ADRV commesse intenzionalmente, visto che solo in questi casi l'atleta potrà veramente avvalersi delle riduzioni della sanzione indipendenti dal grado di colpa, il che pone delle questioni di giustizia sostanziale (con particolare riguardo all'attenuante della "collaborazione fattiva" di cui all'art. 10.6.1). Un atleta, infatti, potrà riferire, almeno di norma, di ADRV commesse da terzi soltanto quando sarà stato egli stesso in qualche modo coinvolto. Solo i "*bad dopers*" hanno una buona storia da raccontare che possa rappresentare una collaborazione fattiva. Per tale motivo, le riduzioni della sanzione indipendenti dal grado di colpa sono state al centro di un controverso dibattito nelle fasi di consultazione. Nel complesso, comunque, è prevalsa l'opinione secondo la

⁵⁸ In tal senso anche NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137), 20, 23.

quale la conoscenza ottenuta tramite la collaborazione fattiva o l'ammissione in assenza di ulteriori prove ed il risparmio di tempo e costi ottenuto per il tramite dell'ammissione tempestiva giustificano un allontanamento dallo scopo di infliggere all'atleta una sanzione adeguata alla ADRV commessa⁵⁹.

4.2.1. Collaborazione fattiva

L'art. 10.6.1.1 del Codice prevede (come già l'art. 10.5.3 del Codice WADA 2009)⁶⁰ una riduzione della sanzione quando un atleta dopato abbia prestato una collaborazione fattiva (“*substantial assistance*”) ad una ADO, ad un'autorità penale o ad un organo disciplinare di un ordine professionale. Le informazioni fornite con tale assistenza agli enti menzionati giustificano, in via di principio, una riduzione della sanzione quando sono tali da consentire la scoperta o il (migliore) perseguimento di altre ADRV o di crimini legati al doping. Il significato di “*substantial assistance*” viene definito dall'Appendice 1 (“Definizioni”) del Codice come segue: “*For purposes of Article 10.6.1, a Person providing Substantial Assistance must: (1) fully disclose in a signed written statement all information he or she possesses in relation to anti-doping rule violations, and (2) fully cooperate with the investigation and adjudication of any case related to that information, including, for example, presenting testimony at a hearing if requested to do so by an Anti-Doping Organization or hearing panel. Further, the information provided must be credible and must comprise an important part of any case which is initiated or, if no case is initiated, must have provided a sufficient basis on which a case could have been brought*”. A differenza dei casi in cui la sanzione viene ridotta sulla base di circostanze legate al grado di colpa, la riduzione della sanzione nei casi di collaborazione fattiva è rappresentata non da una riduzione della durata della sanzione, ma da una mera “sospensione” di una parte della sanzione. Qualora la collaborazione prestata dall'atleta dovesse, alla fine, rivelarsi “non fattiva” (“*not substantial*”), o magari incompleta o addirittura falsa, sarà possibile revocare la sospensione in tutto o in parte. Il massimo del periodo di sanzione sospendibile ai sensi dell'art. 10.6.1.1 è quello di $\frac{3}{4}$ del periodo di sanzione complessivamente imposto (e, altrimenti, da scontare per intero).

L'attenuante della collaborazione fattiva ha avuto, in passato, un carattere alquanto anonimo nella pratica (fatte salve poche eccezioni). Il motivo di ciò è rappresentato dalla difficile valutabilità della norma, vale a dire dalla mancanza di certezza giuridica per l'atleta, e da un utilizzo alquanto limitato della stessa da parte del TAS⁶¹. Qualora l'atleta decida di correre il rischio di mettersi a disposizione per prestare la collaborazione di cui si tratta, non saprà se ed eventualmente in che misura gli sarà riconosciuta una riduzione della sanzione, visto che la decisione da

⁵⁹ Si veda anche : NIGGLI, *L'aide substantielle dans le cadre de la lutte antidopage*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, 2012, p. 593, 595 ss.; MONHEIM, *Internationale Dopingbekämpfung – Der World Anti-Doping Code der World Anti-Doping Agency*, 2006, p. 401.

⁶⁰ Per la giurisprudenza si veda: CAS 2011/A/2678 (17.4.2012) *IAAF v/ RFEA & Francisco Femóndez Pelé*, par. 193 ss.; CAS 2007/A/1368 (25.3.2008) *UCI v/ Michele Scarponi Ciclista Italiano*, par. 91 ss.; CAS 2005/A/847 (20.7.2005) *H. Knauss v. FIS*, par. 7.4 ss.

⁶¹ Si veda: FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.175 (p 557); NIGGLI, *L'aide substantielle dans le cadre de la lutte antidopage*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, 2012, p. 593, 598 ss.

parte dell'ADO competente di sospendere una parte della sanzione può essere, in via di principio, impugnata da altre ADO (o anche dalla WADA). In tal modo, l'atleta è esposto al pericolo di conoscere se, e in quale misura, gli sarà consentito di beneficiare della riduzione di cui si tratta soltanto dopo l'esaurimento di più istanze di giudizio (ed in ultima istanza anche del TAS)⁶². Gli atleti, molte volte, non sono disponibili ad una simile prestazione anticipata, per certi versi pericolosa e la cui utilità (per l'atleta) è difficilmente valutabile. Il Codice WADA 2015, quindi, pare riconoscere quanto appena sostenuto ed ha previsto, accanto a quella dell'art. 10.6.1.1, un'ulteriore circostanza attenuante in caso di collaborazione fattiva (art. 10.6.1.2 del Codice WADA 2015). In base a quest'ultima è possibile che una ADO conceda, con l'assenso della WADA, una riduzione della sanzione che, da un lato, potrà superare il limite dei $\frac{3}{4}$ del periodo di sospensione previsto dall'art. 10.6.1.1 e, dall'altro, non potrà (a differenza della riduzione della sanzione ai sensi dell'art. 10.6.1.1) essere impugnata. L'art. 10.6.1.2, infatti, prevede, tra l'altro, che le "WADA's decisions in the context of this Article may not be appealed by any other Anti-Doping Organization". D'ora in poi, pertanto, gli atleti e le ADO potranno concludere (con il benessere della WADA) un accordo anticipato con effetti vincolanti, fatto che dovrebbe notevolmente incentivare gli atleti a fornire informazioni rilevanti al fini di un'efficace lotta al doping⁶³.

4.2.2. Ammissione

Un'ammissione può giustificare una riduzione della sanzione sotto due diversi punti di vista. Una riduzione della sanzione ai sensi dell'art. 10.6.2 del Codice sarà possibile, tuttavia, soltanto qualora l'atleta ammetta di aver commesso una ADRV in un momento in cui non vi siano altre prove contro lo stesso, vale a dire qualora la confessione rappresenti l'unica base per il sanzionamento della violazione ("*admission is the only reliable evidence of the violation at the time of admission*"). Una riduzione della sanzione (ai sensi della norma di cui si tratta), invece, non sarà possibile in presenza di un risultato positivo di un'analisi su di un campione biologico, e ciò indipendentemente dall'eventuale comunicazione del risultato all'atleta⁶⁴. L'ammissione, inoltre, deve essere "spontanea". Tale requisito non sarà integrato quando l'atleta confessi in un momento in cui sia già al corrente del fatto che una ADO gli sia "alle calcagna" con delle prove a sua disposizione⁶⁵. Al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 10.6.2, il periodo di inibizione (altrimenti applicabile) può essere ridotto fino alla metà.

La seconda attenuante legata alla "ammissione" è rappresentata dall'art. 10.6.3. Ai sensi di tale norma, in particolare, la sanzione potrà essere ridotta quando l'atleta ammetta tempestivamente la ADRV (intenzionale) dopo che quest'ultima gli sia stata

⁶² Si veda anche: NIGGLI, *L'aide substantielle dans le cadre de la lutte antidopage*, in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges en l'honneur de Denis Oswald*, 2012, p. 593, 608 ss.; si veda, ad esempio, CAS 2007/A/1368 (25.3.2008) *UCI v/ Michele Scarponi Ciclista Italiano*.

⁶³ Si veda anche: NIGGLI, *Code Mondial Anti-Dopage: Processus de Révision et principales Modifications*, *Jurisport* 2013 (137) 20, 23; in senso critico: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 30.

⁶⁴ CAS 2009/A/1797 (11.6.2009) *UCI v/ Gonzalez*, par. 69 ss.; si veda anche CAS 2009/A/2012 (11.6.2010) *Doping Authority Netherlands v/ Nick Zuijkerbuijk*, par. 63.

⁶⁵ Si veda anche il commento all'art. 10.6.2 del Codice WADA 2015.

contestata (ed alla quale, quindi, essendo intenzionale, è legata la sanzione dell'inibizione della durata di quattro anni)⁶⁶. Anche in questo caso, il periodo di inibizione può essere ridotto fino alla metà (due anni). La riduzione, tuttavia, potrà essere concessa soltanto previo assenso della WADA e dell'ADO competente. Si tratta di una valutazione discrezionale da parte della WADA, con riferimento alla quale alcuna pretesa può essere fatta valere né dall'atleta, né dall'ADO interessata. Per tale motivo, quindi, non è possibile stabilire *ex ante* se l'ammissione da parte dell'atleta possa sortire il risultato da quest'ultimo sperato.

5. Personale di supporto degli atleti

Uno dei principali aspetti della lotta al doping, con riguardo al quale si avverte una seria preoccupazione, è rappresentato dalla mancata possibilità di imporre obblighi e di infliggere sanzioni a carico dell'entourage dell'atleta (ad esempio gli allenatori ed i medici che seguono l'atleta)⁶⁷. Tale entourage gioca, assai spesso, un ruolo chiave nel favoreggiamento del doping⁶⁸. Il Codice WADA 2015, pertanto, contiene delle previsioni che – in maniera assai più marcata rispetto alle sue precedenti versioni – sono indirizzate al cosiddetto “*Athlete Support Personnel*” (“ASP”)⁶⁹. Nell'espressione ASP vengono ricompresi “[a]ny coach, trainer, manager, agent, team staff, official, medical, paramedical personnel, parent or any other Person working with, treating or assisting an Athlete participating in or preparing for sports Competition” (si veda l'Appendice 1 “Definizioni”). Nella sostanza il Codice WADA 2015 prevede le novità di seguito esposte.

5.1. Associazione proibita

Accade sempre più di frequente che, nella pratica, l'ASP continui indisturbato a fornire le proprie prestazioni in favore di atleti, club o federazioni, nonostante lo stesso (ASP) stia scontando un periodo di inibizione o sia stato definitivamente espulso dalla famiglia sportiva⁷⁰. Sussiste, pertanto, il rischio che queste persone (ASP) favoriscano il doping nello sport anche in futuro. Per impedire (o, almeno, ostacolare) ciò, e bandire i soggetti in questione in maniera più efficace, il Codice WADA 2015 ha introdotto, all'art. 2.10, una regola volta al “boicottaggio” degli stessi. La norma in questione, infatti, introduce una fattispecie di violazione che risulta esser integrata allorquando un atleta od altra persona soggetta all'autorità di una ADO si avvalga delle prestazioni di ASP che stia scontando un periodo di inibizione (art. 2.10.1) o che sia stato sanzionato penalmente o a livello disciplinare (anche

⁶⁶ Si veda l'analisi condotta in FLINT/LEWIS/TAYLOR, in *Sport: Law and Practice*, 3^a ed. 2014, C2.176 (p. 564 ss.).

⁶⁷ RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 73.

⁶⁸ RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 73.

⁶⁹ Per un'analisi si veda: RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 74 ss.

⁷⁰ Si veda, ad esempio: CAS 2008/A/1513 (26.1.2009) *Emil Hoch v/ FIS & IOC*; CAS 2007/A/1428 (9.5.2008) *Giuseppe Gibilisco v/ CONI*; CAS 2007/A/1433 (30.4.2008) *Daniilo Di Luca v/ CONI*; CAS 2012/A/2992 (11.6.2013) *CONI v/ Fabrizio Macchi*; CAS 2008/A/1684 (23.3.2009) *Ivan Stevic v/ CONI*; CAS 2008/A/1618 (22.12.2008) *Marco Cedroni v/ CONI*.

professionale) per condotte che avrebbero potuto essere sanzionate, se la normativa del Codice WADA fosse stata applicabile all'ASP in questione (art. 10.2.2). La cerchia di persone circoscritta dagli Artt. 2.10.1 e 2.10.2 diviene, pertanto, quasi "inavvicinabile" per i membri dello sport organizzato (non solo atleti, ma anche responsabili dei club, responsabili di organismi sportivi nazionali ed internazionali, etc.). Questi ultimi, infatti, non potranno avere contatti di carattere professionale o per motivi legati allo sport, né direttamente, né per il tramite di terzi, con tali persone (art. 2.10.3). La contravvenzione di un simile divieto viene punita con la sanzione di due anni di inibizione (art. 10.4). Il commento all'art. 2.10 descrive i contatti vietati (di carattere personale o per motivi legati allo sport) nel seguente modo: "*obtaining training, strategy, technique, nutrition or medical advice; obtaining therapy, treatment or prescriptions; providing any bodily products for analysis; or allowing the Athlete Support Person to serve as an agent or representative. Prohibited association need not involve any form of compensation*".

Poiché, tuttavia, non vi è alcun registro centralizzato dell'ASP "inavvicinabile" e, quindi, non è possibile informarsi sul fatto che una persona (ASP) stia scontando una sanzione inibitoria o sia stata coinvolta in una fattispecie di doping che avrebbe costituito una ADRV se il Codice WADA fosse stato applicabile nei suoi confronti, è necessaria una certa tutela nei confronti dello sportivo. Tale tutela viene apprestata stabilendo che lo sportivo sia sanzionabile soltanto nel caso in cui sia stato avvertito, da parte dell'ADO competente, prima di aver avuto gli "illeciti" contatti professionali o per motivi legati allo sport. Lo sportivo, quindi, sarà sanzionabile solo quando abbia continuato ad avere contatti "illeciti" nonostante tale avvertimento. Una sanzione sarà irrogabile, comunque, soltanto qualora lo sportivo abbia la possibilità di evitare i contatti con il soggetto non "avvicinabile". Nel caso in cui, ad esempio, un club partecipante ad uno sport di squadra abbia ingaggiato un soggetto "inavvicinabile" come allenatore, è evidente che lo sportivo (specie se atleta) avrà, da un punto di vista giuslavoristico, l'obbligo di allenarsi con la propria squadra (e con l'allenatore inibito). In questo caso, quindi, sembra difficile poter pretendere dallo sportivo di venir meno ai suoi impegni contrattuali per attenersi alla previsione sul "boicottaggio" qui esaminata. Il presidente del club che abbia ingaggiato il soggetto "inavvicinabile", tuttavia, potrebbe senz'altro essere sanzionato ai sensi della previsione in esame.

Le sanzioni irrogate da una ADO nei confronti di ASP vengono sempre messe agli atti dallo stesso organismo. Le sanzioni di natura penale o professionale, invece, non sono oggetto di una raccolta sistematica da parte delle ADO le quali non hanno, spesso, alcun accesso alle relative informazioni. Una ADO, quindi, non sarà, di norma, in grado di valutare se in un caso concreto ci si trovi ad avere a che fare con un ASP "inavvicinabile" e, quindi, se si abbia a che fare con una fattispecie riconducibile all'art. 2.10 del Codice WADA. Per colmare (almeno in parte) questa lacuna informativa, all'ASP è fatto obbligo "[t]o disclose to his or her National Anti-Doping Organization and International Federation any decision by a non-Signatory finding that he or she committed an anti-doping rule violation within the previous ten years" (cfr. art. 21.2.4 del Codice).

5.2. Assistenza nelle violazioni relative al divieto di partecipazione

Lo *status* di uno sportivo durante il periodo di inibizione si evince dall'art. 10.12 del Codice. La disposizione di cui si tratta stabilisce, all'art. 10.12.1, che “*no Athlete ... who has been declared Ineligible may, during the period of Ineligibility, participate in any capacity in a Competition or activity ... authorized or organized by any Signatory, Signatory's member organization, or a club or other member organization of a Signatory's member organization...*”. Nel caso di violazione di tale disposizione da parte dell'atleta, la sanzione inibitoria verrà estesa nella sua durata (art. 10.12.3). Qualora un ASP “assista” un atleta nel commettere la violazione relativa al divieto di partecipazione durante un'inibizione, si renderà punibile ai sensi dell'art. 2.9 del Codice. Ciò è chiaramente stabilito dall'ultimo comma dell'art. 10.12.3. L'art. 2.9 del Codice sanziona il coinvolgimento in una ADRV commessa da altra persona. La sanzione base prevista per tale violazione è quella di un periodo di inibizione dai due ai quattro anni (art. 10.3.4).

5.3. Investigazioni automatiche contro l'ASP

Il Codice WADA 2015 obbliga le FI e le ADO a mettere sotto la “lente di ingrandimento” la condotta dell'ASP. Il nuovo Codice prevede, innanzitutto, che in determinati casi debbano essere automaticamente avviate delle indagini nei confronti dell'ASP. Ciò avviene quando l'ASP abbia fornito le proprie prestazioni ad un atleta minorenni che sia coinvolto in una ADRV o quando l'ASP abbia fornito le proprie prestazioni a più atleti nei cui confronti sia stata accertata una ADRV (si vedano gli Artt. 20.3.10 e 20.5.9). Queste previsioni vengono completate dall'art. 21.2.5, il quale prevede per l'ASP l'obbligo “[t]o cooperate with Anti-Doping Organizations investigating anti-doping rule violations”. Il commento alla disposizione di cui si tratta stabilisce inoltre che un “*Failure to cooperate is not an anti-doping rule violation under the Code, but it may be the basis for disciplinary action under a stakeholder's rules*”. Il commento ora riportato, quindi, lascia alla discrezione delle varie ADO la possibilità di prevedere che la mancata collaborazione da parte dell'ASP sia passibile di sanzione. Alla base di una normativa così “vaga” vi è il fatto che non sussiste troppa chiarezza sull'ambito e la portata del dovere di collaborazione. Si pone, in particolare, la questione sul se, ed eventualmente in quale misura, sussista un obbligo di collaborare alla scoperta delle violazioni commesse dallo stesso ASP e, quindi, se e in quale misura il principio penale “*nemo tenetur se ipsum accusare*” ponga dei limiti all'obbligo di collaborazione. Tale questione giuridica non è stata ancora abbastanza chiarita e indagata. Da un lato, comunque, è chiaro che i principi sviluppati nel diritto penale non possono essere riportati ad occhi chiusi ai procedimenti disciplinari in materia di doping. Ciò è dimostrato, tra l'altro, anche dal fatto che l'atleta è obbligato – a pena di sanzione – a fornire un campione biologico per i test anti-doping e, in tal modo, a contribuire alla scoperta della violazione dallo stesso atleta eventualmente commessa (art. 2.3). D'altro canto, però, deve considerarsi anche l'opinione di Kaufmann-Kohler/Rigozzi del 13 luglio 2007 sul Codice WADA 2009, con la quale si è ritenuto che il principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” trovi applicazione anche nei procedimenti disciplinari in materia di doping⁷¹.

⁷¹ Si veda: *Legal Opinion on the Conformity of Article 10.6 of the 2007 Draft World Anti-Doping Code with the Fundamental Rights of Athletes*, par. 100 ss. (<https://wada-main->

5.4. Rafforzamento del “role model” dell’ASP

Il possesso di sostanze o metodi proibiti da parte dell’ASP (senza valida giustificazione) rappresenta una ADR (art. 2.6 “*possession of a prohibited substance or method*”). La sanzione base per tale fattispecie è quella di quattro o due anni di inibizione, a seconda del fatto che la violazione sia stata commessa intenzionalmente, o meno (art. 10.2). Va rilevato, comunque, che il possesso “fuori-competizione” di una sostanza vietata solo “in-competizione” è lecito. Siccome, tuttavia, l’ASP ha una funzione di fungere da esempio da seguire per gli atleti, l’art. 21.2.6 del Codice WADA stabilisce che, anche nei casi in cui il possesso di una sostanza vietata non integri una ADRV, l’ASP “*shall not Use or Possess any Prohibited Substances or Prohibited Method without valid justification*”. Il commento all’art. 21.2.6 motiva questo divieto – che si estende oltre la portata di quello previsto dall’art. 2.6 – come segue: “*In those situations where Use or personal Possession of a Prohibited Substance or Prohibited Method by an Athlete Support Person without justification is not an anti-doping rule violation under the Code, it should be subject to other sport disciplinary rules. Coaches and other Athlete Support Personnel are often role models for Athletes. They should not be engaging in personal conduct which conflicts with their responsibility to encourage their Athletes not to dope*”. Questo divieto integrativo viene smussato da due previsioni che si indirizzano sia alle FI, che ai comitati olimpici nazionali (art. 20.4.13). In base ad esse, gli organismi sportivi ora menzionati sono obbligati “[t]o have disciplinary rules in place ... to prevent Athlete Support Personnel who are Using Prohibited Substances or Prohibited Methods without valid justification from providing support to Athletes within ... [their] authority”. Una violazione dell’art. 21.2.6 da parte dell’ASP, quindi, non integra una ADRV. Gli organismi sportivi in questione, però, devono punire le violazioni della previsione sulla base delle regole disciplinari comuni⁷². La sanzione disciplinare corrispondente viene definita in maniera alquanto generica. In base ad essa all’ASP è fatto divieto di “*provide support to athletes*”. È completamente aperto, poi, il tema sull’entità della sanzione disciplinare da infliggere. Non sembra, però, potersi certo ritenere che un ASP possa essere inibito permanentemente o per un lungo periodo, e con ciò impedito nell’esercizio della propria attività professionale, per una violazione personale (che non integra una ADRV).

6. Accesso alla giustizia

Le decisioni emanate ai sensi del Codice WADA 2015 toccano, come logico, i diritti dei vari soggetti direttamente interessati. Ogni qual volta, però, a venire in questione siano anche gli interessi ed i diritti di terzi, deve sussistere la possibilità di una tutela giuridica degli stessi in loro favore. L’esclusione di una tutela giuridica è ammissibile soltanto in casi eccezionali ben definiti ed individuati.

prod.s3.amazonaws.com/resources/files/Legal_Opinion_Conformity_10_6_complete_document.pdf).

⁷² Delle riserve con riguardo alla previsione in questione sono formulate da RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 88 ss.

6.1. Eccezione: esclusione di ogni tutela giuridica

Il Codice WADA prevede solo pochi casi in cui viene esclusa ogni tutela giuridica. Particolare rilievo, a tal riguardo, assumono le “decisioni” emanate dalla WADA. Così, ad esempio, una decisione della WADA ai sensi dell’art. 10.6.1.2 su “*what it considers to be an appropriate suspension of the otherwise applicable period of ineligibility*” non può essere appellata da alcun altra ADO. Un ulteriore esempio si trova all’art. 4.3.3, ai sensi del quale “*WADA’s determination of the Prohibited Substances and Prohibited Methods that will be included on the Prohibited List, the classification of substances into categories on the Prohibited List, and the classification of a substance as prohibited at all times or In-Competition only, is final and shall not be subject to challenge by an Athlete or other Person ...*”. Per garantire un trattamento uniforme a tutti gli atleti, il contenuto della “Prohibited List” – vale a dire la determinazione di quali sostanze e metodi presentino le caratteristiche per l’inclusione nella lista – viene stabilito per tutto lo sport organizzato tramite una valutazione periziale su base annuale. Tale valutazione è formulata dal “List Expert Group”, vale a dire un collegio di uomini di scienza, selezionati dalla WADA per la loro esperienza a livello internazionale⁷³, il quale propone annualmente delle revisioni della “Prohibited List” all’esito di un procedimento trasparente, revisioni che vengono poi adottate dal Comitato Esecutivo della WADA, divenendo, in tal modo, vincolanti per tutto il movimento sportivo organizzato⁷⁴. L’insindacabilità della “Prohibited List” si spiega – oltre che sulla base del trattamento uniforme per gli sportivi – anche in considerazione del fatto che sul suo contenuto già si dispone, come si è visto, di una perizia ad opera del “List Expert Group” e, quindi, non vi è necessità di un’ulteriore verifica nei singoli procedimenti in materia di doping⁷⁵.

6.2. Concentrazione di competenza in favore del TAS

Per garantire una sua uniforme applicazione, il Codice WADA 2015 prevede – allo stesso modo delle sue precedenti versioni – una concentrazione di competenza in favore del TAS (art. 13.1). Si tratta di una giurisdizione arbitrale obbligatoria, visto che lo sportivo avrà quale unica scelta quella di accettare la relativa clausola arbitrale, oppure di rinunciare a partecipare allo sport organizzato o ad esercitare funzioni al suo interno. L’ammissibilità di una tale giurisdizione arbitrale obbligatoria è stata ultimamente contestata sia dinanzi al TAS⁷⁶, che dinanzi alle corti statali⁷⁷. È fuor di dubbio che in un tale caso la legittimazione della competenza

⁷³ I membri della “*Prohibited List Expert Group*” sono riportati al seguente dominio: <https://www.wada-ama.org/en/node/159>.

⁷⁴ Per maggiori dettagli si veda: <http://list.wada-ama.org/>.

⁷⁵ Si veda anche: MONHEIM, *Internationale Dopingbekämpfung – Der World Anti-Doping Code der World Anti-Doping Agency*, 2006, p. 383.

⁷⁶ CAS 2010/A/2311 & 2312 (22.8.2011) *NADO & KNSB v/ W*, par. 6.13 ss.

⁷⁷ Si veda, ad esempio: Corte Regionale di Monaco, in *Causa Sport 2014*, 154 ss. = *SpuRt 2014*, 113 ss.; si vedano i rilievi di BURGER/BOCCARD, *Invalidity of arbitration agreement when lack of choice to refuse it*, *Kluwer Arbitration Blog* 12 March 2014; MILL, *Sports Arbitration: A Matter of Choice?*, *Sports Law Bulletin* 25 March 2014; HAPP/HIRTH/HOFFMANN, <http://globalarbitrationreview.com/reviews/67/sections/233/chapters/2692/germany/>; DUVE/RÖSCH, *Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der*

arbitrale, per ciò che concerne l'autonomia delle parti, sia limitata. Tale dato, tuttavia, non è sufficiente a far ritenere inammissibile la convenzione di arbitrato in favore della competenza del TAS. Ciò tanto più considerando che vi sono ragioni di buona amministrazione della giustizia che pesano in favore di una concentrazione della competenza arbitrale, visto che soltanto l'arbitrato può garantire un'applicazione uniforme del Codice WADA a livello mondiale, indipendente, in particolare, dagli interessi nazionali⁷⁸.

6.2.1. Portata sostanziale dalla clausola arbitrale

La portata sostanziale della clausola arbitrale di cui all'art. 13.1 del Codice WADA viene precisata all'art. 13.2, il quale riporta un'elencazione tassativa delle decisioni che possono essere appellate al TAS. Tale previsione contiene alcune lacune. Così, ad esempio, la possibilità di ricorrere al TAS non è prevista per le violazioni da parte dell'ASP ai sensi dell'art. 20.4.13 (si veda quanto riportato in precedenza). L'uso di una sostanza vietata deve essere sanzionato – nel caso in cui già il mero possesso non rappresenti una ADRV – per il tramite di misure disciplinari comuni. Tali misure disciplinari non sono considerate come una ADRV. Nel caso in cui, perciò, una tale misura disciplinare venga effettivamente adottata, non vi sarà possibilità di appello al TAS, secondo quanto previsto dall'art. 13.2. Lo stesso vale nella fattispecie in cui una ADO abbia previsto una sanzione per il caso in cui l'ASP “*does not cooperate with Anti-Doping Organizations investigating anti-doping rule violations*” (art. 21.2.5), visto che anche la mancata collaborazione non rappresenta una ADRV ed è, quindi, esclusa dalla portata materiale della clausola arbitrale di cui all'art. 13.2.

Delle problematiche sorgono anche con riferimento all'art. 2.10 (“associazione proibita”), previsione che rappresenta – come si è visto in precedenza – una misura volta al boicottaggio. Sembra, infatti, che, sebbene tale previsione sia formalmente diretta a tutti gli atleti o altri soggetti sottoposti all'autorità di una ADO, reale destinatario della stessa sia l'ASP al quale, per il tramite di tale previsione, dovrebbe essere impedito di fornire delle prestazioni nei confronti degli altri membri della famiglia sportiva. Una sanzione irrogata nei confronti di un atleta per una ADRV ai sensi dell'art. 2.10, pertanto, inciderà non soltanto sui diritti dell'atleta, ma anche su quelli dell'ASP oggetto di boicottaggio. A differenza dell'atleta, però, quest'ultimo non sarà vincolato – se si muove al di fuori dell'ambito dello sport organizzato – né dalle previsioni del Codice WADA, né, quindi, dalla clausola arbitrale di cui all'art. 13.1. A differenza dell'atleta, dunque, l'ASP potrà impugnare la sanzione davanti alle autorità giudiziarie ordinarie. Nei casi di cui all'art. 2.10 del Codice, pertanto, sussiste il pericolo di una scissione dei mezzi di impugnazione e, quindi, anche il pericolo di decisioni contrastanti.

6.2.2. Ambito personale della clausola arbitrale

Sportschiedsgerichtsbarkeit; SchiedsVZ 2014, 216 ss.; HANDSCHIN/SCHÜTZ, *Bemerkungen zum Fall Pechstein*, *SpuRt* 2014, 179 ss.; HAAS, *Zwangsschiedsgerichtsbarkeit im Sport und EMRK*, 32 *Bull ASA* 4/2014, 707 ss.

⁷⁸ In questo senso: Corte d'Appello Monaco di Baviera; si veda anche: VIGNA, *Il caso Pechstein: Antitrust e tempo di riforme nell'arbitrato sportivo*, *Giustizia Sportiva* 2015, 69, 71.

Gli Artt. 13.2.1 e 13.2.2 pongono una distinzione, per ciò che concerne le impugnazioni proponibili, con trattamenti differenziati a seconda che si abbia a che fare con un “atleta di livello internazionale”, o meno, e che la fattispecie intorno a cui verte il procedimento sia relativa ad un “evento internazionale”, oppure no. Una decisione di una ADO adottata in presenza di uno dei due elementi di “internazionalità” appena menzionati, infatti, potrà essere impugnata soltanto dinanzi al TAS. Qualora, invece, tali elementi non sussistano, la decisione in materia di doping dovrà essere – in via di principio – impugnata (in prima istanza) dinanzi ad un “*independent and impartial body in accordance with the rules established by the National Anti-Doping Organization*”. Il livello “internazionale” di un atleta dovrà essere, di norma, determinato solo sulla base dei regolamenti della FI interessata⁷⁹. Si ha a che fare con un evento internazionale, invece, quando “*the IOC, the International Paralympic Committee, the International Federation, a Major Event Organization, or another international sport organization is the ruling body for the Event or appoints the technical officials for the Event*”. L’indagine relativa alla sussistenza degli elementi di internazionalità può condurre a degli esiti – almeno a prima vista – sorprendenti. Così, ad esempio, è possibile che un atleta che abbia partecipato ad un campionato nazionale venga classificato come “atleta di livello nazionale”, sebbene lo stesso abbia preso parte ai Giochi Olimpici nello stesso anno⁸⁰.

Per garantire uniformità nella giurisprudenza sulle fattispecie di doping, quindi, il Codice WADA 2015 stabilisce che anche nei casi in cui per l’appello sia competente, in un primo momento, un organo nazionale indipendente ed imparziale sussista, in seconda (o ultima) istanza, una competenza del TAS. Ciò si evince chiaramente dall’art. 13.2.3 (secondo comma). È controverso, tuttavia, quali soggetti possano impugnare la decisione “nazionale” al TAS. A tal riguardo, all’art. 13.2.3 si legge: “*For cases under Article 13.2.2, WADA, the International Olympic Committee, the International Paralympic Committee, and the relevant International Federation shall also have the the right to appeal to CAS with respect to the decision of the national-level appeal body*”. Il tenore di tale disposizione viene, talvolta, frainteso e recepito dai Firmatari del Codice con disposizioni che escludono l’appellabilità al TAS della decisione nazionale da parte dell’atleta⁸¹. Tale impostazione non è, evidentemente, condivisibile, visto che, da un lato, il termine “*also*” chiarisce che la categoria di soggetti titolari del diritto di proporre appello è semplicemente ampliata, rispetto a quella dei soggetti titolari del diritto di appellare la decisione di primo grado (vale a dire quella nazionale). Ne consegue, quindi, che il diritto alla proposizione dell’appello al TAS spetterà non soltanto alla WADA, al COI, al Comitato Paralimpico Internazionale (“IPC”) od alla FI interessata, bensì anche ai soggetti che abbiano partecipato al giudizio dinanzi all’autorità nazionale. Non si comprende, infatti, per quale motivo un atleta dovrebbe accettare una decisione del giudice nazionale errata, mentre la stessa potrebbe essere contestata dalla WADA,

⁷⁹ Si veda la definizione di “*International-Level-Athlete*” all’Appendice 1 (“Definizioni”).

⁸⁰ CAS 2014/A/3670 (3.11.2014) *Traves Smikle v/ Jamaica Anti-Doping Commission*, par. 55 ss. ; si veda anche CAS 2011/A/2340 (10.11.2011) *IAAF v/ Fadli Bellaabouss*, par. 162 ss.; CAS 2009/A/1767 (24.7.2009) *Thys v/ Athletics South Africa*, par. 5.24 ss.

⁸¹ Si veda, ad esempio, CAS 2013/A/3147 (15.5.2014) *Khaled Mohammad Sharahili v/ Saudi Arabian Football*, par. 55 ss.

dal COI, dall'IPC o dalla FI interessata. Ciò tanto più se si considera che la FI è già titolare di un diritto d'appello all'organo nazionale.

Fino a quando, però, la prima istanza “nazionale” non si sia ancora pronunciata su di un caso “nazionale”, al TAS non spetta alcuna competenza. Sarà, infatti, possibile adire il TAS soltanto quando i mezzi d'impugnazione dinanzi alle istanze nazionali siano esauriti. È dubbio se siano ammesse eccezioni a tale regola nei casi in cui la decisione a livello nazionale venga (troppo) ritardata. Ciò è stato affermato dal TAS per i casi in cui l'autorità competente in primo grado “*refuses without reasons to issue a decision or delays the issuance of a decision beyond a reasonable time,*” con ciò dando luogo ad un “*denial of justice, opening the way of an appeal [to CAS] against the absence of a decision*”⁸².

6.3. Oggetto del riesame

Il mandato del TAS nei procedimenti in materia di doping si determina essenzialmente tramite il regolamento di procedura del TAS. A questo riguardo, l'art. R57 (1) del Codice TAS prevede: “*The Panel shall have full power to review the facts and the law. It may issue a new decision which replaces the decision challenged or annul the decision and refer the case back to the previous instance*”.

Tale mandato “*de novo*” è soggetto a due limiti. Una prima eccezione si evince dallo stesso Codice TAS, posto che all'art. R57 (3) si legge che “*the Panel has discretion to exclude evidence presented by the parties if it was available to them or could reasonably have been discovered by them before the challenged decision was rendered*”. Un'ulteriore eccezione si rinviene nella giurisprudenza del TAS, la quale, talvolta, interpreta tale mandato “*de novo*” in senso alquanto restrittivo⁸³. A questo proposito, in un lodo del TAS⁸⁴, si legge quanto segue: “*To the extent the exercise of such discretion does not run against internal rules of the association, the mandatory provisions of the law applicable or fundamental general principles of law, the Panel finds itself limited by the respect to be paid to the freedom of association to set the way to secure observance by its associates of the association rules. ... To extent that the sanction is not grossly disproportionate to the offence, therefore, it is appropriate to let the sanction remain as determined by the Chamber*”.

Le restrizioni al potere di revisione del TAS si rivelano alquanto problematiche sia con riferimento alle loro giustificazioni, che con riguardo alle loro conseguenze. Un collegio del TAS ha formulato queste preoccupazioni nel seguente modo⁸⁵: “*CAS Panels in the past have contrary to the clear wording accepted restrictions to art. R57 of the CAS Code, where the first instance was – in view of the very special circumstances of the case and/or in view of its technical expertise – in a better*

⁸² CAS 2005/A/899 (15.7.2005) *FC Aris Thessaloniki v/ FIFA & New Panionios N.F.C.*, par. 62; CAS 2014/A/3670 (3.11.2014) *Traves Smikle v/ Jamaica Anti-Doping Commission*, par. 66.

⁸³Per una panoramica sulla questione, si veda HAAS, *Die Kognition des Court of Arbitration for Sport (CAS) in dopingbezogenen Streitigkeiten*, in *L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, 2012, p. 51 ss.; si veda anche RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 204 ss.

⁸⁴ CAS 2006/A/1175 (26.6.2007) *Daniute v/ IDSF*, par. 90.

⁸⁵ CAS 2013/A/3274 (31.1.2014) *Mads Glasner v. Fédération Internationale de Natation (FINA)* par. 64 ss.

position to decide the matter (e.g. field of play decisions). However, no such specific situation is given in the case at hand. The rules that are at stake here are based on the WADC, the purpose of which is to ensure the uniform application of anti-doping standards throughout the world and across all sports. The Sole Arbitrator cannot see why a federation would have more expertise in applying these rules of a truly transnational character than CAS Panels or why the danger that someone would adjudicate the matter ‘according to its subjective sensitivity’ (...) is any different at the CAS level or the level of the federation organs.

Furthermore, the Sole Arbitrator is hesitant to follow the Respondent’s view that limits to the mandate of CAS Panels must be imposed in order to deter ‘the systematic filing of appeals’. It is rather doubtful whether a literal application of art. R57 of the CAS Code really results in the (negative) behavioural consequences described by the Respondent. Even if it were so, these consequences would have to be balanced with those resulting from granting (partial) immunity to the decisions by organs of federation, because the latter might have negative behavioral consequences as well. Partial immunity might induce organs of federations (to a certain extent) to misuse their adjudicative powers to the detriment of the athletes. The Sole Arbitrator is of the view that it does not seem particularly helpful to embark in such behavioural speculations (either in favour or against a partial immunity of decisions of federations). Instead, the Sole Arbitrator would like to point at art. 6(1) of the European Convention of Human Rights (hereinafter referred to as “ECHR”) to which he is indirectly bound (cf. CAS 2011/A/2384 & 2386 UCI & WADA v. Contador Velasco & SCF, paras. 17 et seq.; CAS 2010/A/2311 & 2312 NADO & KNSB v. Lommers, paras. 6.13 et seq.). According thereto, a person affected by a decision must have, in principle, access to (at least) one instance of justice. It goes without saying that doping sanctions strongly affect the rights of an athlete and that federation instances do not provide for access to justice within the meaning of art. 6(1) ECHR, since they do not guarantee adjudication of the facts and the law by a truly independent judicial instance. Restrictions to the fundamental right of access to justice should not be accepted easily, but only where such restrictions are justified both in the interest of good administration of justice and proportionality. The Sole Arbitrator fails to see why a restriction of his mandate – contrary to the clear wording of the art. R57 of the CAS Code – would be in the interest of good administration of justice”.

Il nuovo Codice WADA 2015 chiarisce ora che alcuna limitazione può sussistere alla competenza “de novo” del TAS nei procedimenti in materia di doping. L’art. R57 (3) del Codice TAS viene “superato” dall’art. 13.1.1 del Codice WADA, nel quale si legge: “The scope of review on appeal includes all issues relevant to the matter and is expressly not limited to the issues or scope of review before the initial decision maker”. La giurisprudenza del TAS (in parte fuorviante) in base alla quale alle decisioni in materia di doping degli organismi sportivi dovrebbe riconoscersi un’immunità parziale, viene definitivamente superata dall’art. 13.1.2 del Codice WADA, nel quale si legge: “In making its decision, CAS need not give deference to the discretion exercised by the body whose decision is being appealed”.

7. Da una politica anti-doping quantitativa ad una qualitativa

L'efficacia di una politica anti-doping viene, ancora oggi, misurata in maniera prevalentemente quantitativa. Così, ad esempio, nel *"Factsheet – The Fight against Doping and Promotion of Athletes' Health – Update January 2014"*⁸⁶ si legge: *"Since then [creation of WADA in 1999]⁸⁷, the IOC has stepped up the number of tests (from 2,359 at Sydney in 2000 to 5'051 at London in 2012)"*. I soli numeri dicono, però, ben poco sull'efficacia delle rispettive politiche antidoping. Le statistiche, infatti, nascondono diversi aspetti.

Le statistiche, in primo luogo, non rivelano che i campioni biologici prelevati dagli atleti non vengono testati nei vari laboratori per tutte le sostanze riportate sulla "Prohibited List". I laboratori, invece, analizzano di norma i campioni solo per una parte delle sostanze riportate sulla "Prohibited List", vale a dire solo per uno "standard menu"⁸⁸. Così, ad esempio, il campione biologico di un atleta sarà testato per l'ormone della crescita ("hGH") soltanto nel caso in cui l'ADO, sotto la cui autorità il campione sia stato prelevato, abbia richiesto espressamente tale esame. Ancora, se per il campione biologico prelevato da un atleta che pratichi un o sport di resistenza non viene commissionata una apposita analisi per l'EPO, una simile sostanza non sarà riscontrata. I motivi per i quali queste analisi aggiuntive non vengono commissionate possono essere molteplici. Da un lato, queste analisi aggiuntive comportano un notevole aggravio di costi, visto che per esse è previsto un pagamento aggiuntivo. Se, quindi, si volesse sottoporre a tali analisi aggiuntive tutti i campioni prelevati, sarebbe necessario ridurre il numero di test anti-doping (e, quindi, di campioni prelevati). Ciò può dar luogo a potenziali polemiche quando – come di norma avviene – le cifre vengono pubblicate. Dall'altro lato, poi, non tutti i laboratori sono in grado di condurre tutte le analisi aggiuntive. Se, quindi, una ADO lavora (volontariamente o per previsione legale) prevalentemente con un laboratorio che manchi delle capacità di cui si tratta, le sostanze per le quali i controlli aggiuntivi dovrebbero condursi non verranno mai controllate. Potrebbe, infine, anche accadere che una ADO non abbia alcun interesse a far emergere, nelle proprie statistiche, troppe positività a sostanze dopanti (ad esempio all'EPO). In un tale caso l'ADO eviterà fin dal principio di richiedere le analisi aggiuntive ai laboratori.

In secondo luogo, le statistiche non riflettono lo standard notevolmente diverso dei vari laboratori. Sebbene, infatti, tutti i laboratori siano accreditati dalla WADA e debbano essere conformi a degli standard minimi per i rispettivi metodi di analisi, alcuni laboratori superano di molto – almeno per ciò che concerne alcuni specifici metodi di analisi – tali standard. Per tale motivo, accade talvolta che il riscontro di un AAF dipenda dal caso, o meglio dal laboratorio incaricato di condurre le analisi. Così, ad esempio, il ciclista Contador ha avuto la "sfortuna" che il campione prelevato nel corso del Tour de France del 2010, poi risultato positivo alla sostanza vietata del "clenbuterol", sia stato analizzato dal laboratorio di Colonia, invece che da un altro laboratorio⁸⁹. A questo riguardo, deve notarsi che non sempre la scelta del

⁸⁶ http://www.olympic.org/documents/reference_documents_factsheets/fight_against_doping.pdf.

⁸⁷ Inserito per una migliore comprensione.

⁸⁸ Si veda anche RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 41.

⁸⁹ CAS 2011/A/2384 & 2386 (6.2.2012) WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC.

laboratorio incaricato di analizzare un campione è il risultato di una strategia di test coerente e che spesso, invece, tale scelta è determinata dal mero caso o da fattori quali l'orgoglio nazionale o la valutazione dei costi, visto che i diversi laboratori offrono le proprie prestazioni a prezzi (anche significativamente) diversi tra di loro.

Le statistiche, infine, non rivelano neppure che, come testimoniato dal caso Armstrong, un numero crescente di casi di doping non viene scoperto per mezzo dei test⁹⁰, bensì per il tramite di investigazioni e dell'“intelligence”⁹¹. Concentrarsi esclusivamente sui test, perciò, non è certamente una dimostrazione dell'efficacia della politica anti-doping.

Con il Codice WADA 2015 si è fatto un passo decisivo verso il superamento di un approccio quantitativo in favore uno qualitativo. Al centro del cambiamento si trovano diverse misure.

L'art. 5.4 prevede che ogni ADO debba porre alla base del proprio “test distribution plan” un'analisi dei rischi. Il “test distribution plan” indica il numero di test effettuati, il tipo degli stessi (“in” o “fuori-competizione”; sangue o urine), il riferimento ad uno specifico “testing menu”, il riferimento al tipo di disciplina sportiva ed agli atleti (incluso il loro livello). Tale “test distribution plan” deve trovarsi in un determinato rapporto con il rischio specifico di ciascuna disciplina sportiva. Le ADO sono vincolate nella determinazione del se e in quale misura una disciplina sportiva sia minacciata dall'uso di doping. Lo standard minimo per l'analisi dei rischi, infatti, è rappresentato da un documento tecnico elaborato dalla WADA in collaborazione con altri soggetti interessati⁹². L'art. 5.4.2, inoltre, prevede che “[e]ach Anti-Doping Organization shall provide WADA upon request with a copy of its current distribution plan”, cosicché la WADA potrà verificare l'efficacia della politica anti-doping di ciascuno organismo.

L'art. 6.4.3, poi, stabilisce che i laboratori non siano necessariamente vincolati al “testing menu” indicato da una ADO. Nella previsione, in questione, infatti, si legge: “*As provided in the International Standard for Laboratories, laboratories at their own initiative and expense may analyze Samples for Prohibited Substances or Prohibited Methods not included on the Sample analysis menu described in the Technical Document or specified by the Testing authority. Results from any such analysis shall be reported and have the same validity and Consequence as any other analytical result*”.

Un'ulteriore misura che mostra un movimento verso un approccio qualitativo nella lotta al doping è rappresentata dall'art. 5.8 del Codice. Tale disposizione ha lo scopo di far sì che le ADO, in futuro, non si limitino ad effettuare test anti-doping, ma conducano anche investigazioni con strategie di intelligence, in modo tale da tenere nel dovuto conto il significato crescente di “prove circostanziali” nella lotta al doping⁹³.

⁹⁰ Si veda anche RIGOZZI/VIRET/WISNOSKY, *Does the World Anti-Doping Code Revision Live up to its Promises?*, in *Jusletter* 11 November 2013, par. 7.

⁹¹ Sulle “fonti” dell'intelligence si veda l'art. 11.2.1 *of the International Standard for Testing and Investigations* (“ISTI”).

⁹² Si veda: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-tdssa-v2.2-en.pdf>.

⁹³ McLAREN, *An Overview of Non-Analytical Postive & Circumstantial Evidence cases in Sports*, in Nafziger (Ed.) *Transnational Law of Sports*, 2013, p. 476, 477 ss.; si veda anche:

L'art. 6.5 (secondo comma) del Codice prevede, infine, che i campioni biologici di un atleta, che non abbiano dato alcun riscontro di positività ad una sostanza vietata, possano essere sottoposti di nuovo a dei test antidoping in un momento successivo, nel quale si disponga di nuovi metodi di analisi o la capacità dei laboratori di individuare la presenza di sostanze vietate sia, comunque, migliorata. Nella disposizione di cui si tratta, infatti, si legge: *“Samples may be stored and subjected to further analyses for the purpose of Article 6.2 at any time exclusively at the direction of the Anti-Doping Organization that initiated and directed Sample collection or WADA Further analysis of Samples shall conform with the requirements of the International Standard for Laboratories and the International Standard for Testing and Investigations”*.