



Contributo RDES

29 dicembre 2019

ISTRUTTORIA PROBATORIA E PERIZIE TECNICHE DAVANTI AL TAS

Summary

1. (THE) CAS CODE
2. CAS CODE AND MEANS OF PROOF
3. INVESTIGATION PROCEDURE RULES OUTSIDE THE CAS CODE
4. MEANS OF PROOF BEFORE THE TAS IN PRACTICE
5. TECHNICAL EXPERTISE BEFORE THE CAS
 - 5.1 PARTY'S EXPERTISE – TYPE OF EXPERTISE
 - 5.2 CHOICE OF THE EXPERT AND OVER PARTIES EXPERTISE
6. CONCLUSION

Keywords: CAS, CAS CODE, MEANS OF PROOF, TECHNICAL EXPERTISE, CHICE OF EXPERT

1. Il CODICE TAS

Il Codice d'arbitrato in materia di sport emanato dal Tribunale Arbitrale dello Sport (nel seguito TAS),¹ è diviso in due sezioni principali. La prima è statutaria e contiene le norme sul funzionamento, tra le quali quelle di elezione degli arbitri, la cui lista è chiusa, va sottolineato. La seconda è invece quella che prevede le norme di procedura.

Queste ultime, a loro volta sono divise in tre sezioni principali. La parte generale (dall'art. R27 all'art. R37), la parte che prevede le norme specifiche relative alla procedura ordinaria (dall'art. R38 all'art. R46), e quella che prevede le norme specifiche relative alla procedura d'appello (dall'art. R47 all'art. R59). Seguono poi le norme relative all'interpretazione e quelle relative ai costi.

Ciò che colpisce quindi di primo acchito, è che in un codice d'arbitrato trovino spazio delle norme relative alla procedura d'appello. Non si tratta evidentemente di appello contro le sentenze emanate con le norme di procedura ordinaria, bensì di appello contro decisioni

¹ Qui facciamo riferimento alla versione in vigore dal 1 gennaio 2017 disponibile sul sito http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINAL__en_.pdf (novembre 2018)

emanate da altre entità sportive, tribunali arbitrali di federazioni sportive internazionali e decisioni disciplinari delle stesse, o di autorità antidoping.

In particolare per quanto riguarda questa parte di attività del TAS, quella dell'appello contro decisioni disciplinari, in dottrina, è ancora in corso il dibattito circa la dubbia, o nulla volontarietà della giurisdizione arbitrale. Tema spesso controverso e che potrebbe fare l'oggetto di un seminario intero, ma che dovrebbe essere sempre tenuto ben presente, anche quando si tratta di ammissibilità e valutazione dei mezzi di prova offerti.

2. IL CODICE TAS E I MEZZI DI PROVA

Per quanto concerne i documenti, l'art. R31 ("*Notification et communications*") comma 5 prevede che quelli annessi alle memorie, possono essere trasmessi per via elettronica purché siano menzionati in una lista, e che ogni documento possa essere chiaramente identificabile.

L'art. R44.1 comma 2 dispone che le parti producono con le loro memorie tutti i documenti, dei quali intendono prevalersi. Dopo lo scambio delle memorie non sono ammesse a produrre altri documenti, salvo accordo tra le parti, o decisione della formazione per motivi eccezionali.² In linea di principio la procedura scritta comprende un solo scambio di memorie; solamente qualora le circostanze dovessero esigerlo vi sarà anche una replica e una duplice³. È importante ricordare come attraverso la memoria e la contro-memoria le parti potranno introdurre nel giudizio nuove domande, che non erano state incluse all'interno della domanda d'arbitrato o nella comparsa di risposta.

Per quanto concerne gli altri mezzi di prova, al comma 3 del medesimo disposto è invece previsto che nelle memorie le parti devono indicare il nome dei testi che desiderano far sentire, allegando un breve sunto della loro testimonianza, il nome del perito o dei periti, con menzione dell'ambito della perizia. Esse devono formulare ogni altra richiesta di prova. Eventuali testimonianze scritte devono essere depositate con le memorie delle parti, a meno che la/il presidente della formazione decida altrimenti.

L'art. R44.2 comma 1 dispone che i testimoni e i periti vengono sentiti nel corso dell'istruzione orale (udienza); al comma 2 si precisa che le audizioni possono essere oggetto di verbalizzazione.⁴ In ogni caso il presidente del Collegio stila comunque un verbale sommario⁵ L'eventuale interprete del testimone o dell'esperto è a carico della parte. Pur non essendo specificata una rigorosa modalità di audizione, solitamente vengono poste alcune domande introduttive, per poi passare all'esame del teste ad opera della parte e della controparte sulla base del sunto già citato in precedenza e che deve essere depositato⁶.

Al comma 3 viene indicato che le parti portano e fanno sentire solo i testimoni e gli esperti che hanno designato nelle loro scritture. Esse sono responsabili della disponibilità e delle spese dei testi e degli esperti, che hanno chiamato a comparire.

² Si può senz'altro dire che nella prassi generalmente le formazioni più rodate ammetteranno facilmente tutti i documenti tardivi della parte, cui intendono dare torto, per evitare qualsiasi contestazione del lodo in ragione della violazione del diritto di essere sentito.

³ A. Rigozzi, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da Mauro Rubino-Sammartano, Zanichelli editore, 2009, 1142.

⁴ Nella pratica le udienze sono registrate, e quindi si possono chiedere le registrazioni e se del caso anche le trascrizioni delle medesime registrazioni.

⁵ A. Rigozzi, op. cit., 1145.

⁶ A. Merone, *Il tribunale arbitrale dello sport*, dottorato di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale, 140.

Al comma 4 viene evocata la facoltà del presidente della formazione di decidere di tenere un'udienza per video-conferenza o di sentire testi o esperti per video- o teleconferenza. Con l'accordo delle parti può esentare dal comparire un teste o esperto che preventivamente ha rilasciato una dichiarazione scritta.

L'art. R44.3 fissa le competenze istruttorie della formazione. Al comma 1 dispone che le parti le possono chiedere di ordinare alla controparte di produrre documenti.

Più interessante per quanto concerne il tema qui in discussione è la massima ufficiale di fatto contenuta al comma 2, ove viene indicato che la formazione può in ogni momento, se lo ritiene opportuno, completare le presentazioni delle parti, richiedere la produzione di documenti supplementari e ordinare l'audizione di testi, o persino commissionare perizie e sentire testi⁷.

Al comma 3 viene precisato che la formazione consulta le parti circa la scelta e la missione del perito. Egli deve essere indipendente dalle parti. Prima della nomina viene invitato a rivelare ogni eventuale circostanza suscettibile di compromettere la sua indipendenza rispetto alle parti o di una di esse.

I menzionati artt. R44.2 e R44.3 si applicano pure alla procedura di appello.

3. NORME DI PROCEDURA D'ISTRUTTORIA AL DI FUORI DEL CODICE TAS

In ambito di procedura ordinaria, almeno teoricamente, le parti possono di comune accordo derogare dalle citate regole minime di procedura, siccome queste non sono vincolanti. Nella pratica, una volta che la procedura è avviata, è però difficile che riescano a trovare un accordo in questo senso.

Di fatto, e questo vale in particolare nelle procedure d'appello, è la formazione del TAS che sceglie, adotta e applica le norme per risolvere le questioni di procedura istruttoria. Nella pratica la sua libertà è limitata solo dalla necessità di rispettare i dettami minimi, i limiti, fissati dall'art. 182 comma. 2 della Legge federale sul diritto interazionale privato, del 18 dicembre 1987 (nel seguito "LDIP").⁸

Trattandosi quasi esclusivamente di formazioni, in cui almeno un membro non è svizzero, e che hanno a giudicare vertenze internazionali, gli arbitri non sono altrimenti vincolati da norme di procedura applicabili dai tribunali svizzeri. Trovano quindi più facilmente supporto in norme di arbitrato internazionale. In particolare le Regole IBA sull'assunzione delle prove nell'arbitrato internazionale possono e dovrebbero essere da appoggio alle formazioni, che vi possono trovare alcune risposte a complemento delle norme del Codice TAS⁹.

Quando si parla specificatamente di perizie tecniche davanti al TAS si pensa in particolare alle procedure di doping. In questo ambito il Codice mondiale antidoping (Codice AMA), e in particolare i diversi documenti tecnici pubblicati dall'Agenzia mondiale antidoping (nel

⁷ J.-P. Rochat / S. Cuendet, *Ce que les parties devraient savoir lorsqu'elles procèdent devant le TAS: questions pratiques choisies*, in A. Rigozzi e M. Bernasconi e (a cura di) *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport, CAS & FSA/SAV Conference Lausanne 2006*, Bern, 2007, pagine 66 e seguenti.

⁸ Tale disposto prevede che, indipendentemente dalla procedura scelta, il tribunale arbitrale deve garantire in ogni caso la parità di trattamento delle parti, nonché il loro diritto d'essere sentite in contraddittorio. La violazione di questi dettami minimi spalanca la porta all'impugnazione del lodo al Tribunale federale (nel seguito TF) per applicazione dell'art. 190 comma 2 lett. d LDIP, per cui le formazioni, e il segretario generale del TAS quando verifica la redazione dei lodi, sono sempre molto attenti a rispettare e far rispettare questi principi minimi.

⁹ A. Rigozzi/B. Quinn, *Evidentiary Issues Before CAS*, in M. Bernasconi (a cura di), *International Sports Law and Jurisprudence of the CAS*, 4th CAS, Bern 2014, pagina 5.

seguito “AMA”), prevedono tutta una serie di presunzioni di legge, di oneri e gradi prova diversi, e di documenti tecnici vincolanti, ai quali le autorità antidoping dovrebbero fare riferimento e che pertanto, in ultima istanza, sono vincolanti anche per il TAS e le sue formazioni.

Il più conosciuto è quello dell’art. 2.1 del Codice AMA che cristallizza la presunzione di doping nel caso di presenza di una sostanza proibita, di un suo metabolita o di un marcante. Presunzione sul quale fonda tutto il sistema dell’antidoping o quasi.

Vi sono poi tutte le norme circa gli oneri e i gradi di prova che variano a seconda che la circostanza da provare incomba all’autorità antidoping, rispettivamente all’atleta.

La prima è quella contenuta nell’art. 3.1 del Codice AMA, secondo cui è l’autorità antidoping che deve dimostrare la violazione antidoping.¹⁰ Il grado di prova cui l’autorità antidoping è tenuta è la soddisfazione dell’autorità di audizione. Si tratta di un grado di prova che dovrà essere più importante di una semplice preponderanza di probabilità, ma meno importante che la prova al di là di ogni ragionevole dubbio.¹¹

Sempre il medesimo disposto prevede invece che qualora il codice imponga a uno sportivo, o a un’altra persona presunta aver commesso un’infrazione antidoping, l’onere di rovesciare una presunzione o di dimostrare delle circostanze o dei fatti specifici, il grado di prova è limitato a una semplice preponderanza di probabilità.

Si pensi ai casi in cui l’atleta deve dimostrare come una sostanza sia penetrata nel proprio organismo (artt. 10.4 e 10.5 del Codice AMA), oppure al fatto che una determinata sostanza specifica per applicazione dell’art. 10.4 del Codice AMA non sia stata ingerita per migliorare la propria prestazione. In questi casi basterà all’atleta dimostrare che è più verosimile che i fatti si siano svolti come da lui preteso che non il contrario.

Un’altra presunzione fondamentale prevista dal Codice AMA, è quella dell’art. 3.2.2, secondo il quale i laboratori accreditati o approvati dall’AMA sono presunti aver effettuato l’analisi dei campioni e rispettato la procedura di catena di custodia conformemente allo Standard internazionale dei laboratori¹². L’atleta o altra persona potrà rovesciare questa presunzione, dimostrando una divergenza o il mancato rispetto di queste direttive che potrebbe ragionevolmente aver causato il risultato d’analisi anormale. In questo caso l’autorità antidoping dovrà dimostrare che questo scarto rispetto allo standard non è all’origine del risultato d’analisi anormale.

A proposito di controlli antidoping, l’AMA non ha emanato solo il Codice mondiale antidoping, ma anche tutta una serie di direttive tecniche, alle quali devono attenersi tutti gli operatori, dei controlli, e che funzionano congiuntamente al Codice stesso. Si tratta dei

¹⁰ Questo vale in particolare per i casi in cui non vi è stato un risultato d’analisi positivo. Si pensi a una chiamata in causa per un traffico di sostanze dopanti, o pratiche dopanti, o alle risultanze di un’inchiesta penale. Un esempio molto mediatizzato è stata la famosa “*Operation Puerto*” che aveva smascherato il ginecologo spagnolo dott. Eufemiano Fuentes, il quale aveva messo in piedi una vera e propria filiera di autoemotrasfusioni. Questo vale pure per tutti i casi di mancati controlli, ossia quei casi in cui l’atleta è stato sanzionato per non essere stato presente all’ora e luogo da lui indicato nei moduli di reperibilità, quando i controllori antidoping si sono presentati per sottoporlo a un prelievo.

¹¹ Di fatto un grado di prova più alto che quello richiesto in ambito civile, ma meno importante di quello valido in ambito penale.

¹² Con il codice precedente, nella sua versione del 2009, questa presunzione era limitata ai casi/risultati in cui si era trovata una sostanza proibita. Questa estensione è voluta in particolare per tenere in considerazione le procedure per passaporto biologico, ove le analisi di laboratorio sono appunto molteplici. (cfr. M. Viret, *Evidence in Anti-Doping at the intersection of Science and Law*, The Hague (NL), 2016, 293, CAS 2013/A/3112, WADA v. Chernova & RUSADA, par. 86)

cosiddetti sei Standard Internazionali, destinati a creare un'armonizzazione tra le diverse organizzazioni antidoping. Sono i seguenti documenti:¹³

- La lista delle interdizioni; ossia la lista delle sostanze e delle pratiche vietate, in competizione, fuori competizione e in alcuni sport; le sostanze sono divise per categoria;
- Gli Standard internazionali per i controlli e le inchieste, il cui scopo è quello di permettere la pianificazione di controlli efficaci, di preservare l'integrità e l'identità dei campioni dalla notifica all'atleta, sino al trasporto in laboratorio;
- Gli Standard internazionali per i laboratori, che hanno come scopo di assicurare la produzione, da parte dei laboratori accreditati, di risultati validi e che possano valere quali mezzi di prova; devono anche garantire un'armonizzazione delle modalità di analisi e dei rendiconti delle analisi stesse;¹⁴
- Gli Standard internazionali per le autorizzazioni a scopo terapeutico, che devono garantire l'armonizzazione in tutti gli sport della procedura da seguire per accordare appunto un'autorizzazione terapeutica;
- Gli Standard internazionali per la protezione dei dati personali, che deve garantire che gli organismi e le persone implicate nella lotta al doping proteggano in modo appropriato, sufficiente ed efficace i dati personali che trattano;
- Gli Standard internazionali per la conformità al Codice antidoping per tutti i sottoscrittori, in tutti gli sport, e in tutti i paesi, in modo che si possa garantire a tutti gli sportivi puliti che in tutti i paesi si seguano regole e programmi antidoping seri e conformi.

A questi standard internazionali si aggiungono altri documenti tecnici, pure emanati dall'AMA, quali in particolare quello concernente le linee direttrici operazionali per il passaporto biologico dell'atleta.

Queste diventano regole di procedura rilevanti, siccome appunto permettono in particolare all'atleta e alla sua difesa di verificare la conformità del prelievo, della catena di custodia, della conservazione, dell'analisi del campione e della gestione del risultato.¹⁵

4. MEZZI DI PROVA DAVANTI AL TAS NELLA PRATICA

Come abbiamo visto sopra il codice TAS si limita a parlare di documenti, testimoni o perizie tecniche.¹⁶ Di per sé quindi niente di diverso rispetto a un qualsiasi codice di procedura civile.

¹³ Si trovano pubblicati sul sito dell'AMA: <https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/standards-internationaux> (novembre 2018)

¹⁴ I famosi docpack (*documentation package*); che ogni atleta può richiedere per esaminare la correttezza della catena di custodia e dell'analisi stessa.

¹⁵ Va detto che proprio anche in ragione di questi documenti tecnici risulta sempre più difficile sostenere la tesi di errori procedurali nel prelievo, nella catena di custodia o nell'analisi, siccome le autorità antidoping sono sempre più formate e attente.

¹⁶ In particolare all'art. R44.

Nella pratica però, come vedremo nel seguito, le formazioni tendono a essere parecchio liberali, sia per quanto concerne l'ammissibilità dei mezzi di prova,¹⁷ sia per quanto concerne le modalità in cui questi vengono assunti.

Un esempio, che però teoricamente potrebbe non essere estraneo all'attività delle corti civili ordinarie, o di qualsiasi altro tribunale arbitrale, è il caso in cui sorgano contestazioni circa l'autenticità di documenti. In effetti di regola davanti al TAS non è richiesta la produzione degli originali, a meno che proprio a causa di contestazioni circa la loro autenticità, la formazione lo esiga. È quindi capitato che essa si spingesse sino a ordinare un'investigazione indipendente volta ad accertare l'autenticità del documento contestato.¹⁸

Per quanto è dei testi, come abbiamo visto, il codice TAS, all'art. R44 prevede che le parti devono riportare nelle loro memorie un breve sunto delle singole testimonianze e che con le memorie, se intendono farlo, devono produrre una dichiarazione testimoniale scritta.

Nella pratica i legali che intervengono davanti al TAS fanno largo uso di queste dichiarazioni. Questo verosimilmente anche in considerazione del fatto che la formazione, con l'accordo delle parti, può rinunciare a sentire un teste che ha fornito una testimonianza scritta, ciò che succede molto spesso, e questo anche perché non capita di rado, che le formazioni vogliano, preventivamente limitare il tempo delle udienze. Capita persino, a udienze già avviate, che le formazioni abbiano fretta di chiudere l'istruttoria e fanno pressioni alle parti in questo senso; la parte che ha prodotto una dichiarazione scritta potrebbe pertanto essere ben contenta di rinunciare all'audizione, risparmiando al teste insidiosi controinterrogatori.

Il problema dei riassunti delle testimonianze e delle dichiarazioni scritte dei testi, e che le stesse possono a volte essere piuttosto vaghe, o addirittura incomplete, senza che la controparte se ne renda conto e chieda, già al momento dello scambio delle memorie, di completarli. Al momento dell'audizione possono poi scaturire dettagli o precisazioni decisivi quanto inaspettati per la controparte.

Ad avviso dello scrivente va detto che spesso insoddisfacente è il fatto di sentire testi per video-, e in particolare per teleconferenza. Davanti a una telecamera, che riprende di regola solo il viso o il tronco, e soprattutto davanti a un semplice microfono, è molto più facile mentire, che non di persona, davanti a tre arbitri. È di converso molto più difficile, se non impossibile al telefono, rendersi conto dell'imbarazzo di chi sta mentendo, se non è fisicamente presente.

Una regola non scritta ma quasi fissa, perlomeno nelle procedure disciplinari, e in particolare in quelle antidoping, è quella di far sentire la parte, e quindi l'atleta. Questa testimonianza non è però scevra di insidie per la difesa. Se da un lato è utile perché per una formazione è sempre più difficile sanzionare una persona che si ha davanti, e quindi spingerà un po' più in là, almeno emotivamente, il limite oltre il quale la formazione dovrà essere convinta della colpevolezza, dall'altro non sempre un atleta è sufficientemente attrezzato per reggere controinterrogatori incalzanti, a volte da parte delle stesse formazioni. Non è raro il caso in cui l'atleta venga poi confrontato a fatali contraddizioni.

Al confine tra le audizioni testimoniali e le perizie tecniche, vi è la prova del poligrafo. Questo strumento meglio noto come macchina della verità, misura la pressione del sangue, il polso arterioso e la respirazione nell'imputato che è sottoposto ad una serie di domande alle quali deve dare risposta. In questo modo si vanno ad evidenziare le reazioni fisiche che il soggetto in questione ha mentre dà le risposte richieste; ovviamente questa non è una prova

¹⁷ Questa generosità è forse spiegabile con la particolare attenzione che le formazioni hanno di non violare il diritto di essere sentito delle parti, in modo da non prestare il fianco a ricorsi al TF.

¹⁸ CAS 2010/A/2196/A1 Qadsia v. FIFA & Kazma SC e CAS 2010/A/2205 Jovancic v. FIFA Kazma SC, par. 45-49; A. Rigozzi/B. Quinn, *Evidentiary Issues Berfore CAS*, in M. Bernasconi (a cura di), *International Sports Law and Jurisprudence of the CAS*, 4th CAS, Bern 2014, 6.

scientifico bensì la mera verifica di un'alternanza di emozioni a cui viene collegata o meno la verità. Si ha quindi che quando una persona dice una menzogna, in quel momento il corpo produce adrenalina. L'adrenalina è uno stimolante naturale e quando viene prodotta il cuore batte più rapidamente, in quel momento nel corpo circola una quantità maggiore di sangue, il sangue trasporta l'ossigeno e l'ossigeno viene bruciato dai muscoli e questo dunque crea una grande attività nel corpo. La menzogna può modificare il ritmo cardiaco e il tasso di sudorazione¹⁹. Sino al caso Contador questa prova non era ammessa davanti al TAS, o meglio, le dichiarazioni dell'atleta rese con questo mezzo venivano considerate quali semplici dichiarazioni di parte, senza alcuna valenza probatoria accresciuta.²⁰

Ora a condizione che la parte possa dimostrare che la prova del poligrafo sia stata assunta in modo serio e professionale, dovrebbe poter essere considerata quale elemento corroborante la dichiarazione d'innocenza dell'atleta. O almeno così era stato considerato in quel caso, ove era stato precisato che l'innocenza doveva essere comunque verificata e confermata alla luce di altri elementi di prova adottati.²¹

5. PERIZIE TECNICHE DAVANTI AL TAS

5.1 Perizia di parte - tipi di perizie

In questo capitolo si farà riferimento in particolare alle procedure disciplinari in materia di doping. Come già detto si tratta di procedure d'arbitrato decisamente particolari, ritenute che da un lato sono procedure d'appello, e dall'altro difettano della volontarietà di giurisdizione, la quale invece è proprio una caratteristica dell'arbitrato ordinario.

Si inizierà con la figura di gran lunga più diffusa, quella della perizia di parte. Il codice TAS (art. R44 comma 3) si limita a dire che nella sua memoria la parte dovrebbe indicare il nome del perito o dei periti, con menzione dell'ambito della perizia. Quindi in teoria una parte potrebbe presentarsi all'udienza con un perito per farlo sentire, senza aver allegato alle sue memorie una perizia scritta dello stesso. In teoria soltanto.

Da un lato un simile modo di procedere sarebbe poco utile per la parte, siccome la formazione non avrebbe elementi sufficienti, né per preparare correttamente l'udienza, né per seguire in concreto l'audizione del perito, e né, ciò che più conta per la parte, disporrebbe di elementi concreti di riferimento per farsi un'opinione e per motivarla. D'altro canto sarebbe anche violato il diritto di essere sentito della controparte, la quale non potrebbe conoscere il contenuto preciso delle asserzioni che il perito verrebbe a sostenere, e non potrebbe quindi adeguatamente ribattere o anche solo prendere posizione.

In ambito di procedure antidoping sono molteplici i temi e i contenuti che possono essere oggetto di perizia. Sino a un decennio fa erano molto frequenti le perizie volte a mettere in evidenza errori o carenze nei controlli, nelle catene di custodia o nelle analisi. Oggi lo sono meno, siccome le linee direttive (gli Standard internazionali di cui si è detto sopra) sono molto più rigide e anche, va detto, meglio seguite dai controllori e dai laboratori.

¹⁹ <https://it.euronews.com/2013/04/23/la-macchina-della-verita-una-prova-affidabile>

²⁰ Cfr. CAS 2008/A/1515 WADA v. Swiss Olympic Association & Simon Daubney, par. 119.

²¹ Cfr. CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC – CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, par. 392 segg.

Quali periti per questo genere di esame si pensa a esperti di laboratoristica, o anche a tossicologici forensi.

Attestato che in un caso specifico il risultato positivo non può essere messo in discussione, s'innescano, per chi persiste nel sostenere la sua innocenza, tutta una serie di altre opzioni e necessità di prova. Sempre derivanti dal famoso rovesciamento dell'onere della prova, che incorre allo sportivo nel caso di riscontro analitico anormale.

Se si vuole negare l'intenzionalità, quale primo passo per la difesa, è necessario spiegare in quale modo la sostanza si è trovata nel corpo dell'atleta. Una via possibile è quella, quando i quantitativi della sostanza sono minimi, di cercare di argomentare la contaminazione di un alimento, di un integratore alimentare o di una pomata.

In questi casi l'atleta è aiutato dal fatto che il grado della prova è limitato alla semplice preponderanza di probabilità (art. 3.1 del Codice AMA). Ecco allora che si inizierà ad analizzare in particolare tutti gli integratori alimentari presi, o asseritamente presi. Qualora non si trovi nulla, l'indagine potrà spingersi sino ad accertare che il produttore di uno di questi integratori, produca pure, con le stesse macchine, altri tipi di pillole, contenenti la sostanza incriminata, il che in linea teorica quando le macchine non fossero pulite alla perfezione, potrebbe appunto spiegare la contaminazione. Per questo tipo di analisi e ricerche sarà necessario quindi disporre di un farmacista forense, o perlomeno di un ricercatore in farmacia. Profilo non facilissimo da trovare, e ancora meno da convincere ad assistere un atleta sospettato di doping.²²

Quando poi i quantitativi della sostanza trovata sono troppo alti perché si possa ipotizzare una contaminazione, si aprono altri tipi di scenario. Se la sostanza trovata è una sostanza endogena, e non ci sono marker particolari per poter dire che ci sia stata un'assunzione esogena, ci vorranno periti che possano attestare di un problema di ordine fisiologico che causa una produzione esagerata della sostanza trovata, di testosterone per esempio. Entreranno qui in scena periti tossicologici piuttosto che ematologi.

È ancora più difficile riuscire a uscirne, se la sostanza trovata è esogena e i quantitativi trovati sono troppo importanti perché possa entrare in discussione una contaminazione. In questo caso si tratta di distinguere tra sostanze specifiche e sostanze non specifiche.²³

Nel primo caso l'atleta dovrà cercare di spiegare la presenza della sostanza, adducendo finalità diverse da quelle legate al doping, potrà così tentare di ottenere perlomeno una riduzione della sanzione, qualora dimostri l'assenza di colpa significativa. Pensiamo all'uso ricreativo nel caso della presenza di derivati da oppiacei per esempio, o all'uso terapeutico; in questo caso ci vengono in mente gli antiasmatici, di casi parecchio mediatizzati negli ultimi mesi.

Nel caso delle sostanze ricreative abbiamo spesso visto il famoso "test del capello",²⁴ quando l'atleta poteva dimostrare che il consumo era limitato a una volta sola, a una sola serata particolare, e quindi poteva dimostrare che non aveva avuto l'intenzione di migliorare la sua prestazione. Vi sono poi anche stati casi di assunzione di anfetamine, asseritamente per

²² Si ricorda che il fatto di aver preso un integratore contaminato non conduce di per sé all'assoluzione. È ancora necessario riuscire a dimostrare l'assenza di colpa o negligenza, oppure, per ottenere una riduzione, di colpa o negligenza significativa (artt. 10.4 e 10.5 del Codice AMA).

²³ Le sostanze specifiche sono sostanze contenute nella lista delle interdizioni dell'AMA, ma che possono trovare una giustificazione non legata al doping.

²⁴ CAS 2009/A/1926 International Tennis Federation (ITF) v. Richard Gasquet & CAS 2009/A/1930 World Anti-Doping Agency (WADA) v. ITF & Richard Gasquet, decisione del 17 dicembre 2009, solo per citare la più famosa.

dimagrire²⁵; questa giustificazione è però controversa, siccome la diminuzione di peso comunque aumenta la prestazione. È tuttavia da ritenere valida se si riesce a dimostrare che la sostanza non può essere messa in relazione a una competizione; questo vale in particolare per i casi di controlli fuori competizione.

Nel secondo caso, l'uso terapeutico, abbiamo di regola una combinazione di testimonianze, documenti e perizie. Il medico curante e la cartella medica che possano dimostrare l'esistenza della patologia, e una perizia tossicologica che possa attestare che l'assunzione nello specifico, per quantità e tempistica, è compatibile con un uso terapeutico e possibilmente non migliora la prestazione.

Le cose si complicano ancora di più nei cosiddetti casi di passaporto biologico (nel seguito ABP, come da acronimo inglese comunemente usato, da *Athlete Biological Passport*).²⁶ Ossia quando l'autorità antidoping desume l'uso di sostanze illecite o pratiche illecite da variazioni del profilo ematologico longitudinale dell'atleta, considerato anormale, prima da un programma di screening informatico, e poi da un gruppo di esperti.

Nelle procedure di ABP l'atleta si troverà confrontato con tutta una serie di esami ematologici, esperiti da diversi laboratori, nessuno dei quali, preso da solo, presenta un risultato anormale. Nel profilo ci saranno però uno o più risultati che, con rispetto a quello precedente, a quello seguente e in generale al profilo in quanto tale, sembrerebbero non essere spiegabili.

In questi casi, prima di aprire una procedura, l'autorità antidoping chiede all'atleta una presa di posizione. Già in questa fase, quindi ancora prima dell'apertura dell'istruttoria della procedura di primo grado, l'atleta potrà o dovrà fare capo a medici o periti. I medici potranno spiegare e confermare la presenza di anomalie o patologie che possono influire sulle variazioni di valori sanguigni. Unitamente al medico curante, o in modo indipendente, si potrà far capo a ematologi che possano spiegare le variazioni del profilo ematologico in modo diverso che con l'uso di sostanze o metodi illeciti. In linea teorica anche qui si potrà tentare di contestare la correttezza di uno o più prelievi, catene di custodia o analisi, siccome per ogni risultato si potrebbe chiedere il *dockpack*.

Qualora queste procedure dovessero arrivare al TAS, ci potranno essere da ambo le parti, diversi periti con posizioni, evidentemente contrapposte. Il medico e l'ematologo della difesa spiegheranno i motivi per cui le variazioni del profilo ematologico sono fisiologiche; quelli dell'autorità antidoping, sosterranno invece che tali variazioni non sono possibili senza il ricorso a non meglio determinate sostanze o pratiche illecite. Ci potrà poi essere un tossicologo forense, piuttosto che un esperto in laboratori, che spiegherà per quale motivo uno o più risultati, possibilmente quelli che fanno sballare il profilo, non sono attendibili. In questo tipo di procedure sono stati sentiti pure professori in statistica, chiamati a spiegare per quale motivo le percentuali di anormalità indicate dal software di screening dell'autorità antidoping – nello specifico era l'UCI - non sarebbero attendibili²⁷.

²⁵ Cfr, Frankfurter Allgemein on line: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/drogen-jan-ullrichs-party-pillen-170606.html> <https://www.ilfattoquotidiano.it/2013/02/06/non-solo-epo-lex-ciclista-racconta-doping-coca-e-anfetamine-per-reggere/490741/>;

²⁶ L'ABP (*Athlete Biological Passport*, di regola è usato l'acronimo inglese) si basa sul profilo ematologico, proprio a ogni atleta, elaborato sulla scorta dei risultati dei controlli ematologici, permettendo di elaborare dei limiti individuali per ognuno dei tre parametri presi in considerazione. La concentrazione di emoglobina (espressa in g/dL o g/L, "HGB"), la percentuale di reticolociti (espressa in valori assoluti, "RET") e l'indice di stimolazione "Off-Score" (che esprime il rapporto tra i due valori precedenti).

²⁷ CAS 2010/A/2235 UCI v/Tadej Valjavec & Olympic Committee of Slovenia, par. 43 e 51

A complicare il tutto, per le formazioni, ma anche per le parti, potrà anche capitare che alcuni di questi periti siano sentiti in conferenza telefonica²⁸.

5.2 Scelta del perito e perizia super-partes

Si è esposto nei precedenti paragrafi tutte le varie possibilità attraverso le quali un atleta ha la possibilità di difendersi, in maniera tale da essere scagionato, o comunque riuscire ad ottenere una riduzione di sanzione. Ciò potrebbe indurre a pensare che le probabilità di un successo all'interno di un procedimento davanti al TAS siano elevate, ma ciò non corrisponde a realtà.

Prima di tutto va precisato che in concreto può difendersi in una procedura che rende necessaria una perizia, di regola una procedura antidoping, solo chi ha i mezzi economici per farlo. Siccome sovente sono necessari più periti per contrastare le tesi accusatorie dell'autorità antidoping, ritenuto che spesso quest'ultima si presenta all'udienza con più periti ed esperti, ben si vede che una difesa non è alla portata di tutti. Anzi.

Anche disponendo di mezzi economici sufficienti, non è ancora detto che si riesca a trovare dei periti adeguati. Va detto che in effetti buona parte degli esperti in ambito di antidoping lavorano per le varie agenzie e autorità antidoping e per i laboratori accreditati, sia quali dipendenti, sia quali consulenti, e quindi ben difficilmente saranno disponibili ad assistere un atleta proprio contro un'autorità antidoping.

Qualora si dovesse trovare un perito cognito in materia (di laboratoristica, di tossicologia, piuttosto che di ematologia), bisogna ancora che, oltre ad allestire un buon rapporto peritale, sia convincente in udienza; circostanza tutt'altro che scontata. Questo è tanto più determinante se si pensa che i periti dell'accusa sono invece spesso esperti e convincenti, sia perché conoscono oltremodo bene la materia, sia perché sono abituati alle udienze, e quindi a subire interrogatori e contro-interrogatori. Il confronto rischia spesso di risultare impari. Siccome le formazioni sono costituite di giuristi, non per forza cogniti nelle materie coperte dalle perizie, capita non raramente che più che le conoscenze reali, più che il concreto contenuto della perizia, sia la dialettica del perito a essere determinante.

Una soluzione che permetterebbe di limitare la disparità di forze in campo, sia finanziarie, sia e soprattutto tecniche, è a disposizione delle formazioni, le quali purtroppo ne fanno raramente uso, e francamente non se ne capisce il motivo. Oltretutto questo permetterebbe loro di semplificarsi il lavoro, siccome spesso districarsi nel magma di argomenti tecnici contrapposti, spesso complicati, è tutt'altro che semplice.

La nomina di periti indipendenti ad opera delle formazioni potrebbe anche mitigare l'impressione che talvolta hanno gli atleti e le difese degli atleti nelle procedure antidoping, impressione, secondo la quale non sempre le formazioni stesse godano di sufficiente indipendenza. Non va dimenticato che è in effetti il Presidente della Camera d'appello del TAS che nomina il Presidente della formazione²⁹, e che spesso e volentieri è quest'ultimo che ha voto decisivo nella presa di decisione.

²⁸ TAS 2010/A/2178 Pietro Cauccioli c. CONI & UC; CAS 2010/A/2235 UCI v/Tadej Valjavec & Olympic Committee of Slovenia, par. 44

²⁹ Il quale Presidente della Camera d'appello a sua volta è eletto dal Consiglio Internazionale dell'Arbitrato in materia di Sport (CIAS), a sua volta controllato, per Statuto e nomine dal CIO e dalle grosse federazioni (Artt. S4 e S6 del Codice TAS). Lo scrivente aveva trovato decisamente particolare il fatto che i primi due casi di ABP approdati al TAS abbiano avuto lo stesso presidente di formazione (TAS 2010/A/2178 Pietro Cauccioli c. CONI & UCI; TAS 2010/A/2308 Franco Pellizzotti c/ CONI & UCI e TAS 2011/A/2335 UCI v/Franco Pellizzotti, FCI, CONI). Notisi che nel secondo caso in prima istanza l'atleta era stato prosciolto dal CONI, autorità notoriamente non tenera con gli atleti sottoposti a procedure antidoping, proprio sulla base delle considerazioni di un perito indipendente nominato dal tribunale del CONI. La formazione del TAS non aveva invece nominato periti, malgrado il fatto che in udienza ne avesse ascoltati sette (cinque per l'autorità antidoping, e due per la difesa).

Per chi, come l'autore di questo articolo, si ritrova spesso a difendere gli atleti, l'auspicio è che le formazioni facciamo un po' più spesso uso di questa possibilità, siccome modifiche statutarie del TAS, che rendano il sistema meno ingessatamente in mano al CIO e alle grosse federazioni, all'orizzonte non si vedono.

6. CONCLUSIONI

L'istruttoria davanti al TAS nella sostanza non diverge molto da quanto immaginabile davanti a un qualsiasi altro tribunale arbitrale. La latitudine dei mezzi di prova ammissibili, le formalità di offerta e di assunzione, e il potere d'esame delle formazioni sono in buona sostanza gli stessi che in qualsiasi altra procedura arbitrale.

Quando però la procedura davanti al TAS non è una procedura di volontaria giurisdizione (le cosiddette procedure ordinarie), ma bensì si tratta di procedura d'appello contro sanzioni disciplinari (le procedure d'appello appunto), di regola in materia di doping, l'istruttoria diventa per l'atleta coinvolto spesso proibitiva. Il dover far ricorso a periti, spesso più di uno, per sostanziare le proprie ragioni e per contrastare gli argomenti dell'autorità sportiva inquirente, può essere molto costoso e difficoltoso. In effettivo trovare periti all'altezza di quelli di cui dispone l'autorità antidoping è nella realtà dei fatti spesso proibitivo.

Una soluzione per limitare la disparità di forze in campo che l'atleta si trova a dover affrontare è a disposizione delle formazioni, le quali tuttavia raramente vi fanno capo. Queste potrebbero nominare periti indipendenti per chiarire le questioni tecniche più complicate, con il vantaggio da un lato di avere consulenti che potrebbero aiutarle a districarsi nei casi più complessi, e dall'altro di aumentare la fiducia degli atleti nei confronti del TAS.
