

Editoriale RDES 3/2017

**THE AUTONOMY AND SPECIFICITY OF SPORT IN THE LIGHT
OF THE ISU AND PECHSTEIN CASES:
WHEN SKATING ON THIN ICE CAN BE DANGEROUS FOR THE
SPORTS WORLD**

by Michele Colucci and Durante Rapacciuolo

Pursuant to Article 165(1) TFEU, the Union “*shall contribute to the promotion of European sporting issues, while taking account of the specific nature of sport, its structures based on voluntary activity and its social and educational function*”.

This is the European political pillar of the current sports law system: the solemn engagement of the EU to enhance and respect the specificity of sport.

On the judicial side, however, according to the *Meca-Medina* case-law of the European Court of Justice:

- (i) sport is subject to competition rules only insofar as it constitutes an “economic activity”;
- (ii) sporting rules are compatible with EU competition rules if they pursue a legitimate objective; and
- (iii) if the restrictions that they create are “inherent” and “proportionate” to achieving this objective.

This is the European judicial pillar of the same sports law system, which limits that sports specificity.

In this sensitive legal context, the European Commission’s decision of 8 December 2017 in the *International Skating Union* (ISU) case can potentially have a tremendous impact on the sports world.

Will the ISU hereafter, be recorded in the historical law archives as the weak link of the chain? In this case, the chain is the cohort of the international and national sports’ associations, which are jealous of their autonomy and strongly defend it, opposing any intrusion of the public powers and ordinary law judges.

The sports associations are powerful and have always enjoyed a quasi-absolute autonomy, which has been recognised by the national and European public powers. Those sports associations have succeeded in keeping off their autonomous pitches any “foreign powers”, even though now and then, the occasional ruling of a judge kept reminding the limits of that autonomy and the primacy of the EU and national ordinary law on the sports systems.

By pure accident, the autonomy of the International Skating Union has found itself in the middle of a double assault. From one side, Ms. Pechstein, a German professional skater, who dared rejecting the adverse CAS arbitration’s award and brought her case before the German ordinary judge. From the other side, two Dutch skaters filed a complaint with the European Commission for alleged infringement of the relevant EU competition rules by the ISU, which refused to authorise their participation to a skating event organised by a private Korean company in Dubai.

So, the ISU autonomy has got a shocking blow when the EU Commission declared incompatible with the EU competition rules its disproportionate sanctions (ban for life) against the two plaintiffs.

While it is still pending the possibility for the ISU to appeal the Commission’s decision before the European Court of Justice, Ms. Pechstein has recently asked the German Constitutional Court in Karlsruhe to deal with the matter of her case rejected in last instance by the German Supreme Court, which upheld the CAS arbitration agreement and found lawful the relevant award against her.

The intervention of ordinary judges in the ISU activities looks like subterranean motions of the plate tectonics, announcing next earthquakes for the stabilised and politically recognised, autonomous, private law order of the sports associations.

In fact, we wonder whether the sports autonomy is being submitted to another judicial scrutiny, which may leave it nearly intact with complete satisfaction of the international and national associations or we may get both the EU Court of Justice and the German Constitutional Court delivering other landmark rulings to further cut off that autonomy. Maybe these rulings could have an impact more dramatic than the *Bosman* case, for which the concerned football associations had to come to Brussels to compromise with the EU Commission in 2001.

That compromise in the shape of a gentleman’s agreement drafted in a press release only in theory saved for the time being the football associations from judicial pursuits. At the same time, it helped the EU to corral those football entities into the EU legal framework. A legal pursuit would have drawn into question the acclaimed notion of the sports specificity, which those same EU responsible bodies are due to protect.

Therefore, the European and the German ISU cases will be closely observed by the national and international sports policy’s leaders and by the sports law scholars because the future rulings will probably carry a stroke to the existing sports law order as we know it.

If the Court of Justice would confirm the Commission's decision, which obliges ISU to substantially revise certain fundamental provisions, governing the statute of the skaters and their professional freedom of employment, such an outcome would surely unleash the will of athletes to submit their cases before the EU institutions in order to defend their rights.

On the other hand, though it will not be for tomorrow because of the heavy workload and backlog of the German Constitutional Court, the ruling on the Pechstein will come and bring a final word on the legality of the CAS arbitration and the nature of the relationship between the ordinary law systems and the private law systems.

The rejection of the Pechstein demand is not at all certain. Indeed, the case was taken by a regional judiciary court of Bayern and rejected by the German Supreme Court. Many Authors have highlighted the contradictory arguments held by the latter Court in defining mostly adequate the CAS arbitration with the meaningful comment that the CAS system is not perfect. However, it is acceptable. Obviously, such a decision leaves the door open to further attempts by the sports professionals to contest the private law sports disciplinary and judiciary systems they belong to.

We wait with badly constrained, unspeakable excitement for the next episode of the ISU and Pechstein saga, which may subvert the sports legal order for ever.

* * *

Nel presente numero della Rivista di Diritto ed Economia dello Sport sono pubblicati i seguenti saggi:

La "frode sportiva" nella giurisprudenza ordinaria e sportiva: riflessioni e riforme possibili

Il lavoro di Renato Grillo analizza la frode nelle competizioni sportive alla luce sia della legislazione penale di cui alla L. 401 del 1989 sia della legislazione sportiva.

La materia viene ripercorsa nella sua evoluzione storica ormai risalente a quasi un trentennio e affronta in modo specifico la delicata questione della punibilità in ambito penale delle frodi sportive anche alla luce delle novità normative contenute nella L. 119 del 2014 che ha elevato i limiti edittali di pena per il reato di frode sportiva. Vengono quindi esaminate le ricadute di tale legge con riferimento al diritto penale sostanziale e processuale.

Un'attenzione particolare viene dedicata alla giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione, e del Collegio di Garanzia dello Sport del CONI.

Vengono poi affrontati gli aspetti comparatistici in ambito penale con riferimento alla legislazione varata di recente da alcuni Stati dell'Unione Europea (Germania, Francia e Spagna su tutti): un cenno è dedicato alle iniziative sulla

manipolazione delle competizioni sportive del Consiglio di Europa per la prevenzione, individuazione e contrasto delle frodi sportive, costituendo tali iniziative un punto di riferimento per il legislatore italiano, particolarmente impegnato sul fronte del contrasto alle frodi e sollecitato a recepire le indicazioni provenienti dal Consiglio di Europa.

Decisamente innovativa la parte del saggio dedicata alle conclusioni finali con le quali, prendendo spunto dai progetti di riforma elaborati dal Parlamento, l'autore auspica alcune interessanti soluzioni sul piano normativo atte a scoraggiare in maniera radicale il fenomeno della frode sportiva nel senso più ampio del termine. Egli, infatti, propone un inserimento del reato di frode sportiva, come attualmente disciplinato dalla legge penale ordinaria, tra i cd. "reati-presupposto" di cui al D. Lgs. 231/01, con possibilità della confisca obbligatoria dei profitti illeciti conseguenti alle manipolazioni dei risultati, ai sensi dell'art. 322 ter cod. pen., nonché l'adozione dei modelli organizzativi delle società sportive finalizzati alla prevenzione del fenomeno ed alla scissione delle responsabilità delle società rispetto ai tesserati.

Who owns the esports? The multiple creative factors of a digital work of intellect and the complex ways of globally applying the copyright law

Alessandro Coni affronta un tema di stringente attualità come quello degli eSports, concentrandosi sull'analisi dei diritti di sfruttamento commerciale che afferiscono alle competizioni tra giocatori di videogiochi.

Il presente contributo fa seguito ad una precedente pubblicazione apparsa sulla medesima Rivista (RDES, I, 2016) in cui lo stesso Autore si interrogava sui possibili scenari connessi all'affermazione e alla eventuale adesione degli eSports all'interno del pantheon degli sport.

L'attuale riflessione parte dalla consacrazione degli eSports anche al di fuori dei Paesi in cui tradizionalmente si sono sviluppati, divenendo un fenomeno globale.

L'Autore sposta quindi l'attenzione su alcune delle peculiarità degli eSports, in particolare quelle che riguardano i diritti proprietari. Infatti, gli eSports si sono sviluppati come un vero e proprio fenomeno di intrattenimento, al di fuori di strutture federali e logiche sportive, trovando la propria principale incubazione all'interno di organizzazioni private, interessate soprattutto a coinvolgere il pubblico e promuovere il mercato dei videogiochi.

Coni si sofferma quindi sulla natura di tali competizioni e su quella dei diritti che ad esse afferiscono, soprattutto alla luce della disponibilità del Comitato Olimpico a valutare l'inserimento degli eSports nel Programma Olimpico.

D'altronde, mancando una definizione codificata di sport, anche le competizioni agonistiche tra videogamers possono legittimamente aspirare ad essere considerate al pari di altre attività sportive, ben più consolidate nell'immaginario comune. Tanto più vista l'esistenza di indubbi punti di contatto tra gli sport tradizionali e gli eSports.

Da un lato, come menzionato dall'Autore, l'idea che le competizioni di videogames possano essere considerate come uno sport appare coerente con una realtà – quale quella attuale – sempre più digitale ed interattiva, dove i nuovi fruitori di sport sono i c.d. “millennials”.

Dall'altro lato, l'articolo ricorda che il mondo dello sport è ormai al centro di un processo di “spettacolarizzazione”, venendo sempre più concepito e gestito come un “prodotto” commercializzato sul mercato. Lo stesso dibattito sulla possibilità di riconoscere gli eSports come discipline olimpiche ne è la prova.

È quindi naturale interrogarsi sugli aspetti precisi di un processo come quello attuale (c.d. di “sportification”) in cui sono gli eSports, finora etichettati come eventi di puro intrattenimento, a fare il percorso inverso per venire qualificati come sport.

A tal riguardo, l'Autore evidenzia una delle particolarità che contraddistinguono gli eSports, ossia quella di essere competizioni basate sull'utilizzo di opere creative, quali sono i videogiochi, la cui proprietà intellettuale appartiene alle imprese che li hanno realizzati e che vengono tutelate da specifiche norme (diritto d'autore o copyright). In tale prospettiva, ogni utilizzo ed esibizione costituisce uno sfruttamento dei diritti proprietari insistenti sul gioco, soggetto alla volontà del titolare degli stessi.

Nel descrivere il funzionamento degli eSports e i ruoli svolti dai diversi soggetti coinvolti, l'Autore disegna una “catena di valori”, tesa a collegare ciascuno dei singoli contributi sottesi alla realizzazione e allo sfruttamento degli eSports.

A monte di tale catena, vengono per l'appunto posizionati gli editori dei videogame. A seguire, a valle, invece vi sono gli atleti, i media e gli sponsor. Tutti apportano elementi essenziali per l'allestimento degli eSports considerati come eventi, sebbene ciascuno di essi abbia un valore diverso.

Il successo degli eSports e il possibile riconoscimento come sport crea delle indubbe frizioni tra gli interessi dei soggetti coinvolti, soprattutto alla luce delle modalità in cui finora tale mercato si è sviluppato, raggiungendo un sostanziale bilanciamento.

Su tale aspetto l'Autore dedica alcune riflessioni finali, evidenziando come l'ingresso delle competizioni videoludiche all'interno del mondo sportivo sarebbe suscettibile di trasformare l'equilibrio attualmente raggiunto, introducendo nuovi interessi ed ulteriori regole, che dovrebbero necessariamente essere oggetto di temperamento, posto che gli eSports dovranno necessariamente adattarsi a tale nuova eventuale veste sportiva.

Il tutto in attesa che il mondo dello sport assuma una posizione chiara sulla qualificazione degli eSports e decida se finalizzare il loro processo di “sportification”, ovvero rinunciarvi, lasciando gli eSports nell'ambito degli spettacoli di intrattenimento, che si limitano ad emulare i meccanismi propri delle competizioni sportive.

Lo sviluppo del calcio femminile in Italia. Analisi del fenomeno e proposte concrete per il suo rilancio

Daniele Muscarà analizza sistematicamente e dettagliatamente la situazione attuale del calcio femminile in Italia.

L'Autore riconosce le difficoltà del sistema calcio femminile nel nostro Paese dimostrate anche attraverso un'approfondita analisi comparativa con i principali campionati femminili europei. Egli critica la normativa vigente in materia, sia statale sia federale, la quale inquadra le calciatrici donne come atlete dilettanti. Anche dopo recenti interventi federali volti ad incentivare lo sviluppo del calcio femminile, la stessa normativa non è ritenuta ancora adeguata.

Pur ammettendo le grandi ed incolmabili differenze tra calcio femminile e calcio maschile, sia in termini di ricavi che di interesse per il pubblico, l'Autore sostiene fortemente come il primo abbia grandi margini di crescita. Per fare in modo che tale crescita si concretizzi Daniele Muscarà ritiene imprescindibile l'ingresso dei principali club professionistici in questo settore. Pertanto, con il supporto fondamentale del legislatore e con la collaborazione tra la Lega Nazionale Dilettanti, alla quale è delegata l'organizzazione del calcio femminile in Italia e la Lega Serie A, con la sua forza mediatica ed economica, l'Autore si augura che possano essere poste in essere in breve tempo le iniziative più idonee allo sviluppo dell'intero sistema.

In tema di risarcimento del danno derivante da una ingiusta sanzione sportiva: tra vecchie questioni e nuovi profili di costituzionalità

Il Prof. Piero Sandulli effettua una puntuale analisi delle pronunce n. 3055/2016 e n. 3065/2017 rese, rispettivamente, dal Tar del Lazio e dal Consiglio di Stato, all'esito dei giudizi di primo e secondo grado promossi da un'atleta tesserata FIPAV.

Quest'ultima aveva, infatti, impugnato innanzi ai giudici amministrativi una sanzione che le era stata comminata dalla giustizia sportiva, chiedendo che le fosse anche riconosciuto il risarcimento per i danni subiti a seguito dell'ingiusto provvedimento disciplinare, quantificati in euro 449.257,00.

Prendendo le mosse dal *decisum* dei magistrati, il prof. Sandulli ripercorre la genesi del riparto in materia di giustizia sportiva, per giungere ad esaminare la natura ed i limiti della tutela risarcitoria, così come delineata dalla sentenza della Corte costituzionale, n. 49/2011.

Le conclusioni alle quali perviene l'autore, anche alla luce dell'ordinanza del TAR n. 10171, dell'11 ottobre 2017, offrono molteplici spunti critici e pongono in luce la necessità di una revisione dell'attuale sistema normativo, in particolare, della legge n. 280/2003 e di quella n. 91/1981.

Giudice Sportivo, regolare svolgimento delle gare ed avvio del procedimento: un'occasione mancata per delineare i confini tra denuncia, istanza e segnalazione, alla luce delle norme vigenti

Pier Antonio Rossetti commenta una decisione del Collegio di Garanzia dello Sport del CONI in ordine agli strumenti giuridici idonei all'instaurazione del procedimento avanti al Giudice Sportivo, che giudica sugli illeciti commessi nelle gare.

Tale procedimento è (e deve essere) connotato da termini brevi e da requisiti formali determinati, al fine di garantire, in tempi rapidi, la certezza dei risultati ed il regolare svolgimento delle competizioni sportive e dei relativi campionati.

Nel caso in oggetto, una "istanza", strumento tipico di avvio del procedimento avanti al Giudice Sportivo su impulso delle parti "interessate", è stata riqualificata come "denuncia", strumento generale per la segnalazione di "atti sanzionabili" a disposizione di tutti i tesserati e non soggetto a termini di decadenza e requisiti particolari.

Sulla base di tale "denuncia", la Procura della Federazione Italiana Sport Equestri, effettuando uno "*scrutinio preliminare della vicenda*", avrebbe fatto propri gli atti delle parti elevandoli a proprie "segnalazioni" non soggette a decadenza ed all'interesse ad agire.

In tale modo, sarebbero stati "aggirati" i requisiti formali previsti per l'istanza "*a pena di inammissibilità*", ossia il rispetto di un breve termine di decadenza e la ricorrenza di una "*situazione giuridicamente protetta nell'Ordinamento Federale*."

Seppur vero che la denuncia costituisce il rimedio generale con cui i "tesserati" possono (anzi devono) comunicare la commissione di tutti gli atti sanzionabili, i modi di avvio del procedimento davanti al Giudice Sportivo sono stati ben delineati dal Codice di Giustizia del CONI e dalle norme federali, proprio per garantire la certezza dei risultati sportivi.

L'Autore quindi si chiede se le ipotesi di avvio del procedimento in oggetto debbano considerarsi tassative e se i requisiti ivi previsti, compresi i termini di decadenza, debbano essere interpretati in senso assoluto.

Il contributo offre inoltre interessanti spunti sul concetto di "*situazione giuridicamente protetta nell'Ordinamento Federale*", inteso quale "interesse ad agire" ex art. 100 c.p.c., ed evidenzia la particolarità delle norme FISE, che, all'art. 39 del Regolamento di Giustizia, prevedono un termine di decadenza, non solo per l'istanza dell'interessato, ma anche per la presentazione della "segnalazione" della Procura Federale, non previsto dalla disciplina generale del Codice di Giustizia Sportiva del CONI.

La disciplina del ripescaggio in Italia: la perentorietà del termine di presentazione della domanda, alla luce del caso “Rende Calcio 1968 – FIGC”

Alessandro Ferrari analizza i risvolti problematici della decisione del Collegio di Garanzia del CONI, la n. 60/2017 in materia di ripescaggi di squadre di calcio dalla categoria inferiore a quella superiore.

L'Autore offre una panoramica sul ripescaggio, tanto da un punto di vista procedimentale quanto da quello meramente regolamentare, analizzando in particolare i vari Comunicati Ufficiali emessi dalla FIGC nella passata stagione, nonché le prescrizioni delle NOIF in materia. In seguito, si focalizza sul caso del Rende Calcio, ammesso al campionato di Lega Pro 2017/2018 attraverso la suddetta decisione dell'11 agosto 2017.

Il Collegio di Garanzia ha ritenuto che il termine di deposito della documentazione necessaria ai fini del ripescaggio non debba essere considerato perentorio (diversamente da quanto affermato, in particolare, nel C.U. n. 10/A FIGC) nel momento in cui il ritardo nel depositare le fidejussioni richieste fosse da imputare alla banca e non al Rende.

In tal modo, i giudici del CONI hanno convalidato un orientamento che si discosta dalla consolidata giurisprudenza sportiva che non giustificava eventuali ritardi o inadempienze delle società sportive. L'innovazione potrebbe incentivare le domande di ripescaggio basate su tale precedente giudizio e sconvolgere la formazione dei calendari dei campionati di calcio.

La giurisdizione nei settori dell'ippica e dell'equitazione

Stefania Cappa affronta la tematica della giurisdizione nei settori dell'ippica e dell'equitazione, individuandone la rispettiva giurisdizione. Per l'ippica, la risoluzione delle controversie disciplinari spetta al Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (MIPAAF) e l'impugnazione delle relative decisioni è demandata al tribunale amministrativo; per l'equitazione, invece, la cognizione compete agli organi di giustizia sportiva della Federazione Italiana Sport Equestri (FISE).

La ragione di tale distinzione si rinviene nella Legge 280/2003, che ha attribuito autonomia all'ordinamento sportivo rispetto alla giurisdizione ordinaria e la FISE, in quanto Federazione sportiva nazionale, vi ricade; mentre il MIPAAF, in quanto ente pubblico, gode di una propria autonomia regolamentare-legislativa.

Inoltre, Cappa analizza la giustizia endofederale relativa alla composizione degli organi di giustizia sportiva all'interno della FISE e l'articolazione degli organi disciplinari MIPAAF, evidenziando, fra l'altro, le peculiarità dei due diversi procedimenti disciplinari.

Un'attenzione particolare viene dedicata dall'autore alla disciplina del doping umano ed equino all'interno della FISE e del MIPAAF.

Per l'equitazione, il doping umano è regolamentato dalle Norme Sportive Antidoping del CONI, sottoposto all'azione del Procuratore Nazionale Antidoping del CONI e assoggettato al giudizio del Tribunale Nazionale Antidoping del CONI.

Per l'ippica, la materia è disciplinata dall'Ente stesso e giudicata dai suoi organi disciplinari.

Il doping equino, invece, nell'equitazione è di competenza degli organi di giustizia sportiva FISE; di contro, nell'ippica gli organi di disciplina MIPAAF sono competenti in materia.

L'autore sottolinea infine alcune criticità, fra le quali la scarsità e carenza di controlli antidoping nel settore dell'equitazione e conclude che, tanto per l'ippica quanto per l'equitazione, il doping umano è penalmente sanzionato ai sensi della Legge 376/2000.

Remodelling Sports Autonomy like the “shape of water”: the relationship between ordinary and sports systems

Michele Colucci and Durante Rapacciuolo review the outcome of a worldwide comparative analysis of the football disciplinary rules of the international, regional and national associations. In doing so, the authors adopt an original and fruitful approach in reviewing also the legal grounds of the private law systems which sustain the legality of the football domestic disciplinary codes. They have focused the searching light on the notion of sports autonomy and the way it changes over the time and over the various places worldwide. The result of their work is amazing: like the shape of water the autonomy remodels its contours according to the nature and conditions of the international and national ordinary law systems, within which the autonomous sports associations operate.

The paper aims to uphold the reality of a double notion of autonomy: a political one and a legal one. The political recognition of the sports associations' autonomy has produced an absolute concept of autonomy of sports institutions, which appear like entities well beyond the legal reach of the State legal order.

However, the legal notion of sports autonomy corresponds much better to the reality of the relationship between the public law order and the private law order of the sports associations.

Indeed, the consistent and settled case law of ordinary justice has showed the limited contours of the legal autonomy the football and sports associations enjoy. The relative notion of that autonomy is the result of a number of rulings, which have scrutinised the sports/football activities with the lens of the relevant ordinary law rules, concluding for a paradoxical quasi rejection of that autonomy, whenever the sporting activities are like any other economic activities.

Bruxelles, 31 gennaio 2018

Michele Colucci

Durante Rapacciuolo