

ISSN 1825-6678

Quadrimestrale

Anno XIV

Fascicolo 3/2018

**RIVISTA
DI DIRITTO ED ECONOMIA
DELLO SPORT**

2018



Rivista di Diritto ed Economia dello Sport

www.rdes.it

Pubblicata in Nocera Inferiore (SA)

Redazione:

Sports Law and Policy Centre Srls

Via Giovanni Pascoli 54 – 84014 Nocera Inferiore, Salerno

CF/P.IVA 05283020658

www.sportslawandpolicycentre.com - info@sportslawandpolicycentre.com

Proprietario: Sports Law and Policy Centre Srls

Editore: Sports Law and Policy Centre Srls

Provider: Aruba S.p.A. P.zza Garibaldi 8 – 52010 Soci (AR)

url: www.aruba.it

Testata registrata presso il Tribunale di Avellino al n° 431 del 24/3/2005

Direttore: Avv. Michele Colucci

Sped. in A. P. Tab. D – Aut. DCB/AV/71/2005 – Valida dal 9/5/2005

RDES ABBONAMENTO 2018

formato cartaceo 200,00 euro

formato eBook 100,00 euro

L'abbonamento (tre volumi) decorre dal 1 gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Per abbonarsi è sufficiente inoltrare una richiesta al seguente indirizzo E-mail: info@rdes.it.

© Copyright 2018

SPORTS LAW AND POLICY CENTRE SRLS

Redazione

Direttore:	Michele Colucci
Vice Direttore:	Salvatore Civile
Capi redattori:	Marco Di Domizio (<i>Economia</i>), Salvatore Civile (<i>Diritto</i>)
Assistente di redazione:	Antonella Frattini

Comitato Scientifico

Prof. Leonardo Andreotti (*Istituto Brasiliano di Diritto Sportivo - Brasile*)
Prof. Luigi Campiglio (*Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Italia*)
Prof. Raul Caruso (*Università Cattolica di Milano – Italia*)
Prof. Virgilio D'Antonio (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Paul De Grauwe (*University of Leuven – Belgio*)
Prof. Valerio Forti (*Università di Poitiers – Francia*)
Prof. Frank Hendrickx (*University of Leuven – Belgium*)
Prof. Fabio Iudica (*Università degli Studi di Milano – Italia*)
Prof. Enrico Lubrano (*Studio Legale Lubrano & Associati – Italia*)
Prof. Filippo Lubrano (*Università LUISS “Guido Carli” di Roma – Italia*)
Prof. Paolo Moro (*Università di Padova – Italia*)
Prof. Lina Musumarra (*Studio Legale Musumarra – Italia*)
Prof. Piero Sandulli (*Università di Teramo – Italia*)
Prof. Giovanni Sciancalepore (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Salvatore Sica (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)
Prof. Maria José Vaccaro (*Università degli Studi di Salerno – Italia*)

Comitato di redazione

Francesco Addesa; Paolo Amato; Francesco Bof; Mario Calenda; Giuseppe Candela; Salvatore Civile; Alessandro Coni; Federica Fucito; Marco Giacalone; Stefano Gianfaldoni; Domenico Gullo; Marco Lai; Marco Longobardi; Anna Lisa Melillo; Fabrizio Montanari; Francesco Lucrezio Monticelli; Luca Pastore; Alessio Piscini; Michele Spadini; Matteo Sperduti; Ruggero Stincardini; Roberto Terenzio; Tullio Tiani; Flavia Tortorella; Laura Vasselli; Mario Vigna; Julien Zylberstein.

Referees for peer Review (referaggio)

Responsabile: Durante Rapacciuolo, Sports Law and Policy Centre
Prof. Paul Anderson, Marquette University Law School
Prof. Leonardo Andreotti, Leonardo Andreotti Advogado
Prof. Michele Colucci, College of Europe - Parma Tilburg University
Prof. Borja Garcia, Loughborough University
Prof. Steve Greenfield, University of Westminster
Prof. Deborah Healey Senior Lecturer, University of New South Wales
Prof. Mark James, Salford University
Prof. Steven Jellinghaus, Tilburg University
Prof. Karen Jones, Asser Institute - The Hague (The Netherlands)
Prof. Jean-Michel Marmayou, Université Paul-Cézanne, Marseille
Prof. David McArdle, University of Stirling
Prof. José Manuel Meirim, Universidade Nova de Lisboa
Prof. Marjan Olfers, Amsterdam University
Prof. Alberto Palomar Olmeda, Universidad Carlos III de Madrid
Prof. Guy Osborn, University of Westminster
Prof. Dimitrios Panagiotopoulos, University of Athens
Prof. Carmen Pérez González, Universidad Carlos III de Madrid
Prof. Jacopo Tognon, Padua University

INDICE

Editoriale RDES 3/2018 LO SPORT ITALIANO MERITA UNA RIFORMA ORGANICA di <i>Piero Sandulli</i>	9
THE AC MILAN - UEFA FINANCIAL FAIR PLAY CASE: A DETAILED EXAMINATION by <i>Paolo Torchetti and Alessandro Mosca</i>	21
1. The merits of the appeal: the two-year sanction is disproportionate	22
1.1 Change in ownership, reporting perimeter and capital injection	22
1.2 Income projections and the valuation of future cash flow	26
1.3 AC Milan operating on a going concern	31
1.4 The scope of review	32
1.5 Conclusions regarding the substantive merits of the appeal	34
2. Settlements, privacy, proportionality amid the MCFC and PSG Cases ..	37
3. Integrity of competitions	41
4. Conclusion	47
GOOD GOVERNANCE AND THE MULTIPLE CHALLENGES TO THE DOMESTIC LEGAL ORDER OF SPORTS ORGANIZATIONS di <i>Durante Rapacciuolo</i>	49
Foreword	50
1. The WADA-RUSADA relationship: a political manipulation of sports issues?	53
2. The sports industry value	61
3. The good governance principles in doctrine and international organizations	63
3.1 The second EU Work Plan for Sport	68
3.2 The third Plan 2017-2020	70
3.3 The EU Council works	70
3.4 European Parliament works	71
3.5 The meaning and impact of the EU institutions work on the sports good governance	72
4. The sports governance and the jurisdiction's systems	73
4.1 The Belgian Appeal Court's interim ruling in the Seraing/Doyen versus FIFA/UEFA/URSBFA	73
Conclusions	75

THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT: TIME FOR A REFORM?

by <i>Luca Pastore e Luca Smacchia</i>	79
1. The CAS's structure and its independence	80
2. The mandatory nature of sports arbitration	82
2.1 The controversial aspects of the athletes' consent to sports arbitration ..	82
2.2 The Cañas decision and the acknowledgment of sports arbitration as forced arbitration	88
3. The main challenges of the CAS system outside of Switzerland	92
3.1 The <i>Pechstein</i> saga	92
3.1.1 The proceedings before German courts	93
3.1.1.a The decision of the Landesgericht München	93
3.1.1.b The decision of the Oberlandesgericht München	94
3.1.1.c The decision of the Bundesgerichtshof	97
3.1.2 The proceedings before the European Court of Human Rights	99
3.2 The <i>Seraign</i> case	102
4. The essential role of the CAS and the need for a reform	104
5. Final comments	107

LO SPORT AI TEMPI DEL GDPR

di <i>Manlio D'Ambrosi e Tullio Tiani</i>	109
Introduzione	110
1. L'evoluzione delle norme in materia di privacy e trattamento dei dati personali nell'Unione Europea e in Italia	113
2. Principi, ruoli e sanzioni del GDPR	117
3. Lo Sport e il GDPR: nuovi obblighi	126
4. Diritto all'informazione e diffusione del dato sportivo	134
5. L'importanza delle informative nello Sport	139
6. Privacy, Sport e minori	143
7. Considerazioni conclusive	150
Bibliografia	153

PROCURE FEDERALI E PROCURA GENERALE DELLO SPORT TRA ORDINAMENTO GIURIDICO SPORTIVO E ORDINARIO: UN'ANALISI SISTEMATICA ALLA LUCE DELLE EVOLUZIONI NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

di <i>Neil Andrew MacLeod</i>	155
Introduzione: le ragioni di una indagine	156
1. Funzioni inquirenti e reagenti tra processo penale e sportivo: analogie e differenze	156
2. Il giusto processo sportivo: parità delle parti e celerità dei procedimenti	158
3. Terziarietà ed indipendenza degli uffici di Procura	159
4. La Procura Federale: istituto e funzioni	161
5. L'ambito di operatività della Procura Federale nel processo sportivo ...	163
6. La funzione inquirente	165
7. La conclusione delle indagini: attività requirente ed archiviazione	169
8. L'applicazione concordata delle sanzioni	170
9. Le misure cautelari	173

10.	Obblighi e facoltà del Procuratore Federale all'interno ed all'esterno del processo sportivo	173
11.	La Procura Generale dello Sport. L'attività di gestione e coordinamento delle Procure federali	176
12.	Il potere di avocazione delle indagini	178
13.	Le funzioni requisitorie esclusive della Procura Generale dello Sport	179
14.	Le funzioni di registro e controllo dei procedimenti	182
15.	Conclusioni	182

MEDICINA SPORTIVA E RESPONSABILITÀ CIVILE: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

di <i>Gabriele Toscano</i>	185
1. Introduzione	186
2. Il ruolo del medico nella medicina dello sport	186
3. Idoneità medico sportiva e visita medica: linee guida o precauzioni?	189
4. Dal caso <i>Curi</i> al caso <i>Morosini</i> , senza dimenticare <i>Vendemini</i> , la domanda s'impone: ma è sempre "colpa" del medico sportivo?	192
5. Medicina sportiva e sport pericolosi: alcune riflessioni sulla vicenda <i>Jacopucci</i>	197
6. Medicina sportiva e responsabilità: un problema sempre più complesso	201
7. Decreto Balduzzi e legge Gelli-Bianco	203
8. Conclusioni	206

ASSOCIAZIONI SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON LUCRATIVE E SOCIETÀ SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON LUCRATIVE: GLI ULTIMI CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE N. 18/E DEL 2018

di <i>Pasquale Della Corte</i>	209
1. Introduzione	210
2. Comunicazione preventiva alla SIAE	211
3. Tracciabilità degli incassi e dei pagamenti	211
4. Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: plafond	212
5. Attività connesse agli scopi istituzionali e attività rese in diretta attuazione degli scopi dell'ente sportivo	212
6. Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: controlli ed accertamenti fiscali	214
7. Democraticità dell'ente sportivo dilettantistico	215
8. Modello EAS	216
9. Terzo Settore	216
10. Conclusioni	217

NOTE A SENTENZA

I PRINCIPI GENERALI DI UGUAGLIANZA E PROPORZIONALITA' IN MATERIA DI IVA: L'INTERMEDIAZIONE DEI CALCIATORI PROFESSIONISTI COME "TERRENO DI GIOCO"

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 29 novembre 2018, causa 548/17

di <i>Ilaria Sticchi</i>	221
1. Introduzione	222
2. Il contesto della causa C-548/17	222
2.1 La controversia a livello nazionale	223
2.2 Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia	224
2.3 Il giudizio della Corte di Giustizia ed il ragionamento sotteso	225
2.3.1 Il precedente richiamato dalla Corte	226
2.3.2 Il principio di diritto della Corte di Giustizia in tema di fatto generatore ed esigibilità dell'IVA in caso di pagamenti rateizzati e assoggettati a condizione	227
3. Inquadramento giuridico dell'intermediazione di calciatori professionisti	228
3.1 Cenni sull'attuale disciplina dell'intermediazione sportiva e il Regolamento FIFA	228
3.2 L'oggetto dell'attività degli intermediari sportivi: la prestazione di servizi	229
4. L'applicazione dell'IVA alla prestazione di servizi: richiamo dei principi generali di uguaglianza e di proporzionalità	229
5. Riflessioni conclusive sulle modalità applicative dell'IVA all'attività di intermediazione sportiva	230

IL POTERE DI CONTROLLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO NEL GIUDIZIO SPORTIVO

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 20 dicembre 2018, n. 7165

di <i>Piero Sandulli</i>	233
1. Posizione del tema	234
2. I poteri della procura generale per lo sport	234
3. Il limite dell'autonomia della giustizia sportiva	237
4. Profili di costituzionalità	239
5. Conclusioni	240

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. del 29 novembre 2018, VI sez., causa 548/17	245
---	-----

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 20 dicembre 2018, n. 7165	253
---	-----

Editoriale RDES 3/2018

LO SPORT ITALIANO MERITA UNA RIFORMA ORGANICA

di *Piero Sandulli**

1. La legge di bilancio per l'anno 2019: analisi del testo normativo

La legge di bilancio per l'anno 2019, avente numero 145 del 30 dicembre 2018,¹ con il comma 633, dell'articolo 1, si è occupata anche dell'organizzazione sportiva, modificando nome e funzioni della società CONI Servizi.

Invero, accantonate le norme relative alla giustizia sportiva, con la mancata conversione del decreto legge n. 115 del 2018,² l'Esecutivo ha ritenuto di doversi occupare dello sport prendendo le mosse dalla riforma della società per azioni "CONI Servizi S.p.A." istituita con la legge dell'8 agosto 2002, n. 178. Detta società, come prevedeva l'articolo 8 della legge sopra ricordata, era stata istituita quale soggetto di cui il Comitato Olimpico poteva avvalersi per l'espletamento dei propri compiti (compiti dettati dal decreto legislativo del 23 luglio 1999, n. 242).

Nel riformare la normativa prevista dalla legge 178 del 2002, la finanziaria ha introdotto significative modifiche: ha previsto la stipula di un contratto di servizio tra il CONI e la società di servizi (comma 633, parte I, lettera a), chiarendo che l'organo di Governo preposto al controllo del CONI non sarà più, come in precedenza stabilito dall'articolo 1 del decreto legislativo 242 del 1999, il Ministero per i beni e le attività culturali, bensì "l'autorità di Governo competente in materia di sport" (comma 633, parte I, lettera b); è stato disposto il mutamento di denominazione della società di servizi del CONI che per il futuro verrà denominata "Sport e salute

* Titolare delle cattedre di Diritto processuale civile e di Giustizia sportiva nell'Università degli studi di Teramo, Presidente della Corte Sportiva di Appello della FIGC, Presidente della Commissione di garanzia della FIN.

¹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 302, Serie Generale, 31 dicembre 2018.

² Decreto contenente Disposizioni urgenti in materia di giustizia amministrativa, di difesa erariale e per il regolare svolgimento delle competizioni sportive. (18G00143), Gazzetta Ufficiale n. 233 del 6 ottobre 2018.

S.p.A.”. Dopo queste modifiche idonee a sgombrare il campo da prevedibili equivoci, in particolare quella che cambia l’autorità di vigilanza nell’ambito dell’Esecutivo, la legge finanziaria n. 145 del 30 dicembre 2018 inserisce alcune rilevanti previsioni contenute nei commi 4, 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater* dell’articolo 8 della legge n. 178 del 2002.³

In sostanza l’Esecutivo ha inteso modificare le modalità di gestione e di nomina dei componenti del Consiglio di amministrazione della società Sport e salute (che per il suo stesso nome è resa autonoma dal CONI), chiarendo che gli organi di vertice della società sono incompatibili con quelli apicali del CONI e delle singole federazioni nazionali, nonché delle discipline associate; essi saranno espressione dell’autorità di Governo competente in materia di sport, mentre il collegio sindacale della stessa società verrà designato dal Ministero dell’economia e delle finanze.⁴

³ Al fine di consentire una comprensione della normativa in parola si inseriscono di seguito i commi modificati e/o aggiunti alla legge n. 178 del 2002, ricordati nel testo. “4. *Le azioni sono attribuite al Ministero dell’economia e delle finanze. La società è amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre membri di cui uno con funzioni di presidente. Il presidente è nominato dall’autorità di Governo competente in materia di sport previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, ha la rappresentanza legale della società, presiede il consiglio di amministrazione di cui è componente e svolge le funzioni di amministratore delegato: Gli altri componenti sono nominati rispettivamente dal Ministro della salute e dal Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti. Fermo quanto previsto dall’articolo 11 del testo unico di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dell’autorità di Governo competente in materia di sport, previo parere del CONI, sono stabiliti ulteriori requisiti manageriali e sportivi necessari per le nomine degli organi della società. Gli organi di vertice della società sono incompatibili con gli organi di vertice del CONI, nonché con gli organi di vertice elettivi delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, dei gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite; l’incompatibilità perdura per un biennio dalla cessazione della carica. Il presidente del collegio sindacale della società è designato dal Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri componenti del medesimo collegio dall’autorità di Governo competente in materia di sport. 4 bis. Nelle more dell’adozione degli atti di nomina di cui al comma 4 gli organi in carica possono adottare atti di straordinaria amministrazione esclusivamente previo parere conforme dell’autorità di Governo competente in materia di sport. Resta ferma la possibilità di adottare gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità. 4 ter. Per il finanziamento delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, dei gruppi sportivi militari e dei corpi civili dello Stato e delle associazioni benemerite, la Sport e salute Spa istituisce un sistema separato ai fini contabili ed organizzativi, che provvede al riparto delle risorse, da quantificare quali contributi pubblici, anche sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI in armonia con i principi dell’ordinamento sportivo internazionale. Per l’amministrazione della gestione separata il consiglio di amministrazione dello Sport e salute Spa è integrato da un membro designato dal CONI quale consigliere aggiunto. In caso di parità prevale il voto del presidente. 4 quater. In caso di gravi irregolarità nella gestione o di scorretto utilizzo dei fondi trasferiti, fermo restando quanto previsto dall’articolo 7, comma 2, lettere e) e f), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, l’autorità di Governo competente in materia di sport può procedere alla revoca totale o parziale delle risorse assegnate ai sensi del comma 4 ter”.*

⁴ Nuovo comma 4 dell’articolo 8 della legge n. 178 del 2002.

A seguito della modifica prevista dal comma precedente, nel periodo di tempo occorrente per la nomina dei nuovi organi della società “Sport e salute” gli amministratori in carica potranno esercitare attività di straordinaria amministrazione solo “previo parere conforme dell’ autorità di Governo”. Agli stessi amministratori sarà, comunque, consentito l’espletamento dell’attività ordinaria e di quella indifferibile ed urgente, purché adeguatamente motivata.⁵ Con il comma 4 *ter* viene istituito “un sistema separato, ai fini contabili ed organizzativi, che provvede al riparto delle risorse, da quantificare quale contributi pubblici, sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI”. In sostanza si determina una nuova modalità di finanziamento dello sport, che vede il CONI non più come autonomo gestore, bensì come amministratore di fondi pubblici per l’organizzazione di eventi sportivi di natura internazionale, quali ad esempio le olimpiadi.

Infine, il comma 4 *quater* prevede che, in caso di gravi irregolarità nella gestione dei fondi trasferiti, l’ autorità di Governo competente in materia di sport può procedere alla revoca totale o parziale delle risorse assegnate.

2. *Considerazioni critiche*

Ancora una volta lo sport subisce una modifica parziale, legata alla gestione dei fondi per la sua promozione e per la gestione dell’attività agonistica. Anche questa normativa si inserisce in un contesto nel quale si perde di vista la dignità dell’azione sportiva, sia sotto il profilo educativo, che dal punto di vista agonistico, senza, peraltro, considerare i benefici che una corretta e costante pratica sportiva arrecano alla popolazione.

Invero, all’inizio di una nuova legislatura si è persa l’occasione di dar vita ad una riforma complessiva delle regole che presiedono al mondo dello sport. Come è noto le norme previste per dare regole all’organizzazione sportiva sono spesso intervenute per gestire una emergenza già verificatasi nel settore: così è stato per la legge 91 del 1981,⁶ intervenuta a sanare una situazione pericolosa conseguita al sequestro del “mercato dei calciatori”, ordinato dal Pretore del lavoro di Milano nel 1979; analogamente è accaduto nel 2003, con la legge 280,⁷ intervenuta a dettare norme di giustizia sportiva, dopo che in quell’estate erano insorti non pochi conflitti tra giudici sportivi e la giustizia amministrativa statale; anche le norme in materia di doping⁸ e di tutela alla salute⁹ sono intervenute per dettare

⁵ Comma 4 *bis* dell’articolo 8 della legge n. 178 del 2002.

⁶ Legge 23 marzo 1981, n. 91, Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti, Gazzetta Ufficiale n.86 del 27 marzo 1981.

⁷ Legge 17 ottobre 2003, n. 280, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva”, Gazzetta Ufficiale n. 243 del 18 ottobre 2003.

⁸ Legge 14 dicembre 2000, n. 376, Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping, Gazzetta Ufficiale n. 294 del 18 dicembre 2000.

⁹ Decreto 19 maggio 2005, Modalità di attuazione delle disposizioni contenute nell’art. 7 della legge 14 dicembre 2000, n. 376, recante «Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping», Gazzetta Ufficiale N. 127 del 3 giugno 2005.

regole relative a fenomeni già “esplosi” nel settore sportivo. Alla luce di tali circostanze era opportuno e possibile dare vita a una serie di deleghe, conferite all’Esecutivo, che potessero porre mano ad una riforma organica dell’autonomia e dell’organizzazione sportiva.

A distanza di molti anni dalle regole dettate per il professionismo sportivo:

- a) è necessaria una normativa che possa finalmente uscire dall’equivoco tra professionisti e non professionisti, ingenerato dalla legge del 1981;
- b) è necessario che vengano previste norme per la individuazione e caratterizzazione delle società sportive, che possano dare ad esse una specifica normativa che tenga conto dell’attività di rilievo sociale svolta;
- c) è opportuno rivedere, in modo organico (e non a carattere d’urgenza ed occasionale, come è avvenuto con il decreto 115 del 2018), la materia della giustizia sportiva;
- d) sarebbe necessario dettare regole per la costruzione di impianti sportivi (è auspicabile che tutte le società di serie A del calcio vengano spinte a dotarsi di impianti di proprietà) che possono ricevere adeguati finanziamenti dalla banca pubblica “Credito sportivo”.

3. *Conclusioni*

L’augurio che gli studiosi del diritto e della giustizia sportiva, divenute materie di insegnamento in molte università, debbono formulare, per l’anno che oggi si avvia, è quello di poter finalmente ottenere una riforma organica dello sport che possa assegnare ad esso la piena dignità costituzionale che, fino ad oggi, non è stata completamente realizzata con norme che siano il prodotto di approfonditi ed accurati studi non più destinati a porre rimedio ai guasti dettati dall’emergenza, bensì in grado di regolamentare in modo sistematico il settore, tanto da promuoverne la necessaria crescita che consenta al Paese di continuare a primeggiare nell’ambito sportivo ed organizzativo.

Purtroppo, la riforma della società di servizi del CONI, collocata in un contesto spurio (quale quello della finanziaria) non lascia bene sperare.

Roma, 31 dicembre 2018

Piero Sandulli

Nel presente volume sono pubblicati i seguenti saggi (le sintesi che seguono sono nella lingua di redazione dei saggi stessi):

THE AC MILAN - UEFA FINANCIAL FAIR PLAY CASE: A DETAILED EXAMINATION

by *Paolo Torchetti and Alessandro Mosca*

The article provides a detailed examination of the CAS Award 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA and, more generally, of the AC Milan – UEFA Financial Fair Play case, which presents legal commentators with some interesting issues.

Although the aforementioned CAS Award, when referring back the case to the UEFA CFCB for redetermination, is not completely focused on the financial details, the authors explain the substantive aspects of the UEFA FFP violations in the AC Milan case. Specifically, the authors focused the attention on three particular issues that arose under the UEFA FFP regulations that have led to the UEFA CFCB sanction: (1) the change of ownership and the pledge of security; (2) the valuation of income generated and the business plan; and (3) AC Milan's ability to operate on a going concern.

Despite the broadness of the topic and the difficulty in determining a proportionate sanction due to the scarcity of information and relevant jurisprudence publicly available, the article further compares similar precedent cases with the purpose of finding analogies, specifically with regard to the “break-even requirement”. Nevertheless, the change in ownership at AC Milan is like nothing seen in other cases, where even the actual identity of the shareholders was unclear.

The authors further provide a legal examination of the CAS Award and specifically of the scope of panel's review, which potentially influenced the integrity of the UEFA Europa League. Finally, the article highlights the difficult proposition to expect UEFA to adequately review all licensing applications with a fine-tooth comb in a short time frame, above all when one of the most recognisable brands in world football has passed through two complicated changes of ownership, applying for a voluntary agreement on 1 December 2016 and without having a final and binding decision yet.

GOOD GOVERNANCE AND THE MULTIPLE CHALLENGES TO THE DOMESTIC LEGAL ORDER OF SPORTS ORGANIZATIONS

by *Durante Rapacciuolo*

The Author reviews the considerable risks of undermining the independence and self-regulation of the sports organizations, which lurk either in the political authorities' actions or in the case law of national or international ordinary jurisdictions ruling on sports issues.

The currently critical relationship between the State and international authorities or the state jurisdictions and the sports organizations is carefully tested by investigating two cases.

The first recent case is the World Anti-Doping Agency decision of reinstating the Russian Anti-Doping Agency. The second one is the Belgian Appeal Court interim ruling on the Belgian illegality of the FIFA general arbitration clause, which reserve the football settlement disputes to the CAS, excluding for the stakeholders the choice of seizing any ordinary court.

The Author streamlines the complex concept of good governance and the European works on its principles applicable to sport, focusing the attention on their impact on the sports organization decision-making process.

THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT: TIME FOR A REFORM?

by *Luca Pastore* and *Luca Smacchia*

In this article the authors analyse the current dispute resolution system provided by the Court of Arbitration for Sport, focusing on some controversial aspects.

As a matter of fact, in the last thirty years many decisions delivered by state courts and the European Court of Human Rights investigated the structure of the Court of Arbitration for Sport, examining in particular the debated aspects of its independence and the transparency of its proceedings.

Despite some critical issues not yet resolved, the authors highlight the essential role played by the Court of Arbitration for Sport in the current legal framework, which requires the presence of a unique institution with global jurisdiction over sports-related disputes.

However, precisely because of the key role played by the CAS, urgent reform addressing the weak spots of the current system is much needed. This contribution suggest some improvements that should be implemented in the view of the authors in order to avoid possible future disruptive decisions that might jeopardise the role of the Court of Arbitration for Sports as international supreme court in the sports world.

LO SPORT AI TEMPI DEL GDPR

di *Manlio D'Ambrosi* e *Tullio Tiani*

Il Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, noto anche come “GDPR”, sta avendo un impatto significativo sulla vita di ogni soggetto, a partire dalla data in cui è divenuto applicabile, nel maggio del 2018.

Risulta, quindi, necessaria un’adeguata analisi dell’applicazione di questa normativa europea nel mondo del diritto sportivo. Lo scopo di questa breve dissertazione, infatti, è quello di fornire all’interprete gli strumenti appropriati per essere in grado di orientarsi correttamente in questa nuova esperienza.

Gli Autori, non potendo analizzare tutti gli innumerevoli aspetti che riguardano la congiunzione tra Sport e GDPR, si soffermano su quelli più problematici

e che risultano più frequenti nell'adeguamento aziendale dei soggetti giuridici interessati.

Al fine di orientare il lettore, la breve dissertazione inizia con l'evoluzione della privacy e della protezione dei dati attraverso la Storia, per giungere a delineare i contorni della corretta interpretazione giuridica delle norme europee e nazionali coinvolte. Successivamente, ci si sofferma sulle nozioni, sui ruoli e sulle nuove sanzioni introdotte con il GDPR.

Dopo questa sezione introduttiva, gli Autori calano le nuove disposizioni all'interno del mondo dello Sport, tenendo conto della specificità delle norme sportive ed evidenziando il ruolo fondamentale delle informative nel rapporto tra titolari (federazioni, società ed associazioni sportive) ed interessati al trattamento dei dati personali (atleti, tesserati, dipendenti, etc.).

Particolare attenzione, inoltre, viene dedicata all'utilizzo dei dati dei minori che praticano attività sportive.

Con il nuovo Regolamento, l'Unione Europea ha introdotto nuovi diritti fondamentali per i suoi cittadini: è opportuno e doveroso esaminarli in tutte le loro possibili applicazioni, per poterli tutelare nel miglior modo possibile.

PROCURE FEDERALI E PROCURA GENERALE DELLO SPORT TRA ORDINAMENTO GIURIDICO SPORTIVO E ORDINARIO: UN'ANALISI SISTEMATICA ALLA LUCE DELLE EVOLUZIONI NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

di *Neil Andrew MacLeod*

Il 17 luglio 2018 il Procuratore Generale dello Sport, il generale dei Carabinieri Enrico Cataldi, presentava le proprie dimissioni irrevocabili nelle mani del Presidente del CONI. Il cambio al vertice del massimo organo inquirente e requirente della Giustizia sportiva italiana, assieme all'emanazione nel corso del 2018 di diverse pronunce del Collegio di Garanzia dello Sport, hanno stimolato una indagine più approfondita sugli istituti della Procura Generale dello sport e delle Procure federali, sui profili normativi e sulle problematiche di questi organismi essenziali per il corretto svolgimento delle attività federali.

L'analisi, di matrice sistematica, parte da un raffronto metodologico con il Codice di Procedura Penale Italiano per arrivare ad analizzare i poteri inquirenti e requisitori della Procura Federale. Il testo evidenzia incongruenze e vuoti normativi quali la mancanza di procedure e tempistiche certe per l'apertura delle indagini ed il potere di nomina dei componenti degli uffici di Procura Federale in capo ai Consigli Federali, organismi di indirizzo politico, che non sempre garantisce all'organo la terzietà richiesta dallo Statuto del CONI. Viene evidenziato, ai fini di un corretto espletamento dell'incarico di Procura, l'aspetto onorifico dello stesso, nonché la rilevanza della figura di Procuratore Federale al di fuori dell'ordinamento sportivo, con la conseguente assunzione di oneri che potrebbero comportare anche responsabilità di natura penale.

Alla luce delle pronunce del Collegio di Garanzia dello Sport numero 9, 10 e 21 del 2018, si analizzano i profili di operatività della Procura Generale dello Sport, i suoi poteri requisiti esclusivi, nonché le modalità di coordinamento con le Procure Federali.

L'inquadramento complessivo degli istituti, spunti di riflessione ed alcune ipotesi di riforma rendono l'articolo un prezioso strumento operativo sia per l'avvocato difensore che per l'aspirante a ricoprire un ruolo in una Procura Sportiva.

MEDICINA SPORTIVA E RESPONSABILITÀ CIVILE: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

di *Gabriele Toscano*

Il contributo analizza alcuni spunti critici sull'attualissimo tema della responsabilità civile del medico sportivo.

L'autore, partendo dalle nozioni generali della medicina sportiva ripercorre in un primo momento il ruolo del medico sportivo all'interno del contesto sanitario e sportivo per poi andare ad affrontare la struttura delle varie tipologie di visite mediche a cui l'atleta dovrà sottoporsi a seconda della tipologia dello sport da praticare.

Nell'ambito di questa trattazione ampio respiro è stato dato al tema delle linee guida e delle precauzioni che il medico sportivo deve rispettare per evitare di essere coinvolto in un giudizio di responsabilità alla luce delle recenti riforme come il Decreto Balduzzi e la Legge Gelli-Bianco. In proposito l'autore propone prima una riflessione completa ed accurata riguardo alle più importanti vicende che hanno visto perire numerosi atleti in diverse discipline sportive proponendo un *excursus* storico dal caso di Renato Curi fino ad arrivare a quello di Davide Astori. In seguito l'autore passa ad affrontare i profili di responsabilità civile anche con brevi riferimenti alle diverse tipologie di sport praticati, uno tra tutti la *noble art* della *boxe* in considerazione di un regolamento sanitario molto scrupoloso ed attento alla prevenzione degli incidenti. Il saggio si conclude con una riflessione dell'autore riguardo alle prospettive future della professione del medico sportivo e della medicina sportiva in generale con l'auspicio di un intervento da parte dello Stato italiano volto a fare tornare lo sport al centro dell'agenda politica per una migliore allocazione delle risorse economiche da destinare al mondo dello sport e, soprattutto, alla ricerca scientifica.

ASSOCIAZIONI SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON LUCRATIVE E SOCIETÀ SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON LUCRATIVE: GLI ULTIMI CHIARIMENTI DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE N. 18/E DEL 2018

di *Pasquale Della Corte*

Il contributo illustra i principi che sembrerebbero emergere dalla Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 18/E, dal titolo "*Questioni fiscali di interesse delle*

associazioni e delle società sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, emerse nell'ambito del Tavolo tecnico tra l'Agenzia delle entrate ed il Comitato Olimpico Nazionale Italiano", pubblicata il 1° agosto 2018.

Il lavoro muove dal presupposto che tale intervento di prassi amministrativa rappresenta, per gli operatori del settore, un valido strumento volto a risolvere e/o ridurre i dubbi interpretativi, sorti nell'ambito di un quadro normativo frammentario ed in continua evoluzione.

L'Agenzia, in generale, ha trattato temi connessi alle previsioni agevolative concernenti il regime tributario delle ASD e SSD e, in particolare, ha fornito la risposta a taluni profili riguardanti l'applicazione del regime fiscale previsto dalla L. n. 398/1991 (di cui possono beneficiare sia le ASD che le SSD), ha esaminato quesiti specifici con riferimento al beneficio fiscale previsto dall'art. 148, comma 3, D.P.R. n. 917/1986 (TUIR) ed ha affrontato specifiche questioni in materia di imposta di bollo per taluni organismi sportivi.

In tale contesto, l'analisi operata si è concentrata sugli aspetti riferiti alla Comunicazione preventiva alla SIAE, alla tracciabilità degli incassi e dei pagamenti degli enti sportivi, al plafond di cui alla L. n. 398/1991, alla definizione delle attività connesse agli scopi istituzionali degli enti sportivi, ai controlli ed agli accertamenti fiscali, al principio di democraticità degli enti sportivi nonché al Modello EAS.

Il contributo, inoltre, ha affrontato la tematica della c.d. riforma del Terzo Settore (D.Lgs. n. 117/2017, Codice del Terzo Settore o CTS, e D.Lgs. n. 112/2017, riferito all'Impresa Sociale), considerata l'espressa previsione in tal senso della Circolare, atteso che l'organizzazione e la gestione di attività sportive dilettantistiche rientrano tra quelle di interesse generale in cui operano gli Enti del Terzo Settore (ETS) per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Dall'analisi condotta emerge, quindi, come la Circolare, da una parte, abbia fornito talune indicazioni risolutive di casi concreti e, dall'altra, offra molti spunti, sui quali gli organi direttivi degli enti sportivi dilettantistici dovranno necessariamente operare ulteriori riflessioni, anche in chiave sistematica e prospettica, senza tralasciare di considerare la c.d. riforma del Terzo Settore, a tutt'oggi ancora *in fieri*.

I PRINCIPI GENERALI DI UGUAGLIANZA E PROPORZIONALITÀ IN MATERIA DI IVA: L'INTERMEDIAZIONE DEI CALCIATORI PROFESSIONISTI COME "TERRENO DI GIOCO"

di *Ilaria Sticchi*

La sentenza C-548/17 della Corte di Giustizia europea, pronunciata il 28 novembre 2018, offre lo spunto per affrontare il tema dell'esigibilità dell'IVA in relazione alle prestazioni di servizi delle società di intermediazione dei calciatori professionisti, secondo i principi generali dell'ordinamento europeo, ovvero i principi di uguaglianza e proporzionalità.

Il tema è di interesse se si considera il valore finanziario del business sportivo legato ai contratti di intermediazioni di calciatori professionisti e i potenziali contenziosi che possono sorgere rispetto ad una non chiara applicazione della norma tributaria europea a livello nazionale.

Nel commento a sentenza si analizzano le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con riferimento al calcolo dell'imposizione indiretta delle provvigioni ricevute da una società tedesca a fronte dei servizi di intermediazione resi in occasione del trasferimento di un calciatore.

Nel caso in esame, l'IVA è stata applicata dalla società contribuente secondo il principio di cassa, ossia all'atto di ogni singolo pagamento effettuato dalla società di calcio in favore di quella di intermediazione. L'amministrazione finanziaria tedesca ha ritenuto, invece, che, alla luce del «principio della contabilità per competenza» le provvigioni dovessero essere soggette al prelievo tributario dell'IVA nell'anno fiscale in cui è stata effettuata la prestazione di servizi da parte dell'intermediario sportivo.

A seguito dell'impugnazione della società, e dell'impugnazione dell'amministrazione finanziaria tedesca, la Corte federale tedesca ha rimesso alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali volte ad interpretazione di due articoli della Direttiva IVA: (i) l'articolo 63 che pone il principio secondo il quale l'imposta relativa ad una prestazione di servizi è esigibile al momento in cui tale prestazione è effettuata, e (ii) l'art. 90 concernente il diritto alla riduzione della base imponibile dell'imposta in determinate circostanze, in particolare in caso di non pagamento del corrispettivo della prestazione.

La Corte di Giustizia, riformulando le questioni sottoposte, ha deciso di analizzare l'art. 63 in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, della medesima Direttiva IVA, che determina un momento differente in cui le prestazioni di servizi devono considerarsi «effettuate» quando le stesse «comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi», e ciò vale anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di IVA.

Per risolvere la questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia, ha fatto riferimento ad una sua giurisprudenza in merito alla definizione di prestazione di servizi e alla determinazione del relativo momento impositivo, ai sensi della Direttiva IVA, con riferimento a contratti di abbonamento aventi ad oggetto servizi di consulenza legale, commerciale e finanziaria.

Secondo i giudici di Lussemburgo, la fattispecie oggetto del procedimento principale, consistente nel negoziare il trasferimento di un giocatore ad una società calcistica per un certo numero di stagioni, e remunerata con pagamenti rateizzati e soggetti a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, può essere qualificata dal giudice nazionale come una prestazione di servizi che comporta pagamenti successivi.

La Corte di Giustizia ha chiarito che, nel caso di contratti di consulenza come quelli in esame, il presupposto dell'imposta e l'esigibilità della stessa si verificano alla scadenza del periodo per cui il pagamento è stato concordato, senza

che rilevi se e con quale frequenza il committente si sia avvalso della consulenza del prestatore.

La sentenza in commento e l'analisi svolta nella nota confortano i professionisti che svolgono o si apprestano a svolgere l'attività di intermediazione sportiva, con riferimento al profilo dell'imposizione indiretta. Dall'orientamento della Corte di Giustizia emerge che le norme in materia di IVA, ed in particolare l'esigibilità della stessa, devono sempre essere interpretate ed applicate alla luce dei principi generali di uguaglianza e proporzionalità. Solo così è possibile assicurare che un intermediario, situato in qualsivoglia Stato Membro dell'Unione Europea, sia tassato allo stesso modo di un altro intermediario situato in un altro Stato Membro, assicurando in tal modo l'applicazione uniforme dell'IVA in tutta l'Unione europea.

IL POTERE DI CONTROLLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO NEL GIUDIZIO SPORTIVO

di *Piero Sandulli*

Con la sentenza n. 7165/2018, il Consiglio di Stato ha stabilito che *“spetta agli organi della giustizia sportiva risolvere, nell'ambito del loro processo, ogni questione che a quel processo attiene, compresa l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire ed a resistere in giudizio e la valutazione della sussistenza dei presupposti processuali, oltre che delle condizioni per l'erogazione della sanzione disciplinare”*.

L'Autore analizza il *decisum* del Collegio, con particolare attenzione al tema del riparto della competenza tra giudici statali e giudici sportivi e, prendendo le mosse da tale pronuncia, fa chiarezza sui criteri che regolano i rapporti tra la procura generale dello sport e le procure nazionali, con le singole federazioni e le rispettive procure, nel caso di esercizio dell'azione disciplinare nei confronti degli associati.

Dopo aver ricostruito la normativa vigente in materia ed esaminato la consolidata giurisprudenza, la nota conclude riconoscendo piena conformità all'impianto costituzionale della legge n. 280/2003, che ha sancito l'autonomia dell'organizzazione sportiva e della giustizia associativa da essa derivante, auspicando, tuttavia, un chiarimento normativo nell'ambito del codice di giustizia sportiva, sul tema del giudizio di rinvio operato dal Collegio di garanzia per lo sport, sedente presso il CONI.

Roma – Bruxelles, 31 Dicembre 2018

Michele Colucci

Durante Rapacciuolo

THE AC MILAN - UEFA FINANCIAL FAIR PLAY CASE: A DETAILED EXAMINATION

by *Paolo Torchetti* and *Alessandro Mosca**

ABSTRACT: AC Milan, winners of 18 FIFA and UEFA trophies and 18 scudetti, is one of the most recognisable brands in world football. Despite their notoriety the rossoneri are not immune from the financial problems that have plagued the football world nor are they exempt from the reach and applicability of the new regime governing club football known as Financial Fair Play (FFP). During the UEFA Europa League licensing process leading into the 2018/2019 season the Investigatory Chamber of the UEFA Club Financial Control Body (CFCB) opened proceedings against the Italian giants looking into, inter alia, potential violations of the break-even requirement further to the UEFA FFP Regulations. At the moment of publication of this article the ultimate resolution of this dispute is still pending. For the moment, however, the AC Milan case presents legal commentators with some interesting issues. At the outset, we have a public decision that details the financial aspects in relation to the break-even point as well as an explanation of a complicated transaction that resulted in the change of ownership of a football club. Although the CAS award is not completely focused on the financial details, the authors explain the substantive aspects of the UEFA FFP violations in the AC Milan case. Moreover, the case raises many procedural considerations, such as the ability of the CAS to review a discretionary decision to enter into voluntary settlements, which will be explained. In addition, the authors note that the private nature of FFP decisions and settlements make it particularly difficult for practitioners to receive any type of judicial guidance in the interpretation and application of the FFP regulations. This feature of the system will be explained within the context of the licensing process. Finally, the complicated nature of the financial fair play licensing process presents UEFA with some difficulties in ensuring the integrity of competitions. Here, the authors will examine and explain the CAS decision and discuss some of the ramifications that it will have to the UEFA financial fair play regime.

Keywords: UEFA Financial Fair Play; Proportionality; Scope of Review; Integrity.

SUMMARY: 1. The merits of the appeal: the two-year sanction is disproportionate – 1.1 Change in ownership, reporting perimeter and capital injection – 1.2 Income projections and the valuation of future cash flow – 1.3 AC Milan operating on a going concern – 1.4 The scope of review – 1.5 Conclusions regarding the substantive merits of the appeal – 2. Settlements, privacy, proportionality amid the MCFC and PSG Cases – 3 Integrity of competitions – 4 Conclusion

* Ruiz-Huerta & Crespo Sport Lawyers Valencia – Spain. E-mails: ptorchetti@ruizcrespo.com and amosca@ruizcrespo.com.

1. The merits of the appeal: the two-year sanction is disproportionate

The publication of the CAS award¹ presents practitioners in the area with a fresh decision analysing the UEFA FFP regulations, where judicial analysis and interpretation is otherwise sparse. One of the main criticisms of FFP decisions and settlements is that they do not detail the financial aspects of transactions that are the subject of review leaving practitioners with little guidance as to how the regulations, from a detailed financial perspective, are applied and interpreted. For the moment it is worthy to note that the AC Milan award does not offer too much analysis and interpretation of the FFP regulations as it focuses on several procedural issues.

To this end the authors consider it necessary to explain the series of transactions and the financial details that caught the ire of the UEFA CFCB and to look at the substance of the FFP Regulations. Because the CAS award does not holistically review AC Milan's financial situation, it will look at the substance of the financial circumstances that have been made public and how the FFP regulations could be applied to these circumstances. From a substantive perspective the CAS award focuses on three particular issues that arose under the UEFA FFP regulations that have led to the UEFA CFCB sanction: (1) the change of ownership and the pledge of security; (2) the valuation of income generated and the business plan; and (3) AC Milan's ability to operate on a going concern. Although the three issues are related and intertwined each will be discussed separately for the sake of clarity.

1.1 Change in ownership, reporting perimeter and capital injection

Behind the backdrop of AC Milan's financial problems Mr. Silvio Berlusconi, through his holdings in Fininvest S.p.A. decided to sell his interests in AC Milan in 2016. Initially a preliminary agreement was signed with the Chinese investment management company Sino-Europe Sports Investment Management Changxing Co. Ltd. to acquire a 99.93% of AC Milan from Fininvest S.p.A. for approximately EUR 740 million. Ultimately this deal was completed whereby Fininvest S.p.A. sold 99.93% of its shares to a newly incorporated entity Rossoneri Sport Investment Lux, which was a holding company that was, at that time, controlled by a Chinese investor, Mr Li. In order to finance sale, the holding company entered into a loan agreement with another company, Project Redblack S.a.r.l., for Euro 202 million. This other company, Redblack, is controlled by Elliott Management, an American fund management and private equity firm.

What is crucial throughout these series of transactions is that the loan provided by Redblack to the Rossoneri holding company was secured against the shares of both AC Milan and the holding company. This is a central detail as Elliott

¹ The Award is published the 1 October 2018, CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA.

ended up gaining possession of AC Milan for the value of the security that was put up. In June 2018, the *Rossoneri* holding company failed to make the required Euro 32 million capital contribution. In its place as the secured creditor Redblack injected the full amount in the holding company's place. Subsequently the *Rossoneri* holding company failed to repay the relevant amount, which was in effect a loan, back to Redblack. As the *Rossoneri* holding company defaulted on the terms of this agreement Redblack was entitled to the security covering the loan which was the shares of the *Rossoneri* holding company itself. The result is that, Redblack, controlled by Elliott, is the new controlling shareholder of AC Milan. The equity management company, worth an estimated \$35 billion of assets, immediately pledged to inject Euro 50 million into AC Milan to stabilize its financial situation.

Although it is not clear from the information publicly available, it appears that the change in ownership is the major event that could have potentially triggered the UEFA review of AC Milan's account. This change in ownership also negatively affected UEFA's view as to whether the new ownership group will make capital injections to compensate for the shortfall beyond the acceptable deviation. This discussion will take place below within the context of the break-even threshold.

For the moment it is important to keep in mind the purpose of corporate structures and how they relate to the UEFA FFP regulations. Although the purpose of the application of UEFA FFP regulations to the parent, subsidiary and sister entities is clear, to prevent the abuse of the regulations and to determine the true financial picture of the club, a review of the regulations is warranted to demonstrate how Elliott, a newcomer to European football, found itself at the centre of this case as the award makes no comment on the underlying applicability of the regulations.

In this sense clubs have a positive obligation to provide specific financial information to demonstrate compliance with FFP including the overall legal and corporate structure of the club² including all subsidiaries, controlling entities and parent companies, which specify the percentage of ownership interest, share capital, total assets, revenues and equity.³ Moreover clubs must notify UEFA, on their own volition, with respect to any events that will result in significant changes to a financial position.⁴ In this sense Elliott became embroiled in the FFP case as it is the ultimate owner of AC Milan as the ultimately parent company under UEFA FFP Regulations.

This is due to the occurrence that related companies could be responsible either for the debt of a club or even contribute to its flow of capital. What is interesting, however, is that it is not necessarily the case as it may depend on the specific corporate laws of the relevant jurisdiction. Complex corporate structures are employed for several reasons, however one of the obvious uses of corporations

² *UEFA Licensing and Financial Fair Player Regulations*, Article 46(1) & (2).

³ *Idem*, Article 46(3).

⁴ *Idem*, Article 56(c).

is to isolate liability between entities. This is because most corporations in most jurisdictions are “limited liability” entities where a parent company will not be responsible for the debts of a subsidiary beyond amounts that have already been injected in either debt or equity and stated-capital. What is interesting, in establishing such regulations that include all related corporations, UEFA has made a clear policy choice that all related corporations ought to be accounted for when applying FFP regulations, whether or not corporate law would isolate liability. In this sense UEFA is employing the ability to compete in the world’s most prestigious club football champion as both a carrot and a stick in applying such regulations to the wide web of corporate structures now common in club football.

The question remains, however, how remote in terms of diluted ownership or connection to the football club, must the information of a related entity to a football club applying for a UEFA license, be disclosed. Simply put, article 46BIS of the UEFA FFP Regulations require that all information within the “reporting perimeter” must be disclosed. What constitutes the reporting requirement within the “reporting perimeter” has been the subject of CAS cases and provides for an interesting academic examination.

Despite qualifying to compete in the Europa League the Romanian club FC Petrolul Ploiesti was experiencing severe financial difficulties which resulted in the inability to meet its financial obligations. Amid public reports that members of the club’s leadership were put under house arrest for unpaid taxes and fraud⁵ the club accumulated overdue payables to other football clubs and social/tax authorities.

Previous to this period the Club and three partners established “Lupii Galbeni 2012,” an association intended to further the practice of sport within the city of Ploiesti. The municipality of Ploiesti entered into a contract with the association where it agreed to transfer Euro 4,000,000 per year for 5 years to the association to pay the club’s players on behalf of the club. The Chief Investigator of the CFCB ordered the club to disclose the financial statements of the association under the “reporting perimeter” provision of 46bis of the FFP regulations. The club did so which revealed that the association owed a further Euro 200,000 for unpaid players’ bonuses. The club argued before the Adjudicatory Chamber of the CFCB that the additional Euro 200,000 should not be included in the calculation of the club’s overdue payables. This argument was specifically rejected and the CFCB found that the accumulation of overdue payables of Euro 519,000, including the amounts owed by “Lupii Galbeni 2012”, violated FFP regulations. The club was sanctioned and excluded from participating in the next UEFA club competition that it would have otherwise qualified unless it paid those debts.

⁵ Finanatorul Dan Capră și directorul general al Petrolului, Marius Bucuroiu, reinui pentru 24 de ore!” [Petrolul’s president Dan Capră and general director Marius Bucuroiu, arrested for 24 hours!]. DigiSport (in Romanian). 25 November 2014.

The club appealed the decision of the CFCB to attribute the Euro 200,000 owed by “Lupii Galbeni 2012” to the accounts of the club to the CAS.⁶ The CAS affirmed the decision of the CFCB. The Panel concluded that article 46bis(2) of the UEFA FFP regulations was correctly applied as the bonuses owed by “Lupii Galbeni 2012” qualify as “compensation paid to employees... arising from contractual or legal obligations” and fall within the “reporting perimeter”.⁷ A plain reading of this article reveals that it applies whether or not the entities are related. The CAS Panel did not apply the related parties provision of article 46bis (3) of the UEFA FFP regulations even though it may have had the opportunity to do so as the club was a partner in the association.

This decision is significant because (1) the “materiality” exception to the “reporting perimeter” is clarified; (2) the Adjudicatory Body of the CFCB has subsequently relied on the Panel’s decision with respect to the purpose of the FFP regulations; and (3) the Panel made some specific comments with respect to third party entities.

The exception contained in article 46bis(4)(a) excludes entities from the “reporting perimeter” if the amount is “immaterial compared with the overall group.” The Panel declared that the party seeking the exception bears the onus of demonstrating whether this exception has been satisfied.⁸ The Panel further clarified that the term “immaterial” must be interpreted narrowly and that it can refer to both the amount at issue as well as the scope of influence.⁹ The Panel agreed with the CFCB that a Euro 20,000,000 commitment over four years was not immaterial.¹⁰

In addition, the CAS echoed that the objectives of the UEFA FFP regulations include the protection of creditors by ensuring that clubs settle their liabilities punctually and, thus, the protection of the long-term viability and sustainability of European football.¹¹ This declaration has subsequently been applied by the CFCB Adjudicatory Chamber.¹²

Finally, the Panel made specific comments with respect to the use of third-party entities created for the purposes of circumventing FFP regulations. More specifically, the Panel mentioned that the aforementioned FFP objectives would be vitiated if clubs were able to transfer obligations outside of core club structures and that the “reporting perimeter” must be interpreted in such a way to ensure that clubs cannot do so.¹³

The result is that the definition of the “reporting perimeter” has been interpreted and applied narrowly and strictly which may result in the denial of

⁶ CAS 2013/A/3453 FC Petrolul Ploiesti v. UEFA.

⁷ *Idem* para. 71.

⁸ *Idem*, para. 74.

⁹ *Idem*, para. 77.

¹⁰ *Idem*, para. 78.

¹¹ *Idem*, para. 79.

¹² UEFA CFCB Adjudicatory Chamber AC-01/2015 Pallohonka Oy, para. 51.

¹³ CAS 2013/A/3453 FC Petrolul Ploiesti v. UEFA, at para. 79.

future UEFA licenses, should other clubs attempt to transfer obligations to third parties, related or not.

As applied to the AC Milan case, although the corporate structure may appear complicate, it is not viewed through the lens of the UEFA FFP Regulations. Simply put a holding company was established to acquire the shares of AC Milan, and a secured creditor view the pledge of the shares of the club itself provided the necessary funds. Once that the holding company defaulted on its financial obligations, Elliott, the ultimate shareholder as the parent company, is included in the “reporting perimeter”. In AC Milan’s case the fact that such a wealthy and financially stable parent corporation ended up as the ultimate shareholder contributed to the occurrence that the CAS considered that the 2-year prohibition from competing in UEFA competitions was disproportionate where it was clear that Elliott could afford the capital injections necessary to cover the amount of debt in excess of the break- even point.

1.2 Income projections and the valuation of future cash flow

The heaviest burden placed on clubs by the UEFA FFP regulations is the break-even result. Simply put, the break-even result requires that clubs ensure that their expenses are not greater than their gross revenues. In this sense the “break-even” result is the difference between “relevant income” and “relevant expenses”.¹⁴ This “break-even” result must be calculated for every period. The “aggregate break-even result” is the sum of the “break-even” results from three reporting periods, the current and the previous two reporting periods. A “reporting period” is defined as a date ending on a closing date. It must not necessarily coincide with a football season and could be the reporting year end for the club from an accounting perspective.

One of the more controversial aspects of FFP is the notion of an “acceptable deviation.” This concept is an exception to the rule that clubs that spend more than they make are not offside the “break-even result”. This means that a club is able to run a deficit to a certain extent.

The acceptable deviation applicable to the years at issue in the AC Milan case is Euro 5 million. Such amount can be increased up to a final maximum amount of Euro 30 million, provided that such increase is entirely covered by contributions from equity participants and/or related parties and not in issuing debt or equity. Therefore, there must be a capital injection in cash, usually paid in escrow for the exclusive use of the club’s operations.

These series of rules are relevant to the AC Milan in two ways. Firstly, the quantum of the acceptable deviation and who was going to inject the capital was a major issue. Secondly, because settlements and/or awards dealing with FFP can impose spending plans going forward the projection of income as it is

¹⁴ *Supra* note 2, Article 60(1).

included in calculating the break-even point in coming years could also be a contentious issue, as it was too in this case.

In the first sense, as was explained above, there was great uncertainty as to who held controlling interest in the club as it went through the UEFA audit. Initially there was a holding company set up as a vehicle to purchase the shares by a non-related party from Silvio Berlusconi. In order to finance the purchase of those shares the holding company took a loan from a lender that was not involved in the football world in exchange for the security in the form of the club itself. When the holding company defaulted on the payment of that loan the shares of AC Milan vested in the hands of Elliott. The issue for UEFA, it appears is the unknown identity of this new owner who was new to club football, despite its wealth, and whether it intended to financially support the club.

In this sense we note that UEFA alleged that quantum of AC Milan's breach of the break-even requirement beyond the acceptable deviation was Euro 121 million. The club did not contest this figure. What was contested was the veracity of UEFA's claim that the new owners would not make up the deficit. During UEFA's review AC Milan provided the CFCB with financial information for the 2015, 2016 reporting periods and the first 6 months of 2017, which showed an aggregate break-even deficit of approximately Euro 146 million. One of the issues between AC Milan and the UEFA CFCB was the guarantee of a capital injection by the ultimate equity owner of the club to cover this break-even deficit. In this sense, during the investigative phase when the parties were attempting to enter into a voluntary agreement, UEFA asked that this ultimate shareholder, which, ostensibly was Elliott, forward Euro 165 million to an escrow account for this purpose. At this time AC Milan failed to provide proof that this was done and the UEFA CFCB refused to enter into a voluntary agreement.

Although there are issues in the valuation of the club's projected revenue and expenses, it is the guarantee of this amount that triggered the sequence of events that resulted in the parties appearing before the CAS to resolve the dispute. The issue was that despite the valuation problems, there was no financial guarantee that the club could operate as a going concern without the access to this capital contribution. This, clearly, was complicated by the change in control of the football club, that changed hands from Mr. Berlusconi, to a holding company controlled by Mr. Li to ultimately an American asset management fund, within a 2-year period. This appeared to be a major issue for UEFA as, in their mind, it appeared that no one was taking ownership of the financial mess.

The result is that UEFA did not offer to enter into a voluntary settlement with the club and a further hearing was ordered where AC Milan provided further information and documentation in the form of consolidated financial statements with certain projections going forward. To make a long story short the Investigatory Chamber of the UEFA CFCB was not satisfied that AC Milan did not meet the requirements of the FFP regulations and the case was referred to the Adjudicatory Chamber. In the review of the break-even point and the facts and circumstances

of the change in ownership the Adjudicatory Chamber of the UEFA CFCB determined that AC Milan is prohibited from participating in the next UEFA club competition for which it would otherwise qualify for the next 2 seasons, which at that point were the 2018/2019 and the 2019/2020 competitions.

Ultimately the CAS made several comments regarding the change in ownership and made a factual finding that Redblack, through the holding company, became the new controlling shareholder of AC Milan. More specifically, the CAS noted the financial strength of AC Milan's ultimate shareholder as follows:¹

- Elliott is a well-known company that manages approximately USD\$ 35 billion of assets;
- its strongest asset was founded in 1977 which is one of the longest standing funds of its kind;
- Elliott made it clear via a press release that it supports AC Milan's business plan;
- all capital injections have been made in a timely manner; and
- this change in ownership strengthened its debt situation.

The second way that the break-even point was relevant to this case is how the calculation of projected revenues can affect whether or not a resolution of an FFP violation can be rectified by putting a club on a financial plan that it can adhere to while ensuring the long-term financial viability of the club. Annex XII to the UEFA Licensing regulations speak to the ability of clubs and UEFA to enter into voluntary agreements with respect to the break-even point. It is interesting to note that the Annex XII specifically states that "*a club is eligible to apply to enter into a voluntary agreement if ... it has been subject to a significant change in ownership and/or control within the 12 months preceding the application deadline.*" This article does not read like a mandatory rule requiring UEFA to make some type of settlement offer in such cases because Annex XII goes on to specify that the "UEFA Club Financial Control Body investigatory chamber reviews each application and is free to conclude the corresponding voluntary agreement or not. Regardless, AC Milan did end up with an entity with considerably deeper pockets than the interim holding company controlled by Mr. Li, *Rossoneri*. Given these circumstances it could be argued that this case was ripe for settlement.

In any event the voluntary agreement provisions in Annex XII specifically allow UEFA and the club to agree to obligations that are applicable in future reporting periods and not just to the circumstances covered in the reporting period that is subject to the review:

"When applying for a voluntary agreement the club must:

a) submit a long-term business plan, consisting of a balance sheet, a profit and loss account and a cash flow statement which must be based on reasonable and conservative assumptions, in the form communicated by the UEFA administration, including future break-even information;

¹⁵ CAS Award CAS 2018/A/5808 AC Milan v. UEFA, para. 153.

- b) demonstrate its ability to continue as a going concern until at least the end of the period covered by the voluntary agreement;
- c) submit an irrevocable commitment(s) by an equity participant(s) and/or related party(ies) to make contributions for an amount at least equal to the aggregate future break-even deficits for all the reporting periods covered by the voluntary agreement. This irrevocable commitment must be evidenced by way of a legally binding agreement between the licensee and the equity participant and/or related party and, if required by the UEFA Club Financial Control Body investigatory chamber, it must also be secured by means of either:
- i) payments into an escrow account, or
 - ii) such other form of security as the UEFA Club Financial Control Body investigatory chamber considers satisfactory (e.g. a guarantee from another company in the legal group structure outside the reporting perimeter);
- d) demonstrate its ability to meet the targets and obligations agreed with the UEFA Club Financial Control Body investigatory chamber”.

There are several built-in possibilities to bind a club to future obligations including the imposition of a business plan, to commit to future capital injections and to meet the financial targets set out. The meeting of a business plan, of course has to do with the calculation of “relevant income” and “relevant expenses” as defined in the UEFA FFP Regulations. The FFP regulations employ a series of rules pursuing a series of objectives providing clubs with incentives and disincentives towards making certain types of expenditures and refraining from others in the definitions of “relevant income” and “relevant expenses.”

“Relevant Income” included in the calculation of the “break-even result” is generally revenues that relate to the business of football (gate receipts, broadcasting rights, sponsorship, advertising and other commercial revenues from football sources, profit on player registrations, finance income and income from tangible fixed assets), and exclude income from non-football operations.¹⁶ “Relevant Expenses” are expenses that relate to cost of sales, employees expenses, operating expenses, and expenses that relate to the purchase of players, either on a current or amortized basis.¹⁷ It is interesting to note that financing costs borne by the club and dividend payments to club owners are specifically included in the definition of “relevant expenses”,¹⁸ which may seek to limit the effectiveness of the rules, as will be discussed below.

The result is that clubs, in submitting these business plans, enjoy the incentive in overstating revenues in the business plans for the purposes of concluding a voluntary agreement and avoiding a prohibition from playing in UEFA competitions.

¹⁶ *Supra* note 2, Article 58(1).

¹⁷ *Idem*, Article 58(2).

¹⁸ *Idem*, Article 58(2).

This was precisely the case in the AC Milan case where at issue was the valuation of future revenues that related to AC Milan's revenues from future Chinese operations and payments for future participation in UEFA competition.

The valuation of revenues from future Chinese operations is an interesting one from a strategic perspective. At the time that Silvio Berlusconi sold the team to Sino-Europe Sports Investment Management Changxing Co. Ltd. with the use of a holding company controlled by Mr. Li the connection was obvious. Even with an American hedge fund controlling the team the Chinese market is quite large and the potential for growth is present. In any event, throughout the audit process, it appears that UEFA took issue with AC Milan's projections.

In this sense AC Milan submitted several projections throughout the process to UEFA, including one before the Investigatory Chamber and another during the Adjudicative portion of the procedure before the UEFA CFCB.

At the hearing before the CFCB Adjudicatory Chamber, AC Milan submitted another business plan for 2018 which demonstrated an improved net result despite revenues generated from Chinese ventures being reduced to Euro 1.65 million. As a result, AC Milan argued that the decision of the Adjudicatory Chamber of the UEFA CFCB to uphold the decision of the Investigatory Chamber is clearly wrong in light of these new facts where the Chinese revenue was substituted with other revenue streams and there were increased efficiencies in other areas. The reason for the elimination of the Chinese revenues was that AC Milan claimed that the Chinese project did not get off the ground in time. A more realistic explanation is that there never was a Chinese project as the Chinese connection never played out as Elliott had to take over the team. In any event the constant revision of the Chinese revenue projections did not lend AC Milan any credibility where the CFCB Adjudicatory Chamber expressed its doubts and pointed to this occurrence in the rejection of the voluntary agreement.

In addition, AC Milan based future revenue projected on certain sporting success that would yield payments from UEFA for competing in either the Champion or Europa Leagues. This third business plan relied on the assumption that AC Milan will participate in the Europa League in 2017/2018 and 2018/2019 and in the Champions League in 2019/2020 and 2020/2021, where it would reach the quarter finals. UEFA again questioned these assumptions and presented evidence that this is not just unlikely but unrealistic given AC Milan's recent sporting record. Here the CAS Panel made some specific comments in highlighting that the plan had built in contingencies and provided for a sensitivity analysis where it identified different scenarios in case AC Milan does not participate in the Champions League, but in the Europa League. The panel specifically said that the fact that three different business plans were presented was not a valid reason to reject the plan.

It is quite clear from the language of the award that the CAS Panel was not pleased with UEFA's outright rejection of the business plan, particularly considering the new facts, such as the change in ownership. Although it is not

explicitly mentioned, it is possible that the revised business plan demonstrate that the club was working to come up with a more credible and accurate financial strategy. Whatever the view, the Panel did come to the conclusion that the two-year prohibition was disproportionate and that in sending the matter back to the UEFA Adjudicatory Chamber it sends a clear message that UEFA ought to look at the plan and work with AC Milan to find a workable solution for all.

1.3 AC Milan operating on a going concern

In addition to the notorious break-even requirement and overdues payable provisions, there is a lesser known requirement that does not make as many headlines. Here, prospective licensee clubs must satisfy an auditor's conclusion with respect to a going concern.¹⁹ In this sense, when a club submits its annual or interim financial statements the auditor's report that accompanies these financial statements must provide an opinion or conclusion as to whether the club can continue, financially speaking, until the end of the license season.²⁰ This is merely the auditor's initial opinion with respect to the club's short term financial health as to whether it can sustain its business operations for the remainder of the football season.

This indicator is the first litmus test that acts as a "gatekeeping" rule in order to identify those clubs, as soon as possible, that may have a difficult time observing the FFP regulations. If the auditor of the financial statement provides an opinion that the club may not be in a position to operate as a matter of a going concern the UEFA CFCB may make further enquiries and examine the club under the more substantive rules; the break-even result, or the overdue payables.

In AC Milan's case both auditors' reports, which were issued by Ernst & Young, on the consolidated annual financial statements and interim financial statements had serious reservations about the club's ability to operate on a going concern where the auditors stated that "a material uncertainty exists that may cast significant doubt on the Milan Group's ability to continue as a going concern".

This was another reason identified by the CFCB Investigatory Chamber (and endorsed by the CFCB Adjudicatory Chamber) for not entering into a voluntary agreement related to an alleged risk that AC Milan would not continue as a going concern. Before the CAS AC Milan argued that assumption was incorrect and based on a quote made prior to the change in ownership in the hands of Elliott, where by operation of Italian law, are entitled to express a clean opinion and are only bound to mention in their report the statement made. Again, AC Milan pointed to the change in ownership and that as its new owner had deeper pockets and was willing to make, and did, the necessary capital injections, that there it would be able to operate on a going-concern.

¹⁹ *Idem*, Article 62(3). In, addition the UEFA CFCB has the right to request additional information where (a) employee costs exceed 70% of revenues; or (b) net debt exceeds 100% of revenues.

²⁰ *Idem*, Article 52(2)(a).

The issue of the going concern is simply an auditor's opinion and in this sense, it is either believed or it is not. There is no opportunity for the CAS Panel to make a particularly finding in this respect. In the authors' estimation that once again, similar to the business plan and the change in ownership, this is a motivating factor in the CAS Panel sending the matter back for reconsideration. An auditor's opinion is the result and culmination of many hours of work reviewing consolidated financial statements, source documents and looking at underlying assumptions that were used in the preparation of same. Moreover, it is work that is undertaken by teams of people at large financial institutions and perhaps beyond the scope of the work that can realistically be undertaken by a CAS Panel of three with the necessity to issue an award in a limited amount of time.

1.4 *The scope of review*

The Authors specifically refer to the Panel's option to issue a new decision or annul the one challenged and referring back the case to the previous instance, namely the CFCB Adjudicatory Chamber. In the case at hand, the Panel opted for the second option, where paragraph 158 of the Award states:

“Article R57 (1) of the CAS Code provides that “the Panel may issue a new decision which replaces the decision challenged or annul the decision and refer the case back to the previous instance”. In the case at hand the Panel opts to refer the case back to the CFCB Adjudicatory Chamber. In doing so the Panel respects the autonomy of the CFCB Adjudicatory Chamber to find a proportionate response based on a careful and thorough assessment of the underlying facts as provided for in Article 28 of the Procedural Rules. Furthermore, the Panel feels itself bound by the requests of the Parties. The latter have not requested that the Panel substitutes its own decision for the annulled decision of the CFCB Adjudicatory Chamber. Instead, the Appellant – specifically – requested that the case be sent back to the CFCB. In addition, the Panel finds that in light of the nature of the present proceedings (expedited procedure) the Panel is not in a position to fully investigate and assess the factual basis of this case”.

Accordingly, the Panel reasoned its decision acknowledging the autonomy of the CFCB Adjudicatory Chamber, which has therefore been considered more competent than CAS to issue a new decision based on new facts.²¹ It is clear that the uniqueness and peculiarity of the dispute played a crucial role for the Panel when deciding the disproportion of the UEFA Adjudicatory Chamber decision. In this regard, the CAS jurisprudence establishes that *“With respect to the*

²¹ On 10 July 2018 Redblack – through HoldCo – became the new controlling shareholder of AC Milan, issuing a press release by means of which communicate its vision, as follows: *“to create financial stability and establish sound management; to achieve long-term success for AC Milan by focusing on the fundamentals and ensuring that the club is well-capitalized; and to run a sustainable operating model that respects UEFA Financial Fair Play regulations”.*

proportionality of the sanction, UEFA refers to jurisprudence of CAS and in particular to CAS 2012/A/2762, according to which, allegedly, “[t]he measure of the sanction imposed by a disciplinary body in the exercise of the discretion allowed by the relevant rule can be reviewed only when the sanction is evidently and grossly disproportionate to the offence”.²²

In this sense, we also refer to the CAS award 2005/A/927 Parma FC v. Manchester United FC, where the Panel referred the case back to the FIFA Dispute Resolute Chamber because “the assessment of whether the “indicative amounts” for training compensation are disproportionate must be made whenever possible in first instance by the DRC.”

Moreover, the Panel felt itself bound by the request of the Parties, where Milan “requested that the case be sent back to the CFCB”. Nevertheless, we specify that Milan requested to setting aside the Decision of the CFCB Adjudicatory Chamber, ordering UEFA to enter into a settlement agreement with AC Milan,²³ which differs from requesting to send back the case to the CFCB Adjudicatory Chamber. Indeed, voluntary agreement, settlement agreement and UEFA Adjudicatory Chamber decision are three different possible solutions in accordance with the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations (hereinafter, “CL&FFP”).

Finally, the Panel justified its decision “in light of the nature of the present proceedings (expedite procedure)” which prevented the Panel from “fully investigate and assess the factual basis of this case”, in accordance with article R52(4) of the CAS Code²⁴ and, above all, article 4.01(f) of the Regulations of the UEFA Europa League 2018/19 Season²⁵ (hereinafter, “UELR”), which establishes:

“To be eligible to participate in the competition, clubs must ... f) confirm in writing that they themselves, as well as their players and officials, agree to recognise the jurisdiction of the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne, Switzerland, as defined in the relevant provisions of the UEFA

²² CAS 2013/A/3139 Fenerbahçe SK v. UEFA, award of 5 December 2013.

²³ The following is the Milan’s request for relief:

“(i) Setting aside the Decision of the CFCB Adjudicatory Chamber.

(ii) Ordering UEFA to enter into a settlement agreement with AC Milan.

(iii) Ordering UEFA to take into account the reasons (considérants) of the Award, and notably the requirement of equal treatment, when entering into a settlement agreement with AC Milan.

(iv) Ordering any other relief the Panel deems necessary and/or appropriate.

(v) Ordering UEFA to pay the arbitration costs and a substantial contribution towards the AC Milan’s costs”.

²⁴ Which states: “With the agreement of the parties, the Panel or, if it has not yet been appointed, the President of the Division may proceed in an expedited manner and shall issue appropriate directions for such procedure”.

²⁵ The CAS decided based on the Regulations of the UEFA Europa League 2017/18 Season. However, at the time of the CAS proceedings, the 2017/2018 UEFA Europa League was already over, and the dispute referred to the prohibition of AC Milan to participate in the 2018/2019 UEFA Europa League.

Statutes and agree that any proceedings before the CAS concerning admission to, participation in or exclusion from the competition will be held in an expedited manner in accordance with the CAS Code of Sports-related Arbitration and with the directions issued by the CAS, including for provisional or super-provisional measures, to the explicit exclusion of any state court”.

Accordingly, the expedite procedure imposed by the UELR has to be referred to an essential necessity of having decided every dispute concerning the admission, participation or exclusion from the relevant UEFA Europa League, namely the edition 2018/2019 in order “*to protect the integrity and smooth running of the UEFA club competitions*”.²⁶ However, the Panel, indirectly recognized the importance of ensuring the integrity of the competition and opted for sending back the case to the CFCB Adjudicatory Chamber, therefore allowing Milan to participate in the 2018/2019 UEFA Europa League.

In light of the above, the Panel, when deciding, considered the independence and competence of the CFCB Adjudicatory Chamber, the AC Milan request for relief and the nature of the proceedings. However, it seems that the Panel did not take into consideration the importance of ensuring equal conditions for participating in a competition, allowing Milan to take part in the 2018/2019 UEFA Europa League.

1.5 *Conclusions regarding the substantive merits of the appeal*

Ultimately the Panel partially upheld the decision of the Adjudicatory Chamber to the extent that there was a breach of the break-even requirement and as AC Milan did not contest the actual *quantum* it would follow that the figure of Euro 121 million beyond the acceptable deviation is the applicable amount when the parties return to the Adjudicatory Chamber to resolve the dispute. The portion of the relief that was rejected was the 2-year prohibition from playing in UEFA competitions as the basis that is was “*the CFCB Adjudicatory Chamber has not assessed the relevant facts correctly or that the facts have changed by the time of the Panel’s hearing ... and that, therefore, the sanction contained in the Decision by the mere fact that it is based on incorrect determinations is not proportionate to the aim pursued and must be partially annulled*”.²⁷

In ruling that the result was disproportionate the Panel did not cite any jurisprudence or the applicable principles of proportionality. The CAS Panel merely cited its power under article 57 of the CAS Code as explained above to “*issue a new decision which replaces the decision challenged or annul the decision and refer the case back to the previous instance*” where the Panel opted “*to refer the case back to the CFCB Adjudicatory Chamber*” as it “*respects the*

²⁶ Pursuant to article 2.d) of the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations.

²⁷ CAS Award CAS 2018/A/5808 *AC Milan v. UEFA*, para. 157.

*autonomy of the CFCB Adjudicatory Chamber to find a proportionate response based on a careful and thorough assessment of the underlying facts”.*²⁸

As a general proposition the principle of proportionality dictates that the most extreme sanction must not be imposed before other less onerous sanctions have been exhausted.²⁹ The CAS has authoritatively declared that “*the steady line of CAS jurisprudence provides that the sanctions imposed must not be evidently and grossly disproportionate to the offence*”.³⁰ The CAS award did not engage in an analysis in how the 2 year prohibition is disproportionate and in relation to what principles the comparison ought to be made. In any event, this type of analysis was not necessary as the decision to send the matter back speaks for itself. Perhaps, however, some explanation would have been productive for both AC Milan and UEFA so as to have some guiding comments in knowing how to go forward.

In any event, during the procedure at the UEFA administrative stage the UEFA CFCB refused to enter into a negotiated settlement as offered by AC Milan. At the CAS the Panel rejected AC Milan’s request to order UEFA to enter into a settlement agreement. Instead the Panel decided to refer the case back to the Adjudicatory Chamber of the UEFA CFCB. The CAS Panel via the press release stated that the Adjudicatory Chamber is in a better position than the CAS Panel to issue a new and proportionate disciplinary measure on the basis of the current financial situation of the Club.

This comment and approach is interesting for several reasons. Firstly, audits involving the review of financial statements and their underlying source documents can be quite complicated. Such a review would require the expertise of several certified financial experts such as accountants and may even require that such work is undertaken under the direction of a lawyer should legal issues of interpretation arise. This may be beyond the scope of a CAS Panel particularly if the UEFA CFCB did not consider these new facts. Moreover, such an approach has the effect to limit the costs of the CAS arbitration as it is possible that the CAS Panel would have to employ certified financial experts to review the documentation. In effect the Panel recognises that given the complicated nature of FFP audits the UEFA CFCB may be in a better position to do so.

Secondly, the decision to refer the case to back to the UEFA CFCB will give the parties the opportunity to enter into a settlement agreement, so long as the principles in the CAS decision are respected. If the parties can come to an agreement this result would ensure that an acceptable outcome will be respected by both UEFA and AC Milan while limiting the opportunity for a dispute to be again heard before the CAS. It would appear that the CAS Panel’s approach was

²⁸ Idem, para. 158.

²⁹ CAS 2011/A/2670 *Masar Omeragik v. Macedonian Football Federation*.

³⁰ CAS 2013/A/3139 *Fenerbahçe SK v. UEFA*; see CAS 2007/A/1217, para. 12.4; CAS 2012/A/2762, para. 122.

a sensible and appropriate one in the circumstances from the perspective of judicial economy.

At the moment, however it does not appear that the parties will enter into a settlement agreement. The Adjudicatory Chamber of the UEFA CFCB has recently issued a decision, released the 14 December 2018.³¹ In that decision it was decided that should the club not be break-even compliant as of 30 June 2021, it will be excluded from participating in the next UEFA club competition for which it would otherwise qualify, in the two seasons 2022/23 and 2023/24. The club will also have Euro 12 million of its UEFA revenues from the 2018/19 UEFA Europa League withheld and will not be permitted to register more than 21 players for participation in UEFA competitions in the 2019/20 and 2020/21 season. It appears that in reducing the sanction from two years to a conditional two years UEFA has received the message that the original sanction must be reduced as it is not proportional. What is interesting to the Authors is that the imposition of a fine does not assist in rehabilitating a club's finances but otherwise further imposes financial challenges in reaching the break-even point.

AC Milan appealed to CAS the decision issued by the UEFA CFCB on 14 December 2018. Therefore, this saga will continue also in the following months and years. Indeed, as part of the 2018/19 monitoring process, the UEFA CFCB should render a decision with reference to the new reporting periods ending in 2018 (T), 2017 (T-1) and 2016 (T-2) which, most probably, will worsen the aggregate break-even deficit in the amount of Euro 121 million³² referred to the previous monitoring period assessed in 2017/18 (namely the relevant monitoring period taken as reference by the Award and the following UEFA CFCB decision dated 14 December 2018). Indeed, the 2017-2018 AC Milan financial statements (coinciding with the new T period) registered a loss in the amount of Euro 126 million (increasing the shortfall by Euro 53 million from the previous financial period). This loss is the consequence of the investments made by AC Milan acquiring players during the 2017 summer. In a single financial period the total value of players' salaries increased from Euro 135 to Euro 150 million and the combined depreciation and amortization from Euro 61 to Euro 110 million. Therefore, players' cost (salaries, depreciation and amortization) is higher than the total revenue of the relevant period (Euro 260 million versus Euro 255 million).

Accordingly, it is clear that the activity of the old ownership will weigh on AC Milan also for the next years. As we said, the UEFA CFCB should render a decision for the conclusion of the 2018/19 monitoring process. Considering the probable further deterioration of AC Milan's financial results UEFA should consider further sanctions. However, due to the change of control on 10 July 2018 in favor of Elliott, AC Milan's situation has significantly improved and the UEFA CFCB

³¹ www.uefa.com/insideuefa/about-uefa/news/newsid=2587738.html.

³² We specify that AC Milan had an aggregate break-even deficit of Euro 146 million for the reporting periods ending in 2015, 2016 and 2017, corresponding to a deficit of Euro 121 million in excess of the acceptable deviation of EUR 25 million, as established by the CL&FFP Regulations.

will take this new scenario into consideration when deciding on the 2018/19 AC Milan's monitoring process. In this regard, the UEFA CFCB could slightly modify the financial and/or sporting sanctions already imposed on AC Milan from its decision dated 14 December 2018. Alternatively, it could decide to enter into a Settlement Agreement with the purpose of setting the path aimed to guide AC Milan to comply with the UEFA CFCB decision issued on 14 December 2018 where the Italian club attempts to be break-even compliant as of 30 June 2021.

Due to the wide powers given by the CL&FFP Regulations to the UEFA CFCB and to the scarcity of the information publicly available, it is difficult to predict a correct and fair development of the case at hand.

2. *Settlements, privacy, proportionality amid the MCFC and PSG Cases*

As mentioned above at the moment the CAS has sent the case back to the UEFA CFCB for redetermination where the sanction was reduced as described above. The CAS award, although explaining the substance of the reviewed transactions, really only specifies that the club had failed to fulfil the break-even requirement set out in Articles 58 to 63 of the applicable UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations. This is particularly broad and it is difficult, from the information publicly available, to ascertain how AC Milan, with any legal specificity, violated the break-even requirement. The information publicised by the UEFA CFCB does not add any specificity.

There are several components to the break-even requirement in article 58 to 63. Therefore, AC Milan could have transgressed one or more of the follow legal requirements in addition to the general basic break-even principle:

- relevant income and/or expenses could have been incorrectly included or excluded based on the nature of the purpose and/or character of the income or expense;³³
- as there was a foreign investment into the Club there could have been an issue that arose regarding the conversion of foreign funds, either inadvertently or as an intentional transaction to create a financial benefit;³⁴
- as the break-even requirement is calculated over several reporting periods and an aggregate deficit can be reduced by a surplus from the total break-even results from the previous two reporting periods it is unclear if AC Milan was in violation for how many of the 3 reporting periods;³⁵ and
- capital contributions from equity partners or related parties can be made to cover the "acceptable deviation" however such contributions must unconditional and be at fair market value and as it appears that there was a refinancing of the debt of the club it is possible that these rules were triggered.³⁶

³³ Supra note 2, Article 58.

³⁴ *Idem*, Article 60(4).

³⁵ *Idem*, Article 60(6).

³⁶ *Idem*, Article 61.

Moreover, the break-even requirement is not simply a raw calculation of income and expenses to regulate the acceptable deviation. In addition to this calculation there are two other financial tests that are applicable within the regulations cited by the CAS press release. Clubs must also respect the “going concern” test which is an auditor’s opinion with respect to the annual and/or interim financial statements, which looks at income and expense flows term to determine if the club can operate in the short term.³⁷ In addition, there are negative equity rules where clubs must demonstrate that its net liabilities position has not deteriorated relative to the comparative figure contained in the previous year’s annual or interim financial statements.³⁸

This occurrence is part of a larger problem with respect to the development of jurisprudence in the area. There are very few public decisions issued. Often times there are rumours in the public domain as to precise nature of the transgressions however it would be imprudent to comment on them at this point. This is symptomatic of a greater issue within this area of law as the only information available with respect to binding jurisprudence for practitioners to better under the application of the UEFA FFP Regulations is when a CAS appeal decision is released. On the other hand, it is understandable that minus an appeal, both UEFA and clubs wish to keep such sensitive financial information confidential.

Part of the issue in this respect is that the most notorious cases, those of Manchester City and Paris Saint-Germain, which did not receive a prohibition from UEFA competitions for seemingly large transgressions. In those cases the clubs were found to have violated the “break-even” result because it had over-valued the amount of sponsorship monies received from “related parties”, other business related to the proprietor of the club. MCFC’s deal with Etihad for £400m over 10 seasons, and PSG’s deal with the Qatar Tourism Authority, for Euro 200m per season, were found to have inflated both clubs’ “relevant income” artificially putting them on-side FFP regulations as indicated in their financial statement.³⁹

Both MCFC and PSG agreed to similar sanctions:⁴⁰

- Euro 60 million to be withheld from UEFA prize money over the next three seasons, however this amount could be reduced to Euro 20m if the clubs comply with FFP going forward;
- its Champions League squad was cut to 21 players for 2014/15, however will return to 25 players for 2015-16 should the clubs comply;
- the clubs’ spending on transfers is limited to Euro 60m for the summer transfer period of 2014;

³⁷ *Idem*, Article 62(3)(i).

³⁸ *Idem*, Article 62(3)(ii).

³⁹ O. GIBSON, *Manchester City and PSG cannot ‘cheat’ financial fair play*, Uefa warns. The Guardian. Monday 4 February 2013.

⁴⁰ B. RUMSBY, *Manchester City accept world-record £50m fine for breach of Uefa Financial Fair Play rules*. The Telegraph. 16 May 2014; A. BELL, *UEFA Financial Fair Play*. Lecture Notes. Provided at St. John’s University/ISDE Lecture, October 9, 2014, 68.

- the clubs must endure a salary freeze on the Champions League squad for the 2014/15 and 2015/16 seasons; and
- the clubs' losses must be cut to a maximum of Euro 20m and Euro 10m for the 2013/14 and 2014/15, respectively.

Similarly, the seven other clubs that were investigated in 2014 over the “break-even point”, FC Zenit, FC Rubin, FC Anzi, Galatasaray, Bursaspor, Trabzonspor and Levski Sofia, were all similarly sanctioned where they were required to limit spending and forgo prize money, however none was refused a UEFA license and prohibited from competing in a UEFA competition.⁴¹

On the other hand clubs that violate the “overdues payable” provisions of the FFP regulations have their UEFA licenses revoked and are unable to compete in UEFA competitions.

In the case of Parma FC, the Italian club was refused to compete in the 2014/15 Europa League because it had Euro 300,000 of outstanding unpaid withholding taxes.⁴²

The Court of Arbitration of Sport has upheld competition bans, in addition to fines, imposed by UEFA in the following cases:

- 2 years on Fenerbahce for the failure to pay Euro 3,500,000 for transfer fees;⁴³
- 4 years on Bursaspor for the failure to pay Euro 400,000 for transfer fees;⁴⁴
- 4 years on Gyori ETO for the failure to pay Euro 50,000 for transfer fees;⁴⁵
- 4 years on Malaga for the failure to pay Euro 4,500,000 to the Spanish taxation authorities;⁴⁶ and
- 1 year on PAE Giannina 1966 for the failure to pay Euro 1,290,000 to the Greek taxation authorities.

In all of those cases the Court of Arbitration of Sport cited that the “FIFA Loan” or the “UEFA Loan”, the intentional refusal to repay amounts owed to creditors until a final judgment of the Court, is one of the most serious offenses that a football club can engage in because it distorts the fairness and integrity of competition. This is because the refusal to pay those amounts gives clubs the competitive advantage of engaging the player without the actual financial burden to their financial assets.

As mentioned above the sanction imposed on a club must be balanced and proportionate to the offense.

There are three common principles in the 9 settlements, including those of PSG and MCFC, imposed on clubs that violated the “break-even requirements”:⁴⁷

⁴¹ *Ibid*, 68.

⁴² Gladwell, Ben. *Parma lose appeal for UEFA license*. ESPC FC. 29 May 2014.

⁴³ CAS 2012/A/2824 *Be°ikta° JK v UEFA*.

⁴⁴ CAS 2012/A/2821 *Bursaspor Kulübü Derneği v. UEFA*.

⁴⁵ CAS 2012/A/2702 *Györi ETO v. UEFA*.

⁴⁶ CAS 2013/A/3067 *Málaga CF SAD v. UEFA*.

⁴⁷ A. BELL, *UEFA Financial Fair Play*. Lecture Notes. Provided at St. John's University/ISDE Lecture, October 9, 2014, 65.

- these agreements were intended at ensuring that each club achieves “break-even” compliance as soon as possible;
- the settlements either reduced or removed the sanctions where the club did satisfy the terms referred to in the settlement agreement; and
- each club agreed to be monitored by the appropriate authorities and if further cases of non-compliance within the terms of the settlement.

In the case of the sanctions in relation to the “overdues payable” the clubs were stripped of their UEFA license to compete in UEFA competitions.

A case can be made that the sanctions imposed on clubs that transgress the “overdues payable” provisions of FFP are not proportional compared to those sanctions imposed on clubs that violated the “break-even” requirement. The sanctions are quite harsh for non-payment “overdue amounts” in comparison to the “break-even” settlements as the monies are much larger. This would suggest that the sanctions are not being applied in a “proportional” manner as required by the FFP rules.

This difference could be justified on the basis that to break the “overdues payable” requirement is an intentional and blatant disregard for the rules, whereas the transgression of the “break-even” requirement is not because it requires detailed economic analysis where mistakes could be made. As noted above the Court of Arbitration for Sport has cited that to rely on the “FIFA Loan” or “UEFA Loan” is a serious offense, similar to match fixing, that violates the integrity of competitions and should be harshly punished.

This author disagrees with the perspective that the transgressions of PSG or MCFC are lesser transgressions than the non-payment of amounts. The contracts that MCFC and PSG agreed to with related parties were clearly the result of planning and contemplation by lawyers and accountants who had the ability to influence decisions on both side of the transaction, both the club and that sponsor. This is the very target of the “related parties” and “fair value” rules. If intentional behaviour is the target, then PSG and MFCF should have been denied a UEFA license and prohibited from participating in the 2014/15 Champions League. This financial planning is tantamount to a “UEFA Loan” or “FIFA Loan” because it is the intentional aspect of the behaviour that is the focus in the integrity aspect of these types of “loans.” The author does not suggest that the larger clubs of PSG and MCFC are receiving preferential treatment. This author puts the forward the view that for the sanctions to be proportional, the financial amount of the violation ought to be considered, and in this sense to inflate “related party” transactions to either Euro 400,000,000 or Euro 200,000,000 appears to be just as egregious as the non-payment of a couple million Euro s, as the behaviour is equally as intentional in all cases. All of this is very curious given the result, so far, of the AC Milan case, where UEFA has decided that a 2-year prohibition from UEFA competitions would be appropriate. Given that the CAS has overruled this conclusion it is clear that the prevailing view in the jurisprudence is that overdues payable and break-even requirement are treated completely differently.

An additional problem arises where the terms of settlement are not public and it is difficult to determine if some clubs are receiving preferential treatment. Here AC Milan attempted to deal with this difficulty where it requested that the CAS order UEFA to produce the following documents:

- the unredacted version of the settlement agreements relating to the cases of Inter Milan (2015), Paris Saint-Germain Football Club (PSG) (2014) and Manchester City (2014);
- the determination by the Chief Investigator of the CFCB regarding the size of the above-mentioned clubs' failure to comply with the break-even requirement;
- any Business Plan(s) submitted by the above-mentioned clubs during the proceedings before UEFA; and
- documents establishing the assumptions on which the club's relevant business strategy was based.

Ultimately, the CAS Panel ordered UEFA to provide the unredacted versions of the settlement agreements while the remaining requests for document production are rejected.

Although these voluntary settlements are not public there is some consolation that the relevant people at AC Milan have the ability to review those settlement and perhaps determine if there is common ground where a settlement can be explored. The Authors note, however, that the change in ownership at AC Milan is like nothing seen in other cases. where even the actual identity of the shareholders was suspect.

3. Integrity of competitions

As explained above, article R57 of the CAS Code confers wide powers to CAS with the purpose of confirming or annulling a challenged decision, besides referring the case back to the previous instance. Generally, the most adopted solution is represented by confirming or annulling the challenged decision, which ensure timely solutions. However, in some exceptional cases, the CAS opt for sending back the case to the previous instance, due to the broad discretionary power of the judicial body that rendered the challenged decision and/or when the dispute is based on subjective considerations, such as the admission or the exclusion of clubs from competitions due to the credibility of business plan, the refinancing operation concerning debts, the change of ownership and the clubs' going concern. A similar reason⁴⁸ justifying the referral back of a case to the precedent instance is represented by selection proceedings of athletes.

⁴⁸ Other reasons, which are not object of this article, are the serious breach of the athletes' rights (in particular in doping cases) and previous decision that did not enter into the merits of the dispute. Moreover, there could be legal reason for referring back the case (such as, guaranteeing the principle of due process). CAS published only two awards referring back the case to the previous instance, which happened when the first instance failed to correctly exercise its function and properly fulfil

In this regard, the CAS had previously decided selection proceedings of athletes avoiding to refer back the case to the previous instance because guaranteeing the presence of an athlete in a competition in order to ensure the integrity of said competition was the most important goal, more than recognizing the autonomy and competence of the previous instance body, the request of the parties, and the nature of the proceedings. Specifically, the CAS stated:

*“In this case, the snowboard athletes had to compete in training runs the morning following the hearing, otherwise an athlete could not compete in the Games event. The Panel is required to make a decision in accordance with the ad hoc rules within 24 hours of the application. The Panel was under a time pressure not normally found in selection proceedings. In other circumstances, the Panel might have referred the matter back to the FISU for reconsideration. That was not a possibility in this case. Therefore, the Panel took the step to annul the decision of the FISU and declared that the Applicant had met the October 2005 criteria having determined that the 2-best rule was of no affect because of its arbitrary nature. The selection declaration of the Panel is based upon the FISU chart of how the October 2005 criteria are to be applied and were in fact applied by FISU in that chart. A decision to that effect was issued by the Panel following deliberations immediately after the hearing, which ended at approximately 5pm”.*⁴⁹

In the above case (hereinafter, “Dal Balcon case”), the Panel decided to annul the previous decision, admitting the appellant to participate in the Olympics, therefore privileging the admission of an athlete over any other reason. However, in this case, the Panel based his decision on objective factors, being the relevant selection criteria objective, and not subjective.

The Panel based its decision on the Schuler case.⁵⁰ However, in the latter case, the Panel decided to dismiss the appeal because the decision rendered by the national federation was within its legitimate and discretionary⁵¹ power. Comparing these two cases with the AC Milan case, the latter is based both on objective (such as the compliance of the break-even requirement) and subjective

its duties (CAS 2005/A/927 *Parma FC v. Manchester United FC*, award of 19 December 2005) and when the first instance did not take an actual decision (CAS 2012/A/2854 *Horacio Luis Rolla v. US Città di Palermo Spa & FIFA*, award of 26 March 2013).

⁴⁹ CAS ad hoc Division OG 06/008 *Isabella Dal Balcon v. CONI & FISU*, award of 18 February 2006, para. 17.

⁵⁰ CAS ad hoc Division OG 06/002 *Andrea Schuler v. Swiss Olympic Association & Swiss-Ski*, award of 12 February 2006.

⁵¹ The Panel recognized the national federations’ discretionary power saying in para. 35 of said award: *“In the Panel’s view, unless selection rules set forth completely objective criteria (e.g., ranking or points in a given competition), a selection process must always rely in some fashion or other on the subjective judgment of the persons who select the athletes. Moreover, as a comparison between male and female snowboard competitions is inherently subjective, the Panel does not accept the Applicant’s argument which relied on the fact that Ms Schuler ranked higher in some of her competitions than some male snowboarders in theirs”.*

criteria (such as the credibility of the business plan and refinancing operations, but also the impact of the change of ownership and a club's going concern). In the AC Milan case the Panel ruled on objective criteria (confirming the breach of the break-even requirement), while decided to refer the case back to the previous instance in order to allow the CFCB Adjudicatory Chamber to render a new decision.

The three cases are different, but it is possible to find some similarities. Indeed, in all the three cases the Claimant (a club and two athletes) appealed a previous decision issued by a governing body (a confederation and two national Olympic committees) which did not allow the claimants to compete in a competition (UEFA Europa League and Olympics). Accordingly, the claimants resorted to CAS in order to protect their right to participate in those competitions. However, the CAS, while deciding on the claimant's right to participate, shall also ensure the integrity of those competitions. In the Schuler and Dal Balcon cases the CAS decided both on the athlete's right to compete and the integrity of the competition. As explained above, in the Dal Balcon case the Panel accepted the athlete's claim, allowing her to compete and ensuring the integrity of the Olympics. It is clear that the primary aim of the Panel was to ensure the fairness of the Olympics, either admitting or excluding the participation of the appellant. In this sense, paragraph 17 of the relevant award states:

"In this case, the snowboard athletes had to compete in training runs the morning following the hearing, otherwise an athlete could not compete in the Games event. The Panel is required to make a decision in accordance with the ad hoc rules within 24 hours of the application. The Panel was under a time pressure not normally found in selection proceedings. In other circumstances, the Panel might have referred the matter back to the FISJ for reconsideration. That was not a possibility in this case..."

With reference to the Schuler's case, the Panel dismissed the appeal because the national federation decided within its discretionary power, ensuring the integrity of the Olympics.

Examining the AC Milan case, the Panel undoubtedly decided taking into consideration the right of the claimant to compete in the 2018/2019 Europa League. However, differently from the other two cases, here the Panel decided taking into consideration the autonomy of the CFCB Adjudicatory Chamber, the AC Milan request for relief and the expedited nature of the proceedings, which, as we demonstrate above, entails the necessity to ensure the integrity of the 2018/2019 UEFA Europa League. The present dispute is focused on the sanction that the UEFA Adjudicatory Chamber imposed to Milan due to the latter's incompliance with UEFA CL&FFP and, specifically, confirming or rejecting the sanction imposed by UEFA in the previous instance, namely the Milan's prohibition to participate in the UEFA Europa League 2018-2019. Accordingly, the Panel shall decide with regard to the applicable law on the merits, which paragraph 127 of the Award describes as follows:

“The ‘applicable regulations’ within the above meaning are the UEFA’s statutes, rules and regulations, in particular the CL&FFP Regulations and the Procedural Rules. In addition, i.e. on a subsidiary basis Swiss law applies, since UEFA has its seat in Switzerland”.

Section XI.A of the Award (The Decisive Reference Date), when acknowledging that the Procedural Rules Governing the UEFA Club Financial Control Body (hereinafter, the “Procedural Rules”), does not provide for a specific reference date in order to assess the correctness of the decision. In this sense, the Panel decided that *“the CFCB Adjudicatory Chamber has not assessed the relevant facts correctly or that the facts have changed by the time of the Panel’s hearing (on 19 July 2018)”*.

As a consequence of the CAS award, the will render a new decision which will be based on the same law applicable to the merit of the dispute. However, in case the UEFA Adjudicatory Chamber allowed AC Milan to participate in UEFA competitions,⁵² AC Milan would participate in the 2019/2020 UEFA competitions complying with the 2015 CL&FFP Regulations, while other clubs shall comply with the 2018 edition of the CL&FFP Regulations, further affecting the integrity of the competitions.

Being the concept of *de novo* a “moving target” entails that in order to establish the reference date, not only (new) facts and information are relevant, but also (new) laws and regulations. Specifically, paragraph 132 of the Award states:

“The Panel is aware that the above concept of a de novo hearing results somehow in a moving target and that the insecurity that comes with it may be troubling in a situation where under tight time restraints a federation must decide whether or not to admit a club to a certain competition and where such decision not only affects the direct addressee, but also other competitors. The Panel notes that access to justice may be restricted (by freezing the relevant reference date) for just cause, i.e. in the interest of good administration of justice. Whether to do so or not is, in principle, in the autonomy of the relevant federation. The Panel notes that the Procedural Rules do not provide for a specific reference date in order to assess the correctness of a decision. Instead, the Procedural Rules provide that – once a case is referred to the CFCB Adjudicatory Chamber – the latter may hold a hearing (Article 21 Procedural Rules) and hear evidence (Article 23 of the Procedural Rules) that was not before the CFCB Investigatory Chamber. Thus, the Procedural Rules provide that the decision to be taken by the Adjudicatory Chamber may be based on an evidentiary bases different from the one of the CFCB Investigatory Chamber. The same principle applies – absent any rules to the contrary – in relation between the CAS and the CFCB Adjudicatory Chamber”.

⁵² Supposing that AC Milan would qualify to participate either to UEFA Champions League or UEFA Europa League.

The Panel, firstly highlighted the necessity for a federation (i.e. UEFA) to whether or not admit a club (i.e. AC Milan) to a certain competition (i.e. UEFA Europa League 2018/2019), where such decision will affect also the competitors and, more generally, the competition. Therefore, it seems that the Panel took into consideration the importance of ensuring the integrity of the UEFA Europa League 2018/2019. However, this could be sacrificed for the more important interest of good administration of justice. The Panel noted that the Procedural Rules did not provide for a specific reference date in order to assess the correctness of its decision. Therefore, referring back the case to the CFCB Adjudicatory Chamber, the CAS chose to ensure the more important interest of good administration of justice (base on the new facts and information) rather than ensuring the integrity of the UEFA Europa League 2018/2019.

Article R57 of the CAS Code legitimately allows the Panel to reach this conclusion. Nevertheless, this decision could entail some consequences.

It is true that the Procedural Rules does not provide for a specific reference date in order to assess the correctness of the previous instance decision. Despite of this statutory lack, the Procedural Rules are indeed procedural rules governing the UEFA Club Financial Control Body that is competent to “*determine whether licensors have fulfilled their obligations and whether licence applicants have fulfilled the licensing criteria as defined in the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulation at the time the licence was granted.*”⁵³ ... *impose disciplinary measure as defined in these rules in the event of non-fulfilment of the requirements set out in the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulation*⁵⁴ ... *decide on cases relating to club eligibility for the UEFA club competitions to the extent provided for by the regulations governing the competitions in question*⁵⁵”.

The Authors therefore refer to the CL&FFP Regulations, which article 57.1 states:

“All licensees that have qualified for a UEFA club competition, with the exception of the UEFA Women’s Champions League, must comply with the monitoring requirements, i.e. with the break-even requirement (Articles 58 to 64) and with the other monitoring requirements (Articles 65 to 68)”.

Milan became subject to the CL&FFP Regulations at the end of the 2016/2017 sporting season, when it qualified for the UEFA Europa League 2017/2018. In accordance with article 59.2 of the CL&FFP Regulations, the monitoring period assessed in the licence season⁵⁶ 2016/17 covers the reporting

⁵³ Article 3.a) of the Procedural Rules.

⁵⁴ Article 3.d) of the Procedural Rules.

⁵⁵ Article 3.e) of the Procedural Rules.

⁵⁶ It is defined by the CL&FFP Regulations as follows: “*UEFA season for which a licence applicant has applied for/been granted a licence. It starts the day following the deadline for submission of the list of licensing decisions by the licensor to UEFA and lasts until the same deadline the following year*”.

periods⁵⁷ ending in 2016 (reporting period T), 2015 (reporting period T-1) and 2014 (reporting period T-2). Therefore, being qualified for the UEFA Europa League 2017-2018, the normal monitoring period should have concluded with the decision of the CFCB Investigatory Chamber dated 31 May 2018⁵⁸ with regard to the participation in the 2018/19 UEFA club competitions. Accordingly, even if it seems that the Procedural Rules and the CL&FFP Regulations do not provide for strict deadlines, UEFA does, including the date of the decisions (namely, 31 May 2018) which possibly leads to the following decision of the CFCB Adjudicatory Chamber, which should occur before the beginning of the following monitoring period in order to comply with the scope of the CL&FFP Regulations, as described in its article 57.1, as stated above and as requested by article 4.01.c⁵⁹ and 6.01.g⁶⁰ of the 2018/2019 UEFA Europa League Regulations.

However, on 1 December 2016, Milan applied for a voluntary agreement according to Annex XII(A)(2)(i) of the CL&FFP Regulations, which eventually led to the decision of the CFCB Adjudicatory Chamber notified on 27 June 2018, just in time for the beginning of the 2018/2019 sporting season. The timing would be perfect if there was not the possible appeal to CAS and considering that the UEFA Europa League 2018/2019 began on 26 June 2018. AC Milan legally exercised its legitimate right of appealing the decision of the CFCB Adjudicatory Chamber filing a statement of claim on 4 July 2018, which represents the beginning of the violation of the integrity of the UEFA Europa League 2018/2019. Not only Milan would have been affected by the CAS decision, but indirectly also Atalanta and Fiorentina⁶¹ which, in case of a CAS decision confirming the previous instance, would have respectively advanced to the group stage and qualified for said competition. On the contrary, in case of a CAS decision upholding the Milan's appeal Atalanta would have begun from the Second qualifying round and Fiorentina would have not participated at all. In both cases, all the three Italian clubs would have enjoyed a limited period of time to prepare the 2018/2019 season, but the CAS decision would have directly (Milan) and indirectly (Atalanta and Fiorentina) affected only these three clubs.

Nevertheless, the CAS award, in accordance with article R57 of the CAS Code, referred the case back to the Adjudicatory Chamber of the UEFA

⁵⁷ It is defined by the CL&FFP Regulations as follows: “*A financial reporting period ending on a statutory closing date, whether this is a year or not*”.

⁵⁸ [www.flf.lu/getattachment/a52b34d5-f5b7-4a15-b8c2-26b0f3768099/Key-Club-Licensing-and-Financial-Fair-Play-Dea-\(1\).aspx](http://www.flf.lu/getattachment/a52b34d5-f5b7-4a15-b8c2-26b0f3768099/Key-Club-Licensing-and-Financial-Fair-Play-Dea-(1).aspx).

⁵⁹ Which states: “*To be eligible to participate in the competition, clubs must ... have obtained a licence issued by the competent national body in accordance with the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations and be included in the list of licensing decisions to be submitted by this body to the UEFA administration by the given deadline*”.

⁶⁰ Which states: “*To be eligible to participate in the competition, clubs must ... to comply with the monitoring requirements as set out in the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations*”.

⁶¹ Milan in its Statement of Appeal mentioned ACF Fiorentina S.p.A. and Atalanta Bergamasca Calcio as interested parties.

CFCB to issue a proportionate disciplinary measure⁶² due to a mistake in the assessment of the relevant and new fact which has been taken into account because the Procedural Rules does not provide a specific reference date. Therefore Milan participates in the 2018/2019 UEFA Europa League while still be under the 2017/2018 monitoring period and after 2 years it firstly applied for a voluntary agreement. This situation exceeds the strict timeline set by UEFA in order to be admitted to participate in its competition and it is affecting the integrity of the UEFA Europa League 2018/2019, but it is legally acceptable.

4. *Conclusion*

Ultimately, this saga is yet to be concluded. The decision that was issued by the Adjudicatory Chamber of the UEFA CFCB on 14 December 2018 represents the starting point for the new management, having appealed said decision to CAS. Moreover, AC Milan is also subject to the 2018/19 monitoring process and a further development of the case may be forthcoming. In the Authors' estimation what is interesting in this case is that a licensing process spans over the course of several months, where domestic seasons usually conclude by the end of May, and registration for UEFA competitions must be completed by late July. One of the practical difficulties is that the review of accounts and financial documentation is a lengthy and time-consuming process undertaken by many professionals. There are over 750 first division clubs and approximately 450 seek the UEFA license. It is a difficult proposition to expect UEFA to adequately review all licensing applications with a fine-tooth comb in such a short time frame. This is simply a fact of life that practitioners must accept. It is even more difficult when one of the most recognisable brands in world football has passed through two complicated changes of ownership, applying for a Voluntary Agreement on 1 December 2016 and without having a final and binding decision as of today. In any event we look forward to the final resolution as it will provide guidance as to how UEFA views the effects of change of ownership and the break-even requirement.

⁶² The relevant decision was issued on 14 December 2018 and appealed to CAS by AC Milan.

GOOD GOVERNANCE AND THE MULTIPLE CHALLENGES TO THE DOMESTIC LEGAL ORDER OF SPORTS ORGANIZATIONS

by *Durante Rapacciuolo**

ABSTRACT: The paper reviews the considerable risks of undermining the independence and self-regulation of the sports organizations, which lurk either in the political authorities' actions or in the rulings of national or international ordinary jurisdictions ruling on sports issues.

The currently critical relationship between the State and international authorities or the State jurisdictions and the sports organizations is carefully tested by investigating two clamorous cases: on one side, the recent World Anti-Doping Agency decision of reinstating the Russian Anti-Doping Agency and, on the other one, the Belgian Appeal Court interim ruling on the Belgian illegality of the FIFA general arbitration clause, which reserve the football settlement disputes to the CAS, excluding for the stakeholders the choice of seizing any ordinary court.

The Author streamlines the complex concept of good governance and its principles applied to sport, focusing the attention on their impact on the sports organization decision-making process.

His conclusions bend towards a reasonable pessimism, balanced by willingly optimism on the sports organizations' self-reliance to comply with those good governance principles. Too many, financial and political constraints are out of their direct control. Albeit, he professes being sustained by the belief in the foresight and sagaciousness of the sports ruling classes to install the appropriate legal and institutional devices in order to safeguard the autonomy and specificity of the sports organizations.

Keywords: governance; sports organizations; ordinary and sports jurisdictions; reforms; principles of good governance.

SOMMARIO: Foreword – 1. The WADA-RUSADA relationship: a political manipulation of sports issues? – 2. The sports industry value – 3. The good governance principles in doctrine and international organizations – 3.1 The second EU Work Plan for Sport – 3.2 The third Plan 2017-2020 – 3.3 The EU Council works – 3.4 European Parliament works – 3.5 The meaning and impact of the EU institutions work on the sports good governance – 4. The sports governance and the jurisdiction's systems – 4.1 The Belgian Appeal Court's interim ruling in the Seraing/Doyen versus FIFA/UEFA/URSBFA – Conclusions

* Editor in Chief of Rivista di Diritto ed Economia dello Sport (RDES). E-mail: info@rdes.it.

Foreword

According to the International Olympic Committee (hereafter “IOC”), the sports international organizations have the rights and obligations of autonomy with the responsibility to apply principles of good governance.¹

Following the example of the EU Commission with its great work on defining and promoting the democratic governance principles in conformity with the well-known Copenhagen principles for accessing to the European Union,² there has been in Europe and the world a flow of governance principles conceived and published by public and private entities, international, and national organizations.

There are too many principles, often overlapping, unmeasurable and even inapplicable to sports organizations.³

The latter, known as *International Sport Governing Bodies* (hereafter “ISGB”), are hybrid organizations since they act both ways as non-profit associations and corporations. So, they are under the scope of both prescriptive approaches: democratic governance and corporate governance.⁴

In the last three decades, there has been a lot of studies on good governance principles, indicators for measuring it in the public and corporate sectors.⁵

¹ J. - L. CHAPPELET AND M. MRKONJIC, *Basic Indicators for Better Governance in International Sport, BIBGIS, An assessment tool for international sport governing bodies*, IDHEAP, 2011, 1-2., 5: “And finally, a fifth Fundamental Principle was added by the IOC to the Olympic Charter in 2011: “Sports organisations within the Olympic 8 Movement shall have the rights and obligations of autonomy, which include[...] the responsibility for ensuring that principles of good governance be applied.” (International Olympic Committee, 2011).

² COM (2001) 428 Brussels, 25.7.2001. Accession criteria (Copenhagen criteria). The Treaty on European Union sets out the conditions (Article 49) and principles (Article 6(1)) to which any country wishing to become an EU member must conform. They are:

1. The stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities;
2. A functioning market economy and the ability to cope with competitive pressure and market forces within the EU;
3. The ability to take on the obligations of membership, including the capacity to effectively implement the rules, standards and policies that make up the body of EU law (the ‘acquis’), and adherence to the aims of political, economic and monetary union.

³ J.-L. CHAPPELET AND M. MRKONJIC, cit.

⁴ J.-L. CHAPPELET, *Autonomy of Sport*, Ian Ling- Mei Ko (eds), *Handbook of Sport Policy*, London, Routledge, 2013, 12.

⁵ The *United Nations Development Program* (UNDP) is the United Nations’ global development network, it advocates for change and connects countries to knowledge, experience and resources to help people build a better life. The UNDP has catalogued at least 50 studies on measuring indicators of good governance.

In the corporate sectors, some private efforts have been finalised in binding codes of good practices such as the Sarbanes-Oxley Act in the USA and the Combined Code in the UK.

The term good governance was firstly used in political science, when Roald Dahl extensively wrote about the democratic governance and how to measure it.⁶

The sports governance encompasses multiple dimensions and realities.

The national sports governance has to comply simultaneously with two distinct requirements: reflecting the peculiar legal system of each country while tending to fulfil a global and regional uniformity of sports statutory and regulatory laws.

Democratic nations have recognised the autonomy of the sports governance and the so-called specificity of sport because of the original and unique characteristics of the sporting activities and the values people attach to them all over the world. The respect of the sports specificity is so relevant that it has been formally enshrined in the EU Treaty and democratic States apply such a precept.⁷

So, the sports governance is first strictly autonomous and second is self-regulatory. In other words, the sports governance is function of a domestic sovereignty of the sport entities. Unless, ordinary judges are called to solve economic disputes between sports stakeholders. Even then, the latter have to follow the sports jurisdictional procedures before taking a case to the state judge.

Apparently, this sport legal system is universally recognised.

Notwithstanding that, the autonomy of the sports governance is exceedingly undermined by two parallel and mutually drawn external factors.

The first is the steady, irresistible evolution of the sports from “poor” but socially elite and noble, very popular Olympia values, towards wealthy, affluent, professional activities, which draw in a huge amount of money and global fame for players and clubs’ managers. The sports clubs, not only the football ones, are now financial holdings, managed to invest funds in and make profits for the shareholders. The worldwide celebrity of the professional athletes has become a source of huge revenue for players, clubs and sports associations through the media exploitation and merchandising of the images of players and clubs.

The new financial dimension of sports has brought an increase of the interventions of the ordinary jurisdictions in view of settling sport regulatory disputes with high economic value, already decided by the domestic sports jurisdictions.⁸

⁶ R. DAHL, *Polyarchy, Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971.

⁷ Article 6(e) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) states the EU competence to carry out actions to support the Member States in sport activities, while Article 165 of the TFEU sets out the details of a sports policy. 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’. Article 165(2) refers to ‘developing the European dimension in sport, by promoting fairness and openness in sporting competitions and cooperation between bodies responsible for sports, and by protecting the physical and moral integrity of sportsmen and sportswomen, especially the youngest’.

⁸ This is the case of the FIFA pending criminal proceedings before the USA Federal jurisdictions, See M. LEARY, *Where Should They Go? Why the United States Should Have Jurisdiction over Those Being Charged in the FIFA Corruption Scandal*, 40 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.* 51 (2017).

This economic evolution of the sports has made the national and international authorities worried for the gaps in the sports governance frameworks and for the delays of the sports organizations to fill them.

This paper reviews the sports governance in the age of hyper-wealthy sports, where dark activities (match-fixing scandals in Germany, Italy, Albania, Ukraine)⁹ and episodes of corruption are frequent both in the sport clubs and within the national and international associations. Before the American ordinary jurisdictions are still pending the FIFA criminal proceedings, which started in 2015 with the raid of the Swiss police and FBI agents in the FIFA offices in Zurich. Corruption and match-fixing cases are now, recurrent issues brought before the UEFA Disciplinary Bodies, CAS¹⁰ or the national criminal courts.¹¹

The public authorities' focus on the state of the sports governance issues is attested by the numerous EU acts¹² in this field such as studies, work plans, Experts Group's reporting, EP resolutions and EU Council declarations and resolutions. In addition, the Council of Europe,¹³ the Organization for the Economic Co-operation and Development¹⁴ (hereafter the "OECD") and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization¹⁵ (hereafter the "UNESCO")

Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol40/iss1/3> (last visited on 22 December 2018). The ordinary Belgian judges also intervened in the *Seraing* case before while the German ordinary and constitutional judges have been called to decide on the *Pechstein* case. For a critical analysis of these two cases see A. DUVAL, *Seraing vs. FIFA: Why the rumours of CAS's death have been greatly exaggerated*, 10 September 2018, www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/seraing-vs-fifa-why-the-rumours-of-cas-s-death-have-been-greatly-exaggerated (last visited on 22 December 2018).

⁹ See M. PRESILLA, *Match-fixing: protection of integrity through criminal law, sports law, detection and law enforcement*, *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2/2018, 21-51.

¹⁰ The Albanian Skenderbeu Club, sanctioned with 10 years of exclusion from championships; www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/CASdecisions/02/44/19/48/2441948_DOWNLOAD.pdf (last visited on 22 December 2018).

¹¹ The FIFA criminal case is still pending before the Florida federal judge. *Stella Rossa/PSG last scandal of match-fixing with 5 million Euro bet by a Yugoslav manager*.

¹² The website of the DG EAC Unit Sport (<https://ec.europa.eu/sport>) records all the activities of the EU Commission's services and the actions of the European Parliament and the EU Council of Ministers.

¹³ The Council of Europe, *Enlarged Partial Agreement on Sport* (EPAS) provides a platform for intergovernmental sports co-operation between the public authorities of its member states. It also encourages dialogue between public authorities, sports federations and NGOs. This contributes to better governance, with the aim of making sport more ethical, more inclusive and safer. The EPAS is available at www.coe.int/en/web/sport/epas (last visited on 22 December 2018)

¹⁴ The *International Partnership against Corruption in Sport* (IPACS) establishes multi-stakeholder taskforce to tackle major challenges to sports integrity in view of optimising the processes of compliance with good governance principles to mitigate the risk of corruption, OECD website, 15 December 2017. The IPACS is available at www.oecd.org/corruption/multi-stakeholder-sports-integrity-taskforces-established.htm (last visited on 22 December 2018).

¹⁵ UNESCO, *UNESCO and ICSS-International Centre for Sport Security join forces to protect sport integrity*. The partnership will see the organizations work together across a range of initiatives, including developing international and national capacities to prevent and fight the manipulation of sport competition. Paris, 10 December 2018, available at <https://en.unesco.org/news/unesco-and-icss-join-forces-protect-sport-integrity> (last visited on 22 December 2018).

are also working in this field and have produced briefings and declarations on sports governance.

The EU institutions' acts on sports governance are addressed to the national and international associations to improve their management and organizational tools in view of preventing scandals and safeguard their autonomy.

At the national level, the move of Sport England¹⁶ to impose on the Football Association-FA a reform of its governing bodies show that the national authorities are equally preoccupied by the slow pace of the national and international sports authorities to put effective remedies to the recurrent problems of gender balance, integrity and transparency and accountability.

This paper starts with the review of an alleged "scandal" involving the WADA or World Anti-Doping Agency.¹⁷

WADA suspended for non-compliance the Russian agency for massive doping in the Russian sports.

Three years later, following the CAS awards upholding the Russian athletes' appeal, WADA decided to reinstate the Russian Anti-Doping Agency or RUSADA.

Few but meaningful, financial data corroborate the economic revolution of the sports world. The wealthy nature of sports commands a change in the managerial positions in the sports organizations. The voluntary people, who managed non-profit sport activities, are replaced by well paid professional managers.

Then, the focus is shifted on the review of the good governance in the sports associations. The variety of notions of good governance principles established by the Council of Europe and the EU institutions are examined.

Furthermore, the national jurisdictions' attempts to undermine the autonomy of the sports governance are closely reviewed.

Finally, the paper proposes a solution to improve the sports good governance in order to safeguard the autonomy of sports federations. The improved sport governance might assume the principles and rules of the corporate governance under a strict monitoring of the public authorities and state jurisdictions.

1. The WADA-RUSADA relationship: a political manipulation of sports issues?

On 18 November 2015, in a meeting in Colorado Springs, the World Anti-Doping Agency (hereafter "WADA") Foundation Board toughened compliance rules for all its own members and declared six national agencies, Russian Anti-Doping Agency among them, Non-compliant with immediate effect.

¹⁶ D. CONN, *The FA ratifies required reform, but don't mistake it for revolution*, The Guardian, Sport section, 18 May 2018, available at www.theguardian.com/football/blog/2017/may/18/football-association-fa-required-reforms-not-revolution (last visited on 22 December 2018).

¹⁷ World Anti-Doping Agency, WADA is a Swiss private law, not-for-profit Foundation. Its seat is in Lausanne, Switzerland, and its headquarters are in Montreal, Canada.

Closing that meeting, WADA President, Sir Craig Reedie made a strong pledge to reinforce the compliance activities.

He said that *“The message from today’s seminal WADA Foundation Board Meeting is clear: there will now be greater focus on strengthening compliance work so that all anti-doping organizations worldwide are held accountable to deliver robust anti-doping programs”*.¹⁸

*“As we have seen from WADA’s immediate response to the Independent Commission’s Report, action is now well underway to right wrongs that exist in anti-doping. Our priority is now on ensuring all our partners are fully compliant and have watertight anti-doping systems that protect clean athletes and reassure sports fans worldwide,”*¹⁹ added Reedie.

“Make no mistake, we will not rush this process of compliance, we will do it right – the integrity of sport is under threat. Anti-doping in sport is under the spotlight today like never before, and WADA, along with our partners, have begun the work needed on the road to recovery for Russia. The world is watching and we have acted”.²⁰

WADA management was eager to treasure the work of an Independent Commission, whose conclusions were used to indict RUSADA.

Less than three years later, on 20 September 2018, the WADA Executive Committee by a majority vote decided to reinstate the Russian Anti-Doping Agency under conditions in line with the WADA Independent Compliance Review Committee (hereafter “CRC”)'s recommendation.²¹

The 12-member Executive Committee is WADA’s ultimate policy-making body. The members are equally representatives from the Olympic Movement and Governments. The CRC is an independent, non-political body that provides advice, guidance and recommendations to the Executive Committee on compliance matters.

The IOC-Athletes Committee endorsed the RUSADA reinstatement. While some athletes and sports stakeholders badly criticised it.

¹⁸ WADA, WADA Strengthens Anti-Doping Worldwide, Press release, 18 November 2015, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2015-11/foundation-board-media-release-wada-strengthens-anti-doping-worldwide (last visited on 22 December 2018).

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ WADA, *Executive Committee decides to reinstate RUSADA subject to strict conditions: “Meeting in the Seychelles upon the invitation of the National Sports Council of the Seychelles, the ExCo deliberated at length as to whether Russian authorities had fulfilled the two remaining criteria of the agreed RUSADA Roadmap to Compliance, namely:*

- 1. That the responsible authorities for anti-doping in Russia must publically accept the reported outcomes of the McLaren Investigation; and*
- 2. That the Russian Government must provide access for appropriate entities to the stored samples and electronic data in the former Moscow Laboratory, which are sealed off due to a Federal investigation”*. Press Release, 20 September 2018, WADA website, News press, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2018-09/wada-executive-committee-decides-to-reinstate-rusada-subject-to-strict-conditions (last visited on 22 December 2018).

In particular, David Howman, who ran WADA from 2003 to 2016 and is now the head of the Athletics Integrity Unit, strongly criticised the WADA incumbent president, Sir Craig Reedie, for caving in to presumed pressures from the International Olympic Committee and sports federations, who may be eager to stage events in Russia again. Mr. Howman used strong words to express his opposition: *“I am a little disappointed, to say the least. This looks like they have taken the decision to deviate from a carefully put-together roadmap for entirely pragmatic reasons. Wada has gone from being an organisation that cared about clean athletes to one that cares about international federations that have not been able to stage events in Russia: it’s money over principle. That is quite a difference, quite a swing, from what Wada once was”*.²²

Even more vexed was WADA athletes’ committee statement’s tone: *“Instead of adhering to the roadmap, WADA worked with Russia towards unjustifiable concessions in a process that completely cut out the athletes from around the world. Wada’s decision proves one thing: the views of clean athletes are not valued”*.²³

The contradiction between the WADA athletes’ committee and the IOC’s athletes committee positions says much about the complexity and extreme sensitivity of the anti-doping matters for professionals, who earn their living from the sporting activities.

The storm on the RUSADA reinstatement brewed on 15 September 2018, when a WADA press release justified the planned line to take on 20 September 2018.²⁴

A paragraph of the press release is explanative of the risks looming for good governance of sports organizations under external forces’ pressures.

It recited: *“WADA has been leading the drive to ensure that Russia meets the Roadmap in full. The fact is that leadership requires flexibility. The proposals made in the leaked letter are grounded in pragmatism and are nuanced interpretations of the Roadmap in order to bring matters to a conclusion and to not allow the significant progress that the Russian Anti-Doping Agency (RUSADA) has made over the last two years, under WADA’s supervision, to be undone”*.²⁵

²² The Guardian, *Triumph for money over clean sport’: ex-Wada head criticises Russia decision*, Sport section, 21 September 2018, available at www.theguardian.com/sport/2018/sep/21/wada-head-russia-reinstatement-triumph-money-over-clean-sport (last visited on 22 December 2018).

²³ B. SCOTT, *Chair of the WADA Athletes Committee*, Twitter, 24 September 2018.

²⁴ WADA, *WADA completes audit of Russian Anti-Doping Agency*, Press release, online, 15 September 2018 Montreal, Canada, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2018-12/wada-completes-audit-of-russian-anti-doping-agency (last visited on 22 December 2018).

²⁵ WADA, *WADA clarifies misinformation regarding independent Compliance Review Committee recommendation related to RUSADA Roadmap to Compliance*, Press Release of 15 September 2018, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2018-09/wada-clarifies-misinformation-regarding-independent-compliance-review-committee (last visited on 22 December 2018).

This paragraph disappeared in the successive WADA release of 20 September 2018,²⁶ outlining the arguments to defend the decision and rebuffing the attacks from some national anti-doping agencies and athletes.

WADA was accused of giving in with the RUSADA line. Already on 18 September 2018, before the WADA decision was taken at the meeting in the Seychelles two days after, 13 anti-doping national agencies²⁷ said that Wada wrongly “*shifted the goalposts... sending a message to the world that doping is tolerated*” over its willingness to strike a deal with Russia.²⁸

WADA President and the President of the Compliance Review Committee declared that the compromise with the Russian authorities was positive and fully complying with the two main conditions of the WADA roadmap scheduled to reinstate the RUSADA.²⁹

The reinstatement of RUSADA was conditioned to the WADA experts’ access to the Moscow laboratory data with their review before the end of 2018 as well as the possibility for WADA to get any re-analysis of samples following that review no later than 30 June 2019. Moreover, WADA experts would visit the RUSADA Headquarters to monitor the Russian progress to comply with the WADA conditions.

WADA President Sir Craig Reedie crafted a very careful declaration.

First, he defensively said that the re-instatement is not free and forever. The strict timeline was fixed precisely to let the WADA Executive Committee decide to reinstate non-compliance against the RUSADA, should the latter not comply with those requirements within the deadline.

Second, he seemed echoing the CAS award on the Russian anti-doping *Legkov v/ IOC case*.³⁰ This award upheld the complaint of Russian athletes against their exclusion from the 2014 Winter Olympic Games.

The award said that the doping accusation was not proved for each one of the concerned athletes. Though the CAS referred to alleged illegal activities of the Russians, the Panel did not use the WADA independent investigation’s report drafted by Professor McLaren.

²⁶ WADA, Executive Committee decides to reinstate RUSADA subject to strict conditions, Press releases, 20 September 2018, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2018-09/wada-executive-committee-decides-to-reinstate-rusada-subject-to-strict-conditions, (last visited on 22 December 2018).

²⁷ Australia, Austria, Canada, Finland, Germany, Ireland, Japan, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, UK and USA.

²⁸ S. INGLE, *Anti-doping rift deepens as agencies turn on Wada over Russia ‘compromise’* The Guardian online, 18 September 2018, London.

²⁹ WADA, *WADA Executive Committee decides to reinstate RUSADA subject to strict conditions*, Press Release, 20 September, WADA website, Press releases.

³⁰ CAS-Court of Arbitration for Sport, CAS 2017/A/5379 *Alexander Legkov v. International Olympic Committee (IOC)*, 23 April 2018, available at www.tas-cas.org/en/general-information/news-detail/article/cas-2017a5379-alexander-legkov-v-international-olympic-committee-ioc.html (last visited on 22 December 2018). For a detailed and critical analysis of this case see M. Vigna and R. Sethna, *Alexander Legkov v. IOC: CAS can’t get no (comfortable) satisfaction*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport (RDES)*, 2/2018, 77-89.

In the RUSADA case, the CAS has ruled twice and both the panels found insufficient the evidence put forward by the IOC/WADA.

In reviewing those cases, the CAS concluded that in at least 28 dossiers the collected proof did not corroborate sufficiently the facts in order to establish that each of the athletes had committed an ADRV-anti-doping rule violation.

Therefore, the CAS upheld their appeals, annulled the sanctions and reinstate their results at the Olympia Winter Games 2014.

However, it must be reminded that in 11 cases, the collected evidence was found sufficient to corroborate an individual ADRV. But, the life ban from all Olympic Games for those athletes, as decided by the IOC jurisdictions, was reduced to the ineligibility for the Pyeongchang 2018 Olympic Winter Games.

In conclusion,³¹ “In light of those factors, the Panel concludes that the IOC has not discharged its burden of establishing to the comfortable satisfaction of the Panel that the Athlete used or attempted to use a prohibited substance contrary to Article 2.2 of the WADA”.

³¹ CAS-Court of Arbitration for Sport, CAS 2017/A/5379 *Alexander Legkov v. International Olympic Committee (IOC)*. Here after the some excerpts from the award:

“(a) (the defendant) claims to have observed the Athlete use a prohibited substance before or during the Sochi Games;

(b) there is no direct witness or documentary evidence before the Panel that the Athlete provided clean urine for storage in a urine bank before the Sochi Games;

(c) there is no direct witness or documentary evidence before the Panel that the Athlete communicated the content of his DCFs from the Sochi Games to any other person;

(d) the results of the scientific analysis of the content of the Athlete’s urine samples from Sochi games do not provide any direct evidence of the Athlete use of a prohibited substance;

(e) the forensic evidence on the record related to marks and scratches on the samples bottles is not in itself conclusive of the alleged opening of the sample bottles by a third party, let alone sufficient for establishing an ADRV by the Athlete;

(f) while Dr. Rodchenkov has provided some specific testimony that supports the IOC’s allegation that the Athlete used the Duchess Cocktail, the probative value of that evidence is limited for several reasons;

and (g) the Athlete has produced evidence from witnesses which is consistent with his denial of wrongdoing, although the probative weight of that evidence is also limited;

(h) The IOC relies, inter alia, on the McLaren Reports which concluded that a general doping and sample-swapping scheme existed but refrained from expressing any view on whether made any sense and, if so, to what extent any of the Sochi Appellants committed a particular ADRV. Based on its conviction of the existence of the scheme, the IOC infers from this alleged fact that the scheme would not have without the Athlete’s and the other Sochi Appellants’ active contribution. On that basis, it contends that it was not possible that the Sochi Appellants, including the Athlete, were not fully implicated in that wrongdoing.

As stated above, the Panel does not have to make, and thus refrains from making, a ruling on whether the scheme existed, even though it recognises that there is significant evidence that it did. But even admitting, arguendo that the scheme existed, based on its conclusion that the participation of the Athlete in any of the various features of the scheme has not been proven, the Panel is not comfortably satisfied that an inference in favour of the Athlete’s use of a prohibited substance can be made. The Panel is not prepared to find the Athlete guilty of an ADRV of the use of a prohibited substance without being able to identify to its comfortable satisfaction the Athlete’s proven part in the alleged scheme”.

While not disavowing the IOC/WADA thesis of a Russian, general doping and sample-swapping scheme, the CAS stated that the McLaren report did not demonstrate the personal responsibility of the Athletes.

The Panel stuck tightly to the fundamental principle of law which says that no one is guilty without proof.

The Panel finally concluded that first there was no proof of the athletes' participation in any stage of the alleged scheme. Therefore, the Panel did not find the Athlete guilty of an ADRV of the use of a prohibited substance.

WADA could not disregard such important awards. Any omission would have been unjust towards the innocent Russian athletes.

Third the President called for a WADA pragmatic approach in order to get those indispensable lab data from Russia.

CRC Chair, Jonathan Taylor QC, said: "*Everyone agrees that WADA must get the analytical data that underlies the LIMS database, so that it can be determined who has a case to answer and who does not*".³²

WADA Director General Olivier Niggli added: "*Throughout this whole process, WADA's leadership has been consistent in accepting the judgement of independent investigations and the advice of the independent CRC. Our commitment to protecting clean sport remains as strong as ever*".³³

These declarations reveal the mismanagement in the past decision of non-compliance against RUSADA. De facto, WADA reckons that the Russian athletes were sanctioned on grounds of incomplete data and evidences.

The WADA mismanagement came to the full light when WADA published a 36-page paper on its website on 20 September 2018, same date of the official Seychelles decision on the RUSADA reinstatement.

The paper reviewed the weaknesses of the WADA independent investigation and prosecutorial actions and called for reforms to increase resources.

Unfortunately for the Russian athletes, the WADA planned reform came only after the McLaren investigation on the RUSADA mass doping scandal and the WADA decision of excluding RUSSIA Olympic team from the Olympia games, was taken in Colorado Springs on 18 November 2015.³⁴

These facts questioned the efficiency of the WADA decision-making process.

WADA is a global independent sports agency with 143 national anti-doping agencies subscribing the WADA anti-doping Code.

It was created to upgrade the efficiency of the IOC action in the war against the doping, enhancing the investigative tasks of the anti-doping experts.

³² WADA, *WADA Executive Committee decides to reinstate RUSADA subject to strict conditions*, cit.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Wada Foundation Board Media Release on the Colorado Springs Meeting: "*Wada strengthens anti-doping worldwide*", 18 November 2015, available at www.wada-ama.org/en/media/news/2015-11/foundation-board-media-release-wada-strengthens-anti-doping-worldwide (last visited 22 December 2018).

WADA was granted autonomy from the IOC and governments.

WADA should have been the smart example of an international organization to self-regulate their own decision-making process to keep it fair but rigorous while far away from political influence.

Unfortunately, the CAS award in *Legkov et al.*, showed that even a good reform of an international organization's governance, is not shielded from troubles and controversies, when the doping issue is mired in political manipulations.

The CAS award has had an unintended impact and consequences on WADA.

As mentioned before, the WADA reinstatement of RUSADA was not unanimously welcome by the NADOS neither by athletes.

Some NADOS met in Paris and in Washington, DC and proclaimed the failure of WADA to accomplish its own statutory tasks to prevent and sanction doping activities in the sports.

NADOS opposing the reinstatement were a minority but an influential one led by the USA Anti-Doping Agency.

While 143 NADOS are signatories of the WADA Code, the NADOS represented in the White House on October 31, 2018 for a meeting of a so called Global Athletic Community were eight, representing USA, Australia, Canada, Germany, Ireland, New Zealand, Norway and the United Kingdom and some athletes joined and supported the demand. The Norwegian representative is also a WADA Vice-president but she was not there on behalf of the WADA. Only fourteen members of the global athletic community attended the meeting.

The White House Office of National Drug Control Policy (ONDCP), together with the United States Anti-Doping Agency, convened this meeting at the White House. The ONDCP press release³⁵ was short but clear in stressing the request “*for the World Anti-Doping Agency to provide stronger leadership on behalf of clean competition*”.

“This meeting of representatives of the global athletic community and international sports leadership gathered today to demonstrate a consensus on anti-doping, and to emphasize an international commitment to clean sport and fair play,” said ONDCP Deputy Director James Carroll. “*We are committed to ensuring there is a strong domestic and global anti-doping program in place. Young people around the world should have the opportunity to experience all the benefits that clean competition gives them*”.

The USADA press release was longer and better structured with five requests for reform of WADA bodies and decision-making process.³⁶

³⁵ As reported by T. HAMILTON, *WADA president hits back at U.S. criticism over Russia reinstatement*, available at www.espn.com/olympics/story/_/id/25144697/wada-president-sir-craig-reedie-hits-back-us-criticism-russia-reinstatement (last visited on 22 December 2018).

³⁶ These were the five requests for reform:

- WADA must commit to govern and operate in respectful, accountable, democratic, and transparent manner.

To this blow, Mr Reddie reacted underlining the fact that a small part of the NADOs took part to the White House meeting. Furthermore, Reddie reminded the chair of the USADA to look at the non-compliance problems existing in the USA. *“I don’t believe that’s accurate, or correct. I would like to think that at some future date, he might address USADA’s efforts to looking at the large area of American sport which is not Code compliant and events which aren’t Code compliant. And I think that would be a greater contribution to clean sport in the world than continually complaining about what WADA does.”* Mr. Reddie statement on commenting the White House meeting.³⁷

The Russian Television (RT) website published a piece to criticise the White House meeting as politically tainted and aiming only to attack Russia and Russian sports.³⁸

The WADA controversial story deserves comments for at least three reasons.

First, WADA has become a pitch for an international political game evoking the sound of rhetorical swords of the unforgotten Cold War, an international relations game between the West and the Eastern Communist countries, lasted more than 40 years after the WWII in the last century. Not so many observers expected such a heavy, political intrusion in an ultra-sensitive matter like anti-doping in sports. Unfortunately, there we are.

Second, WADA was a result of an unanimously demanded and highly praised reform of the IOC operative branch responsible for dealing with the doping in sport. The change of the IOC governance was supposed to upgrade the quality of the action in this domain. The facts are telling us that no institution’s governance is safe and protected by a management crisis, whenever it suffers either political pressures or weak leadership or unfocused operative overview.

- WADA must undertake greater efforts to listen to and respect the voice of athletes. WADA must include athletes as full voting members on its Executive Committee and in other essential governance functions.

- Call for a robust independent inquiry to examine WADA’s culture, leadership and operations following the recent allegations of bullying and acts of intimidation at WADA.

- The governance structure of WADA must be overhauled in a significant and meaningful way. Individuals with active roles in sport must not simultaneously serve in leadership positions at WADA.

- WADA must ensure an open and transparent process regarding securing all of the anti-doping samples and laboratory data in Russia and the WADA Compliance Review Committee must convene and make a recommendation immediately after the December 31, 2018 deadline for compliance.

USADA, *Roundtable on Advancing International Commitment to Clean Sport and Fair Play: Reforming the World Anti-Doping Agency*, press release, 31 October 2018, available at www.usada.org/the-washington-anti-doping-summit/ (last visited on 22 December 2018).

³⁷ T. HAMILTON, *WADA president hits back at U.S. criticism over Russia reinstatement*, cit.

³⁸ L. TYLER, *White House anti-doping summit signals who’s pulling the strings in campaign against Russia*, RT- question more, available at www.rt.com/op-ed/442881-white-house-us-wada-summit/ available at www.rt.com/op-ed/442881-white-house-us-wada-summit/ (last visited on 22 December 2018).

Third, in all the phases of this long travail of the international sport, no interested party has made a meaningful reference to the CAS awards, which obliged the WADA and the IOC to reckon with the sport law rules and principles, whose correct application excluded the culpability of the majority of Russian athletes concerned. Therefore, WADA decided the RUSADA reinstatement.

This silence is even more appalling because even the papers commenting on the WADA reinstatement ignore those CAS awards.

Moreover, disputable remains the capacity of management of sensitive investigations' results in the case of RUSADA. The WADA experts concluded their work and promoted the non-compliance proceedings, neglecting the sort of the Russian athletes, whose situations was still conform to the rules.

The suspicion is strong of a bias discriminating the RUSADA in this case. Indeed, the attacks against WADA become even more virulent after its decision to abide by the CAS awards conclusions in favour of the Russian athletes.

The WADA story is still going on when this paper is published. Apparently, the WADA experts were unable to achieve their review of the Moscow laboratories because they did not have the technical tools certified by the Russian agencies.³⁹

This story has the merit of laying bare the truth about the difficulty in getting really a good governance in sport or upgrading of the quality of the decision-making bodies of the sports federations. One thought that this kind of independent agency would have been the definitive solution to upgrade the good governance of the sports organizations. Should the sports world consider this reform a failure?

No, we do not believe so. The reality is that no sports governance reform is good enough whenever professional sport is so wealthy and/or the sports associations may be prey of political interferences.

2. *The sports industry value*

In fact the financial figures of professional sport of these last decades are significant of its extraordinary evolution.

In November 2012, the EU Commission DG Education and Culture, published the final report of a multinational study on the contribution of sport to Economic Growth and Employment in the EU. The study was carried out in 2011-2012, based on data collection in all 27 EU Member States focussing on sport as an economic activity.

The report concluded that “*sport overall is labour-intensive. Growing the sport-related economy thus leads to a more than proportional growth of employment*”.⁴⁰

³⁹ S. INGLE, *WADA under pressure to ban Russia again due to IT equipment row*, The Guardian, 21 December 2018, available at www.theguardian.com/sport/2018/dec/21/wda-ban-russia-equipment-row, (last visited on 22 December 2018).

⁴⁰ European Commission, DG Education and Culture, *Study report on the contribution of sport to Economic and Employment Growth in the EU*, November 2012, available at

Among the main findings, we retain the following ones.

The so-called “*Vilnius Definition of Sport*”⁴¹ distinguishes between a statistical, a narrow and a broad definition of sport.

Statistical Definition: comprised of NACE (EU stats) 92.6 Rev. 1.1 (“Sporting activities”, the only part of the sport sector having its own NACE category).

Narrow Definition: all activities which are inputs to sport (i.e. all goods and services which are necessary for doing sport) plus the Statistical Definition.

Broad Definition: all activities which require sport as an input (i.e. all goods and services which are related to a sport activity but without being necessary for doing sport) plus the Narrow Definition.

“The share of sport-related gross value added of total EU gross value added is 1.13% for the narrow definition and 1.76% for the broad definition of sport. The share of what is generally known as the organised sport sector (sport clubs, public sport venues, sport event organisers) is reflected in the statistical definition. The share of gross value added according to the statistical definition is 0.28%. Therefore, the real share of sport in terms of production and income is about six times as high as reported in official statistics.

In 2005, sport-related gross value added (direct effects) amounted to 112.18bn Euro according to the narrow definition and 173.86bn Euro with respect to the broad definition.

For the statistical definition of sport, it was 28.16bn Euro.

*The direct effects of sport, combined with its multiplier (indirect and induced) effects, added up to 2.98% (294.36bn Euro) of overall gross value added in the EU”.*⁴²

According to the private consultant agency A.T. Kearney,⁴³ in 2009 the global sport industry value made a figure between 350 and 450 MLD Euro. The European football business value was estimated in 2009 at 16 MLD Euro with the 5 biggest leagues totalling 8 MLD Euro and the 20 top teams totalling 4 MLD Euro.

In 2017, Plunkett Research Limited⁴⁴ estimated that global sports industries revenues totalled 1,3 Trillion USD or 1,10 Euro Trillion, up from 1,27 Trillion USD in 2016.

<http://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/studies/study-contribution-sports-economic-growth-final-rpt.pdf> (last visited December 2018).

⁴¹ In 2006, the EU Working Group “Sport & Economics” has developed a harmonised definition of sport (“the Vilnius Definition of sport”) and a common methodology to measure the economic importance of sport (the “Sport Satellite Account” – SSA).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ AT KEARNEY, *The Sports Market: major trends and challenges in an industry full of passion*, 24 September 2018, available at www.atkearney.com/documents/10192/6f46b880-f8d1-4909-9960-cc605bb1ff34 (last visited on 22 December 2018).

⁴⁴ Plunkett Research limited, *Sports Industry Statistic and Market Size Overview, Business and*

Finally, according to KPMG⁴⁵ estimations, in 2018, the football industry of the 32 leading football clubs is worth 32,5 MLD Euro. The top 3 alone make 19 MLD Euro the same year. This means 9% up from 2017 and 23% from 2016, when these clubs totalled 26,3 MLD Euro. The profits are up 17 times from 2017.

The constant growth of these figures makes urgent strengthening a good governance in the sports federations and associations, which ensures their effective and transparent management with due regard to the integrity principle. This financial dimension of the sports justifies the EU actions in this field carried on with the active cooperation of the sporting stakeholders. The good governance principles and activities are detailed in the following chapter.

3. *The good governance principles in doctrine and international organizations*

Governance is the way that organizations or countries are managed at the highest level, and the systems for doing this.

The paper of Chappelet and Mrkonic gives us a very useful account of the sports governance principles.⁴⁶

As already recalled above, ISGBs have a hybrid nature: These are mostly non profit associations, but at the same time they are structured and managed like corporations, due to their increasing commercialisation.⁴⁷ So, they act under the scope of both prescriptive approaches, democratic and corporate governance.

The *Basic Indicators for Better Governance in International Sport* (BBIGIS) indicators for ISGBs are organised along 7 broad dimensions: Organizational transparency, Reporting transparency, Stakeholder representation, Democratic process, Control mechanism, Sport integrity, Solidarity.

According to the Council of Europe, the 12 principles are:

- 1) Fair elections with representation and participation
- 2) Responsiveness for the citizens expectations
- 3) Efficiency and effectiveness
- 4) Openness and transparency
- 5) Rule of Law
- 6) Ethical conduct
- 7) Competence and capacity

Industry Statistics, 23 September 2018, available at www.plunkettresearch.com/statistics/Industry-Statistics-Sports-Industry-Statistic-and-Market-Size-Overview/ (last visited on 22 December 2018).

⁴⁵ KPMG, *Football Clubs' Valuation: The European Elite 2017*, 31 May 2017, available at <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/05/football-clubs-valuation.html> (last visited on 22 December 2018).

⁴⁶ J.-LOUP CHAPPELET AND M. MRKONJIC, *Basic Indicators for Better Governance in International Sport*, BIBGIS, An assessment tool for international sport governing bodies, IDHEAP, Paper 1/2.

⁴⁷ See W. ANDREFF, 2006, *Sport and financing*, W. Andreff & S. Szymanski (Eds.), Handbook on the Economics of Sport, 2006, Edward Elgar Publishing Limited; 271 -298. K. FOSTER, *Is There a Global Sports Law/? Entertainment Law*, 2(1), 2003, 1–18.

- 8) Innovation and openness to change
- 9) Sustainability and long-term orientation
- 10) Sound financial management
- 11) Human rights, cultural diversity and social cohesion
- 12) Accountability.

For the European Union, the principles of good governance are the democratic decision-making process based on rule of law, human rights and diversity, transparency and accountability.⁴⁸

The EU corporate governance legislation is a work in progress to better protect the rights of the stakeholders of the European single market.

The EU institutions' governance has been for long time criticised as not really democratic by the euro-sceptic parties and movements of some member states. They contested the fact that the EU officials have never been directly elected to apply the EU law over the Member States.

That is why in 2001, the European Commission⁴⁹ produced the *White Paper on European Governance* and two years after it published a report on the results of a vast public consultation.⁵⁰

The EU Commission identified five principles to underpin good governance, namely: openness, participation, accountability, effectiveness and coherence. Each principle is important for democratic governance based on the rule of law. And their application must be inclusive and responsive of the public expectations.

So, afterwards the EU Commission's services carried on meetings and workshops, while publishing papers and reports for promoting and applying the political good governance at national as well as at international level.

To this end, the Council of Europe, the OECD and the UNESCO, are also working on the sports good governance.

These organizations aim to raise the governance standards in sports, promoting the principles of democracy, rules of law, transparency, accountability in the decision-making process and streamlining the justice functions, inclusiveness and diversity of gender in the management and representation of the stakeholders.

In particular, the EU Commission's services have worked to provide added value to the national efforts on sports good governance. The operative instruments have been the promotion of best practices and unbinding but useful recommendations.

Foreshadowing the EU acquisition of a competence for sport, which came with the entry into force of the Treaty of Lisbon in 2009, the EU Commission

⁴⁸ EU Commission P.R., Brussels, 25.7.2001, COM (2001) 428; *European Governance: a white paper*, available at https://ec.europa.eu/europeaid/european-governance-white-paper_en (last visited on 22 December 2018).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Report from the Commission on the European Governance, ISBN 92-894-4555-6, OPOCE, Luxembourg, © European Communities, 2003.

started a policy with the 2007 White Paper on sport followed by the Pierre de Coubertin action plan in the area of sport.⁵¹

Article 6(e) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) confers on the EU institutions the soft competence to carry out actions to support or supplement the sport actions of the Member States.

Article 165 of the TFEU says that 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’. Article 165(2) refers to ‘developing the European dimension in sport, by promoting fairness and openness in sporting competitions and cooperation between bodies responsible for sports, and by protecting the physical and moral integrity of sportsmen and sportswomen, especially the youngest’.

In the 2014-2020 period, a specific budget line has been made available for the first time under the Erasmus+ programme to support projects and networks in the area of sport. These funds finance the development of the MS cooperation and common projects and initiatives.

The EU programme Erasmus+ supports structurally three areas of activities:

1. The societal role of sport;
2. Its economic dimension;
3. The political and legal framework of the sports.

The 2007 White Paper on Sport paved the way for the Commission communication of January 2011 on the impact of the Treaty of Lisbon on sport, entitled ‘Developing the European dimension in sport’.⁵²

Inter alia, the Communication promotes good governance in sport as an essential factor for the autonomy of the domestic sport policy and regulatory system.

For the Commission, there isn’t a unique model of governance in European sport across different disciplines and the national legal systems. However, “*the Commission considers that there are inter-linked principles that underpin sport governance at European level, such as autonomy within the limits of the law, democracy, transparency and accountability in decision-making, and inclusiveness in the representation of interested stakeholders. Good governance in sport is a condition for addressing challenges regarding sport and the EU legal framework*”.⁵³

⁵¹ SEC(2007) 934 Commission Staff Working Document Action Plan “Pierre De Coubertin - Accompanying document to the White Paper on Sport {COM(2007) 391 final} {SEC(2007)932} {SEC(2007)935} {SEC(2007)936} Brussels, 11.7.2007; <https://eur-lex.europa.eu>, available at <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2007/EN/2-2007-935-EN-1-0.Pdf> (last visited on 22 December 2018).

⁵² European Commission, COM (2011) 12 final, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, available at <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0012:FIN:EN:PDF> (last visited on 22 December 2018).

⁵³ European Commission, *Ibidem*.

The communication emphasises the strategic relevance of the specific nature of sport as the European Court of Justice's case law has defined.⁵⁴ It encompasses the sport's peculiarities and has become the essential tool in assessing whether sporting rules comply with the requirements of EU law.

The dialogue with sport stakeholders is essential tool for the Commission to explain the relation between EU law and sporting rules in professional and amateur sport. The Commission is committed to supporting an appropriate interpretation of the concept of the specific nature of sport and will continue to provide guidance in this regard.

Since the 2011 Commission's communication, each EU work plan has dealt with the sports good governance through working groups of sports stakeholders.

From 2011 on, the Commission has drafted three EU Work Plans for Sport.

An EU Expert Group on Good Governance was established on the basis of the Council Resolution on an EU Work Plan for Sport 2011-2014.⁵⁵ In October 2013, the Group adopted recommendations on the Principles for Good Governance of Sport in the EU, forwarded to the EU Council

Among the deliverables of the first governance Expert Group, established in 2011, there was a definition of good governance, drafted in the 2013 report.

*"The framework and culture within which a sports body sets policy, delivers its strategic objectives, engages with stakeholders, monitors performance, evaluates and manages risk and reports to its constituents on its activities and progress including the delivery of effective, sustainable and proportionate sports policy and regulation. His definition of good governance can be satisfied by the appropriate application of the principles set out below".*⁵⁶

Those principles are:

1. Clarity of purposes/objectives;
2. Code of Ethics;
3. Stakeholder Identification and roles;
4. Democracy and minimum standards;
5. Delegation and committees;

⁵⁴ For a complete and detailed overview of the Court of Justice case law on the specificity of Sport see ECORYS, KEA European Affairs, Sport Citizenship, *Mapping and Analysis of the Specificity of Sport A Final Report to the DG Education & Culture of the European Commission*, June 2016, available at http://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/studies/mapping-analysis-specificity-sport_en.pdf.

⁵⁵ Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on a European Union Work Plan for Sport for 2011-2014, *OJ C 162, 1.6.2011, 1–5*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1389638705530&uri=CELEX:42011Y0601%2801%29> (last visited on 22 December 2018).

⁵⁶ EU Work Plan for Sport, 2011-2014, Expert Group on Good Governance in Sport report, September 2013, available at http://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/xg-gg-201307-dlvrbl2-sept2013.pdf, (last visited on 22 December 2018).

6. Management;
7. Judicial and disciplinary procedures;
8. Inclusivity and youth engagement;
9. Statutes, rules and regulations;
10. Accountability and transparency.

The group's experts expressed worries about the sports organizations capacity to deal effectively with the sports integrity challenges. Because of the significant economic evolution occurred in the sports sector, the regulatory powers of sports bodies are pressured to address the governance gaps.

Therefore, the experts considered that *“The assistance of regulators, national governments and law enforcement agencies with their additional powers and investigative authority is needed by sports bodies to allow them to tackle the threat of match fixing and other corrupt activities.....Increasingly, sports bodies must seek to form partnerships, engage in dialogue and co-operate with governments, European institutions and other state agencies in a range of areas and such public authorities may be more inclined to link public funding to minimum standards of good governance, particularly in relation to financial subsidies and the deployment of public money by sports bodies. The autonomy of sports bodies is now more susceptible than ever before. Interventions from the courts, national governments or regulators, commercial interests or European institutions are more likely”*.⁵⁷

These last words remind to the increase of political and jurisdictional interventions in sports as a relevant risk for their autonomous governance.

The report advanced a solution in these terms: *“Increasingly, sports bodies must seek to form partnerships, engage in dialogue and co-operate with governments, European institutions and other state agencies in a range of areas and such public authorities may be more inclined to link public funding to minimum standards of good governance, particularly in relation to financial subsidies and the deployment of public money by sports bodies”*.⁵⁸

The Expert Group concluded that autonomous, effective self-regulation should continue as the best form of governance in line with the traditional framework of the international sport movement.

The effective governance minimises disputes and outside interventions.

The EU institutions have no legislative role to act upon the sports good governance, but the Expert Group designed a limited, soft power role for the EU as the international organization *“... encouraging compliance with the agreed principles and rules”*.⁵⁹

⁵⁷ Expert Group on Sport, Principles of Good Governance in Sport, report 3, available at http://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/xg-gg-201307-dlvrbl2-sept2013.pdf, (last visited on 22 December 2018).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

The EU experts designed a method of assessing the implementation of the governance over the years in order to adapt structures and proceedings to the standards. They made the EU and national funding of the sports organizations conditional to fulfilling the good governance principles.⁶⁰

The sanctioning of uncompliant sports organizations seems an efficient devise to keep the sports organizations on the right track.

However, if it is confronted with current wealthy sports like football, that threat looks weak.

This was the case of the English FA reform. The limited public funds made available by the agency “Sport England” may have a very low impact on conditioning the FA policies and its will of seriously reforming the governance.⁶¹

In fact, the English public funds for the rich FA are a sort of ‘pocket-money’ if measured against the billions of pounds coming to the FA/Premier League from various sources like TV/media rights, merchandising and events ticketing.

*“The FA reforms, which were already passed by the council last month, are not really aimed at answering any of those fundamental questions about the soul or even direction of football. It was a matter of complying with the code, whose development was initiated by Crouch and is now overseen by Sport England as a condition of funding. One or two FA council members from the political-correctness-gone-mad tendency, indignant about supposed government interference, floated the idea that football is so rich it can do without the £30m, ...”*⁶²

The FA situation is mirrored by the posh status of most national and international football and other professional sports federations. Consequently, the public authorities’ threat to cut the public funds to these organizations is futile.

3.1 *The second EU Work Plan for Sport*

The second plan, adopted by the Council on 21 May 2014, did cover the term 2014-2017. The second EU Work Plan for Sport (2014-2017) pursued the work on this theme. The EU Expert Group on Good Governance focused on gender equality, protection of minors, and democracy and human rights in the bidding process of major sport events.

This second plan had three priorities: the integrity of sport, its economic dimension and the relationship between sport and society. For these themes, the Member States and the Commission established five Expert Groups covering match-fixing, good governance, the economic dimension of sport, health-enhancing physical activity (HEPA), and human resources development in sport.

The Expert Group on Good Governance worked on:

- Young athletes and safeguard children’s rights in sport;

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ D. CONN, *The FA ratifies required reform, but don’t mistake it for revolution*, cit.

⁶² *Ibidem.*

- Preparation of guiding principles relating to democracy, human rights and labour rights, in particular for the sports events awarding;
- Promotion of existing good governance principles.

Recalling the conclusions of the 2014 report, they reminded that albeit limited, the European institutions have an important role in ensuring coordination, enabling the share of best practices and keeping alive a regular dialogue with the sport organizations and other relevant stakeholders.

Sports Governance is also an integral part of Erasmus+, the EU programme for education, training, youth and sport for 2014-2020.

1.8% of the annual budget of Erasmus+, the equivalent of about 40 million Euro, is devoted to activities related to sport, with the aim of supporting collaborative partnerships and not-for-profit European sports events.

The Sport Chapter in the Erasmus+ Programme supports European partnerships on grassroots sport in order to promote and support good governance in sport, among other objectives.

So, the expert group underlines that *“while some progress has been made, there is still much work to be done and calls for the continuous monitoring of how the principles of good governance in sport are being implemented and promoted”*.⁶³

This kind of sentence carries a diplomatic formula to avoid saying that real progress is still delayed. That’s why the experts call for keeping the EU coordinating role.

Notwithstanding the limits of the European action, we have to recognize the merit of these experts’ groups in streamlining two questions defining the relationship between the sports organizations and the public authorities.

The first issue pertains to the human beings who are fallible by definition.

On this subject, the group underlined a common-sense truth by saying that *“Simple compliance is not however enough to drive real change in the governance of sporting organizations. It is more than updating statutes. It is about leadership and people with the right skills and integrity, incorporating a change in culture, supported by a clear communication strategy and continuous monitoring to measure and if necessary adjust the compliance process”*.⁶⁴

These words stress the need for competent and rigorous leaders at the head of the sports organizations but leave the reader with a feeling of a scant pessimism about the human beings’ weakness.

Indeed, the authors seem suggesting that the public authorities can deploy their best and steady efforts to upgrading the sports good governance. However, those tries are useless if the reforms are put in the hands of incompetent people.

⁶³ Expert Group on Good Governance, EU Work Plan for Sport 2014-2017, Final Document, July 2016, available at <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=25002&no=1>, last visited on 22 December 2018.

⁶⁴ *Ibidem*.

The second issue is tricky and slightly threatening for the sport specificity.

The experts highlighted the substantial role governments can play in promoting good governance in sport with respect to autonomy of sport.

Good governance, they repeat, should be a prerequisite condition for the recognition of the autonomy of sport.

But, this way, the public authorities endorse a tutorial role versus the sports organization which might limit the integrity of the autonomy and specificity, which those authorities proclaim unceasingly, being ready to ever sustain it.

3.2 *The third Plan 2017-2020*

On 23 May 2017, the Education, Youth, Culture and Sport Council adopted the new EU Work Plan for Sport (2017-2020)⁶⁵ in view of dealing with:

- Integrity of sport, with a focus on good governance, the safeguarding of minors, combating match-fixing, doping and corruption;
- Economic dimension, focusing on innovation in sport, and sport and the digital single market;
- Sport and society, focusing on social inclusion, coaches, media, environment, health, education and sport diplomacy.

For the term 2014-2017, the five Experts Groups were reduced to two groups. One is dealing with integrity and skills and the other is debating human resources development in sport.

The sports good governance is dealt with by the Expert Group on integrity and skills. The future will bring us the results of those workings.

3.3 *The EU Council works*

On its side, the EU Council has actively worked in the sports field. In view of the fact that major sports events are attractive opportunities to celebrate the performance, values and benefits of sport in a national and international context, in May 2016 the Council delivered its conclusions on enhancing integrity, transparency and good governance in major sports events.⁶⁶

In this document, the Council invited Member States to incorporate integrity and transparency in future work on sport at EU level, to support the implementation of criteria and procedures related to good governance, and to identify and develop models for public-private cooperation and exchange good practices regarding this cooperation.

⁶⁵ Available at <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9639-2017-INIT/en/pdf> (last visited on 31 December 2018).

⁶⁶ Available at <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9644-2016-INIT/en/pdf> (last visited on 31 December 2018).

3.4 European Parliament works

The development of a European sports policy is a priority for the European Parliament, which recognises the growing need for the EU to deal with sports matters while respecting the principles of subsidiarity and specificity, as sport itself is an important social phenomenon and a public good.

In 2011 the Culture Committee drafted a report on the European dimension in sport.⁶⁷

On 2 February 2017, the European Parliament tabled a resolution on ‘An integrated approach to Sport Policy: good governance, accessibility and integrity’.⁶⁸

According to the title, the EP political act is overall, very comprehensive, clear-cut initiative to considering the outstanding issues of sports with emphasis on the professional sports and in particular the football.

The resolution flies from the matters of integrity and governance in all the sports organizations to the monitoring of the countries’ bidding for hosting sports event like Euro or World football championships.

The good governance is indissolubly bound to its integrity. The efforts to upgrade the good governance are indispensable to fight and eliminate the sports corruption and ensure its integrity.

For the EP, the transparency needs a better separation of powers and effective distinction of commercial and non-profit activities. Furthermore, the sports organizations should enhance the self-regulatory procedures to advance, detect, investigate and sanction illegal activities.

Good governance must be a condition for the autonomy of sports organizations in compliance with the principles of transparency, accountability, equal opportunities, social inclusion and democracy, including appropriate stakeholder inclusiveness. This call of the EP seems an alert for the sports organizations to speed up their governance reforms and clean their drawers unless they put at risk the loss of their cherished autonomy and self-regulatory independent power.

EP believes that improving good governance and integrity in sports requires a change in the mind-set of all relevant stakeholders. This looks like a wishful thinking. How can you change the mind of business managers and tycoons who are investing more and more in the professional sports to earn profits and financial impact on other collateral activities, promoted by the sports celebrities, who are handsomely rewarded?

⁶⁷ Available at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2011-0385+0+DOC+PDF+V0//EN (last visited on 31 December 2018).

⁶⁸ European Parliament, CULT Committee, Resolution of 2 February 2017 on an integrated approach to Sport Policy: good governance, accessibility and integrity, (2016/2143(INI)), available at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2017-0012.

EP Calls on sports organisations to put forward by 2018, and duly implement, concrete proposals to enhance good governance standards for sports organisations, sports governing bodies and their member associations, and to publish the outcomes.

It would be interesting to have a look at the responses of the sports organizations to this appeal from the EP.

3.5 *The meaning and impact of the EU institutions work on the sports good governance*

The EU action in the sports has a multifaceted impact with two main lines of activity.

The first is the jurisdictional activity of the ECJ, which deals with sports cases whenever there is a relevant economic activity involved. This is the ground for the ECJ rulings in the cases falling in the field of the free movement of workers and persons. But, the ECJ can decide also on the sports cases when they raise issues of competition law, in particular when the competent decision of the Commission is appealed by a party.

This EU competence is full, substantial and grounded in the pertinent rules of the four freedoms and the single market.

The second activity originates in the soft law, inserted in the EU Treaty of Lisbon, where the notion of sport specificity has been formally enshrined.

This activity may be defined as political aiming to promote, inspire and coordinate in a unitary, coherent, European framework the activities of the Member States and private and public associations in the field of sports.

The reckoning of a soft policy in the EU Treaty pushed for expanding the European activities in this field. Here we may find the ground for the successive EU Action Plans for Sport, the Expert Groups works and the expansion of the sport social dialogue and the Commission work on the sports governance.

Ten years after the Lisbon Treaty and many not binding acts produced by the EU institutions, one may wonder how to assess the real impact of these actions and what is finally their scope and final objective.

The sports good governance may be a fine example to look in the long term.

The EU sports activities have certainly an extraordinary added value because they have multiplied the multi-national initiatives in the sports field.

The EU Commission actions are certainly positive for promoting the works of expert groups to finalize common definitions and positions in matters like the sports good governance.

However, though the functional, material approach to get final European rules after gradual actions based on soft law, seems at work here, the European political will is not ripe to accept European binding rules in sports matters.

The sport was inserted in the EU Treaty to attest the relevance of its specificity, meaning that public law should stay far away from the sporting rules.

So, what might be a reasonable finalisation of these reports, resolutions, declarations over the sports good governance? If no binding rules, what else?

The debate on the sports good governance in various European fora can bring to positive results in persuading the sports stakeholders to endorse the best practices, finalising the definition of common European notions for sports activities.

If this view is true, still is this resources consuming activity worth the stakeholders' efforts? In particular, when that process is confronted with the complex and urgent problems of the professional sports in Europe and the world?

These problems are systematically denounced in all the EU acts in the sports field. However, the current actions do not seem adequate to deal with those threats to the integrity, values and autonomy of the European sports.

4. The sports governance and the jurisdiction's systems

Before reviewing the sports justice reform, the sports organizations need urgently speed up the reform of the domestic governance to the aim of getting straight and clear-cut rules either disciplinary and/or statutory or managerial in view of limiting the causes of an excessively litigious community of sports stakeholders.

The key question is how many and what kind of reforms should the sports organizations undergo in order to finally get a definitive, efficient and effective governance so smoothly working such as to avoid an excess of litigiousness?

Perhaps, the European efforts of providing the stakeholders with best practices of sports governance show positive upshots in the inclusive way of adopting reforms or taking decisions in international sports federations such as FIFA. Indeed, the FIFA decision-making process associated the stakeholders in the discussion about the last transfer regulations reform.

4.1 The Belgian Appeal Court's interim ruling in the Seraing/Doyen versus FIFA/UEFA/URSBFA

This is doubtless an arguable decision which raises further issues while trying to solve the questions submitted by the plaintiffs and defendants.

In 2017, the Belgian Seraing Football Club and the investment fund Doyen Sports investments Limited, a private equity fund, subsidiary of Doyen Group, a British holding Company, brought before the Brussels Appeal Court FIFA, UEFA, URSBFA and FIFPRO to dispute the legality of the FIFA and UEFA acts of interdiction of the Third Party Ownership practices (TPO).

The case was originated by the FIFA sanctions against the Seraing club for concluding contracts of third-party ownership of footballers with the Doyen Sport holding with sporting-related activities all over the world.

The legality of the FIFA TPO-ban has been already upheld by the Belgian Court of Liege. Moreover, the Appellants applied for interim relief to: (i) suspend the CAS decision upholding (in part) FIFA's sanction; and (ii) ordering URBSFA to allow a variety of players (professional and youth) to be registered with Seraing.

These requests for interim relief were denied both in the Liege Court of First Instance and this latest Court of Appeal judgment.

So, Seraing club contested again the legality of the FIFA sanctions on the violation of the TPO-ban before the Belgian Court of Appeal in Brussels, sustained by Doyen Sports Holding.

The interim ruling did concern two different issues. First, the legality in Belgian law of the arbitration clause. Second, the competence or incompetence of the Belgian Court to decide on FIFA/UEFA issues, which are normally reserved to CAS and Swiss federal jurisdictions.

The Brussels Appeal Court had to deliberate on the legality of the FIFA arbitrate rule imposing to its stakeholders the obligatory and exclusive arbitrate of CAS-Court of Arbitration for Sport.⁶⁹

Under Article 66.1 of the 2015 FIFA Statutes (then in force), “*FIFA recognises the independent Court of Arbitration for Sport (CAS) with headquarters in Lausanne (Switzerland) to resolve disputes between FIFA, Members, Confederations, Leagues, Clubs, Players, Officials, intermediaries and licensed match agents*”.

Consequently, as a part of the Belgian club’s challenge, the Brussels Appeal Court had to consider its own jurisdiction in the light of submissions by FIFA, UEFA and URBSFA that a valid jurisdiction clause within the relevant statutes conferred jurisdiction on the CAS and not the Brussel’s Appeal Court.

The Belgian Court of Appeal rejected the submission of FIFA, UEFA and URBSFA that a valid arbitration clause precluded the Court from adjudicating on the issue. The Court carefully analysed the various aspects of the arbitration clause and concluded that the general and abstract content of the FIFA arbitration clause was not applicable under the Belgian law which abide by the national and international rules in this matter. For the Court, the arbitration provision was not enforceable because it is too vague and consequently does not concern a “specific legal relationship”.

FIFA tried to defend the legality of the international arbitration rule. It sustained that the arbitration clause would apply only to sport disputes and CAS can be seized only of such kind of disputes. This permanent, sporting jurisdiction of the CAS arbitration would comply with the indispensable condition of “specific legal relationship”.

But the Appeal Court was adamant in rejecting this explanation. First, the details given by the FIFA in the memoir do not appear in the arbitration clause. Second, the Belgian law requires the agreement of the parties on the arbitration clause to protect the weaker party of a contract. Third, the CAS is an arbitration body independent from FIFA, UEFA and the national, associations. So, it is free to amend any time “its statutes and regulations, regardless of whether the “sporting”

⁶⁹ The text of the judgement delivered on 29 August 2018 is available in French at https://fr.scribd.com/embeds/387480949/content?start_page=1&view_mode=scroll&access_key=key-GuZOeVtBO6HQshlBoWt2&show_recommendations=true (last visited on 31 December 2018).

nature of the dispute concerned would be sufficient to consider that the clause refers to a definite legal relationship”.

The Appeal Court lamented the inadequacy of the arbitration clause’s wording in the FIFA, UEFA, URBFSFA and Seraing club’s statutes. So, the lack of details is the only problem raised by the Belgian Court. The CAS jurisdiction is not affected globally. The Court says nothing against the CAS and its sports jurisdiction neither expressed reserves about the sports arbitration as a dispute settlement system. Therefore, we infer that the clamour made in the media about the illegality of the CAS arbitration is groundless. Indeed, in case of a final confirmation of such interpretation by the Belgian supreme court, FIFA and UEFA can always amend the arbitration clause to comply with the Belgian Court request for more details in that provision.

Having excluded the application of the arbitration clause, the Belgian Appeal Court concentrated itself on the Article 6.1 of the Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters to conclude that this convention did not exclude the Belgian Courts’ jurisdiction to hear the TPO dispute.

The decisive element to affirm the Belgian Court competence in judging the case, was the presence of the URBSFA, association of Belgian law and subject to the Belgian jurisdictions among the defendants.

The Court of Appeal applied Article 6.1, mentioned above, since the Belgian Football association is domiciled in Belgium and it is member of the FIFA and UEFA, with whom it shares regulatory and disciplinary rules. The Seraing club is also domiciled in Belgium. “In light of all those elements, the Court of Appeal found that there was a sufficient degree of connection between the claims, which justified the jurisdiction of the Belgian courts to hear the case. Belgian courts will now hear the substantive aspects of this case”.

The Belgian jurisdiction case shows that the global sports institutional structure needs an urgent, upgrading reform in order to deal with such kind of issues. The effective working of the global soccer machine needs rules and structures to remediate the negative impact of national rulings.

Maybe, the Belgian court ruling has the merit to have laid bare such fundamental question. Now, the competent national and international sports authorities should provide the appropriate follow-up so to avoid bigger problems in the future.

Conclusions

The WADA case is emblematic of a situation where, albeit the valuable efforts for upgrading reforms, deployed by the sports international and national organizations, supported by the political powers, a failing decision-making system has made wrong decisions on the Russian doping scandal. The curiosity is that WADA got badly criticised when it tried to remediate with the reinstatement of RUSADA.

WADA is the newest international sport organization, created in 1999, in view of avoiding old mistakes and staying away from the scandal press.

Nearly 20 years after the creation and many declarations of renewed commitments to protect the sports integrity, this international sports agency finds itself in the middle of sporting and political storm.

Maybe, we will read soon papers calling for yet again another reform of the WADA.

But how many times, a sport organization can be reformed? Should we tend to believe that certain wrong events in the life of a sport organization are inevitable?

The political, national and international powers cannot avoid influencing and intruding the functioning of the organizations decision-making systems.

Sports organizations can be reformed many times to reach the most transparent, integer and most efficient decision-making system to the highest satisfaction of the political and judiciary authorities.

However, even the best decision-making system for the sports governance needs clever, experienced professional managers and qualified experts to work correctly. Obviously, if it is put in the hands of the wrong, professionally weak human beings or if the latter are under external influence, that system might end in shambles. It is enough to remind of the FIFA crisis of 2015. As the title of the Guardian put it then, "FIFA scandal: who has been implicated and what happens next? Just about every major decision in world football over the past 25 years is now under suspicion as part of a US investigation".⁷⁰ So, the FIFA governance system, many times reformed with the best intentions, was manipulated to satisfy alleged criminal objectives of fraud and illicit earnings.

Afterwards, the new FIFA governance managers put in place yet another reform to upgrade the integrity and transparency of its decision-making process.

Maybe, the future governance of sports organizations should take inspiration from the corporate governance of the industrial, financial and services providing companies. Though the efficiency of such companies is neither absolute because there are many examples of failure or illegal activities, the reality shows the long-term existence and growth of most of them, notwithstanding a relentless competition in some areas.

The national or international jurisdictions dealing with sports issues deserve equally a further consideration of their rulings' impact on the regular workings of the sports organizations.

Maybe correctly the Belgian Appeal Court ruled against the applicability in Belgium of the FIFA arbitration clause in favour of the CAS, discarding the reasonable arguments brought by three sports organizations, all convinced of the full legitimacy of that clause. Nevertheless, this rule is worldwide applied because

⁷⁰ O. JOHNSON, *FIFA scandal: who has been implicated and what happens next*, The Guardian, 6 June 2015, available at www.theguardian.com/football/2015/jun/06/fifa-scandal-who-implicated-what-happens-next (last visited on 22 December 2018).

it is in the interest of the sports stakeholders and the swift running of the sports competitions to get fast decisions by the panels of highly specialised and internationally trusted lawyers and sports law scholars.

In this case, the hope is that, as it happened in Germany with the *Pechstein* jurisprudence,⁷¹ the supreme court of Belgium will correct the ruling and reinstate the full legitimacy of the FIFA arbitration clause in Belgium.

Such a revision would be very judicious and immensely useful for the workings of the sports organizations worldwide.

Otherwise, a threatening repetition of similar cases in other countries, perhaps with contradictory rulings on the FIFA clause and on the interpretation of the connection clause of the Lugano conventions, would blow up in pieces the fragile but essential jurisdictional system of the sports organizations.

In conclusion, the realistic, pragmatic solution for pursuing the actual sports self-regulatory system lays in the hands and minds of the enlightened men and women of the three parties, public authorities, judges and sports managers.

They have the hard job to manage the extraordinary, ancient gentlemen's agreement, whose pillars have sustained the sports temple till now.

⁷¹ For a critical analysis of the *Pechstein* jurisprudence see A. DUVAL, *The "Victory" of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS*, available at www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas#continue (last visited on 31 December 2018).

THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT: TIME FOR A REFORM?

by *Luca Pastore** and *Luca Smacchia***

ABSTRACT: This contribution analyses the current dispute resolution system provided by the Court of Arbitration for Sport and focuses on its controversial aspects, which were put under the spotlight by some recent major judgements delivered by state courts and the European Court of Human Rights.

In particular, despite the fact that the current sports arbitration system has successfully passed the scrutiny of such courts, the Authors analyse the reasons for the urgent reforms needed in order to safeguard the role of the Court of Arbitration for Sports as international supreme court in the sports world. Failing to do so, the foundations on which the current global sports system has been built could be seriously endangered.

Keywords: Court of Arbitration for Sport; governance; sports arbitration; Code of Sports-related Arbitration; Independence; Swiss Federal Tribunal; European Court of Human Rights; impartiality; CAS case law.

SUMMARY: 1. The CAS' structure and its independence – 2. The mandatory nature of sports arbitration – 2.1 The controversial aspects of the athletes' consent to sports arbitration – 2.2 The Cañas decision and the acknowledgment of sports arbitration as forced arbitration – 3. The main challenges of the CAS system outside of Switzerland – 3.1 The *Pechstein* saga – 3.1.1 The proceedings before German courts – 3.1.1.a The decision of the Landgericht München – 3.1.1.b The decision of the Oberlandesgericht München – 3.1.1.c The decision of the Bundesgerichtshof – 3.1.2 The proceedings before the European Court of Human Rights – 3.2 The *Seraign* case – 4. The essential role of the CAS and the need for a reform – 5. Final comments

* Italian qualified lawyer, of Counsel at *Lombardi Associates*. E-mail: luca@lombardi-football.com.

** Italian qualified lawyer, Associate at *Studio legale Grassani e Associati*. E-mail: lsmacchia@studiograssani.it.

1. *The CAS' structure and its independence*

In order to understand the importance and the power gained by the Court of Arbitration for Sport (hereafter "CAS") over the years, it is necessary to briefly analyse why such a body was created.

Until the 1980s there was not an independent authority specialized in international sports-related disputes: thus, they were decided by ordinary courts. However, the increasing number of cases showed the need to create a specific sport jurisdiction.

This was the idea of Juan Antonio Samaranch who, after becoming the President of the International Olympic Committee (hereafter "IOC"), suggested the creation of an arbitral jurisdiction to settle disputes directly or indirectly related to sport. In 1981, he started the preparation of the statute of the Court of Arbitration for Sport, which was then ratified by the IOC in 1983 and officially came into force on 30 June 1984.

At the beginning, the CAS and the IOC had a strong link. In fact, the 60 members of the CAS were directly appointed by the IOC, the International Federations (IFs), the National Olympic Committees (NOCs) and the IOC President (15 members each). In addition, the CAS Statute could be modified only at the proposal of the IOC Executive Board, and the operating costs of the CAS were borne entirely by the IOC.

The International Equestrian Federation (hereafter "FEI") was first to insert in its statutes a clause referring to the CAS any appeal against final decisions rendered by its internal judicial bodies.

Exactly, as a consequence of an appeal filed by Elmar Gundel,¹ a German horse rider, against a CAS award, the Swiss Federal Tribunal (hereafter "SFT") for the first time addressed the issue of the CAS' impartiality and independence.

In its 1993² decision, the SFT recognised the CAS as a proper court of arbitration; however, it highlighted numerous critical elements related to the connections between the CAS and the IOC. The SFT was mostly concerned over the CAS independence in relation to proceedings having IOC as a party. Therefore, the SFT suggested to the CAS to be more independent from the IOC both organisationally and financially.

For this reason, a few months after the Gundel decision, a worldwide assembly of the sports stakeholders signed the so-called "Paris-Agreement",³ which enacted major structural changes to the CAS, inserted in the 1994 new Code of Sports-related Arbitration.

Preliminarily, the "International Council of Arbitration for Sport" (hereafter "ICAS") was created, as a private-law foundation subject to Swiss law that still

¹ CAS 92/63 G. v/ FEI.

² SFT, *Gundel v FEI*, 4P.217/1992, 15 March 1993.

³ *Agreement concerning the constitution of the International Council of Arbitration for Sport*, Paris, concluded on 22 June 1994.

manages the CAS. In addition, new funding ways and means were established in order to make the CAS less dependent on IOC finances.

Furthermore, a new Code of Sports-related Arbitration (hereafter “CAS Code”) was drafted, providing two arbitration divisions dealing respectively with ordinary and appeal proceedings.⁴

The new structure of the CAS underwent the legal review of the SFT a few years later, in the famous Lazutina decision.⁵

In 2002, two Russian cross-country skiers Larissa Lazutina and Olga Danilova were disqualified for doping by the IOC and appealed before the SFT the CAS award upholding their suspensions. The main point of the appeal challenged the independency of the CAS from the IOC, in particular in light of the structure of the ICAS, the method of designation of arbitrators as well as the organisation and the financing of the CAS.

Nevertheless, the SFT rejected all the arguments presented by the appellants, so reckoning the impartiality and independence of the CAS, and confirming it as a real court of arbitration under Swiss law. Most of the SFT decision is sensible and embraceable, but it is also open to criticism.

In particular, with regard to the ICAS structure, the SFT based its analysis on formal aspects, but it did not address the sensitive issue of the athletes’ lack of representation in the institution, which appears extremely evident and relevant.

The SFT’s approval of the reforms implemented by the Paris Agreement and, in general, the endorsement of the “CAS system”, constituted a landmark for sports arbitration. However, some aspects of the system still appear critical: first and foremost, the composition of the ICAS and its prerogatives.

As per the mechanism of appointment of the ICAS members, it consists of three steps. Initially, the Association of the Winter Olympic International Federations (AIOWF) chooses one and the Association of Summer Olympic International Federations (ASOIF) chooses three members. Furthermore, the Association of National Olympic Committees (ANOC) and the IOC designate four members each.

Subsequently, those twelve members choose another four with a view to safeguarding the interests of the athletes. Lastly, the sixteen chosen members choose the last four members, who shall be independent of the bodies designating the other members of the ICAS.

As a general remark, it must be noted that since the last four members must be “independent”, the other 16 members are not, and represent the interests of the sports governing bodies, (hereafter “SGB”) (12 members), and of the athletes (four members).

What is more, the members appointed to safeguard the interests of the athletes are nominated by the members nominated by the SGB: the structure is

⁴ Recently, a third division has been established: a first instance Anti-Doping Division (cf. CAS Code, 2019 edition).

⁵ SFT, *Lazutina v. International Olympic Committee*, 4P.267–270/2002, 27 May 2003.

therefore clearly unbalanced in favour of the SGB, since there is no ICAS member appointed by an organisation representing athletes.

Regarding the ICAS functions, the main purpose consists of safeguarding the independence of the CAS and the rights of the parties (article S2 of the CAS Code). Such resolution is conducted through several tasks: modifying the CAS Code, appointing the arbitrators and the presidents of the CAS divisions, resolving possible challenges to the arbitrators, and looking after the administration and financing of the CAS.

As to the appointment of the arbitration panel, it must be noted that parties to CAS proceedings must choose their respective arbitrators among the individuals listed in a closed list, published by the CAS. Such closed list of arbitrators is managed by the ICAS that appoints them for a renewable term of four years and their designations follows the designations of the ICAS members, as they are appointed at the proposal of the IOC, the IFs and the NOCs and must carry out their functions with total objectivity and independence.

The ICAS also nominates the president of each division, which is a key role as they take charge of the arbitration operations once a procedure is under way and before the arbitrators are appointed.

In fact, often the divisions' presidents are called upon to issue orders on requests for interim relief and intervene in the proceedings of the panels of arbitrators' nomination.

What is more, in appeal procedures the President of the Appeal Division appoints the President of the Panel: as it will be described in the following paragraphs, this circumstance is one of the most critical concerns regarding the actual structure of the ICAS, and it has been raised in many disputes over the CAS independence.

In light of all the above, it is clear that the structure of the ICAS is extremely unbalanced in favour of SGB. Such circumstance, together with the relevant impact that ICAS can have on the CAS proceedings, result extremely relevant – if not critical – in appeal proceedings, whereby athletes that are willing to appeal against decisions issued by SGB have often no choice but to refer the dispute to the CAS.

2. *The mandatory nature of sports arbitration*

2.1 *The controversial aspects of the athletes' consent to sports arbitration*

Unlike litigation, the use of arbitration proceedings must be specifically chosen by parties in order to constitute an alternative to ordinary courts: as such, the agreement between the parties to devolve a dispute to arbitration lies in the heart of the arbitration procedure.⁶

⁶ D. MAVROMATI, M. REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, 2015, 29.

The contractual nature of arbitration, and therefore the consensual nature of it, constitutes the cornerstone of this private dispute resolution mechanism. As expressed by the legal doctrine, “*The principle of party autonomy is without doubt the distinguishing characteristic of arbitration. To begin with, the jurisdiction of the arbitral tribunal rests solely upon the parties’ wills, whereas any State court, even if the forum was selected by the parties, derives its territorial and subject-matter jurisdiction from national and international legal norms*”.⁷

The fundamental role of parties’ consent for the purposes of arbitration is recognised also in the CAS Code, which, under article R27, specifically requires an agreement between the parties in order to validly refer a case to CAS: “*These Procedural Rules apply whenever the parties have agreed to refer a sports related dispute to CAS. Such reference may arise out of an arbitration clause contained in a contract or regulations or by reason of a later arbitration agreement (ordinary arbitration proceedings) or may involve an appeal against a decision rendered by a federation, association or sports-related body where the statutes or regulations of such bodies, or a specific agreement provide for an appeal to CAS (appeal arbitration proceedings). Such disputes may involve matters of principle relating to sport or matters of pecuniary or other interests relating to the practice or the development of sport and may include, more generally, any activity or matter related or connected to sport*”.⁸

Thus, pursuant to article R27 of the CAS Code, irrespective of the type of procedures, the agreement between the parties is essential to devolve a dispute to CAS.

As a general principle, state jurisdiction applies unless the parties agree on a different institution competent for the dispute settlement. To this point the Swiss Federal Tribunal clarified that an arbitration agreement “[it] is to be understood as an agreement by which two or more determined or determinable parties agree to submit one or several existing or future determined disputes bindingly to an arbitral tribunal and to the exclusion of the original state jurisdiction according to a legal order immediately or indirectly determined”.⁹ However, “*waiving the legal protection provided by the state is not done lightly, but is the result of a well-established desire to do so*”.¹⁰

Thus, with the arbitration agreement being a contract, the free consent of the parties is required. Nevertheless, the recourse to CAS is not always the result of the parties’ free choice.

⁷ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and domestic arbitration in Switzerland*, Sweet & Maxwell, 2010, 3.

⁸ The 2019 edition of the Code of Sports-related Arbitration is available here: www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2019__EN_.pdf, last visited 1 January 2019.

⁹ SFT, *A. v. Trabzonspor Kulübü Derneği & Turkish Football Federation (TFF)*, 4A_404/2010, para. 4.2.2.

¹⁰ SFT, *Nagel v. Fédération Equestre Internationale*, 4C_44/1996, para. 2.

As a matter of fact, in addition to ordinary procedures whereby disputes are grounded on a classical consensual agreement between two private parties, the CAS also decides disputes between SGB and athletes or clubs through the appeal procedures. In these cases, the recourse to CAS is based on arbitration agreements inserted into the regulations of the relevant sport organisation, which athletes have no other option but to accept (see below).

The essential role of a specific agreement between the parties to refer a case to CAS as an appeal body is enshrined also by article R47 of the CAS Code, which under paragraph 1 states: “*An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and if the Appellant has exhausted the legal remedies available to it prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body*”.

Thus, pursuant to article R47 a valid arbitration agreement or a specific provision contained in the statutes or regulations of the relevant sport organisation is required in order to refer an appeal to CAS. The second legal mean is, in practice, the most used.

As a matter of fact, the statutes or regulations of SGB often contain an arbitration clause in favour of the CAS. Such clause can either be a special arbitration clause contained in the regulations governing the merits of the dispute (for example in the anti-doping regulations implemented by the sport governing body) or a more general arbitration clause (normally contained in the statutes of the relevant sport governing body).

As a way of example, the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) provides under article 58, paragraph 1 of its statutes¹¹ that “*Appeals against final decisions passed by FIFA’s legal bodies and against decisions passed by confederations, member associations or leagues shall be lodged with CAS within 21 days of receipt of the decision in question*”. In addition, article 59 of the FIFA Statutes require that confederations, member associations and leagues insert an arbitration clause in favour of the CAS in their regulations. By doing so, FIFA imposes the jurisdiction of CAS not only on its direct members – confederation, associations and leagues –, but also on the members of these, like football players, coaches and clubs.

The legal basis for the validity of these arbitration clauses lies in the interpretation of the clauses as a unilateral offer made by the sporting association to devolve to arbitration specific categories of disputes that may arise in the future. Such offer shall then be accepted by means of a specific declaration or, as normally happens in practice, by means of membership of the association.¹²

¹¹ FIFA Statutes are available here: <https://resources.fifa.com/image/upload/the-fifa-statutes-2018.pdf?cloudid=whhncbdzio03cuhmwx> (January 2019).

¹² D. MAVROMATI, M. REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, (2015), 33.

However, it must be noted that athletes do not formally adhere to the statutes of the relevant international federation: the statutes of the club or of the national federation to which the athlete is a member simply refer to the obligations included in the statutes of the international federation. As a result, the arbitration agreement cannot be found directly in the statements of the parties but rather in an external text, to which the parties to the agreement refer in their legal transaction: the doctrine commonly refers to this legal structure as “arbitration clause by reference”.¹³

The main problem related with the arbitration clause by reference is the lack of an explicit consent to the arbitration agreement, and therefore the consensual nature of such agreement appears to be missing.

The SFT has interpreted these clauses by applying the so-called “principle of trust”, which finds its basis in article 1 of Swiss Code of Obligation.¹⁴

According to this principle, an arbitration clause provided through a reference to the regulations containing the arbitration agreement must be considered valid and binding on a party that is aware of its existence and does not raise any objections.¹⁵ The SFT has always had a very lenient stance in the application of this principle and, in general, in deciding upon the validity of arbitration clauses by reference.

In the well-known Dodo case,¹⁶ a Brazilian football player challenged the jurisdiction of the CAS to decide an appeal against an anti-doping decision adopted by a Brazilian tribunal. In particular, the player contested that the regulations of the national federation of which he was member (i.e. the Brazilian CBF), did not provide an arbitration clause referring this type of dispute to CAS.

Nonetheless the SFT decided that CAS had jurisdiction to hear the dispute, since the FIFA Statutes explicitly provide the jurisdiction of CAS in doping cases, and such rules are binding on the members of the CBF in light of article 1, paragraph 2 of the CBF Statutes, which “*provides, among other things, that a player belonging to the CBF must follow the FIFA Rules*”.¹⁷

As a result, applying the legal structure adopted by the SFT, the player’s consent to the CAS arbitration was the result of the player’s membership with the CBF, which entailed that he was bound not only to the statutes of the Brazilian federation but also, by reference, to the FIFA Statutes. As such, he was subject to the jurisdiction of the CAS in doping cases.

¹³ *Idem*, 34.

¹⁴ Article 1 of the Swiss Code of Obligations reads: “*The conclusion of a contract requires a mutual expression of intent by the parties. The expression of intent may be express or implied*”.

¹⁵ D. MAVROMATI, *Arbitration clause in the contract or in the rules of the federation in disputes brought before the CAS*, 10.

¹⁶ SFT, *A. v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Anti-Doping Agency (WADA)*, 4A_460/2008.

¹⁷ *Idem*, 4A_460/2008, para. 6.2.

In cases like this, the CAS jurisdiction to hear an appeal is questionable since the regulations of the national association do not contain an arbitration agreement nor a specific reference to an arbitration agreement provided in the regulations of an international governing body. The mere, general reference to the regulations of the international federation, which contain an arbitration agreement in favour of the CAS, might appear insufficient.

According to the SFT, in such cases the CAS should assert its jurisdiction only if, in light of the circumstances of the case, the global reference to the regulations should be understood as an acceptance of the arbitration clause they contain.¹⁸

In the Dodo case, the SFT relied on the fact that the FIFA Statutes explicitly provide for CAS arbitration with respect to the kind of doping dispute that had to be decided: thus, the global reference had to be considered valid. The effort made by the SFT in order to recognise a consensual basis to the CAS arbitration in this case, is self-evident.

Another example of the SFT's favourable assessment of arbitration clauses by reference can be found in the Roberts decision.¹⁹

The case involved a basketball player who was not a FIBA member nor a member of one of FIBA's affiliated federations. Despite the lack of any formal bond with FIBA, the SFT sustained that the basketball player was nonetheless bound by the arbitration agreement provided by the FIBA regulations, since he claimed a license to participate in its competitions. Thus, the SFT identified implicit consent to CAS arbitration because the player addressed his request to FIBA. As observed by the doctrine, "*In other words, Roberts had to assume that FIBA was inviting him to take part in a process that would eventually lead him to abide by an arbitration clause in favour of CAS*".²⁰

In light of the above, it appears clear that the threshold to assume a party's consent to arbitrate is particularly low with regard to arbitration clauses by reference.²¹

Similar issues arise in relation to another common practice used by SGB to bind athletes to arbitration agreements in favour of CAS.

In particular, SGB request all athletes to sign a specific entry-form containing an arbitration agreement in favour of the CAS, as a precondition for participating in the sport or in a specific event or competition.

For instance, the Olympic Charter²² under Rule 44, Bye-law 6 states that "*All participants in the Olympic Games in whatever capacity must comply*

¹⁸ M. ARROYO, *Arbitration in Switzerland The Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2018, 163.

¹⁹ SFT, *Roberts v. International basket Federation (FIBA) & Court of Arbitration for Sport*, 4P.230/2000, 7 February 2001.

²⁰ A. DUVAL, *Not in my name! Claudia Pechstein and the post-consensual foundations of the Court of Arbitration for Sport*, MPIL Research Paper Series n. 2017 – 01,11.

²¹ H. HAAS, *Zwangsschiedsgerichtsbarkeit*, *Sport und EMRK*, Bull ASA 4/2014, 707.

²² The Olympic Charter is available here: https://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf (January 2019).

with the entry process as prescribed by the IOC Executive Board, including the signing of the entry form, which includes an obligation to (i) comply with the Olympic Charter and the World Anti-Doping Code and (ii) submit disputes to CAS jurisdiction”.

The main issue in relation to this practice lies in the circumstance that the athlete has no choice but to accept and subscribe to the entry-form containing the arbitration agreement in order to participate in a specific tournament or other event. Such circumstance is relevant especially for professional athletes, which have no choice but to participate in the competitions organised by SGB in order to exercise their professions.

As a result, also when the recourse to CAS is provided by an entry-form specifically signed by athletes, the consent to arbitration is far from being a free choice.

By applying the “principle of trust” (see above) the athlete is deemed to have accepted the arbitration agreement if a formal consent has been given by signing an entry-form to a competition, which contains the reference to the regulations that provide the arbitration clause, without raising any issue about such arbitration clause.

However, the SFT has also clarified that in accordance with the principle of good faith, by signing the entry-form prior to a specific tournament, the athlete is not supposed to assume that he would enter into a broader arbitration agreement outside the scope of the event.²³

In a recent case related to an out-of-competition doping test, the SFT ascertained that the entry-form signed by the athlete was limited to the specific competition and it did not cover the doping control that led to the challenged decision. Thus, having ascertained that CAS had no jurisdiction to decide the dispute, annulled the CAS award appealed against.²⁴

Despite these minor boundaries defined by the SFT jurisprudence, for a long time both the CAS and the SFT have consistently adopted a permissive and formalistic stance in relation to these legal structures, evading to assess the compulsory nature of the consent provided by athletes.

Finally, in the well-known Cañas decision²⁵ of 22 March 2007, the SFT acknowledged the real nature of the consent given by means of the entry-form, making explicit the non-consensual nature of sport arbitration.

²³ D. MAVROMATI, *Jurisprudence of the SFT in Appeals against CAS Awards on Jurisdiction*, *International Sports Law Review*, 45.

²⁴ SFT, *A. v. WADA*, 4A_358/2009 of 6 November 2009.

²⁵ SFT, *Guillermo Cañas v. APT Tour & Court of Arbitration for Sport*, 4P.172/2006, 22 March 2007.

2.2 *The Cañas decision and the acknowledgment of sports arbitration as forced arbitration*

The case concerned Mr Guillermo Cañas, an Argentinean professional tennis player, who challenged before the SFT a CAS award that upheld a doping ban issued by the Association of Tennis Professionals (ATP).

In particular, in order to participate in the ATP World Tour, Mr Cañas signed an entry-form titled “Player’s Consent and Agreement to ATP Official Rulebook”, which contained the explicit commitment for the player to comply with, among others, the relevant ATP anti-doping rules.

The entry-form also provided the player’s consent to CAS jurisdiction for any doping-related dispute and established that “*The decisions of CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable*”.

In light of the above, in order to participate in the ATP World Tour, athletes were required to waive not only their right to devolve any possible dispute before ordinary state courts in favour of the CAS jurisdiction, but also to waive their right to challenge future CAS awards before the SFT.

Despite the above, Mr Cañas decided to appeal the CAS award that upheld the doping ban issued by the ATP, and referred the case to the SFT.

The ATP contested the admissibility of the appeal, in light of the waiver contained in the entry-form duly signed by the athlete. In particular, the ATP referred to article 192, par. 1 of the Swiss Federal Statute on Private International Law (PILA), which reads: “*If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2)*”.

The SFT rejected the argument purported by the ATP with a clear reasoning based on the essential role of free consent in the conclusion of every contract and the acknowledgment of the “hierarchical structure” of competitive sports that has a relevant impact on the volitional process that leads to the conclusion of the agreements.

In particular, the SFT stated: “*Apart from the fairly hypothetical situation where a famous athlete is so well known that he is able to dictate his conditions to the international federation governing his sport, experience shows that, most of the time, athletes do not have a great deal of power over their federation and have to adhere to its wishes whether they like it or not. Therefore, an athlete who wishes to participate in a competition organised under the auspices of a sports federation whose regulations include an arbitration clause has no option but to accept such a clause, particularly by adhering to the statutes of the sports federation in question in which the clause appears. This is especially true where professional athletes are*

concerned. They are confronted with the dilemma of either agreeing to arbitration or practising their sport as an amateur”.²⁶

By means of this statement, the SFT finally addressed a topic that it had consistently avoided in the previous decisions, acknowledging that athletes have no choice but to accept the terms imposed by the federations in order to practice sports and, in case of professional athletes, to exercise their profession. Thus, having ascertained that the consent of the athlete to the terms provided by the entry-form was forced, the SFT concluded that the appellant did not legitimately waive his right to appeal against future CAS awards.²⁷

The new awareness of the SFT in relation to the essential role of a free consent for the validity of an agreement, could have led to a turning point in relation to the validity of arbitration clauses. As a matter of fact, it would have been logical for the SFT to consider the issue of the validity of the “forced” consent in the same way for both consents given by the athlete through the entry-form, i.e. the consent to the arbitration clause and the consent to the waiver of the right to appeal the CAS award, given that both consents were provided by the signature of the same document and that the athlete was in the position to negotiate none of them.

Surprisingly, the SFT adopted two different approaches and concluded that the issue of the validity of the arbitration agreement should not necessarily be treated in the same way as the waiver to appeal the CAS award, in light of the essential role played by CAS in the sports world: “*It is probably true that it is rather illogical, in theory, to treat an arbitration agreement differently from an agreement to exclude all appeals in respect of form and consent [...] However, in spite of appearances, this difference in treatment is logical insofar as it promotes the swift settlement of disputes, particularly in sport, by specialised arbitral tribunals that offer sufficient guarantees of independence and impartiality (concerning the CAS, see ATF 129 III 445 rec. 3.3.3.3), while at the same time ensuring that the parties, especially professional athletes, do not give up lightly their right to appeal awards issued by a last instance arbitral body before the supreme judicial authority of the state in which the arbitral tribunal is domiciled. In other words, this logic is based on the continuing possibility of an appeal acting as a counterbalance to the “benevolence” with which it is necessary to examine the consensual nature of recourse to arbitration where sporting matters are concerned [...]*”²⁸

At first sight, this decision may appear contradictory in light of the inconsistent approach utilised by the SFT in relation to the application of the same principle of law. However, after careful consideration of the reasoning of the

²⁶ *Idem*, SFT 4P.172/2006, para. 4.3.2.2.

²⁷ *Idem*, SFT 4P.172/2006, para. 4.4.2.

²⁸ *Idem*, SFT 4P.172/2006, para. 4.3.2.3.

decision, interesting outcomes can be drawn from the motivation provided by the SFT.

Indeed, the SFT justified the liberal approach adopted for arbitration agreements in light of the advantages that compulsory arbitration proceedings have in sports-related disputes. According to the findings of the decision, such proceedings constitute the most appropriate means for deciding sports disputes because of the speed at which the proceedings are conducted, and the specialisation offered by the independent and impartial arbitral tribunal. Thus, unlike the waiver to appeal a CAS award, the compulsory arbitration agreements do not constitute a proper waiver: as outlined by distinguished practitioners “*the ‘real’ reason the arbitration agreement should enjoy a preferential treatment as far as the requirement of consent is concerned relates to the nature of such agreement. Indeed (unlike the agreement to waive the action to set aside the award) the arbitration agreement does not constitute a waiver stricto sensu. While it certainly excludes the state court jurisdiction, it does so in exchange for the opportunity for the parties to have their dispute settled through arbitration. In other words, arbitral jurisdiction constitutes the quid pro quo for the waiver of the state court jurisdiction*”.²⁹

As a result, according to the stance adopted by the SFT, the exclusion of state court jurisdiction does not constitute a proper waiver of a right, but rather a sort of compromise justified by the more efficient dispute resolution mechanism provided by sports arbitration. On the contrary, the waiver to appeal CAS award deprives athletes of a remedy without providing any valid alternative.

The “functional” justification proposed by the SFT appears reasonable and, in principle, acceptable: it is undisputable and widely recognised³⁰ that arbitration proceedings, and in particular CAS arbitration proceedings, provide for a more effective mechanism to solve sporting disputes if compared to proceedings before ordinary state courts. This preference is based on many essential features of the proceedings before CAS: first and foremost, the speed of the proceedings.

A quick dispute resolution mechanism is absolutely necessary for sports, not only to ensure the development of on-going competitions, but also in light of the short duration of an athlete’s career the short duration of an athlete’s career, which is incompatible with the potential length of proceedings before ordinary state courts.

²⁹ A. RIGOZZI AND F. ROBERT-TISSOT, “Consent” in *Sports Arbitration: Its Multiple Aspects*, ASA Special Series-41, Sports Arbitration, 2015, 67.

³⁰ Cf. I. BLACKSHAW, *The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively ‘Within the Family of Sport’*, 2 *Entertainment Law* (2003), 61, 82; H.A. FINDLAY, *Rules of a Sport Specific Arbitration Process as an Instrument of Policy Making*, 16 *Marquette Sports Law Review* (2005), 73, 74-76. *Contra*: J. LUKOMSKI, *Arbitration clauses in sport governing bodies’ statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights*, *The International Sports Law Journal* no. 60 (2013), 65-70. According to this author, compulsory arbitration in sports matters does not comply with Article 6(1) ECHR.

The CAS Code provides standard procedural rules that ensure swift proceedings, with the possibility for the parties to further shorten the duration of the proceedings through a specific “expedited procedure”. However, the most prominent example of the celerity of sports arbitration proceedings before CAS is represented by the ad-hoc divisions, which only operate during specific international sports competitions. For instance, pursuant to the rules applicable to the ad-hoc division of the CAS for the Olympic Games, arbitral awards should be issued within 24 hours of the lodging of the application for arbitration.³¹ Such timing, essential for the smooth development of an on-going competition, is simply not imaginable in relation to proceedings before ordinary state courts.

Another essential aspect of CAS proceedings is the special expertise provided by the arbitrators included in the closed list provided by CAS (cf. above paragraph 1). The closed list of arbitrators on one side limits the fundamental freedom of the parties to appoint the arbitrator of their choice, but on the other side it ensures that the arbitrators are specialists in the area of sports law and therefore able to issue fast and consistent decisions.³²

The consistency of the decision is another crucial reason in favour of CAS proceedings: the existence of CAS as the international supreme court for sports disputes, ensures consistency in the so-called “lex sportiva” upon which sports entities worldwide can rely. Such consistency, and therefore the consequential transparency in the outcome of the decisions, could not be provided by a system based on the variety of state ordinary courts.

In light of all the above, the SFT adopted a “functional” argument in the Cañas case to justify compulsory arbitration agreement. Such stance was justified through a balance of the interests at stake, considering the waiver to individual rights and the need for a unified and efficient dispute resolution system for sport disputes.

Such arguable conclusion, though, is acceptable only when arbitral tribunals offer “sufficient guarantees of independence and impartiality”, as clearly stated in the Cañas decision.³³

The independence and impartiality of the CAS had been consistently confirmed by the SFT and, therefore, there was no room for further grievances against the CAS system in Switzerland.

However, the benevolent approach adopted by the SFT was not a given outside of Switzerland: as a result, a new wave of attacks to the CAS system began on different battlefields, i.e. before state courts and EU courts.

³¹ The Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games are available here: www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Arbitration_Rules_Olympic_Games_EN_.pdf (January 2019).

³² The legitimacy of a closed list of arbitrators has been analysed by the Swiss Federal Tribunal in the decision SFT, *Larissa Lazutina & Olga Danilova v CIO, FIS & CAS*, 4P.267–270/2002, 27 May 2003, under para. 3.3.3.2.

³³ *Ibidem*, SFT 4P.172/2006, para. 4.3.2.3.

3. The main challenges to the CAS system outside of Switzerland

3.1 The Pechstein saga

The legal saga that shook the very foundation of international sports arbitration,³⁴ is the case involving Ms Claudia Pechstein, a German speed-skater, a five-time Olympic gold medallist and the most successful German Winter Olympian of all-time.

After the World Championships in Norway in February 2009, the International Skating Union (hereafter “ISU”) sanctioned the German athlete with a two-year ban for doping, on the basis of the blood profiling system that had just been introduced.

In particular, Ms Pechstein was sanctioned on the basis of “irregular blood parameters” found in anti-doping samples. As a result of the above, the athlete initiated a long and complex legal battle before a number of courts in different jurisdictions.

Initially, Ms Pechstein appealed the ban before the CAS, on the basis of the arbitration agreement included in her license with the national and international federations: however, the CAS dismissed the appeal and confirmed the sanction imposed by the ISU.³⁵

Ms Pechstein then challenged the CAS award before the SFT, arguing, among other things, the lack of independence of the CAS. The ban was, however, ultimately upheld: the SFT rejected the appeal³⁶ and confirmed that “*the CAS must be regarded as a proper arbitral tribunal contrary to the Appellant’s view. According to the case law of the Federal Tribunal, the CAS is furthermore sufficiently independent from the IOC, which is why its decisions, even in matters which concern the IOC’s interests, can be regarded as judgments comparable with those of a state court*”.³⁷

After having exhausted the Swiss legal remedies, Ms Pechstein did not give up and initiated proceedings before the European Court of Human Rights (ECHR), which have recently come to an end.³⁸ Meanwhile, she lodged a claim for damages before the local court of Munich (Landesgericht München), against the International Skating Union and its German member, the Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft (DESG). The Landesgericht München rejected the claim brought by Ms Pechstein, who subsequently appealed the decision before

³⁴ On this case, see M. VIGNA, *La saga Pechstein: tremano le colonne del tempio TAS?*, RDES, no. 1/2015.

³⁵ CAS 2009/A/1912 *P. v. International Skating Union (ISU)* & CAS 2009/A/1913 *Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V. (DESG) v. International Skating Union (ISU)*, award of 25 November 2009.

³⁶ SFT, *Claudia Pechstein v. International Skating Union*, 4A_612/2009, 10 February 2010.

³⁷ *Ibidem*, SFT, 4A_612/2009, para. 3.1.3.

³⁸ See para. 3.1.2 below.

the Oberlandesgericht München and, eventually, before the highest German civil court, the Bundesgerichtshof (BGH).

These proceedings had an essential importance because for the first-time state courts outside of Switzerland severely questioned the legal foundations on which sports arbitration rests. Although the final outcome was in favour of the system implemented by CAS and endorsed by the SFT, the local Court of Munich and the Court of Appeal identified several weak spots in the current system, which could have entailed severe consequences if confirmed by the BGH. Following these decisions, the necessity of a critical and urgent review of the sports arbitration system became clear.

3.1.1 The proceedings before German courts

3.1.1.a The decision of the Landesgericht München

Before the Court of first instance, Ms Pechstein claimed compensation for the damages suffered because of the doping ban, sustaining that the CAS award was invalid since she never actually gave her consent to arbitration proceedings.

On 26 February 2014, the Landesgericht München issued its decision.³⁹ The Court recognised the invalidity of the arbitration clause but it rejected the claim for damages considering the matter *res judicata*.

In particular, the Court analysed the arbitration agreement provided by the ISU under Swiss law – which was the applicable law pursuant to German international private law – and ascertained a structural “imbalance” of the arbitration clause between the ISU and the athletes.

The Court recognised that ISU was a “monopolist” in the market, and therefore athletes had no choice but to accept the terms and conditions unilaterally imposed by ISU in order to participate in the “World Speed Skating Championship”. Participating in this championship was the only way for Pechstein to practice her profession at international level and therefore she had no choice but to accept the arbitration clause in favour of the CAS. As a result, lacking a free consent to arbitration, the court stated that no valid arbitration agreement had been concluded between Ms Pechstein and the ISU.

The liberal approach adopted by the SFT in relation to compulsory arbitration clauses (cf. SFT decision in the Cañas case mentioned above) and its extremely favourable interpretation of the legal framework applying to international arbitration in Switzerland, were therefore not confirmed by the German Court. On the contrary, the Landesgericht München adopted a strict approach to the matter, considering the stance adopted by the SFT too wide if compared to the fundamental rights enshrined under article 6 of the European Convention on Human Rights,

³⁹ Landesgericht München, 26 February 2014, 37 O 28331/12. The decision is available here <https://openjur.de/u/678775.html> (January 2019).

and assuming that the absence of a free consent is sufficient to invalidate an arbitration clause.

The stringent approach adopted by the Court of Munich opened the door – at least – in Germany to possible claims aimed at challenging the recognisability of CAS awards, and therefore to a possible crisis of the entire CAS system.

Despite recognising the invalidity of the arbitration clause, the Court considered that the award's *res judicata* effect was to be recognized in light of the fact that Ms Pechstein did not contest the jurisdiction of the CAS when she lodged the appeal against the ISU's decision. In fact, she only challenged the validity of the arbitration clause after the dismissal of her appeal: by doing so, she acted against the principle of good faith. As a result, the Court rejected the claim without ascertaining the merit of the matter.

3.1.1.b *The decision of the Oberlandesgericht München*

The judgement issued by the Landesgericht München was then appealed by Ms Pechstein before the Oberlandesgericht München, which accepted her claim.

In its decision⁴⁰ of 15 January 2015, the Court of Appeal went far beyond the reasoning followed by the court of first instance and took a stance that, if possible, was still more perilous for the actual existence of the CAS system.

In fact, the Oberlandesgericht München stated that the CAS award was contrary to public policy for violation of German antitrust law and, as such, could not be recognised and enforced in Germany, pursuant to the combined provisions of section 1061 of the German Code of Civil Procedure⁴¹ and article V, para. 2(b) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.⁴² As a result, this “earth-shaking” ruling endangered the very foundation of the CAS system.

In particular, the Court of Appeal stated that the ISU illegally imposed on Claudia Pechstein an arbitration clause that is the result of a dominant position.

⁴⁰ OLG München, Teil-Urteil vom 15.01.2015 - U 1110/14 Kart. The decision is available here: <https://openjur.de/u/756385.html> (January 2019).

⁴¹ Section 1061 of the German Code of Civil Procedure reads: “(1) *The recognition and enforcement of foreign arbitration awards is governed by the Convention of 10 June 1958 on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards (published in Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt, BGBI.) 1961 II page 121). The stipulations of other treaties concerning the recognition and enforcement of arbitration awards shall remain unaffected hereby.* (2) *Insofar as the declaration of enforceability is to be denied, the court shall determine that the arbitration award is not to be recognised in Germany.* (3) *Where the arbitration award is reversed abroad, after having been declared enforceable, a petition may be filed that the declaration of enforceability be repealed*”.

⁴² Article V, par. 2(b) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards reads: “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case*”.

The decision of the Oberlandesgericht München reaffirmed that sports organisations, and the ISU in particular, are essentially monopolists, since they control the market for international sports competitions.⁴³

The Court also noted that German antitrust law bans an undertaking placed in a dominant position from imposing contractual conditions that differ from what they would be in a normal competitive environment. However, the condition at stake here, was not the mandatory arbitration clause per se, but rather the imposition of the CAS as the competent court of arbitration!

As a matter of fact, the Oberlandesgericht München overturned the first instance decision in relation to the role of consent, stating that free consent is not necessary for the validity of an arbitration clause pursuant to art. 6 of the European Convention on Human Rights. Thus, contrary to the view of the first instance court, arbitration agreements between a dominant organiser of international sports competitions and the athlete taking part in these competitions are not to be considered per se invalid due to the lack of free will of the athlete.⁴⁴ Nevertheless, the fact that the ISU required Pechstein to sign an arbitration agreement in favour of the CAS constituted an abuse of a dominant position.

The German Court of Appeal noted that the structure of the CAS was imbalanced in favor of sports organizations such as the IOC, international federations and committees and, eventually, such structure could undermine the impartiality of the CAS itself.

In addition, the German judges considered that this imbalance affected also the nomination process of the President of the Appeals Arbitration Division of the CAS, which serves as the appointing authority for the President of the Panel. According to the findings of the Oberlandesgericht München, this person is elected by a body “structurally dependent upon on the national associations”.⁴⁵ Once again, the Court criticised the influence of the sports federations over the proceedings, which results in an imbalance between the parties.

Finally, in relation to the structure of the ICAS, the Court concluded: *“This disproportionate influence creates the risk that the persons included on the CAS arbitrators list predominantly or even entirely favour the side of the sporting associations over the athletes. This is also true concerning the arbitrators that are not suggested by the sporting association, but are selected in view to protect the interest of athletes or on the basis of their independence, as they are designated by ICAS members chosen by the sporting associations”*.⁴⁶

Therefore, the Court specifically criticised the structure of ICAS, which is completely imbalanced in favour of the sporting associations, since it does not provide for a real representation of athletes.

⁴³ *Ibidem*, OLG München, U 1110/14 Kart, para. 80.

⁴⁴ *Ibidem*, OLG München, U 1110/14 Kart, para. 88.

⁴⁵ *Ibidem*, OLG München, U 1110/14 Kart, para. 91.

⁴⁶ *Ibidem*, OLG München, U 1110/14 Kart, para. 106. English translation of the decision available here: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561297 (January 2019).

As a result, the Court concluded that “*The reason why athletes accept to subject their disputes with sports associations to an arbitration tribunal, the composition of which is mainly determined by sports associations, is solely linked to the monopoly position of the sports associations. If the athlete could participate to the World Championship while agreeing to the competence of a neutral arbitration tribunal, we can safely assume that only this arbitration clause would be agreed upon to the detriment of the arbitral tribunal structurally favourable to the sports associations*”.⁴⁷

In light of the monopolistic position of the ISU and the structural imbalance of the CAS, the Oberlandesgericht München declared that the imposition of an arbitration clause in favour of CAS constitutes a breach of German antitrust law. As a result, the arbitration award issued by the CAS was found to be not recognisable in Germany, being against public order: a bomb had been dropped on the very foundation of the sports international arbitration system.

The decision of the German Court of Appeal, although based on German antitrust law, was a specific and detailed judgement on the unbalanced structure of the CAS.

As a matter of fact, the Oberlandesgericht München did recognise the essential role played by the CAS and the consequent admissibility, in principle, of forced arbitration clauses. However, the bond between the CAS and the SGB was identified as a threat to the neutrality of the court; therefore, the imposition of the arbitration clause in favour of CAS resulted in an abuse of a dominant position. The message was clear: the CAS system needed a reformation aimed at safeguarding the independence of the panels. As observed by the legal doctrine, “*The challenge to CAS can be formulated as follows: cut the ties that bind you to the Sports Governing Bodies or we will not accept the validity of the arbitration clause underpinning your competence*”.⁴⁸

Following the ruling of the Oberlandesgericht München, on 27 March 2015 the CAS issued a statement defending the fairness of their operation and procedures, and expressed their concern for the possible consequences of the German decision: “*If, like in the Pechstein/ISU case, arbitration agreements were to be considered as invalid by state courts, even when not challenged at any stage during the arbitration, then the basic principles of international arbitration would be compromised*”.⁴⁹

⁴⁷ *Ibidem*, OLG München, U 1110/14 Kart, para. 113. English translation of the decision available here: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561297 (January 2019).

⁴⁸ A. DUVAL, *The Pechstein ruling of the Oberlandesgericht München - Time for a new reform of CAS?*, Asser International Sports Law Blog, 2015, available here: www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-pechstein-ruling-of-the-oberlandesgericht-munchen-time-for-a-new-reform-of-cas (January 2019).

⁴⁹ CAS statement of 27 March 2015, available here: www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_statement_ENGLISH.pdf (November 2018).

Luckily for the CAS, the case was subsequently appealed to the Bundesgerichtshof (the German Federal Tribunal), which overturned the decision of the Munich Court of Appeal.

3.1.1.c The decision of the Bundesgerichtshof

On 7 June 2016, the German Federal Supreme Court issued a decision⁵⁰ that did not uphold the findings of the Munich Court of Appeal: the Bundesgerichtshof denied the existence of the “CAS’ structural imbalance” ascertained in the previous instance and declared that the CAS is an independent and impartial arbitral court. As a result, the action for damages initiated by the German skater was held inadmissible and rejected, being in conflict with the arbitration agreement.

In particular, the Bundesgerichtshof referred to the closed list of arbitrators and ascertained that it is sufficiently independent, even if the ICAS is composed of a majority of representatives of sport organisations. According to the Federal Supreme Court, athletes have a fair choice by nominating an arbitrator out of a list of more than 200 people and, in any case, arbitrators can always be challenged in case of legitimate doubts about their independence. As a result, the criticism raised by the Court of Appeal in relation to the closed list of arbitrators, was rejected.

Subsequently, the Federal Supreme Court analysed the validity of the arbitration agreement and concluded that “*the request for an arbitration agreement designating the CAS as the Court of arbitration is definitely justified from an objective point of view and does not contradict the general values enshrined in the law*”.⁵¹

Such conclusion was the result of a detailed evaluation of the interests of both parties, as requested by the German Act against Restraints of Competition. In particular, the Court identified the relevant interests in obtaining a decision by an independent court in fair proceedings on one side, and in safeguarding the interests of sporting federations in achieving functioning global sports arbitration on the other. In the balance of such interests, compulsory arbitration agreements in favour of the CAS are acceptable and justified: thus, there was no abuse of a dominant position under German competition law and no public policy violation.⁵²

Finally, the Supreme Court examined the consent provided by Ms Pechstein to the arbitration agreement. The judges recognised that parties have the right to waive the access to the state courts only when they submit voluntarily to an arbitration agreement. Surprisingly, the Supreme Court stated that this right had been duly exercised by Ms Pechstein through her voluntary consent to arbitration, which was given devoid of any physical coercion.

⁵⁰ BGH, Az. KZR 6/15, *Pechstein v./ International Skating Union*, 7 June 2016. English translation of the decision available here: www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein___ISU_translation_ENG_final.pdf (January 2019).

⁵¹ *Ibidem*, BGH, Az. KZR 6/15, para. 48.

⁵² *Ibidem*, BGH, Az. KZR 6/15, para. 46 and ff.

After this first arguable conclusion, the Court took a step back and claimed that in any case the fact that she might have been forced to sign the agreement does not imply that such agreement was to be considered as invalid. According to the Court, sport governing bodies and athletes both benefit from the advantages of sports arbitration and both share the same interest in relation to a consistent implementation of rules worldwide, especially in relation to doping where a uniform application of rule is fundamental. In addition, the Court emphasised that the athletes' processual rights are ensured not only by the fact that the CAS is an independent and impartial arbitral court, but also by the possibility to challenge an arbitrator and, finally, by the possible appeal to the SFT.

Lastly, in relation to the consent provided by the athlete to arbitration, the Supreme Court referred to Swiss law and to the finding of the SFT in the Cañas case, in order to sustain the validity of the waiver to the jurisdiction of state court.

In light of all the above considerations, the Court found that the arbitration clause subjecting Pechstein's claims to the CAS was valid.

The decision issued by the Bundesgerichtshof is not convincing under several aspects.

The main arguments adopted by the court seem to be aimed at protecting the CAS system without a compelling rebuttal of the significant criticisms raised by the decisions issued by the previous instances.⁵³

In particular, the Supreme Federal Court justified the *status quo* by means of formal arguments, which do not address the real issues at stake.

Firstly, the idea that forced arbitral clauses are acceptable on the basis that both SGB and athletes have the same interests, albeit true to some extent, does not relieve the CAS from guaranteeing fair proceedings through an institutional structure that guarantees independence and impartiality.

In addition, the idea that the imbalance of the CAS could be cured through the remedies offered by the CAS Code is simply superficial and formalistic. As to the possibility to challenge an arbitrator, the Supreme Court did not consider that eventually the ICAS solely decides whether or not to accept such challenge. ICAS that embodies the supremacy of the SGB in the CAS structure. As to the possibility to appeal the award, the Supreme Court did not take into account that the SFT has already made clear its benevolent stance to the CAS system, having already specified its favourable position in relation to the validity of forced arbitration clauses, and in relation to the independence and impartiality of the CAS (see above). As a result, any possible challenge to the CAS based on such arguments, should face the shield raised by the SFT.

The final decision of the Bundesgerichtshof that endorsed the current system, was truly welcomed by the CAS, which however was still under attack on a different battlefield.

⁵³ A. DUVAL, *The BGH's Pechstein Decision: A Surrealist Ruling*, Asser International Sports Law Blog, 2016, available here: www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-bgh-s-pechstein-decision-a-surrealist-ruling (January 2019).

3.1.2 The proceedings before the European Court of Human Rights

Following the decision of the Swiss Supreme Court to dismiss the motion filed to have the CAS award set aside, Ms Pechstein brought the matter not only before the German courts, but also before the European Court of Human Rights (ECHR).

The case was decided⁵⁴ by the ECHR together with the motion filed by the Romanian former professional football player Adrian Mutu, who had been ordered by CAS to pay a remarkable amount of money to his former club, Chelsea Football Club, as compensation for unilateral breach of contract.

In particular, before the ECHR both athletes sustained that their human rights had been violated, on the basis that the lack of independence and the procedure used by CAS violated article 6, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights (“Convention”).⁵⁵

Such article refers to the “Right to a fair trial” and the relevant paragraph 1 reads: *“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice”*.

The European Court, once it ascertained its jurisdiction *ratione personae*, analysed the complaints raised by the applicants, starting from the validity of the arbitration agreements at the basis of the CAS proceedings.

Firstly, the Court considered that in relation to sports arbitration, there is an interest in allowing specialised arbitral tribunals to rule on specific cases in a quick and inexpensive manner. Even more when the awards of that arbitral tribunal may be appealed before the supreme court of a country for a final ruling.⁵⁶ However, the Court also declared that when arbitration is forced or provided by law, such arbitral tribunals must provide the guarantees of article 6 par. 1 of the Convention.

In relation to the Pechstein case, the European Court explicitly acknowledged the compulsory nature of the arbitration proceedings held before CAS in light of *“the restriction that the non-acceptance of the arbitration clause would have brought to the applicant’s professional life”*⁵⁷ and therefore

⁵⁴ ECHR, *Mutu and Pechstein v. Switzerland* - 40575/10 and 67474/10, 2nd October 2018. Available here: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%2C%22appno%22:%5B%2240575/10%22%2C%2267474/10%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-186434%22%5D%7D> (January 2019).

⁵⁵ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 1950. Available here: www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (January 2019).

⁵⁶ ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 98.

⁵⁷ ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 114.

concluded that “*even though the clause was not imposed by law but by the regulations of the ISU, the acceptance of the jurisdiction of the CAS by the claimant must be understood as a ‘forced’ arbitration*”.⁵⁸ As a result, the CAS proceedings had to comply with the guarantees requested by the Convention.

The Court then analysed whether the CAS could have been considered a court for the purposes of article 6 of the Convention, and in particular whether it featured the essential qualities of independence and impartiality, analysing different circumstances purported by the applicants.

For the purposes of the present analysis, it is interesting to note the following.

With regard to the CAS’ funding, the Court held that the financial dependence from the IOC does not threaten the independence of the CAS: as ordinary courts are funded by the states and such circumstance does not affect their impartiality and independence, in the same way the impartiality and independence of the CAS cannot be questioned solely on the basis of its method of financing.⁵⁹

The most relevant part of the decision regards the analysis of the method of appointment of the arbitrators. In this regard, albeit recognising that SGB have a genuine influence on the selection of the arbitrators that are inserted in such closed list, the Court decided that there were no concrete reasons to conclude that the arbitrators inserted in the list, nor the Panel that ruled her case, were not independent and impartial from such organisations: “*the Court notes that the list of arbitrators drawn up by the ICAS included, at the material time, some 300 arbitrators [...] However, the applicant has not put forward any factual elements which cast doubt on the independence and impartiality of those arbitrators. Even with regard to the arbitration panel that ruled on her case, the applicant did not contest in concreto any single arbitrator [...]. While the Court is ready to recognise that the organisations susceptible to face the athletes in the framework of the disputes brought before the CAS were exercising a real influence on the mechanism of nomination of the arbitrators in place at the time, it cannot conclude that, only on the basis of this influence, the list of arbitrators was composed, even in majority, of arbitrators who could not be deemed independent or impartial, individually, objectively or subjectively, from the said organisations*”.⁶⁰

As a result, the Court confirmed the finding of the SFT, concluding that the CAS is a judicial authority independent of the parties.

Finally, the Court analysed the procedure adopted by the CAS in the relevant proceedings and found a violation of article 6 paragraph 1 of the convention since a public hearing had not being held.

⁵⁸ ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 115.

⁵⁹ *Ibidem*, ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 151.

⁶⁰ *Ibidem*, ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 157.

In summary, by means of this decision, the European Court for Human Rights acknowledged once and for all the compulsory nature of sports arbitration. As stated by the legal doctrine, “*As from this decision, the CAS will not be able anymore to claim that it is an arbitral tribunal legitimated through the free consent of the parties. The ECtHR has shattered, forever, this fiction*”.⁶¹

However, the Court concluded considering force arbitration as appropriate in light of the specific needs of sports that are met by CAS arbitration proceedings.

It must be noted that the Court recognised the nature of compulsory arbitration proceedings only when the arbitration clause in favour of CAS is imposed by a sport governing body as condition to participate in a competition. On the contrary, the Court deemed that in the other case under scrutiny, Mutu had not been forced to accept the arbitration agreement, since the applicable regulations – i.e. art. 42 of the 2001 edition of the FIFA Regulations⁶² – did not impose arbitration but left the dispute settlement procedure to the contractual freedom of the parties.⁶³ Interestingly, the Court found unsubstantiated the argument purported by Mutu whereby he had no choice but to accept the arbitration clause inserted into his employment contract.

In addition, the Court confirmed that the CAS is an independent and impartial arbitral tribunal and that procedure provided by the CAS Code is compatible with the fundamental rights provided by the European Convention on Human Rights, provided that the athlete can have a public hearing.

In this respect, it must be noted that the decision over the independence and impartiality of the CAS was taken by the judges with five votes against two. The two judges (interestingly enough one of them was swiss) who voted against such decision, clarified their dissenting opinion in the award, specifying that the evidence of a lack of independence and impartiality for each arbitrator in an individual capacity requested by the Court, differs from what the Court normally requires in similar cases. According to the settled case-law of the Court recalled by the dissenting judges, it is not sufficient for the arbitrators to be impartial in their individual capacity if the general structure lacks the appearance of independence and impartiality. As a result, and contrary to the majority of the judges, the dissenting judges sustained that the CAS does not offer the guarantees requested by article 6 par. 1 of the Convention.

Such conclusion, although it is a dissenting opinion emanated by the minority of the judges, appears extremely relevant, because it sheds light on the

⁶¹ A. DUVAL, *The “Victory” of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS*, Asser International Sports Law Blog, 2018, available here: www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas (January 2019).

⁶² Art. 42 of the 2001 edition of the FIFA regulations reads: “*Without prejudice to the right of any player or club to seek redress before a civil court in disputes between clubs and players, a dispute resolution and arbitration system shall be established [...]*”.

⁶³ ECHR, 40575/10 and 67474/10, para. 116.

weak spots of the decision, which could be used in the future in order to obtain a different outcome in similar disputes before the ECHR.

Finally, it must be noted that following this decision, the possibility of requesting a public hearing has been enshrined in the CAS Code, under article R57 (2019 edition).

3.2 *The Seraing case*

Since the entering into force of the FIFA's ban of third-party ownership in 2015, RFC Seraing started a legal battle against such measure that is not over yet.

In 2015 the Belgian club entered into two agreements with Doyen Sports Investments Limited (Doyen), according to which the ownership of certain soccer players' economic rights was sold to the investment company.

As a result, in September 2015, the FIFA Disciplinary Committee, ascertained the violation of articles 18bis and 18ter of the FIFA RSTP and banned RFC Seraing from registering new players for four consecutive transfer terms, imposing also on the club a fine in the amount of CHF 150,000.

The Belgian club appealed said decision before the CAS pleading that articles 18bis and 18ter FIFA RSTP were contrary to the free movement of persons and capital as provided by EU law (in particular by the Treaty on the Functioning of the European Union TFEU), as well as to EU and Swiss competition law and the European Convention on Human Rights (ECHR).

In its award rendered on 9 March 2017⁶⁴ the CAS Panel considered that the restrictions on capital movement deriving from articles 18bis and 18ter FIFA RSTP were proportional in the light of safeguarding the legitimate objective of the regularity of sports competitions, without going beyond what is necessary in order to achieve said aim. Therefore, it concluded that articles 18bis and 18ter FIFA RSTP were valid under European and Swiss law and that the agreements entered into by the Belgian club constituted a breach of said provisions.

However, since this was the first case dealing with the matter of prohibition of TPO, the CAS confirmed the fine but decided, in the light of the principle of proportionality, to reduce the ban to three consecutive transfer periods.

On 15 May 2017, RFC Seraing filed an appeal to the SFT with the aim setoff setting aside the CAS award.

The main argument of the Belgian club was the violation of Article 190 paragraph 2(a) of PILA, as according to RFC Seraing the decision was issued by an arbitral tribunal improperly constituted. At the same time, the club contested the compatibility of the CAS ruling with public policy as well as the violation of its right to be heard. However, the SFT rejected the appeal and upheld the CAS decision.

The most important part of the decision concerns the independence of the CAS from FIFA. In this respect, the SFT recalled the mentioned *Lazutina*

⁶⁴ TAS 2016/A/4490 *RFC Seraing c. FIFA*.

case underlining that since that decision the CAS had reinforced its independence from International Federations.

Furthermore, the SFT excluded any economic dependence from FIFA, considering that only 10% of the CAS total budget is formed by FIFA's contribution.

On this point, also recalling its consideration expressed in the *Pechstein* case, the SFT affirmed that the independence of the CAS from FIFA was sufficient to consider it as an independent and impartial arbitral tribunal.

In relation to the breach of substantive public policy, the SFT recalled the *Tensacciai* case⁶⁵ and reiterated that as competition law provisions are not part of the concept of substantive public policy under Article 190, paragraph 2(e) PILA they are not applicable in appeal procedures. Therefore, despite the fact that a Swiss arbitral tribunal shall consider Swiss and European competition laws when rendering an award, the Supreme Court would not review how the arbitral tribunal applied these competition law provisions in appeal proceedings.

Lastly, with respect to the violation of the right to be heard, the SFT affirmed that as the Belgian club did not raise that argument immediately during the CAS proceedings, it was prevented from developing said argument.

Unsatisfied with the decision of the SFT, RFC Seraing decided to move its legal battle to Belgium and challenge the CAS award before the Belgian Courts.

The club made an application to suspend the CAS decision before the Court of Liege that rejected the request in July 2017.

Afterwards, the Belgian Club reiterated its request to the Court of Brussels asking in addition to order the Belgian Football Federation to register a number of players. However, such request was denied. Therefore, RFC Seraing decided to file an appeal before the Court of Appeal of Brussels. The latter, on 29 August 2018,⁶⁶ accepted its jurisdiction on the basis of the Lugano Convention, but dismissed the request for provisional measures.

The most interesting aspect of the decision regards the analysis made by the Court on the validity of the arbitration clause provided in the FIFA Statutes.⁶⁷

The Court retained that under Belgian law, article 66 of the FIFA Statutes⁶⁸ cannot constitute a valid and enforceable arbitration clause, given that its broad wording cannot be referred to a specific legal relationship. In this respect, the Court underlined that the arbitration clause only clarifies the disputes outside of the competence of CAS, with the consequence that all the other disputes would automatically fall under its scope.

⁶⁵ SFT 132 III 389.

⁶⁶ Court of Appeal of Brussels, of 29 August 2018 (2018/6348).

⁶⁷ D. MAVROMATI, *SFT Judgment 4A_260/2017 in the TPO case between FC Seraing v. FIFA & the Brussels Court of Appeal Decision: A parallel Universe?*, available here: <http://sportlegis.com/the-swiss-federal-judgment-in-the-third-party-ownership-case-fc-seraing-v-fifa-and-the-decision-of-the-brussels-court-of-appeal-a-parallel-universe/> (January 2019).

⁶⁸ FIFA Statutes, 2015 edition.

According to the view of the Court, the mere reference to the purpose of a specific entity, established in a statute, is not enough to define a legal relationship and the fact that the CAS is only competent for sports disputes is not enough to delineate a defined legal relationship referred to a specific matter.

In any case, as also affirmed by the ICAS,⁶⁹ it is important to stress that, the decision of the Court of Appeal of Brussels is restricted to Belgium as any analysis was made under Belgian law, and does not discuss the legitimacy of the sports arbitration system or the function of the CAS.

In a nutshell, the Court highlighted that the wording of the arbitration clauses in the statutes of FIFA, UEFA, and the Royal Belgian Football Association are not adequate under Belgian law. Therefore, at the moment, the ruling of the Court of Appeal of Brussels shall only be considered as advise for sports institutions to introduce the necessary adjustments to their arbitration clause.

4. *The essential role of the CAS and the need for reform*

Nowadays, sport is a complex social phenomenon, which present specific needs on a global scale.

The first essential need for any sport, is the existence of a common set of “rules of the game”, applicable uniformly all over the world. Right after these, consistent sports regulations are crucial to guarantee a fair development of domestic and international competitions. No less important, in order to harmonise rules inherent to international competitions, institutional bodies governing global sport are required. Finally, a swift and specific disputes resolution system is necessary in order to guarantee uniform and efficient sporting justice.

National and international laws are not able to cope with these needs, which have become more and more urgent under the pressure of globalisation: as a result, a complex network of private organisations, operating on different levels, have been established. This network is a transnational autonomous private order, constituted by national and international bodies and by the applicable regulations drawn up by such bodies.⁷⁰

The CAS is undoubtedly an essential part of this order: the majority of SGB recognises the CAS and their statutes provide for arbitration agreements referring appeal procedures to the CAS. As a result, the CAS is, *de facto*, the international supreme court for sport.

The relevance of the CAS has been growing constantly since its foundation, and in the last 15 years its workload has increased exponentially, together with the increasing value of the sport industry itself.⁷¹

⁶⁹ Cf. www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/ICAS_statement_11.09.18.pdf (January 2019).

⁷⁰ A. DUVAL, *Lex Sportiva: a playground for transnational law*.

⁷¹ A. DUVAL & G. MARINO, *Quantifying the Court of Arbitration for Sport*, Asser International Sports Law Blog, available here: www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/quantifying-the-court-of-arbitration-for-sport-by-antoine-duval-and-gianni-marino (January 2019).

What is more, the jurisprudence of the CAS has been playing an essential role in the shaping of the *lex sportiva*.

As confirmed by CAS itself, “*CAS jurisprudence has notably refined and developed a number of principles of sports law [...] which might be deemed as part of an emerging ‘lex sportiva’. Since CAS jurisprudence is largely based on a variety of sports regulations, the parties’ reliance on CAS precedents in their pleadings amounts to the choice of that specific body of case law encompassing certain general principles derived from and applicable to sports regulations*”.⁷²

The central role played by the CAS has become crucial with the increasing globalisation of sports, which made the existence of unique set of rules and a unique supreme court for sports-related disputes absolutely essential. Lacking such a court, there would be a variety of national decisions, which would lead to the unacceptable result of athletes’ unequal treatment (e.g. athletes entitled to compete in a country and not in another one).

As observed by the best doctrine, “*if athletes are competing against each other on a singular global playing field, equality calls for any dispute resulting from these (global) competitions to be dealt with by a singular (global) court*”.⁷³ In other words, the globalization of sports has led de facto to the compulsory global jurisdiction of the CAS over sports related disputes.⁷⁴

The essential role played by the CAS in the current legal framework has been ultimately confirmed by the SFT and by the state courts, as explained above. However, the legal issues related to the compulsory recourse to the CAS will likely lead to new legal challenges before state courts, which may jeopardize the universal approach to dispute resolution in sport offered by the CAS.

Such a possibility appears extremely probable if the CAS does not take the necessary steps in order to address any remaining weak spot.

In this regard, the issues raised in the Pechstein case by the German courts and the ECHR, and the remarks emphasised by the Court of Appeal of Brussels in the Seraing case, should not be disregarded by the sport organisations.

In particular, further steps are required in order to safeguard the existence of the CAS as the international supreme court for sport: steps that shall move towards equality of rights of the parties, independence and transparency.

The most urgent reform appears to be the inclusion of athletes’ direct representatives in the ICAS.

The current composition of the ICAS is extremely unbalanced in favour of the SGB and, in light of the central role played by this powerful body, such unbalance affects the entire functioning of the CAS. A reform aimed at achieving

⁷² CAS 2002/O/372; para. 65 at fn.15.

⁷³ A. DUVAL, *Not in My Name! Claudia Pechstein and the Post-Consensual Foundations of the Court of Arbitration for Sport*, *ibidem*.

⁷⁴ G. TEUBNER, *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*, 5 *European Journal of Social Theory*, 199.

a more balanced composition of the ICAS is therefore essential in order to improve the governance of the CAS and increase its independence.

In addition, in order to validate the compulsory nature of the recourse to CAS, each federation that choose to insert the recourse to the CAS in their statutes and regulations should include athletes' direct representatives in their governing bodies. Such circumstance would validate the clauses provided by statutes, regulations or entry-forms, being approved as a result of a democratic process within the bodies of each federation. Such condition might also be enshrined in the CAS Code, as a condition for SGB to refer appeals to the CAS.

In order to safeguard the impartiality of the proceedings, the CAS should also ensure the independence of the President of the Appeals Division, who plays the crucial role of appointing the President of the appeal panels. In order to do so, a different nomination procedure should be established, aimed at guaranteeing the independence of the President from any possible influence.

The independence of the CAS arbitrators should also be improved. The arbitrators appointable at CAS are chosen among a closed list published by the ICAS. The presence of a closed list of arbitrators is aimed at guaranteeing a high standard of specialisation of the arbitrators and, therefore, of the final awards issued by the CAS.

The list of arbitrators includes many of the most authoritative and irreproachable professionals of the sports law world, who are beyond any doubt extremely qualified in terms of independence and impartiality. However, as well-expressed in the dissenting opinion drafted by the Swiss judges in the ECHR decision issued in the Pechstein case, the "appearance of independence and impartiality" is as relevant as the substance.

Currently, the ICAS is the body empowered to decide the names to be included in the closed list of arbitrators. Thus, such list reflects the interests of the ICAS' members. In order to guarantee a fair choice to the parties, the ICAS has expanded such list, which currently includes more than 300 arbitrators. Nonetheless, the original link with the ICAS remains. A reform of the ICAS towards a more egalitarian, not discriminatory structure and proceedings would therefore also reflect the impartiality and independence of the arbitrators.

Finally, reform is also required to increase transparency. In light of the key role played by the CAS within the global sport landscape, more transparency is required in relation to a number of aspects.

A first step in this direction has been taken in the latest edition of the CAS Code. In order to meet the minimum requirements in terms of fair trial as requested by the European Convention on Human Rights, article R57 has been amended and now provides the possibility for the parties to request a public hearing for matters of a disciplinary nature.

Nevertheless, the lack of transparency concerns several other aspects of the CAS system.

First and foremost, more detailed information is required in relation to the arbitrators: the disclosure of the track record and the indication of the stakeholder that proposed each arbitrator in the closed list are recommended.

In addition, the CAS should immediately publish on its website all the awards rendered in appeal proceedings, in order to allow a transparent access to justice.

These changes, aimed at guaranteeing equal representation at the ICAS to the stakeholders and increasing independence and transparency of the CAS, cannot be delayed anymore.

5. *Final remarks*

Since the moment of its foundation, the CAS has continuously increased its importance within the sports law world, and nowadays it plays an essential role for the functioning of the entire system.

As a matter of fact, a unique court with global jurisdiction over sports related disputes, is absolutely vital in light of the global nature of sports: the absence of an institution like the CAS would bring the system back for forty years, with disruptive consequences on the entire sports world.

However, despite the key role played by the CAS, its internal structure does not appear equal to the task.

Although initial concerns raised by the SFT about the interrelationship between the CAS and the IOC have resulted in positive structural reforms, the reviewed case law clearly outlines the main ongoing issues, which have not been resolved yet and which may result in future challenges to the CAS, especially before state courts, whose rulings could undermine the uniform effectiveness of the CAS awards.

It is now some years that the legal doctrine has been discussing possible reforms to improve the governance of the CAS, but no concrete progress has been made in this sense. So far, the system has held up and the CAS possibly strengthened its position through the endorsement received by state courts and European courts. However, the weak spots of its structure remain. In light of the indispensable role played by the CAS, a reform cannot be delayed any longer.

LO SPORT AI TEMPI DEL GDPR

di Manlio D'Ambrosi* e Tullio Tiani**

ABSTRACT: The 2016/679 EU Regulation, also known as GPDR, is having a significant impact on the life of each subject, as it can be verified by surfing on any website. From this point of view, it seemed necessary to Authors to investigate the interaction between privacy and sport. The purpose of this brief dissertation is to provide the operator with the appropriate tools to be able to orientate correctly in this new experience.

The paper does not aim to analyze all the infinite aspects that see the conjunction between sport and GDPR, but only those that, according to the Authors, are on the one hand the most problematic ones and on the other the most frequent ones in the application. In order to orientate the user, the brief dissertation begins with the historical evolution of privacy and data protection through History to reach the present day and the correct national and supranational juridical interpretation. It will also take care of the notions, roles and sanctions established by the GDPR.

After this broad introductory phase, the work will lower the analytical principles within the sports world, trying to understand first of all the impact of the new discipline in the world of sport. Secondly, the Authors try to explain the importance of correct information in order to be able to orientate the users in the world of the protection of everyone's own right, such as privacy. Thirdly, they try to dissect an apparently simple topic, but practically full of complications and technicalities, such as the one of information on privacy applied to sport. Lastly, the focus will be on the impact of the new privacy regulation with particular regard to minors who play sports.

After this analysis, conclusions will be offered in order to allow all the associates and athletes, not just the jurists, to orient themselves in this "new world".

Keywords: GDPR; Privacy; DPO; Data Protection; Law; European Union; Sport; Sports Law; European Regulation; Data Processing; Journalism; Oblivion; Sports Federations; Personal Data; Training and Education.

SOMMARIO: Introduzione – 1. L'evoluzione delle norme in materia di privacy e trattamento dei dati personali nell'Unione Europea e in Italia – 2. Principi, ruoli e sanzioni del GDPR – 3. Lo Sport e il GDPR: nuovi obblighi – 4. Diritto all'informazione e diffusione del dato sportivo – 5. L'importanza delle informative nello Sport – 6. Privacy, Sport e minori – 7. Considerazioni conclusive – Bibliografia

* Cultore della materia diritto processuale penale presso l'Università Telematica Pegaso. Avvocato, iscritto all'Ordine degli Avvocati di Napoli, e GDPR consultant dal 2016 al 2018. Diplomato presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II (introduzione, capp. 4,6,7).

** GDPR consultant & evangelist, avvocato titolare dello Studio Legale Tiani, Centro Direzionale di Napoli, Is. F4, XIV piano. Co-founder e Operations Manager della scuola ADG – Alta Docenza Giuridica, con sedi in Roma e Napoli (www.adgroma.eu). Autore di diverse pubblicazioni in diritto sportivo, edite da RDES. Master in Diritto ed Organizzazione Aziendale dello Sport, 2012, SLPC, Roma. E-mail: tulliotiani@adgroma.eu (capp. 1,2,3,5).

Introduzione

L'importanza del dato personale appare oggi lapalissiana: a dimostrazione di ciò è di recente intervenuto il Regolamento UE 2016/679,¹ che detta le coordinate applicative alle quali deve necessariamente uniformarsi ciascuno Stato membro. Finora una grande esaltazione ha avuto la protezione del dato personale inteso come dato commerciale; a ben vedere occorrerebbe in primo luogo comprendere cosa sia il dato personale e tutelarlo, a prescindere dalle finalità commerciali, come accade nei rapporti tra lo sport e la privacy.

Compito di questo lavoro è fornire all'interprete le coordinate applicative del Regolamento UE 2016/679 quando lo stesso si interfaccia con la raccolta del dato personale attinente allo sport sia dilettantistico che professionale.

La necessità della tutela della privacy ha radici antiche,² senza dubbio, però, il momento storico in cui trova riconoscimento in Italia il diritto alla riservatezza ha una precisa data: 1° gennaio 1948, data in cui entra in vigore la Costituzione italiana.

¹ Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, denominato "Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati", in Gazzetta n. L 119 del 4 maggio 2016 (16CE1278).

² Provando a descrivere la parabola evolutiva della tutela del diritto alla riservatezza occorre, senza dubbio, procedere dall'analisi della cultura greca, la quale rappresenta la culla della civiltà occidentale. A Platone si deve una delle prime teorizzazioni del diritto all'oblio (forse seconda solo alla tradizione ebraica); il filosofo, infatti, descrive nel mito di Er, contenuto in "La Repubblica", l'oblio, indicato come necessità e non come diritto. In particolare, Platone ritiene che dopo mille anni trascorsi nell'Aldilà, le anime hanno la possibilità di rinascere e scegliere il proprio destino, ma subito dopo aver scelto il proprio futuro, devono bere l'acqua del fiume Amelete, sito nella pianura del Lete, la quale acqua donerà l'oblio, consentendo la ricerca della conoscenza, che per il filosofo è esemplificata nell'espressione "non so di sapere". Se a Platone si deve la consacrazione del diritto all'oblio, certamente ad Aristotele si deve la descrizione della differenza tra la sfera pubblica (annessa all'attività politica) e la sfera privata (annessa all'attività familiare), evidenziando come nella prima vi fosse la necessità della conoscenza delle azioni e delle intenzioni dell'individuo, mentre nella seconda il cittadino, ritirandosi a vita privata, avrebbe ottenuto il diritto alla riservatezza delle proprie azioni e intenzioni. Ulteriori espressioni della tutela del dato possono rintracciarsi nei filari della Storia e della letteratura. E non minore importanza ebbe la tutela del dato nell'ambito delle campagne militari. Polibio racconta nelle sue "Storie" di come Cesare inviasse messaggi cifrati ai propri generali al fine di consentire soltanto ai comandanti dell'esercito romano di comprenderne il significato ed evitare, così, di vanificare la strategia militare architettata dal grande condottiero nell'ipotesi in cui questi messaggi fossero giunti nelle mani del nemico. Proseguendo nell'evoluzione della necessità prima ancora che del diritto alla riservatezza, si giunge nel medioevo, in cui la riservatezza è sinonimo di necessità di appartarsi, di avere intimità in tutti i campi (religioso, sociale, di pensiero) e di vivere a stretto contatto con i propri familiari ed amici e a non veder divulgate le proprie idee, esperienze e informazioni. Tralasciando l'evoluzione medievale e moderna, occorre focalizzare l'attenzione sulle prime teorizzazioni del diritto alla riservatezza; questa volta inteso come diritto e non più solo come esigenza. Come data di origine di tale diritto solitamente si fa riferimento al 1890, quando due giovani avvocati di Boston, Samuel Warren e Louis Brandeis, diedero alle stampe un saggio intitolato "The Right of Privacy". Nel saggio, i due autori per la prima volta nella storia giuridica occidentale riflettono sulla problematica inerente a "quali informazioni riguardanti la vita

La Carta fondamentale, infatti, pur non indicando una norma specifica all'interno della quale tutelare il diritto alla riservatezza tout court, attraverso un articolato reticolo di norme riconosce, garantisce e tutela il diritto alla privacy.

Al fine di meglio comprendere il percorso esegetico, occorre evidenziare che i diritti della personalità rappresentano una categoria aperta, giacché l'evoluzione dei costumi sociali porta al continuo arricchimento dei valori della persona con il conseguente moltiplicarsi degli interessi individuali attinenti alla sfera della personalità.³ Pertanto l'elencazione dei diritti della personalità non può mai considerarsi esaustiva essendo aperta ai nuovi contributi derivanti dall'evoluzione tecnologica, etica, morale, sociale, economica e bioetica.⁴

Volendo, tuttavia, restringere il campo di indagine e focalizzare l'attenzione sulle due norme fondamentali dalle quali gemmano i predicati della riservatezza e i suoi corollari, occorre porre l'attenzione sugli articoli 15 e 21 Cost.

L'art. 15 riconosce il diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni forma di comunicazione, sancendone la inviolabilità. Dall'analisi esegetica della norma⁵ emerge la lungimiranza del Costituente, il quale, in merito alla nozione di corrispondenza, non si limita a garantire le comunicazioni epistolari, ma "ogni forma di comunicazione" ricomprendendo anche la posta elettronica ed altre forme di comunicazione multimediale.⁶

L'ampiezza della tutela della riservatezza delle comunicazioni trova alcune limitazioni, ma per esse la Carta fondamentale richiede una doppia riserva: soltanto

personale di un individuo dovessero essere di pubblico dominio e quali, invece, meritassero una tutela dalla curiosità invadente altrui". In ambito europeo, un primo accenno storico-giuridico afferente al diritto alla riservatezza lo si trova nel diritto germanico tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, periodo in cui ebbe inizio la discussione sull'esistenza di una categoria di diritti nota come *Persönlichkeitsrechte* o anche come *Individualrechte*, origine favorita dall'idea secondo la quale il diritto naturale era la fonte primaria di ogni principio legale. Il dibattito inerente al pieno riconoscimento giuridico dei diritti della personalità si estese ben presto oltre i confini germanici. In Francia, infatti, grazie all'opera di Perreau *Des droits de la personnalité* del 1909, si legittimano i diritti della personalità come categoria autonoma, mentre fino ad allora era stato netto il rifiuto della giurisprudenza verso questa nuova categoria. Contemporaneamente, in Italia si sviluppava lo studio e la ricerca del fondamento del diritto alla riservatezza portato avanti da Adolfo Ravà, docente di filosofia del diritto. L'esimio docente, in realtà, operò un'operazione più complessa rispetto a quella degli studiosi francesi e tedeschi. Egli, infatti, partendo dall'analisi del *Tractatus de potestate in seipsum* di Baldassarre Gomez de Amescua, giurista spagnolo del XVI secolo, coniugò filosofia e diritto per individuare la personalità giuridica come "diritto sulla propria persona".

³ R. BIN, G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, 2017.

⁴ In particolare, il diritto alla riservatezza nella Costituzione trova tutela per derivazione in relazione alle singole manifestazioni in cui viene a trovarsi l'individuo: inviolabilità del domicilio, la libertà e segretezza di ogni comunicazione, la pari dignità sociale dei cittadini, la libertà di manifestazione del pensiero ecc.

⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Mondadori, 2015.

⁶ La norma, inoltre, si basa sul presupposto esplicito dell'intersoggettività necessitando che la comunicazione sia diretta ad una o a più persone determinate e su un presupposto implicito ovvero l'attualità, infatti, la tutela costituzionale opera efficacemente in contemporaneità con la corrispondenza; viceversa con il decorso del tempo, viene meno tale protezione.

con le garanzie stabilite dalla legge (riserva di legge) e per atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione).⁷ In particolare, tali prescrizioni vanno osservate per le intercettazioni la cui regolamentazione è prevista negli articoli 266 e ss. c.p.p., mentre la nozione è fornita dalla Corte di Cassazione: "come la captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conservazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da verificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato".⁸

Passando, invece, all'analisi della seconda norma costituzionale, l'art. 21, ritroviamo la tutela del diritto di ciascun individuo a manifestare liberamente il proprio pensiero. Tale norma tutela anche il diritto alla libertà di informazione nella sua triplice accezione: diritto di informarsi, libertà di informare, libertà di essere informati.

Un aspetto rilevante della libertà di informazione è il diritto di cronaca, quale condizione funzionale alla partecipazione democratica e al progresso sociale. In concreto, esso necessita di essere bilanciato con altri valori costituzionalmente protetti (in specie onore e riservatezza). A tal fine, la giurisprudenza individua tre condizioni sulla base delle quali l'esercizio del diritto di cronaca risulta legittimo: verità (fatto narrato deve essere vero o almeno verosimile); pertinenza (interesse per l'opinione pubblica); continenza (esposizione dei fatti senza gratuite aggressioni dell'altrui reputazione).⁹

A fronte di queste importanti novità legislative, le prime interpretazioni giurisprudenziali non si fecero attendere; già negli anni '50 si ebbero le prime pronunce della Corte di Cassazione volte a riconoscere la lesione del diritto alla riservatezza.¹⁰

Se questa è la panoramica generale dell'evoluzione del pensiero sociale prima e giuridico poi, occorre evidenziare come anche l'ordinamento dell'Unione Europea abbia provveduto e stia provvedendo in questi anni a determinare una nuova stagione dell'evoluzione del diritto alla privacy.

⁷ Dal dettato normativo costituzionale, confrontato con le norme del codice di procedura penale emerge che la violazione del diritto alla riservatezza delle proprie comunicazioni è ammesso solo se assolutamente necessario (salvo i delitti più gravi) e per un tempo necessariamente limitato (salvo deroghe). Inoltre, esso è disposto dal giudice della fase in cui il procedimento si trova, su richiesta del PM, al fine di garantire il singolo soggetto intercettato.

⁸ Corte di Cassazione, sez. IV, 29/03/2003 n. 12189.

⁹ F. MODAFFERI, *Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale*, lulu.com 2015.

¹⁰ R. PARDOLESI, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè 2003.

1. *L'evoluzione delle norme in materia di privacy e trattamento dei dati personali nell'Unione Europea e in Italia*

“Quello della privacy non è soltanto il diritto ad essere lasciati soli, ma è il diritto di decidere liberamente della propria vita privata” affermava Stefano Rodotà, primo Garante della Protezione dei Dati Personali in Italia nel 1998.¹¹ Oggi la privacy si è trasformata ed evoluta nel diritto che permette ad ognuno di esercitare un controllo sulle informazioni che lo riguardano.

Un enorme contributo a questa trasformazione sociale e giuridica è stato dato dall'Unione Europea, che ha codificato in numerose norme il concetto del dato personale come bene di ogni cittadino da tutelare all'interno del mercato europeo.

Come in diversi altri settori, la tutela è stata introdotta e si è sviluppata partendo dagli aspetti economici, all'interno dell'idea consolidata della Comunità Europea come mercato comune senza limiti e barriere.

Le prime disposizioni in cui in Europa si sviluppava una più articolata tutela della privacy risalgono, infatti, agli Accordi di Schengen, l'insieme di norme e disposizioni¹² volte a favorire la libera circolazione dei cittadini all'interno del cosiddetto “Spazio Schengen”, regolando i rapporti tra gli Stati che avevano aderito alla Convenzione di Schengen del 1990. Oggetto di questo accordo è, come ben noto, la graduale abolizione dei controlli sulle persone alle frontiere comuni e dunque la piena libertà di circolazione. All'accordo originario hanno successivamente aderito altri Paesi, tra cui anche l'Italia.

Proprio all'interno di questi accordi, ha trovato spazio, nell'ambito della garanzia della libertà fondamentali e della dignità delle persone, la tutela della riservatezza¹³ e dell'identità personale.

I Paesi aderenti, infatti, si impegnavano ad adottare, entro il 31 dicembre 1996, una legge che tutelasse il trattamento dei dati personali sul proprio territorio nazionale.

Il nostro Paese ha provveduto all'adeguamento al limite del periodo disponibile con la legge 675 del 31 dicembre 1996, cosiddetta “legge sulla privacy”. Con questa normativa, l'ordinamento italiano aveva recepito per la prima volta di tutta una nuova terminologia che rappresentava il mondo del trattamento dei dati personali. In linea con quanto previsto dalle direttive europee, l'approccio normativo ha posto come oggetto della nuova disciplina il “trattamento” di qualunque

¹¹ F. AMATO, G. SBARAGLIA, *GDPR. Kit di sopravvivenza*, goWare 2018.

¹² Il complesso di norme, prende il nome dalla cittadina di Schengen, in Lussemburgo, dove il 19 giugno 1990 venne stipulata la Convenzione attuativa di un accordo precedentemente raggiunto, nel 1985, tra Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi.

¹³ Il diritto alla riservatezza è diverso rispetto al diritto sui propri dati perché non riguarda solamente informazioni circa la propria vita privata, ma più in generale ingloba ogni informazione relativa ad una persona, pure se non coperta da riserbo (sono dati personali, ad esempio, il nome o l'indirizzo della propria abitazione).

informazione di carattere personale,¹⁴ anche se non riguardante la sfera più intima della persona, prevedendo l'obbligo di adozione delle misure "minime ed idonee" di sicurezza.¹⁵

Tra le altre norme, la legge istituiva anche la figura dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, che sarebbe poi stata confermata nel Testo Unico del 2003.¹⁶ In un periodo in cui gli strumenti tecnologici e informatici non erano ancora così diffusi in ogni aspetto della vita quotidiana, il Garante aveva contribuito ad interpretare ed attuare le norme in modo da assicurare la piena applicazione delle garanzie snellendo, al tempo stesso, adempimenti e modalità.

Ciononostante, la legge n. 675/1996 era obiettivamente complessa, abbracciando un arco notevole di attività pubbliche e private per assicurare un livello elevato di tutela della persona.

Analogamente a quanto avvenuto in altri Paesi, l'innesto di un corpo così articolato di principi ha comportato alcune difficoltà applicative fisiologiche, che solo l'esperienza e gli eventuali correttivi avrebbero permesso di risolvere in un quadro di corretto bilanciamento dei diritti e delle libertà.

Successivamente, a livello europeo la privacy veniva inserita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,¹⁷ il cui art. 8 recita: "Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

Le fonti del diritto dell'Unione Europea rilevanti per quel che riguarda la privacy, quindi, erano contenute nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995¹⁸ e nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002.¹⁹ In quest'ultima viene delineato, tra l'altro, il trattamento

¹⁴ Si è trattato, come detto, di una "rivoluzione", perché, per la prima volta, venivano definiti, in ossequio ai dettami impartiti dalla Direttiva europea 95/46, i "dati personali" ed il loro trattamento, secondo regole determinate.

¹⁵ Nel 1999 è stato emanato il D.P.R. 318/99 che definiva queste misure di sicurezza, sebbene in modo molto farraginoso.

¹⁶ Con l'entrata in vigore del Codice in materia di protezione dei dati personali, approvato con il decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, la legge n. 675/1996 è stata abrogata.

¹⁷ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), in Italia anche nota come Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con l'entrata in vigore del "Trattato di Lisbona", la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea.

¹⁸ Direttiva contrassegnata dalla sigla 95/46/CE, pubblicata nella GUCE L 281 del 23 novembre 1995.

¹⁹ Direttiva contrassegnata dalla sigla 2002/58/CE.

dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Il Codice per la protezione dei dati personali (comunemente noto anche come “Codice della privacy”) era (ed è, in alcune parti) una norma della Repubblica Italiana, emanata con il Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in vigore dal 1° gennaio 2004. Si trattava di un Testo Unico, che finalmente aveva provveduto a riunire la normativa vigente in materia accumulatasi dal 1996,²⁰ ispirato all’introduzione di nuove garanzie per i cittadini, alla razionalizzazione delle norme esistenti e alla semplificazione degli adempimenti, oltre, ovviamente, alla sostituzione della precedente normativa. Il decreto aveva provveduto, sulla scia delle novità giuridiche introdotte nell’Unione Europea, a tutelare il diritto del singolo sui propri dati personali e, conseguentemente, a disciplinare le diverse operazioni di gestione (tecnicamente definite “trattamento”) dei dati, riguardanti la raccolta, l’elaborazione, il raffronto, la cancellazione, la modificazione, la comunicazione o la diffusione degli stessi.

Lo scopo di questo aggiornamento normativo era quello di evitare che il trattamento dei dati avvenisse senza il consenso dell’avente diritto, ovvero in modo da recargli pregiudizio. Nel Testo Unico erano, a tal scopo, definiti i diritti degli interessati, la modalità di raccolta e i requisiti dei dati, gli obblighi di chi raccoglie, detiene o tratta dati personali e le responsabilità e sanzioni in caso di danni. La disciplina complessiva della protezione dei dati personali non veniva mutata dal questo nuovo codice, in quanto la finalità di questo nuovo testo di legge consiste nella razionalizzazione di tutto quel complesso di norme esistenti attraverso lo strumento del testo unico.

Le disposizioni contenute in questo complesso di norme italiano, molto avanzate anche rispetto a quelle in vigore negli altri Paesi europei, unite con le interpretazioni e gli adeguamenti giurisprudenziali introdotti negli anni successivi della copiosa attività del Garante per la protezione dei dati personali italiano, sono state poi quasi integralmente riportate nell’ultimo intervento normativo dell’Unione Europea. Il 15 dicembre 2015, infatti, la Commissione Europea ha trovato l’accordo col Parlamento e col Consiglio UE per un nuovo Testo Unico europeo sulla privacy che fosse adeguato alle evoluzioni tecnologiche ed armonizzasse, finalmente, le diverse normative degli Stati membri.²¹

L’accordo del 2015 è composto da:

- una Direttiva sulla Protezione dei Dati (in inglese, “Data Protection Directive”), introdotto per le forze di polizia e per la magistratura;

²⁰ Con il tempo, infatti, data la tipica stratificazione normativa che si produce nei sistemi giuridici a tradizione civilista (tra cui quello italiano), alla norma del 1996 si erano affiancate numerose altre disposizioni concernenti specifici aspetti del trattamento dei dati, che sono state conglobate nel Testo Unico, entrato in vigore il 1° gennaio 2004.

²¹ È bene, infatti, tenere presente che tutte le normative analizzate dai primi interventi delle istituzioni europee nel 1995, fino al 2015, erano tutte normative nazionali, frammentate nei diversi Paesi che nel corso della Storia sono entrati a far parte dell’Unione Europea.

- un Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (in inglese, “General Data Protection Regulation”, meglio noto con l’acronimo di GDPR), immediatamente esecutivo in tutta l’Unione Europea.

Il nuovo Regolamento è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea il 4 maggio 2016, con la sigla EU Reg. 2016/679, con applicazione definitiva a decorrere dal 25 maggio 2018.²²

Costituito da 99 articoli e 173 considerando, che riprendono, come accennato in precedenza, numerosi istituti e concetti introdotti dal “Codice Privacy” italiano, il Regolamento del 2016 istituisce, tra le altre cose, un’ autorità unica di vigilanza europea e codifica, per la prima volta nella Storia, “nuovi” diritti fondamentali dei cittadini europei, quali il diritto all’ oblio, il diritto alla portabilità dei dati e il diritto alla notifica dell’ accesso abusivo di terzi a dati personali.

Inoltre, il tema della sicurezza passa dalla logica delle misure “minime” a quella delle misure “adeguate”, rendendo la gestione dei dati personali un processo aziendale che impatta sull’ intera organizzazione dell’ azienda.

Per quanto riguarda gli interventi della giurisprudenza dell’ Unione Europea, con sentenza del 6 ottobre 2015 relativa al caso irlandese Facebook-Schrems, la Corte di Giustizia Europea ha dichiarato invalido l’ accordo “Safe Harbour” fra UE e Stati Uniti,²³ sul trattamento dei dati personali e sensibili di cittadini europei, principalmente per l’ assenza di confini e deroghe ai poteri delle autorità che tutelano la sicurezza nazionale. L’ accordo è stato, quindi, sostituito dal nuovo “EU-US Privacy Shield” del 2 febbraio 2016, che riguarda dati di cittadini europei trasmessi via internet dall’ Unione Europea agli Stati Uniti, ovvero detenuti stabilmente in banche dati di società private o enti di intelligence residenti negli USA, e aziende USA che trattano i dati dei cittadini in Europa.

L’ accordo non specifica limiti ed eccezioni per le autorità di intelligence, mentre impone alle aziende USA (che operino sia in Europa che negli Stati Uniti) di aderire e rispettare le normative europee sulla privacy nei confronti dei cittadini europei.²⁴

Pur non essendo necessario,²⁵ in Italia il GDPR è stato formalmente recepito dal d.lgs. 101/2018 (cosiddetto “decreto privacy”), in vigore dal

²² L’ Unione Europea ha, infatti, previsto un tempo di adeguamento di due anni per tutti coloro che fossero tenuti all’ adempimento delle norme introdotte.

²³ L’ accordo Safe Harbor (letteralmente tradotto come Approdo Sicuro), che permette alle aziende americane di spostare i dati personali dei cittadini dell’ Unione europea negli Stati Uniti, è scaduto lo scorso 31 gennaio. Safe Harbor era entrato in vigore il 26 luglio del 2000 quando la Commissione europea riconobbe che i “Safe Harbour Privacy Principles” emessi dal Dipartimento Usa del Commercio, offrivano un’ adeguata protezione nel caso di trasferimento di dati personali dall’ Ue. Di conseguenza fu consentito a tutte le imprese europee che li avevano sottoscritti di trasferire i dati in loro possesso oltre oceano.

²⁴ È prevista una stretta collaborazione con Department of Commerce e la Federal Trade Commission, e la creazione di Ombudsman per le controversie con l’ intelligence.

²⁵ Trattandosi di un regolamento e non di una direttiva, non è necessario recepirlo dalle legislazioni nazionali ma è automaticamente esecutivo in tutti gli Stati membri dell’ Unione Europea.

19 settembre 2018.²⁶ Il decreto ha novellato profondamente il “Codice Privacy” che, ciononostante, è in corso di validità per gli specifici articoli non esplicitamente abrogati dal detto decreto.²⁷ Pertanto, seppur radicalmente emendato dagli articoli del GDPR, il “Codice Privacy” 196/2003 resta in vigore nella legislazione italiana.²⁸

2. *Principi, ruoli e sanzioni del GDPR*

Il GDPR è stato introdotto per rafforzare e rendere più omogenea la protezione dei dati personali di cittadini e residenti nell’Unione europea, sia all’interno che all’esterno dei confini dell’Unione europea stessa.

Punto focale della nuova normativa è l’elevazione della protezione dei dati personali a diritto fondamentale della persona. Le novità interessano imprese, professionisti e pubbliche Amministrazioni, con un rigido regime sanzionatorio. Il testo affronta anche il tema dell’esportazione di dati personali al di fuori dell’UE e obbliga tutti i titolari del trattamento dei dati (anche con sede legale fuori dall’Unione europea) che trattano dati di residenti nell’Unione europea ad osservare e adempiere agli obblighi previsti. Gli obiettivi principali alla base dell’introduzione del GDPR sono, infatti, quelli di restituire ai cittadini il controllo dei propri dati personali e di semplificare il contesto normativo che riguarda gli affari internazionali, unificando e rendendo omogenea la normativa privacy all’interno dell’Unione Europea.

Dalla normativa italiana del 2003, cui deve molti dei suoi articoli, il GDPR ha recuperato istituti e concetti quali: gli obblighi e le responsabilità in capo al titolare del trattamento, la definizione di “dato personale” e quella di “dati sensibili” (oggi definiti “dati particolari”), la responsabilità per le violazioni da chiunque commesse (vertici e subordinati di ogni persona giuridica), le informative (da creare più dettagliate), il consenso al trattamento (anche se dovrà essere espresse in modo diverso e molteplice), la possibilità di nominare i responsabili esterni del trattamento, la previsione di misure di sicurezza adeguate, la previsione delle sanzioni penali e amministrative e la responsabilità civile.²⁹

²⁶ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.205 del 04/09/2018, recante “disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”.

²⁷ Infatti, il comma 6 dell’art. 22 recita: “Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i rinvii alle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo n. 196 del 2003, abrogate dal presente decreto, contenuti in norme di legge e di regolamento, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 e a quelle introdotte o modificate dal presente decreto, in quanto compatibili.”

²⁸ “Codice Privacy” e GDPR, dunque, coesistono unitamente ai provvedimenti che saranno resi dal Garante in materia di protezione dei dati personali, imponendo una rigorosa lettura sistematica delle fonti normative che disciplinano la materia.

²⁹ Dopo 15 anni, invece, viene introdotto un nuovo obbligo di tenuta del registro dei trattamenti, con un impianto normativo che mira a diminuire la burocrazia, in favore di una maggiore

Andiamo con ordine e cerchiamo, quindi, di analizzare le novità e i principi introdotti, per poi applicarli nel mondo del diritto sportivo.

Innanzitutto, è bene evidenziare che il GDPR si applica al trattamento dei dati personali delle persone fisiche in vita. Non concerne, quindi, i dati delle persone decedute, né delle persone giuridiche, né degli enti (i cui dati, ovviamente, sono già di dominio pubblico). Tali dati possono essere trattati in modo interamente o parzialmente automatizzato o non automatizzato, e possono essere contenuti in un archivio o destinati a figurarvi.³⁰ Il suddetto trattamento, per rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento, deve essere effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione, o deve riguardare dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, anche se effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione,³¹ quando le attività di trattamento riguardano l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato, oppure il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione.³²

L'art. 4 GDPR contiene le definizioni di tutti i termini tecnici utilizzati all'interno delle diverse disposizioni del Regolamento, in modo da assicurare una lettura conforme ed adeguata di tutta la nuova normativa.

Tra tutte quelle indicate, ai fini del presente lavoro, si evidenzia come il GDPR definisca "dato personale" qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (cd. "interessato"). Si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione,

responsabilizzazione degli addetti ai lavori. Maggiore attenzione viene data all'analisi del processo del trattamento dei dati personali, con l'introduzione di un nuovo obbligo di comunicazione al Garante le violazioni del trattamento (in inglese, "data breach") e il nuovo, importante, obbligo di nominare un responsabile protezione dati. Il concetto di "misure minime di sicurezza" viene superato con quello di "misure adeguate" e per alcuni trattamenti sorge il nuovo obbligo di effettuare una valutazione d'impatto (DPIA). Viene data maggior attenzione ai tempi di conservazione dei dati mentre, con l'affermazione del principio di accountability, il Titolare viene considerato competente e deve dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie per evitare il verificarsi della violazione.

³⁰ L'art. 2 GDPR, cui rimandiamo per la lettura completa, precisa che le nuove disposizioni non si applicano, tra l'altro, ai trattamenti effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico o effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.

³¹ Ovviamente, il GDPR si applica anche al trattamento dei dati personali effettuato da un titolare del trattamento che non è stabilito nell'Unione, ma in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico (cfr. art. 3 GDPR).

³² La legge applicabile, quindi, è quella del territorio in cui i dati vengono raccolti. Social network, siti web e motori di ricerca sono soggetti alla normativa europea, anche se gestiti da società con sede al di fuori del territorio dell'Unione Europea.

dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale.

“Categorie particolari di dati personali” sono, invece, quelle che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose e filosofiche, l'appartenenza sindacale, o quelli relativi a dati genetici, biometrici, allo stato di salute, alla vita sessuale, all'orientamento sessuale della persona o dati giudiziari.³³

Tali categorie di dati vanno trattate solo col consenso dell'interessato, tranne che in casi particolari.³⁴ Il “trattamento” viene ad essere qualsiasi operazione o

³³ Art. 10 GDPR, “Trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati”: “Il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica”.

³⁴ Art. 9 GDPR, “Trattamento di categorie particolari di dati personali”: “È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. 2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto

insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

I dati personali, come qui definiti, devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente e raccolti per finalità esplicite e legittime. I dati devono essere adeguati, pertinenti e non eccedenti (quindi, limitati), ma anche esatti e sempre aggiornati, e conservati per il solo tempo necessario al conseguimento delle finalità.

Durante questo periodo, quindi, devono essere trattati in modo sicuro, protetto e riservato.³⁵ Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato abbia espresso il consenso³⁶ al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento sia necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento sia necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento sia necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento sia

professionale; j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato. 3. I dati personali di cui al paragrafo 1 possono essere trattati per le finalità di cui al paragrafo 2, lettera h), se tali dati sono trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti. 4. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute”.

³⁵ Così come prescritto dall'art. 5 GDPR, rubricato “Principi applicabili al trattamento di dati personali”, cui si rimanda per la lettura completa.

³⁶ Art. 7 GDPR, “Condizioni per il consenso”: “Qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali.

Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante. L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato. Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto”.

necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento sia necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi,³⁷ a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato sia un minore.³⁸

Il trattamento dei dati personali, da effettuare secondo i principi qui riportati, coinvolge una serie di figure, interne ed esterne alla persona giuridica (o fisica) che tratti i dati.

La persona giuridica (o fisica) che determina le finalità del trattamento dati e analizza i rischi che incombono sulla libertà e i diritti delle persone fisiche assume il ruolo di titolare del trattamento dei dati personali. Questa figura ha la responsabilità di mettere in atto misure tecniche ed organizzative adeguate, per garantire ed essere in grado di dimostrare la conformità al GDPR. Tali misure vanno aggiornate e riesaminate se necessario e devono essere messe in atto preventivamente, tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione.

È bene ribadire come il nuovo Regolamento preveda l'inversione dell'onere della prova: la privacy diviene un elemento iniziale, già facente parte dell'organizzazione aziendale (privacy by design), e non più un elemento conclusivo e finale. Ogni titolare del trattamento, quindi, deve analizzare la propria situazione e decidere cosa fare e quali misure attuare, in base ai rischi che potrebbe correre.³⁹

Il titolare ha, infatti, la responsabilità di dimostrare che il trattamento sia effettuato conformemente al GDPR,⁴⁰ secondo il principio di

³⁷ L'art. 6 GDPR, cui rimandiamo per la lettura completa, sottolinea come questa condizione non si applichi al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti.

³⁸ L'art. 6 GDPR conclude evidenziando come laddove il trattamento per una finalità diversa da quella per la quale i dati personali siano stati raccolti non sia basato sul consenso dell'interessato o su un atto legislativo dell'Unione o degli Stati membri che costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la salvaguardia degli obiettivi di cui all'art. 23, al fine di verificare se il trattamento per un'altra finalità sia compatibile con la finalità per la quale i dati personali sono stati inizialmente raccolti, il titolare del trattamento deve tenere in conto, tra l'altro: a) di ogni nesso tra le finalità per cui i dati personali sono stati raccolti e le finalità dell'ulteriore trattamento previsto; b) del contesto in cui i dati personali sono stati raccolti, in particolare relativamente alla relazione tra l'interessato e il titolare del trattamento; c) della natura dei dati personali, specialmente se siano trattate categorie particolari di dati personali ai sensi dell'art. 9, oppure se siano trattati dati relativi a condanne penali e a reati ai sensi dell'art. 10; d) delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento previsto per gli interessati; e) dell'esistenza di garanzie adeguate, che possono comprendere la cifratura o la pseudonimizzazione.

³⁹ In alcuni casi specifici indicati dal Regolamento, ricorrendo anche ad una valutazione d'impatto (cfr. art. 35 GDPR).

⁴⁰ Art. 24 GDPR: "1. Tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento. Dette misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario. 2. Se ciò è proporzionato rispetto alle attività di trattamento, le misure di cui al paragrafo 1 includono l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati da parte del titolare del trattamento.

“accountability”.⁴¹ L’adesione a codici di condotta⁴² o a meccanismi di certificazione⁴³ possono essere utilizzati come elementi per dimostrare il rispetto degli obblighi da parte dello stesso titolare.

Ogni titolare deve nominare uno o più responsabili del trattamento, secondo le esigenze aziendali.⁴⁴ Un responsabile del trattamento è la persona fisica o giuridica, o l’ente, dotata di particolari caratteristiche di natura morale e di competenza tecnica, che tratta dati personali per conto del titolare.⁴⁵ Deve presentare garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire la correttezza e la conformità del trattamento dati. Inoltre, deve assistere il titolare nel garantire gli obblighi della predisposizione e messa in atto delle misure di cui sopra.⁴⁶

Le attività del responsabile devono essere disciplinate da un atto giuridico a norma dell’Unione o dello Stato membro⁴⁷ che vincoli titolare e responsabile all’obbligo del trattamento dati conformemente a quanto stabilito dal Regolamento.⁴⁸ Titolare e responsabile possono essere chiamati in solido a rispondere dei danni procurati agli interessati in caso di violazione del trattamento.

La persona fisica che, invece, materialmente provvede nel quotidiano al trattamento dei dati, secondo le istruzioni del titolare e/o del responsabile del trattamento, viene definita “incaricato del trattamento”, una figura non espressamente prevista dal GDPR.⁴⁹

Se le figure fin qui analizzate riportano a quanto già prescritto dalle normative precedenti, la novità del GDPR consiste nell’aver introdotto la funzione

3. L’adesione ai codici di condotta di cui all’articolo 40 o a un meccanismo di certificazione di cui all’articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento”.

⁴¹ In pratica, il titolare del trattamento sarà responsabile della valutazione dei rischi e della definizione delle misure di sicurezza; della valutazione della necessità di effettuare una valutazione preliminare d’impatto del trattamento; di attribuire i ruoli e le responsabilità in materia di protezione dei dati; di prevedere un insieme di procedure per la gestione dei dati; di redigere e tenere aggiornato il registro dei trattamenti; di valutare e documentare qualsiasi violazione del trattamento, con le conseguenti decisioni da adottare; di verificare l’applicazione delle misure adottate.

⁴² Cfr. art. 40 GDPR.

⁴³ Cfr. art. 42 GDPR.

⁴⁴ Su autorizzazione per iscritto del titolare, il responsabile può nominare ulteriori responsabili. La figura del titolare era prima facoltativa, secondo le normative precedenti.

⁴⁵ Titolari e responsabili del trattamento vengo, quindi, definiti dal GDPR in modo simile a quanto contenuti delle disposizioni della direttiva comunitaria del 1995 e nel cd. “Codice Privacy” nazionale.

⁴⁶ Cfr. artt. da 32 a 36 GDPR.

⁴⁷ Cfr. art. 28 GDPR.

⁴⁸ I responsabili possono essere anche esterni all’azienda del titolare, come nel caso delle società che forniscono servizi per i quali è necessario il trattamento dei dati (assistenza legale, fiscale, di consulenza del lavoro, etc.).

⁴⁹ Cfr. art. 29 GDPR: “Il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell’Unione o degli Stati membri”.

del responsabile della protezione dei dati (in sigla RPD in italiano, o anche DPO, secondo la nomenclatura inglese “Data Protection Officer”).

Il titolare e/o il responsabile del trattamento dati, infatti, secondo il Regolamento⁵⁰ sono obbligati a designare un responsabile della protezione dei dati quando il trattamento è effettuato da un’ autorità pubblica o organismo pubblico, ad eccezione delle autorità giudiziarie; quando le attività di trattamento riguardano trattamenti che per loro natura, ambito di applicazione e loro finalità richiedono il monitoraggio sistematico su larga scala degli interessati e quando le attività di trattamento riguardano trattamenti su larga scala di dati di tipo particolare, di tipo giudiziario o dati relativi a condanne penali o reati connessi a misure di sicurezza pubblica. Sebbene, quindi, negli altri casi sia una figura facoltativa, ne è caldamente consigliata la nomina da parte del Garante italiano per la protezione dei dati personali per tutti i titolari del trattamento.⁵¹

Questo perché il ruolo del DPO è quello di eseguire numerosi compiti fondamentali in un’ azienda per tutelare il trattamento dei dati personali. Tra i diversi compiti individuati dall’ Unione Europea, evidenziamo quello di informare e fornire consulenza al titolare o al responsabile del trattamento dati, nonché agli incaricati che effettuano i trattamenti, circa gli obblighi e le disposizioni previsti dal GDPR, così come quello di sorvegliare in merito all’ applicazione del Regolamento stesso, sensibilizzando le figure interessate al trattamento dati all’ assunzione delle responsabilità e alla necessità della formazione per garantire il rispetto del suddetto regolamento. Ancora, il DPO deve fornire un parere in merito alla valutazione d’ impatto e sorvegliarne lo svolgimento e fungere da punto di contatto nei confronti dell’ autorità di controllo per le questioni riguardanti la protezione dei dati e, se richiesto, nei riguardi dell’ interessato per questioni riguardanti eventuali violazioni.⁵²

Per far sì che il DPO possa svolgere le sue funzioni, il titolare e il responsabile del trattamento dati devono assicurarsi che il DPO sia tempestivamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti il trattamento dei dati e devono sostenerlo nello svolgimento del suo ruolo fornendogli le risorse necessarie. Gli interessati, infatti, possono contattare il DPO, i cui recapiti saranno pubblici, per tutte le questioni riguardante i trattamenti dei loro dati personali. Ovviamente, il DPO è tenuto al segreto e alla riservatezza in merito all’ adempimento dei propri compiti in conformità del GDPR.

Dopo aver declinato i principi alla base del trattamento ed averne individuato gli attori, il Regolamento introducendo il concetto della violazione dei dati personali, o “data breach” nella terminologia inglese, coprendo quello che fino al 2018 era un vuoto normativo.

⁵⁰ Cfr. artt. 37, 38 e 39 GDPR.

⁵¹ Il DPO dovrà essere una figura manageriale con rinnovo periodico. Può essere sia un dipendente che un collaboratore esterno del titolare, con regolare contratto.

⁵² Nonostante l’ importanza dei compiti legati al ruolo, va ribadito come il DPO sia una figura ancora non regolamentata dalle leggi italiane. Non esiste, infatti, un ordine professionale specifico a garanzia della qualità delle attività svolte dal singolo professionista.

L'art. 4 GDPR definisce il data breach come qualsiasi "violazione la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati".

Quindi, non solo violazioni informatiche, ma ogni trattamento illecito dei dati personali, anche il furto materiale dell'archivio contenente i dati.⁵³

Mentre nelle norme precedenti erano presenti solo disposizioni sulla privacy e sul trattamento dei dati, nel GDPR vengono inseriti nuovi articoli riguardanti la sicurezza dei dati, la responsabilità in caso di violazione e, altra novità, anche sanzioni amministrative già in vigore in tutti gli Stati membri dell'Unione.

L'art. 32, già citato in precedenza, prevede la progettazione e l'attuazione di misure tecniche ed organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio. In caso di una violazione del trattamento dei dati personali che presenta un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche interessate, l'articolo successivo (33 GDPR) prescrive che il titolare del trattamento, su tempestiva segnalazione del responsabile del trattamento, appena questi ne viene a conoscenza, debba notificare la violazione all'autorità di controllo, senza ingiustificato ritardo entro 72 ore dal momento che viene informato dal responsabile o ne viene in qualche modo a conoscenza.

Il GDPR impone questo obbligo di trasparenza sugli incidenti a tutti i titolari, a prescindere dalla grandezza o dall'importanza dell'azienda in cui si sia verificata la violazione.

Questa nuova notifica deve contenere: una descrizione della natura della violazione, ove possibile il numero approssimativo e la categoria di interessati, il numero approssimativo delle registrazioni dei dati personali; i dati di contatti del DPO presso cui ottenere maggiori informazioni; una descrizione delle probabili conseguenze della violazione dei dati personali; una descrizione delle misure tecniche ed organizzative adottate o che il titolare si propone di adottare per porre rimedio alla violazione o ridurre gli effetti. Qualora nei limiti del possibile non si è in grado di fornire contestualmente informazioni al Garante, queste possono essere fornite, fermo restando la tempestività della notifica, anche successivamente. Inoltre, ogni titolare del trattamento deve documentare tutto quanto descritto in un apposito registro delle violazioni dei dati personali.

Nel caso una violazione dei dati personali possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche interessate, il titolare del trattamento deve comunicare la violazione all'interessato⁵⁴ fornendo, in un linguaggio semplice e chiaro, una descrizione della stessa, una descrizione delle probabili conseguenze, le misure adottate e quelle da adottare e i dati del DPO.

Tale nuova comunicazione (immaginiamo gli effetti reputazionali di una dichiarazione di questo genere da un titolare ai propri interessati!) non è richiesta

⁵³ Accessi accidentali e abusivi a dati personali, alterazioni accidentali o non autorizzate dei dati, perdita o distruzione accidentale o non autorizzata del dato.

⁵⁴ Cfr. art. 34 GDPR.

quando il titolare ha messo in atto, per la protezione dei dati in questione, misure tecniche ed organizzative idonee quali pseudonimizzazione o cifratura; quando il titolare ha già provveduto a mettere in atto misure per scongiurare un rischio elevato per i diritti e la libertà delle persone interessate; quando la comunicazione richiederebbe sforzi economici ed organizzativi esagerati (in tal caso si procede con una comunicazione pubblica o una misura simile attraverso la quale gli interessati possono essere informati con la stessa efficacia).⁵⁵

In caso di violazione, quindi, andranno accertate le responsabilità. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del trattamento,⁵⁶ infatti, ha diritto a un risarcimento danni da parte del titolare o del responsabile del trattamento dati. Il titolare del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento che violi il regolamento. Il responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto agli obblighi di sua stretta competenza previsti dal regolamento, o non ha rispettato le istruzioni predisposte dal titolare. In entrambi i casi, ciò che viene sanzionato dal GDPR non è il data breach in sé, ma il non aver fatto nulla per cercare di evitarlo.⁵⁷ E' questo che comporta il principio di accountability, nell'ottica del trattamento dei dati personali come attività "pericolosa".⁵⁸

⁵⁵ In caso di mancata comunicazione in presenza di violazioni con elevato rischio per i diritti e la libertà delle persone fisiche ed in assenza dei presupposti di non obbligatorietà, l'autorità di controllo può chiedere al titolare del trattamento dati di provvedervi quanto prima.

⁵⁶ I casi di responsabilità civile, dove opera, come annunciato, il principio dell'inversione dell'onere della prova, possono rinvenirsi, tra l'altro, nell'omessa o infedele notificazione della violazione, nel trattamento illecito dei dati, nell'omessa adozione delle misure adeguate per la sicurezza dei dati e nell'inosservanza dei provvedimenti del Garante. Cfr. art. 82 GDPR.

⁵⁷ Per adeguarsi al GDPR, i titolari del trattamento devono assicurarsi che i trattamenti da loro effettuati siano conformi ai principi privacy previsti dall'art. 5 del Regolamento, tra i quali particolare rilievo assumono quelli della trasparenza e della minimizzazione dei dati. Tutti i titolari del trattamento devono rivedere ed aggiornare gli esistenti programmi di conformità privacy, in modo particolare aggiornare le policy interne, la modulistica ed i piani di risposta ai data breach. Per mitigare il rischio si può fare ricorso a misure quali la pseudonimizzazione o l'anonimizzazione dei dati, la crittografia, la preparazione di piani di recupero aziendali in caso di disastri. Particolare attenzione dovrà essere riposta nella costituzione e nella tenuta del registro dei trattamenti e nei trattamenti che dovessero richiedere una valutazione di impatto privacy. Ancora, e, soprattutto, sufficienti risorse devono essere destinate alla formazione dei responsabili e del personale autorizzato al trattamento dati. Tali programmi di formazione dovranno essere strutturati in modo da offrire una conoscenza generale e complessiva del GDPR, ma soprattutto dovranno "calare" la privacy nel settore in cui opera il titolare.

⁵⁸ Essendo la materia penale di stretta competenza nazionale, l'Unione Europea non può prevederne. Per quanto riguarda l'Italia, i nuovi illeciti penali in materia di privacy sono stati introdotti dal d.lgs n. 51/2018, che ha parzialmente sostituito quelli previsti dal d.lgs n. 196/2003. Casistica: trattamento illecito di dati (art. 43) per trarne profitto per sé o per altri, punito da 6 a 1 anno di reclusione, aggravata da 6 mesi a 2 anni se vi è comunicazione o diffusione di atti, da 1 a 3 anni se dall'illecito trattamento deriva documento per l'interessato; falsità in atti e dichiarazioni al Garante: da 6 mesi a 3 anni di reclusione, inosservanza di provvedimenti del Garante: da 3 mesi a 2 anni. Residua ancora la vecchia fattispecie dell'omissione delle misure minime di sicurezze ex art. 169 d.lgs n. 196/2003 arresto sino a 2 anni ed ammenda da Euro 10.000,00 ad Euro 50.000,00.

Titolare e responsabile, in ogni caso, sono esonerati dalla responsabilità se dimostrano che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile. Le azioni legali per l'esercizio del diritto di ottenere il risarcimento del danno sono promosse dinnanzi all'Autorità del Garante.

Le sanzioni amministrative sopra richiamate sono previste dall'art. 83 GDPR e sono parametrare sulla natura, la gravità e la durata della violazione; il carattere doloso o colposo della stessa; le misure adottate dal titolare. Il GDPR prevede importi fino a 10 milioni di euro a carico delle persone fisiche, o in caso di un'impresa, fino al 2% del fatturato totale annuo mondiale.⁵⁹ Nei casi più gravi sono previste sanzioni amministrative fino a 20 milioni di euro, o in caso di un'impresa, fino al 4% del fatturato totale annuo mondiale dell'esercizio precedente.⁶⁰

Concludiamo qui questa rapida lettura del GDPR, sebbene molto ci sia ancora da dire. I suoi pochi articoli devono essere letti con attenzione, perché le norme non riguardano solo le grandi aziende o i colossi dell'informatica, ma tutti i cittadini. Si tratta, infatti, di un insieme di norme basate sui principi di common law, che non danno prescrizioni rigide per quanto riguarda il trattamento dei dati, ma indicano una traccia da seguire, per far sì che il titolare del trattamento sia in grado di dimostrare di aver fatto di tutto per proteggere i dati personali degli interessati in modo adeguato, un bene non tangibile, ma che al giorno d'oggi, nel mondo tecnologico in cui viviamo, sono forse diventati il patrimonio più importante di un'azienda.

3. *Lo Sport e il GDPR: nuovi obblighi*

Il GDPR si applica a qualsiasi persona giuridica che tratti dati di persone fisiche,⁶¹ a prescindere dall'attività effettuata, dalla tipologia di bene prodotto e dalla ragione sociale del titolare. Risulta, quindi, naturale che anche i soggetti che operano nel mondo dello sport debbano adeguarsi al Regolamento qui sopra analizzato.

Federazioni, società e associazioni, sono tutti possibili titolari che trattano numero categorie di dati personali, comprese quelle ritenute dal GDPR quali particolari.⁶²

Per non dimenticare, poi, il trattamento dei dati personali dei minori. Basti pensare ai dati legati alle schede di affiliazione, alle iscrizioni a corsi, tornei, campionati, attività giovanili, i moduli dettagliati degli atleti, che contengono anche i dati relativi alla salute, ma anche dei dati legati ai provvedimenti, alle cause di

⁵⁹ Tra le ipotesi di violazioni che comportano la sanzione minore, ritroviamo la mancata verifica da parte del titolare del consenso della responsabilità genitoriale sul minore, la mancata designazione del DPO o l'inadempimento nell'obbligo di non conservare, acquisire o trasmettere informazioni per identificare l'interessato se le finalità non richiedono la sua identificazione.

⁶⁰ Tale sanzione maggiore viene inflitta, tra l'altro, in caso di violazioni dei principi base del trattamento e dei diritti degli interessati.

⁶¹ Cfr. art. 2 GDPR.

⁶² Cfr. art. 4 GDPR.

diritto sportivo, alle sanzioni (disciplinari e non). O alle richieste di consenso per utilizzare immagini e video (eventualmente anche di minori) per scopi pubblicitari o semplicemente sulle pagine social della squadra.⁶³ Ai dati personali legati agli atleti, inoltre, vanno aggiunti i dati di tutte le altre figure che ruotano intorno allo sport, dagli imprenditori, ai dipendenti fino ai tifosi.⁶⁴

Dati che, ovviamente, sono trattati sia in formato cartaceo che digitale e conseguentemente vanno trattati in entrambe le tipologie di utilizzo, diffusione e archiviazione. Anche i siti web di riferimento di federazioni, società e associazioni dovranno essere adeguati al GDPR, sia che si tratti di team di prestigio che di squadre che operano a livello locale o regionale. E' bene ribadirlo: il nuovo Regolamento non fa alcuna differenza in base alla grandezza o al fatturato di una persona giuridica.

Ciò che conta, è il trattamento dei dati personali delle persone giuridiche, anche su un semplice blog, una pagina social o via mailing list. Gli atleti, i personal trainer, i dipendenti e i tifosi, tutti devono essere informati sui propri diritti e sulle finalità del trattamento dei propri dati personali e devono poter esprimere il proprio libero consenso, soprattutto in caso di profilazione dei tesserati.⁶⁵

3.1 *Il profiling*

In un mondo come quello sportivo in cui operano spesso grandi interessi economici, la profilazione risulta essere un approccio spesso usato per tener traccia dello stato di salute, delle attività e degli interessi degli atleti, come anche dei tifosi e di tutti gli appassionati dello sport.

Secondo l'art. 4 GDPR, per "*profilazione*" si intende "qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica".

In qualsiasi modo avvenga questa profilazione, l'interessato deve esserne sempre a conoscenza, attraverso l'informativa, perché deve essere in grado di poter usufruire di un altro nuovo diritto introdotto dal GDPR. L'interessato, infatti, "ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".⁶⁶

⁶³ Vedere paragrafi 6 e 7.

⁶⁴ Con abbonamenti, tessere e sottoscrizioni per quote societarie, i supporter di ogni squadra vengono schedati e mappati secondo moduli standard che contengono dati personali.

⁶⁵ La profilazione può avvenire, tra l'altro, con moduli o questionari, oppure attraverso la geolocalizzazione tramite app.

⁶⁶ Cfr. art. 22 GDPR.

L'art. 22 GDPR qui riportato prosegue specificando che la decisione presa senza il coinvolgimento di un essere umano può esserci e può, quindi, avere conseguenze giuridiche, in determinati casi: quando sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, quando sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato e, ultimo caso, ma non meno importante (dato che è quello che più si verificherà), quando si basi sul consenso esplicito dell'interessato.⁶⁷

Queste decisioni automatizzate permesse, però, non devono riguardare le categorie particolari di dati personali, salvo che non vi sia anche in questo caso il consenso dell'interessato o in presenza di motivi di interesse pubblico e purché siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato stesso.

Il diritto dell'interessato codificato nel GDPR viene riconosciuto, quindi, solo in caso di una decisione automatizzata che produca effetti giuridici, vale a dire che abbia impatto sulla sfera giuridica dell'individuo. Nel caso dello sport (così come nella vita quotidiana), questi effetti possono concretizzarsi, tra gli altri casi, nella penalizzazione del diritto di associazione, di voto, di libertà negoziale o di libera circolazione.

E' per questo, quindi, che il GDPR impone ai titolari (alle Federazioni, alle società e alle associazioni di diritto sportivo) di approntare una tutela rafforzata di questi dati personali oggetto di profilazione e di garantire un possibile intervento umano, da parte dello stesso titolare, nel caso l'interessato ne faccia richiesta, oltre alla possibilità per lo stesso di poter esprimere la propria opinione e contestare la decisione. Ovviamente, quasi inutile ribadirlo, i titolari dovranno prevedere anche costanti e periodiche verifiche alla regolarità dei processi automatizzati, per evitare o almeno limitare errori di classificazione o valutazione con impatto negativo sui soggetti profilati.

3.2 *La valutazione d'impatto*

Inserire la profilazione dei dati personali nelle proprie finalità, inoltre, comporta altri due nuovi obblighi per i titolari: effettuare una preventiva valutazione d'impatto del trattamento e costituire e tenere aggiornato il registro dei trattamenti.

Entrambi questi strumenti sono la concretizzazione ulteriore del principio di accountability richiamato in precedenza, garantendo e attuando la responsabilizzazione del titolare.

⁶⁷ In questo come nel primo caso, il GDPR impone al titolare del trattamento di attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, tra cui, almeno, il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare stesso, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. Cfr. art. 22 GDPR.

La valutazione d'impatto (DPIA nell'acronimo inglese di "data protection impact assessment") è una procedura che permette al titolare di valutare e, successivamente, dimostrare la conformità al GDPR dei propri trattamenti effettuati. E' obbligatorio, secondo il Regolamento, solo in determinati casi, ma un'applicazione generalizzata, anche in assenza delle condizioni che a breve analizzeremo, può tutelare maggiormente tutti i titolari in caso di violazione del trattamento.

"Quando un tipo di trattamento", infatti, secondo l'art. 35 GDPR, "allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi". Nello svolgimento di questa valutazione, il titolare può essere supportato dal proprio DPO (di cui si suggerisce l'adozione anche nel mondo sportivo).⁶⁸

Tale DPIA, quindi, è richiesta in particolare nei casi seguenti:⁶⁹ quando, come abbiamo visto poco sopra, il titolare adotta una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; quando il titolare effettui un trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali;⁷⁰ o quando si debba ricorrere alla sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico.

Sul piano pratico, tale valutazione consiste in un documento contenente, tra i requisiti minimi, una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento, una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità, una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati ed, infine, le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al GDPR, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione.

⁶⁸ Inoltre, l'art. 35 GDPR ammette la possibilità, per il titolare, di raccogliere le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento previsto, fatta salva la tutela degli interessi commerciali o pubblici o la sicurezza dei trattamenti.

⁶⁹ L'art. 35, effettivamente, prevede un "futuro" intervento dell'autorità garante di ogni singolo stato in questo settore, quando prescrive che la stessa debba redigere e rendere pubblico "un elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati" e un corrispettivo "elenco delle tipologie di trattamenti per le quali non è richiesta una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati".

⁷⁰ Cfr. artt. 9 e 10 GDPR.

Nel valutare l'impatto, va inoltre tenuto conto del rispetto da parte di titolari e responsabili dei codici di condotta ex art. 40 GDPR.⁷¹

⁷¹ Art. 40 GDPR, "Codici di condotta": "1. Gli Stati membri, le autorità di controllo, il comitato e la Commissione incoraggiano l'elaborazione di codici di condotta destinati a contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese. 2. Le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento possono elaborare i codici di condotta, modificarli o prorogarli, allo scopo di precisare l'applicazione del presente regolamento, ad esempio relativamente a: a) il trattamento corretto e trasparente dei dati; b) i legittimi interessi perseguiti dal responsabile del trattamento in contesti specifici; c) la raccolta dei dati personali; d) la pseudonimizzazione dei dati personali; e) l'informazione fornita al pubblico e agli interessati; f) l'esercizio dei diritti degli interessati; g) l'informazione fornita e la protezione del minore e le modalità con cui è ottenuto il consenso dei titolari della responsabilità genitoriale sul minore; h) le misure e le procedure di cui agli articoli 24 e 25 e le misure volte a garantire la sicurezza del trattamento di cui all'articolo 32; i) la notifica di una violazione dei dati personali alle autorità di controllo e la comunicazione di tali violazioni dei dati personali all'interessato; j) il trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali; o k) le procedure stragiudiziali e di altro tipo per comporre le controversie tra titolari del trattamento e interessati in materia di trattamento, fatti salvi i diritti degli interessati ai sensi degli articoli 77 e 79. 3. Oltre all'adesione ai codici di condotta approvati ai sensi del paragrafo 5 del presente articolo e aventi validità generale a norma del paragrafo 9 del presente articolo da parte di titolari o responsabili soggetti al presente regolamento, possono aderire a tali codici di condotta anche i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento che non sono soggetti al presente regolamento ai sensi dell'articolo 3, al fine di fornire adeguate garanzie nel quadro dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali alle condizioni di cui all'articolo 46, paragrafo 2, lettera e). Detti titolari del trattamento o responsabili del trattamento assumono l'impegno vincolante e azionabile, mediante strumenti contrattuali o di altro tipo giuridicamente vincolanti, di applicare le stesse adeguate garanzie anche per quanto riguarda i diritti degli interessati. 4. Il codice di condotta di cui al paragrafo 2 del presente articolo contiene i meccanismi che consentono all'organismo di cui all'articolo 41, paragrafo 1, di effettuare il controllo obbligatorio del rispetto delle norme del codice da parte dei titolari del trattamento o dei responsabili del trattamento che si impegnano ad applicarlo, fatti salvi i compiti e i poteri delle autorità di controllo competenti ai sensi degli articoli 55 o 56. 5. Le associazioni e gli altri organismi di cui al paragrafo 2 del presente articolo che intendono elaborare un codice di condotta o modificare o prorogare un codice esistente sottopongono il progetto di codice, la modifica o la proroga all'autorità di controllo competente ai sensi dell'articolo 55. L'autorità di controllo esprime un parere sulla conformità al presente regolamento del progetto di codice, della modifica o della proroga e approva tale progetto, modifica o proroga, se ritiene che offra in misura sufficiente garanzie adeguate. 6. Qualora il progetto di codice, la modifica o la proroga siano approvati ai sensi dell'articolo 55, e se il codice di condotta in questione non si riferisce alle attività di trattamento in vari Stati membri, l'autorità di controllo registra e pubblica il codice. 7. Qualora il progetto di codice di condotta si riferisca alle attività di trattamento in vari Stati membri, prima di approvare il progetto, la modifica o la proroga, l'autorità di controllo che è competente ai sensi dell'articolo 55 lo sottopone, tramite la procedura di cui all'articolo 63, al comitato, il quale formula un parere sulla conformità al presente regolamento del progetto di codice, della modifica o della proroga o, nel caso di cui al paragrafo 3 del presente articolo, sulla previsione di adeguate garanzie. 8. Qualora il parere di cui al paragrafo 7 confermi che il progetto di codice di condotta, la modifica o la proroga è conforme al presente regolamento o, nel caso di cui al paragrafo 3, fornisce adeguate garanzie, il comitato trasmette il suo parere alla Commissione. 9. La Commissione può decidere, mediante atti di esecuzione, che il codice di condotta, la modifica o la proroga approvati, che le sono stati sottoposti ai sensi del paragrafo 8 del presente articolo, hanno validità generale all'interno dell'Unione. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame

Ovviamente, qualora risulti necessario, il titolare del trattamento può procedere ad un riesame per valutare se il trattamento dei dati personali sia effettuato conformemente alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati almeno quando insorgono variazioni del rischio rappresentato dalle attività relative al trattamento.

Con il GDPR, quindi, viene eliminato il documento programmatico sulla sicurezza e la sua notifica al Garante,⁷² per ammettere la consultazione successiva di fatto con il Garante solo in caso un titolare riscontrasse, attraverso la DPIA, l'impossibilità di garantire un'adeguata tutela delle libertà e dei diritti degli interessati.

3.3 *Il registro delle attività di trattamento*

L'altro documento che conviene istituire in azienda, in caso di profilazione, ma anche come consiglio generalizzato è il registro delle attività di trattamento. Tale documento, infatti, va esibito su richiesta del Garante⁷³ in caso di ispezione e garantisce un'ulteriore "attenuante" per la responsabilità del titolare in caso di data breach.

L'incipit dell'art. 30 GDPR presenta un obbligo per tutti i titolari, laddove prescrive che "ogni titolare del trattamento⁷⁴ e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono", anche in formato elettronico, "un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità. Tale registro contiene tutte le seguenti informazioni: a) il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati; b) le finalità del trattamento; c) una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali;

di cui all'articolo 93, paragrafo 2. 10. La Commissione provvede a dare un'adeguata pubblicità dei codici approvati per i quali è stata decisa la validità generale ai sensi del paragrafo 9. 11. Il comitato raccoglie in un registro tutti i codici di condotta, le modifiche e le proroghe approvati e li rende pubblici mediante mezzi appropriati.

⁷² Attività obbligatorie secondo l'art. 37 del d.lgs. 196/2003.

⁷³ Cfr. art. 30 GDPR, comma 4: "su richiesta, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento e, ove applicabile, il rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento mettono il registro a disposizione dell'autorità di controllo".

⁷⁴ Al comma successivo, sempre l'art. 30 GDPR ripropone la disposizione vincolando il responsabile del trattamento alla tenuta del suo proprio registro: "ogni responsabile del trattamento e, ove applicabile, il suo rappresentante tengono un registro di tutte le categorie di attività relative al trattamento svolte per conto di un titolare del trattamento, contenente: a) il nome e i dati di contatto del responsabile o dei responsabili del trattamento, di ogni titolare del trattamento per conto del quale agisce il responsabile del trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento e, ove applicabile, del responsabile della protezione dei dati; b) le categorie dei trattamenti effettuati per conto di ogni titolare del trattamento; c) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate; d) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1".

d) le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali; e) ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate; f) ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati; g) ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1”.

Ciononostante, dopo questo primo comma in cui sembrerebbe che l'obbligo valga per “ogni titolare”, il quarto ed ultimo comma dell'art. 30 chiude con un tentativo di riduzione del vincolo, pur non riuscendo nel suo intento. L'obbligo di tenuta del registro, infatti, non si applicherebbe (condizionale d'obbligo!) “alle imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti, *a meno che* il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o i dati personali relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10”.

Risulta, tuttavia, un po' complicato individuare un titolare che, a prescindere dal numero di dipendenti, non effettui un trattamento che presenti un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, che questo trattamento sia occasionale e che non includa il trattamento di categorie particolari di dati personali! Ecco perché, e lo ha ribadito più volte anche lo stesso Garante per la protezione dei dati personali italiano, è bene e doveroso tenere questo registro dei trattamenti anche per le aziende per le quali, apparentemente, non sorga l'obbligo ex GDPR.

Con questo documento si garantisce organizzazione e sicurezza nel trattamento dei dati personali. Del resto, come più volte evidenziato in questo lavoro, la necessità di comprovare la conformità al Regolamento prescinde dalle dimensioni dell'organizzazione e dall'attività portata avanti: anche alla più piccola associazione sportiva si consiglia l'adozione di questo strumento, che diventa parte integrante del sistema di corretta gestione dei dati personali.

Tra l'altro, fino al 2018, secondo alcune autorizzazioni generali dell'Autorità Garante italiana,⁷⁵ le persone giuridiche appartenenti al mondo dello sport dilettantistico era considerate “esenti” per quanto riguarda il rispetto di alcuni adempimenti correlati alla privacy, tra cui quello di richiedere il consenso specifico dell'interessato per il trattamento di quelli che prima venivano definiti “dati sensibili” da parte di fondazioni, associazioni, comitati e altri enti di tipo associativo. Oggi queste autorizzazioni sono decadute, stante la vigenza delle nuove norme del GDPR.

Riepilogando, quindi, federazioni (innanzitutto!), società e associazioni sportive devono adottare i seguenti adempimenti:

- nominare responsabili del trattamento interni, esterni e responsabili per la protezione dei dati;

⁷⁵ Cfr. autorizzazioni generali n. 2 e 3 del 2016.

- tutelare con misure adeguate tecniche ed organizzative la sicurezza dei dati personali di atleti, soci, associati, tesserati, dipendenti, tifosi e di ogni altra persona fisica che gravita nel mondo dello sport, in special modo le categorie di dati considerate particolari;
- preparare ed adottare nuove informative dettagliate, tramite le quali raccogliere il consenso degli interessati per le diverse finalità perseguite;
- tenere ed aggiornare il registro dei trattamenti;
- effettuare una valutazione di impatto, soprattutto in caso di inserimento della profilazione dei dati personali tra le finalità del trattamento.

I temi fin qui analizzati, infatti, possono assumere aspetti particolarmente interessanti nel diritto sportivo, anche alla luce delle specificità dello sport e delle relazioni che determinano i flussi di dati personali. L'applicazione del GDPR, infatti, può comportare alcune divergenze pratiche, dovute spesso alla generalità delle disposizioni contenute nel Regolamento, strutturate in modo da poter coprire il più ampio spettro di situazioni possibili. Tra gli eventuali problemi pratici che si possono presentare nel corso dell'adeguamento, possiamo qui evidenziare:

- l'obbligatorietà della nomina del DPO: come riportato in questo lavoro, la nomina del responsabile della protezione dei dati è obbligatoria per gli enti pubblici. Ebbene, sia nella dottrina che nella prassi, permane il dubbio se le federazioni sportive siano da considerare enti pubblici o privati. La soluzione a questo dilemma, almeno dal punto di vista del trattamento dei dati personali, è il consiglio già avanzato in precedenza: nominare un DPO, interno o esterno alla federazione, per tutelare i dati personali di atleti (soprattutto minorenni) e tesserati in genere, correttamente applicando il principio di accountability da parte del titolare;
- i rapporti tra diversi titolari ed eventuale contitolarità⁷⁶ su determinati trattamenti tra le diverse persone giuridiche del diritto sportivo: associazioni, società e federazioni sportive spesso trattano dati anche simili, seppure con modalità e per finalità differenti.⁷⁷ In questo caso, quindi, si tratta di differenti titolari di

⁷⁶ Art. 26 GDPR, "Contitolarità del trattamento": "1. Allorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento. Essi determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal presente regolamento, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di comunicazione delle informazioni di cui agli articoli 13 e 14, a meno che e nella misura in cui le rispettive responsabilità siano determinate dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui i titolari del trattamento sono soggetti. Tale accordo può designare un punto di contatto per gli interessati. 2. L'accordo di cui al paragrafo 1 riflette adeguatamente i rispettivi ruoli e i rapporti dei contitolari con gli interessati. Il contenuto essenziale dell'accordo è messo a disposizione dell'interessato. 3. Indipendentemente dalle disposizioni dell'accordo di cui al paragrafo 1, l'interessato può esercitare i propri diritti ai sensi del presente regolamento nei confronti di e contro ciascun titolare del trattamento".

⁷⁷ Spesso, come nel caso dei dati raccolti per il tesseramento, associazioni e società sportive agiscono come responsabili esterni della federazione, raccogliendo dei dati per conto di questa (lo stesso modulo del tesseramento proviene dalla federazione stessa).

trattamento, che perseguono differenti finalità proprie,⁷⁸ solo in alcuni casi concordanti;

- le funzioni, in ottica GDPR dei comitati regionali: laddove i comitati regionali non si configurano quali mere estensioni territoriali della federazione sportiva, ma sono organizzati come veri e propri enti separati (come nel caso della FIGC), con codici identificativi individuali (es. partita IVA), i diversi enti saranno riconosciuti quali diversi titolari,⁷⁹ con eventuali rapporti di contitolarità (come visto nel punto precedente) con la federazione stessa.

Laddove, quindi, i titolari del trattamento nel mondo sportivo possano ritenere di non rientrare nell'ambito di applicazione del GDPR (perché rientranti nello sport dilettantistico e non agonistico, perché persona giuridica di "piccole dimensioni", perché non risulta un beneficio economico dal trattamento dei dati personali o per qualsiasi altro motivo che possa essere avanzato), è bene ribadire che il GDPR prescinde dalla natura, dalle dimensioni, dai fini, dagli scopi, dalle possibilità economiche del soggetto che realizza il trattamento, facendo ricadere l'obbligo di adeguamento su qualsiasi persona giuridica che tratti dati di persone fisiche all'interno dell'Unione Europea.

4. *Diritto all'informazione e diffusione del dato sportivo*

Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con qualsiasi mezzo rappresenta nell'ordinamento costituzionale italiano e nella maggior parte degli ordinamenti moderni un diritto fondamentale.⁸⁰

Da queste premesse sorge e si sviluppa anche la disciplina del Regolamento UE 2016/679.

L'art. 85 GDPR, infatti, prevede esenzioni e deroghe a favore dell'attività giornalistica; da qui, può ritenersi che l'attività giornalistica sia normalmente svincolata dalle normali regole che governano il diritto alla riservatezza.

Occorre, inoltre, evidenziare che le norme derogatorie previste per i giornalisti, per il tramite dell'art. 21 Cost., si estendono a qualsiasi manifestazione

⁷⁸ Ricordiamo che il GDPR identifica il titolare del trattamento come "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri".

⁷⁹ In caso contrario, il titolare del trattamento resterà la federazione, con il comitato regionale quale eventuale responsabile interno (territoriale) del trattamento.

⁸⁰ Cfr. R. BIN, G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, 2017. Tale diritto varia nel contenuto, nella tutela e nell'espansione in dipendenze del fatto che il diritto sia esercitato dal *quisque de populo* oppure da un giornalista professionista. Esso è arricchito dalla libertà di informazione, disciplinata dall'art. 21 Cost., nella sua duplice accezione quale diritto del giornalista di informare, cd diritto di cronaca, e passiva quale diritto del cittadino di essere informato, e costituisce una precondizione per la democraticità delle società contemporanee.

del pensiero anche attraverso espressioni artistiche e letterarie, con gli adattamenti del caso e con le specificità del singolo settore.⁸¹

Avendo inquadrato il tema occorre però comprendere a quali soggetti concretamente si rivolgano le deroghe ai principi generali.

Deve, dunque, osservarsi che le disposizioni relative all'attività giornalistica, compresi i codici deontologici, si applicano al trattamento effettuato da giornalisti professionisti, giornalisti pubblici, praticanti giornalisti ed infine a soggetti che occasionalmente svolgono attività finalizzata esclusivamente alla pubblicazione o diffusione di articoli, saggi e altre manifestazioni del pensiero, come fotografo, cineoperatore, videomaker.

Individuati i soggetti, ai quali la normativa si riferisce, corre l'obbligo di analizzare il Testo Unico dei doveri del giornalista.⁸²

Da questa premessa deve ora indagarsi quali sono i limiti e le prerogative dell'attività giornalistica.

Il trattamento dei dati operato dal giornalista è sostanzialmente libero. Il giornalista, infatti, può trattare e quindi pubblicare anche dati sensibili e giudiziari senza dover ottenere il consenso dell'interessato, purché ricorrano due requisiti.⁸³

⁸¹ Cfr. art. 33 Cost. e libertà di insegnamento, che si specifica nelle ulteriori libertà di manifestare il proprio pensiero con ogni mezzo possibile di diffusione; libertà di professare qualunque tesi o teoria si ritenga degna di accettazione; libertà di svolgere il proprio insegnamento secondo il metodo che appaia opportuno adottare.

⁸² Disponibile sul sito www.odg.it/testo-unico-dei-doveri-del-giornalista/24288 Il testo unico dei doveri del giornalista nasce dall'esigenza di armonizzare i precedenti documenti deontologici al fine di consentire una maggiore chiarezza di interpretazione e facilitare l'applicazione di tutte le norme, la cui inosservanza può determinare la responsabilità disciplinare dell'iscritto all'Ordine. Recepisce i contenuti dei seguenti documenti: Carta dei doveri del giornalista; Carta dei doveri del giornalista degli Uffici stampa; Carta dei doveri dell'informazione economica; Carta di Firenze; Carta di Milano; Carta di Perugia; Carta di Roma; Carta di Treviso; Carta informazione e pubblicità; Carta informazione e sondaggi; Codice di deontologia relativo alle attività giornalistiche; Codice in materia di rappresentazione delle vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive; Decalogo del giornalismo sportivo. Va, ulteriormente, precisata l'importanza dei testi deontologici, i quali costituiscono vere e proprie norme secondarie del sistema giuridico, in base alle quali anche i giudici decidono della legittimità del trattamento dei dati personali effettuato per finalità giornalistica (o manifestazione del pensiero).

⁸³ In primo luogo occorre che i dati siano stati raccolti in modo lecito e corretto (principio di liceità nella raccolta); in secondo luogo occorre che la diffusione dei dati avvenga nei limiti dell'essenzialità (principio di essenzialità) dell'informazione, riguardo a fatti di interesse pubblico. Da questi requisiti emerge che il giornalista è responsabile innanzitutto verso l'opinione pubblica, che ha il diritto di essere informata. Sarà, dunque, il giornalista a dover valutare se la pubblicazione di quel dato possa ledere la riservatezza e se nonostante la lesione la diffusione di quell'aspetto della vita personale sia utile e necessario per consentire all'opinione pubblica di conoscere un determinato accadimento. Del resto, il principio dell'essenzialità prevede che i dati pubblicati devono essere necessari rispetto alla notizia, non che l'interesse pubblico alla notizia giustifichi la pubblicazione di tutti i dati relativi a quella notizia. Il giornalista deve evitare artifici e pressioni indebite nel momento in cui raccoglie le informazioni. Nella valutazione della legittimità della pubblicazione della notizia è importante anche il "come" e dunque la modalità attraverso la quale la notizia viene ricercata. Inoltre, il giornalista, nel momento in cui raccoglie le notizie, deve fornire agli interlocutori le informazioni

È, poi, prevista una particolare tutela inerente al segreto sulla fonte della notizia. Tale ultima affermazione va coordinata con gli artt. 200 e ss. c.p.p.⁸⁴

Esistono, inoltre, una serie di norme, che prevedono obblighi specifici di riservatezza nell'esercizio dell'attività giornalistica.⁸⁵

inerenti all'identità, alla professione e alle finalità della raccolta delle informazioni. Adirittura il giornalista può non rivelare la propria professione se ciò può porre in pericolo la propria incolumità o lo svolgimento della funzione informativa. Tale ultimo presupposto merita una valutazione caso per caso, essendo necessario verificare se le modalità della raccolta e diffusione siano proporzionate rispetto allo scopo informativo perseguito e non altrimenti conseguibile.

⁸⁴ Art. 200 c.p.p.: "Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria [331, 334]: a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale [256 2, 271].

Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga.

Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni [195 7]".

La norma citata estende il segreto professionale anche ai giornalisti con alcuni limiti. In primo luogo, esso può essere mantenuto relativamente ai nomi delle persone dalle quali si è appresa la notizia di carattere fiduciario nell'esercizio della professione. In secondo luogo, possono opporre questo segreto solo i giornalisti iscritti nell'albo professionale. In terzo luogo, il giornalista è comunque obbligato a indicare al giudice la fonte delle sue informazioni, quando le notizie sono indispensabili per la prova dei reati per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia.

⁸⁵ Ad esempio è vietato pubblicare l'identità delle vittime di violenza sessuale, gli atti giudiziari coperti da segreto istruttorio (art. 329 c.p.p.: "Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero [358] e dalla polizia giudiziaria [347-357], le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari [114, 405-415, 554]. Quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'articolo 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi (1). In tal caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero. Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato [366 2]: a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone; b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni"), i nomi di personale malate di HIV, i nomi delle donne, che irrompono la gravidanza, le generalità di minori coinvolti in procedimenti giudiziari, il nome della donna che ha dato in adozione il proprio figlio dopo il parto chiedendo di non essere nominata (Cfr. art. 28 legge 4 maggio 1983 n. 184 e Corte cost. 425/2005, Corte Cost. 278/2013, Corte di Cassazione SS. UU. 1946/2017 e Corte di Cassazione, sez. I, 6963/2018).

Da queste coordinate generali applicabili ad ogni giornalista, occorre comprendere se per il giornalista sportivo e dunque per le informazioni inerenti agli sportivi esistano regole e discipline differenti.

Occorre come sempre partire dai dati certi per poi poter operare un'interpretazione corretta dell'intera vicenda ed evidenziare le problematiche e le eventuali modifiche che dovranno essere apportate ai sensi del Regolamento UE 2016/679.

In particolare, dalla premessa del decalogo del giornalista sportivo⁸⁶ si evidenzia come il tema sia di per sé scivoloso, in quanto spesso la necessità di fornire delle informazioni sullo sportivo rischia di sfociare nella indebita ingerenza nella vita privata, mettendo in pericolo l'atleta o comunque ledendolo nella sua sfera di riservatezza.

Dai dieci articoli di cui si compone il decalogo emerge l'esigenza di tutelare da un lato la professionalità del giornalista e consentirgli di svolgere correttamente il proprio dovere di informazione, dall'altro, tuttavia, deve tutelarsi il diritto degli atleti di poter essere soggetti passivi di informazione soltanto per le informazioni inerenti all'attività sportiva, cui sono dediti.

In realtà, molto spesso si assiste alla pubblicazione e divulgazione di dati che oltre ad essere personali sono anche sensibili come i dati sanitari e i dati inerente alla famiglia dell'atleta.⁸⁷

Da qui sorge un interrogativa semplice: la divulgazione di questi dati è lecita?

Intuitivamente saremo portati a sostenere che il trattamento di questi dati non sia lecito, ma poi, analizzando la realtà empirica, dovremmo affermare che,

⁸⁶ Decalogo di autodisciplina dei giornalisti sportivi, approvato dal CNOG all'unanimità il 30 marzo 2009: "nel settore del giornalismo sportivo è maturata l'esigenza di una definizione specifica di norme di comportamento. In particolare per le possibili conseguenze che l'informazione sugli avvenimenti sportivi, specie se caratterizzata da enfasi o drammatizzazioni, può concorrere a provocare. In piena conformità con la Carta dei Doveri, che contiene i fondamentali riferimenti deontologici della professione, si è ritenuto di esplicitare in modo sintetico alcune norme dedicate espressamente al giornalismo sportivo. Esse concorrono anche a certificare diritti e doveri della categoria nel confronto che i giornalisti hanno quotidianamente con società e organizzazioni sportive e con le autorità.

⁸⁷ Cfr. B. SAETTA, *Privacy e giornalismo*, in <https://protezionedatipersonali.it/privacy-e-giornalismo>: "Sul punto occorre porre l'attenzione, perché se è fuori discussione che i dati inerenti al trasferimento di un atleta da una società ad un'altra con l'indicazione dello stipendio sono dati personali, ma non sensibili, è fuori discussione che dati riguardanti la salute o la famiglia debbono essere ritenuti sensibili e quindi tutelati con maggiore attenzione. A nessuno può sfuggire come, invece, le relazioni sentimentali ed affettive degli sportivi siano sempre presenti sui giornali o come molto spesso una certa fetta di giornalismo vada alla ricerca del cosiddetto scoop al fine di vedere qualche copia in più di giornale o aumentare l'audience delle trasmissioni sportive. Del resto, anche i dati sanitari degli atleti sono oggetto di continue e incessanti indiscrezioni, condite da conferme e smentite, che consentono all'opinione pubblica di conoscere quel determinato aspetto della salute dello sportivo, se è affetto da una patologia, come la ha contratta, quali sono i tempi di recupero, quali sono le strutture incaricate di riabilitare l'atleta e così via".

ancorché si tratti di categorie di dati particolari, il loro trattamento sia perfettamente lecito e conforme alle normative nazionali e internazionali. A tal punto dovrebbe immediatamente sorgere un ulteriore interrogativo vale a dire la ragione per la quale tale comportamento sia lecito se operato nei confronti dello sportivo, mentre diventa illecito se ha come destinatario altri soggetti.

La ragione è affermata da anni dalla giurisprudenza nazionale, ma anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; essa consiste nella rilevanza pubblica del soggetto. In particolare corre l'obbligo di evidenziare come il sistema di check and balance ideato dalle supreme corti consente da un lato di tutelare il diritto all'informazione e dall'altro tutela il diritto alla riservatezza.⁸⁸

Da qui, la giurisprudenza ha codificato il carattere della pertinenza, la quale consiste nella rilevanza sociale dell'argomento.

Il termine di riferimento per valutare l'utilità sociale non è costituito soltanto dall'accertamento del concreto interesse per il fatto da parte dell'intera collettività nazionale o internazionale; anche determinate questioni, che per il loro tecnicismo, per la loro complessità o per qualsivoglia altra ragione suscitino l'interesse di un numero limitato di persone o di specifiche categorie sociali, possono meritare divulgazione, quando comunque abbiano refluenze sulla possibilità di estrinsecazione delle scelte individuali e di partecipazione di ciascuno ad attività costituzionalmente tutelate.

L'utilità sociale è anche data dalla particolare notorietà del personaggio o dalla rilevanza delle funzioni svolte nella vita pubblica suscitino un legittimo interesse pubblico alla conoscenza dei suoi comportamenti nella vita privata e alle modalità con le quali esercita i suoi diritti soggettivi e le sue libertà fondamentali.⁸⁹

Al carattere della pertinenza la giurisprudenza affianca quello della continenza, il quale richiede la correttezza dell'esposizione dei fatti, in modo che siano evitate gratuite aggressioni dell'altrui reputazione.⁹⁰

Del resto, per quanto le coordinate appena evidenziate siano sostanzialmente state ideate dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679, esse per effetto dell'art. 85 restano in vigore e non perdono la loro attualità nonostante sia mutato il contesto normativo.⁹¹

⁸⁸ Corte di Cassazione, sez. V, 22 maggio 2000 Panigutti, in Cass. pen., 2001. Generalmente il diritto alla riservatezza è prevalente rispetto al diritto all'informazione, ma quando l'oggetto dell'informazione è un soggetto pubblico, il diritto alla riservatezza diventa equivalente o addirittura sub valente rispetto al diritto all'informazione.

⁸⁹ Corte di Cassazione, sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1205.

⁹⁰ Tale carattere appare fondamentale non solo per la tutela della riservatezza dell'atleta, ma anche e soprattutto per evitare che il giornalista sportivo possa travalicare i limiti dell'informazione trascendendo in espressione irrispettose della dignità e della privacy dello sportivo.

⁹¹ Il diritto degli Stati membri concilia la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria. Ai fini del trattamento effettuato a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria, gli Stati membri prevedono esenzioni o deroghe rispetto ai capi II (principi), III (diritti dell'interessato), IV (titolare del trattamento e responsabile del trattamento), V (trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali),

5. *L'importanza delle informative nello Sport*

Come già accennato in precedenza, nel GDPR l'Unione Europea ha finalmente codificato diversi diritti del cittadino che prima erano spesso riconosciuti solo per prassi o per giurisprudenza.

Diritti che ora, invece, sono elevati tra quelli fondamentali del diritto dell'Unione che ognuno può far valere in giudizio in caso di violazioni. Si va dal diritto di accesso dell'interessato,⁹² secondo il quale l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare la conferma che vi sia o meno un trattamento in corso riguardante i suoi dati personali e, in caso positivo, accesso ai relativi dati ed ulteriori informazioni, nonché diritto di copia gratuita e consultazione da remoto (se possibile) in modo sicuro, al diritto di rettifica, per cui l'interessato ha il diritto di ottenere, senza ingiustificato ritardo, la rettifica dei dati inesatti e l'integrazione di quelli incompleti, anche attraverso dichiarazione integrativa.⁹³

Ritroviamo, poi, finalmente in un testo normativo europeo, il diritto alla cancellazione,⁹⁴ già noto come "diritto all'oblio", secondo il quale l'interessato ha

VI (autorità di controllo indipendenti), VII (cooperazione e coerenza) e IX (specifiche situazioni di trattamento dei dati) qualora siano necessarie per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà d'espressione e di informazione. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 2 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica.

⁹² Art. 15 GDPR: "1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la conferma che sia o meno in corso un trattamento di dati personali che lo riguardano e in tal caso, di ottenere l'accesso ai dati personali e alle seguenti informazioni: a) le finalità del trattamento; b) le categorie di dati personali in questione; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; d) quando possibile, il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; f) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; g) qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine; h) l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. 2. Qualora i dati personali siano trasferiti a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale, l'interessato ha il diritto di essere informato dell'esistenza di garanzie adeguate ai sensi dell'articolo 46 relative al trasferimento. 3. Il titolare del trattamento fornisce una copia dei dati personali oggetto di trattamento. In caso di ulteriori copie richieste dall'interessato, il titolare del trattamento può addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi. Se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, e salvo indicazione diversa dell'interessato, le informazioni sono fornite in un formato elettronico di uso comune. 4. Il diritto di ottenere una copia di cui al paragrafo 3 non deve ledere i diritti e le libertà altrui".

⁹³ Cfr. art. 16 GDPR.

⁹⁴ Art. 17 GDPR: "1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o

il diritto di ottenere gratuitamente e senza ingiustificato ritardo la cancellazione dei propri dati personali trattati, anche dopo la revoca del consenso; si prevede, inoltre, l'obbligo dei titolari che hanno reso pubblici i dati di informare gli altri titolari affinché ne cancellino qualsiasi link, copia o riproduzione.

L'interessato può anche potere chiedere la limitazione del trattamento dei propri dati personali, in caso di illiceità dello stesso e nell'attesa della decisione del titolare in ordine alla correzione dei dati inesatti o opposizione al trattamento esercitata,⁹⁵ mentre per il titolare del trattamento sorge il nuovo obbligo di notifica⁹⁶ all'interessato in caso di richiesta di rettifica o cancellazione dei dati personali o limitazione del trattamento.

altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1. 2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. 3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria”.

⁹⁵ Art. 18 GDPR: “1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la limitazione del trattamento quando ricorre una delle seguenti ipotesi: a) l'interessato contesta l'esattezza dei dati personali, per il periodo necessario al titolare del trattamento per verificare l'esattezza di tali dati personali; b) il trattamento è illecito e l'interessato si oppone alla cancellazione dei dati personali e chiede invece che ne sia limitato l'utilizzo; c) benché il titolare del trattamento non ne abbia più bisogno ai fini del trattamento, i dati personali sono necessari all'interessato per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria; d) l'interessato si è opposto al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, in attesa della verifica in merito all'eventuale prevalenza dei motivi legittimi del titolare del trattamento rispetto a quelli dell'interessato. 2. Se il trattamento è limitato a norma del paragrafo 1, tali dati personali sono trattati, salvo che per la conservazione, soltanto con il consenso dell'interessato o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria oppure per tutelare i diritti di un'altra persona fisica o giuridica o per motivi di interesse pubblico rilevante dell'Unione o di uno Stato membro. 3. L'interessato che ha ottenuto la limitazione del trattamento a norma del paragrafo 1 è informato dal titolare del trattamento prima che detta limitazione sia revocata”.

⁹⁶ Cfr. art. 19 GDPR.

L'elenco dei nuovi diritti riconosciuti nel GDPR si conclude con il diritto alla portabilità dei dati⁹⁷ e il diritto di opposizione,⁹⁸ con l'ulteriore precisazione che l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.⁹⁹

⁹⁷ Art. 20 GDPR: “1. L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti qualora: a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), o su un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b); e b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati. 2. Nell'esercitare i propri diritti relativamente alla portabilità dei dati a norma del paragrafo 1, l'interessato ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro, se tecnicamente fattibile. 3. L'esercizio del diritto di cui al paragrafo 1 del presente articolo lascia impregiudicato l'articolo 17. Tale diritto non si applica al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento. 4. Il diritto di cui al paragrafo 1 non deve ledere i diritti e le libertà altrui”. Ovviamente, è bene adottare misure di sicurezza nella portabilità dei dati: la fase di trasmissione può rappresentare un rischio, soprattutto in termini di violazioni dei dati.

⁹⁸ Art. 21 GDPR: “1. L'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria. 2. Qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto. 3. Qualora l'interessato si opponga al trattamento per finalità di marketing diretto, i dati personali non sono più oggetto di trattamento per tali finalità. 4. Il diritto di cui ai paragrafi 1 e 2 è esplicitamente portato all'attenzione dell'interessato ed è presentato chiaramente e separatamente da qualsiasi altra informazione al più tardi al momento della prima comunicazione con l'interessato. 5. Nel contesto dell'utilizzo di servizi della società dell'informazione e fatta salva la direttiva 2002/58/CE, l'interessato può esercitare il proprio diritto di opposizione con mezzi automatizzati che utilizzano specifiche tecniche. 6. Qualora i dati personali siano trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici a norma dell'articolo 89, paragrafo 1, l'interessato, per motivi connessi alla sua situazione particolare, ha il diritto di opporsi al trattamento di dati personali che lo riguarda, salvo se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico”.

⁹⁹ Secondo l'art. 22 GDPR, questo diritto è limitato “nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato”. Nei casi a) e c), “il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”. Ovviamente, tali decisioni “non si basano sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, a meno che non sia d'applicazione l'articolo 9, paragrafo 2, lettere a) o g), e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”.

I nuovi diritti introdotti dal GDPR sono solo alcune delle informazioni che devono essere inserite nell'informativa da presentare agli interessati, nel rispetto del principio della trasparenza.¹⁰⁰

L'informativa rappresenta una comunicazione da parte del titolare all'interessato, da effettuare antecedentemente alla raccolta dei dati. Può essere scritta o fornita con mezzi elettronici.

Secondo la norma, deve contenere: l'identità e i dati di contatti del titolare; l'identità e i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati; le finalità e le modalità del trattamento; la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento, i diritti dell'interessato, le conseguenze di un eventuale rifiuto del consenso, l'ambito di comunicazione, diffusione e trasferimento dei dati.

In altre parole, nell'informativa il titolare comunica all'interessato cosa intende fare dei dati personali fornitigli, dove si trova il soggetto che sta acquisendo i dati, per quanto tempo li tratterrà, a chi potrà comunicarli e per quali finalità. Il tutto in una prospettiva di sensibilizzazione dell'interessato a leggere la documentazione ricevuta, prima di fornire il proprio consenso.

Il consenso, infatti, rappresenta una comunicazione di assenso che legittima il titolare al trattamento dei dati. Può essere totale o parziale, deve essere informato e documentato per iscritto e non è richiesto: se il trattamento derivi da obbligo di legge, se il dato personale sia pubblico o se il trattamento sia necessario per l'adempimento di un obbligo contrattuale. Raccolto il consenso degli interessati e affidate ai responsabili interni o esterni le rispettive responsabilità, il titolare deve fare in modo che durante la propria attività professionale quotidiana i dati personali siano trattati in modo adeguato, a seconda che vengano conservati su carta oppure archiviati su supporto informatico.

Conoscere la finalità per cui vengono forniti i propri dati. È questo il fulcro centrale dell'informativa, e questo discorso vale nella vita quotidiana¹⁰¹ come nel mondo sportivo. L'esigenza di trasparenza e di chiarezza è volta alla tutela dell'interessato che deve autorizzare il trattamento dei propri dati.¹⁰² Per essere valido, il GDPR prescrive che il consenso debba essere libero, specifico, informato ed inequivocabile.¹⁰³ Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un

¹⁰⁰ In passato, l'informativa era spesso lunga, incomprensibile e con richiami normativi complessi. L'art. 13 GDPR prescrive chiaramente che la nuova informativa deve essere leggibile, comunicativa accessibile, concisa e scritta con un linguaggio chiaro e semplice, con numero limitato di riferimenti normativi.

¹⁰¹ È ben noto come, soprattutto in passato, si autorizzasse il titolare alla comunicazione dei propri dati a terze parti per finalità di marketing con una semplice firma apposta al termine di un lungo documento, spesso mai letto nella sua interezza.

¹⁰² Il titolare deve precisare analiticamente che finalità intende perseguire con i dati trattati, precisando per iscritto se per ognuno di questi trattamenti il consenso sia obbligatorio o meno per l'esecuzione del contratto.

¹⁰³ Cfr. considerando 32, 39 e 42 GDPR.

contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia subordinata al consenso, sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione.¹⁰⁴

Nonostante l'esiguo numero di articoli che compongono il GDPR, le società e le associazioni sportive devono adeguarsi ai diversi obblighi, da taluni forse considerati "nuovi" nel mondo dello sport.¹⁰⁵ La soluzione ideale consiste nel verificare e valutare le proprie modalità di acquisizione del consenso al trattamento dei dati sensibili, nonché il contenuto delle varie informative proposte agli atleti e agli altri associati, sia online che offline (in particolare, come vedremo a breve, quando si tratta di minori).

Per rispettare il GDPR, le persone giuridiche sportive dovranno prestare un'adeguata attenzione al trattamento delle categorie particolari di dati personali dei propri associati, in particolare a quelli "idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".¹⁰⁶ Facendo così, sarà possibile rispettare i requisiti minimi previsti dal GDPR.

In ogni caso, consigliamo l'affidamento ad un professionista qualificato per evitare i rischi e provvedere al meglio all'adeguamento.

6. *Privacy, Sport e minori*

La tutela dei dati personali è sempre più al centro del dibattito giuridico ed etico, ma esso assume un'importanza maggiore quando il titolare del dato è un minore.

Ciò accade sia perché, il minore è per definizione più debole e quindi maggiormente esposto al rischio di un trattamento illecito del proprio dato, sia perché le nuove generazioni sono di fatto a contatto con fonti idonee a carpire dati personali in quantità molto superiore rispetto al passato.

A tal uopo occorre evidenziare come la digitalizzazione e la possibilità per chiunque di accedere ad un sito internet può comportare il fenomeno del *phishing*,¹⁰⁷ con la conseguente necessità di tutelare gli utenti maggiorenni dal rischio di truffe online, ma nulla osta al fatto che il fenomeno possa riguardare ignari minorenni, i quali forniscono i propri dati personali.

¹⁰⁴ Cfr. considerando 43 GDPR.

¹⁰⁵ Potrebbe rinvenirsi qui il caso, ad es., dell'autorizzazione per l'utilizzo delle immagini e delle videoriprese degli atleti (anche minori) a scopo pubblicitario o sulle piattaforme sociale e sul sito web dell'associazione/società di appartenenza. Queste finalità devono essere esplicitamente indicate nelle informative, con richieste di consenso separato, in modo da poter avviare il trattamento in maniera lecita.

¹⁰⁶ Cfr. art. 4 GDPR.

¹⁰⁷ Il *phishing* è un tipo di truffa effettuata su Internet attraverso la quale un malintenzionato cerca di ingannare la vittima convincendola a fornire informazioni personali, dati finanziari o codici di accesso, fingendosi un ente affidabile in una comunicazione digitale.

Preso atto di ciò, il Regolamento UE 2016/679 si preoccupa di tutelare la raccolta ed il trattamento dei dati del minore, comprendendo le maggiori vulnerabilità di tali soggetti.

La tutela del minore appare tanto importante da essere oggetto di completa riscrittura: a differenza di altre norme precedenti che, sostanzialmente conservano il proprio contenuto già descritto nella disciplina antecedente, le disposizioni che attengono al minore sono oggetto di un particolare approfondimento, inteso ad ampliare gli spazi di tutela e a rendere maggiormente comprensibile al minore le scelte che compie.

Ciò è esemplificato dal Considerando n. 39,¹⁰⁸ il quale disciplina le coordinate generali in tema di tutela del minore. Esso, infatti, si preoccupa di tutelare maggiormente il soggetto debole per antonomasia, il minore, il quale non ha la precisa consapevolezza di cosa sia un dato personale, di quali utilizzi se ne possano fare e soprattutto di quelle che sono le sue garanzie antecedenti e susseguenti alla raccolta del dato (a ben vedere, spesso neanche i maggiorenni sono consci del rischio sotteso alla concessione del proprio dato personale a terzi).

Al fine di garantire una maggior tutela dei minori, il Regolamento UE 2016/679 dedica un ulteriore Considerando a tali soggetti, il numero 58.¹⁰⁹ Esso amplia la tutela dei minori, infatti, non si limita al normale principio di trasparenza nella raccolta dei dati personali, ma se il dato personale riguarda un minore ed è quest'ultimo a concederne l'utilizzo, allora la trasparenza assume una proiezione protezionistica maggiore, in quanto il linguaggio con il quale si informa delle modalità per le quali quel dato sarà trattato non solo deve essere chiaro e semplice, ma questi due predicati debbono essere rapportati al minore.

Da ciò si evince che ciò che può essere chiaro per un maggiorenne non è detto che sia chiaro per un minore, da qui occorre parametrare la chiarezza e la semplicità alla specificità del caso concreto.

¹⁰⁸ Considerando n. 39 GDPR: "I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utenti e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore".

¹⁰⁹ Considerando n. 58 GDPR: "Il principio della trasparenza impone che le informazioni destinate al pubblico o all'interessato siano concise, facilmente accessibili e di facile comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro, oltre che, se del caso, una visualizzazione. Tali informazioni potrebbero essere fornite in formato elettronico, ad esempio, se destinate al pubblico, attraverso un sito web. Ciò è particolarmente utile in situazioni in cui la molteplicità degli operatori coinvolti e la complessità tecnologica dell'operazione fanno sì che sia difficile per l'interessato comprendere se, da chi e per quali finalità sono raccolti dati personali che lo riguardano, quali la pubblicità online. Dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente".

Al fine di ampliare ulteriormente la tutela del minore, il Regolamento UE dedica un ulteriore Considerando a tali soggetti, il numero 75.¹¹⁰

Il Considerando in esame vuole specificare i rischi per i diritti e le libertà fondamentali, primo tra tutti il diritto alla riservatezza e per questa ragione pone delle particolare cautele al fine di tutelare i dati personali nell'ipotesi in cui essi fossero oggetto di furto.

A tal uopo, il Considerando prevede l'opportunità di porre in essere meccanismi idonei a cifrare il nome dell'interessato, a rendere anonimo il trattamento, consentendo di risalire all'utente non in via diretta, ma attraverso una serie di passaggi cifrati. Ciò, in particolare, è consigliabile per tutti i dati, ma soprattutto per quelli che hanno ad oggetto "l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza".

Inoltre, è garantita una particolare tutela se il dato riguarda soggetti vulnerabili ed è lo stesso legislatore dell'Unione ad indicare tra i soggetti particolarmente vulnerabili il minore. Tale tutela si articola nella predisposizione di apposite cautele idonee ad evitare in primo luogo il furto del dato personale, in secondo luogo nella predisposizione di appositi meccanismi che non consentano l'immediata riconducibilità del dato al minore.

Il Regolamento UE non si occupa della tutela del minore solo nei Considerando ma dedica anche gli artt. 8, 12 e 57.

L'art. 8 GDPR,¹¹¹ in particolare, rubricato "Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione", indica nel dettaglio le modalità attraverso le quali è possibile ottenere il consenso del minore per poter trattare il suo dato personale.

¹¹⁰ Considerando n. 75 GDPR: "I rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, aventi probabilità e gravità diverse, possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale, in particolare: se il trattamento può comportare discriminazioni, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo; se gli interessati rischiano di essere privati dei loro diritti e delle loro libertà o venga loro impedito l'esercizio del controllo sui dati personali che li riguardano; se sono trattati dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici, dati relativi alla salute o i dati relativi alla vita sessuale o a condanne penali e a reati o alle relative misure di sicurezza; in caso di valutazione di aspetti personali, in particolare mediante l'analisi o la previsione di aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti, al fine di creare o utilizzare profili personali; se sono trattati dati personali di persone fisiche vulnerabili, in particolare minori; se il trattamento riguarda una notevole quantità di dati personali e un vasto numero di interessati".

¹¹¹ Art. 8 GDPR: "Qualora si applichi l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16

Al paragrafo 1 dell'articolo in commento si possono evidenziare due diversi profili di particolare rilievo: in primo luogo viene posta un'età minima, sedici anni, perché il minore possa concedere a società di informazione i propri dati ed acconsentire al loro trattamento.

Tale età è vincolante nella misura in cui, se il minore ha un'età inferiore, occorre il consenso del genitore o dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale.

Se questo è il principio generale, nella seconda parte del paragrafo si evidenzia una doppia deroga alla regola; in particolare gli Stati membri sono liberi di scegliere in base alle proprie leggi nazionali l'età, anche inferiore ai sedici anni, a partire dalla quale non occorre il previo consenso dei genitori; la seconda deroga, che appare essere un limite alla deroga, prevede che comunque, anche attribuendo grande libertà alla legislazione degli Stati membri, non è possibile fissare il limite di età al di sotto dei tredici anni.

Il secondo paragrafo della norma in commento, invece, pone un ulteriore onere in capo al titolare del trattamento del dato personale, prevedendo che questi debba adoperarsi al fine di comprendere se il soggetto che presta il consenso in luogo del minore sia effettivamente il genitore esercente la responsabilità genitoriale.

Dal complesso normativo, che emerge dai due paragrafi, si evidenzia come il legislatore dell'Unione abbia avuto come primo obiettivo la necessità di fissare un limite per gli Stati membri al di sotto del quale non sia possibile scendere e dall'altro lato abbia determinato un particolare obbligo di controllo in capo al titolare del trattamento del dato.

La seconda norma del Regolamento UE 2016/679, che specificamente si riferisce al minore è l'art. 12;¹¹² tale norma si inserisce nel Capo terzo dedicato alla trasparenza ed è rubricata: "Informazioni, comunicazioni e modalità trasparenti per l'esercizio dei diritti dell'interessato".

anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore".

¹¹² Art. 12 GDPR: "Il titolare del trattamento adotta misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori. Le informazioni sono fornite per iscritto o con altri mezzi, anche, se del caso, con mezzi elettronici. Se richiesto dall'interessato, le informazioni possono essere fornite oralmente, purché sia comprovata con altri mezzi l'identità dell'interessato. Il titolare del trattamento agevola l'esercizio dei diritti dell'interessato ai sensi degli articoli da 15 a 22. Nei casi di cui all'articolo 11, paragrafo 2, il titolare del trattamento non può rifiutare di soddisfare la richiesta dell'interessato al fine di esercitare i suoi diritti ai sensi degli articoli da 15 a 22, salvo che il titolare del trattamento dimostri che non è in grado di identificare l'interessato. Il titolare del trattamento fornisce all'interessato le informazioni relative all'azione intrapresa riguardo a una richiesta ai sensi degli articoli da 15 a 22 senza ingiustificato ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta

L'art. 12 GDPR prevede le particolari modalità di esercizio dei dati personali dell'interessato, in particolare, a tutti i soggetti titolari del dato debbono essere fornite le informazioni inerenti, alle modalità di raccolta, al tipo di utilizzo, alle tipologie di diritti che sono attribuiti e riconosciuti al titolare del dato.

Se, però il titolare del dato è un soggetto minorenni, le informazioni debbono essere più specifiche e più dettagliate.

Esse, infatti, debbono essere in grado di far comprendere al soggetto interessato l'importanza del dato, le finalità specifiche del trattamento e tutto ciò che deve avvenire in forme tanto chiare da consentire al minore di comprendere perfettamente cosa si intenda per dato personale, per trattamento, per conservazione e per utilizzo dello stesso.

Si evidenzia come la tutela del minore sia così sentita da necessitare di una reale comprensione dell'intero sistema da parte del soggetto al punto tale che il titolare del trattamento può anche esporre tutti i diritti e le informazioni mediante figure affiancate da un testo scritto.

L'ultima norma ad occuparsi della tutela del minore nell'ambito del diritto alla privacy è l'art. 57 GDPR,¹¹³ il quale, rubricato "Compiti", fa riferimento alle diverse attività che debbono essere compiute dalle autorità di controllo dei singoli Stati membri.

stessa. Tale termine può essere prorogato di due mesi, se necessario, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste. Il titolare del trattamento informa l'interessato di tale proroga, e dei motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta. Se l'interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, le informazioni sono fornite, ove possibile, con mezzi elettronici, salvo diversa indicazione dell'interessato. Se non ottempera alla richiesta dell'interessato, il titolare del trattamento informa l'interessato senza ritardo, e al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta, dei motivi dell'inottemperanza e della possibilità di proporre reclamo a un'autorità di controllo e di proporre ricorso giurisdizionale. Le informazioni fornite ai sensi degli articoli 13 e 14 ed eventuali comunicazioni e azioni intraprese ai sensi degli articoli da 15 a 22 e dell'articolo 34 sono gratuite. Se le richieste dell'interessato sono manifestamente infondate o eccessive, in particolare per il loro carattere ripetitivo, il titolare del trattamento può: a) addebitare un contributo spese ragionevole tenendo conto dei costi amministrativi sostenuti per fornire le informazioni o la comunicazione o intraprendere l'azione richiesta; oppure b) rifiutare di soddisfare la richiesta. Incombe al titolare del trattamento l'onere di dimostrare il carattere manifestamente infondato o eccessivo della richiesta. Fatto salvo l'articolo 11, qualora il titolare del trattamento nutra ragionevoli dubbi circa l'identità della persona fisica che presenta la richiesta di cui agli articoli da 15 a 21, può richiedere ulteriori informazioni necessarie per confermare l'identità dell'interessato. Le informazioni da fornire agli interessati a norma degli articoli 13 e 14 possono essere fornite in combinazione con icone standardizzate per dare, in modo facilmente visibile, intelligibile e chiaramente leggibile, un quadro d'insieme del trattamento previsto. Se presentate elettronicamente, le icone sono leggibili da dispositivo automatico. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 92 al fine di stabilire le informazioni da presentare sotto forma di icona e le procedure per fornire icone standardizzate".

¹¹³ Art. 57 GDPR: "1. Fatti salvi gli altri compiti indicati nel presente regolamento, sul proprio territorio ogni autorità di controllo: a) sorveglia e assicura l'applicazione del presente regolamento; b) promuove la consapevolezza e favorisce la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione al trattamento. Sono oggetto di particolare attenzione le attività destinate specificamente ai minori; c) fornisce consulenza, a norma del diritto degli Stati

Al paragrafo 1 dell'articolo in commento si possono evidenziare due diversi profili di particolare rilievo: in primo luogo viene posta un'età minima, dieci anni, perché il minore possa concedere a società di informazione i propri dati ed acconsentire al loro trattamento.

L'articolo in commento ha come obiettivo quello di creare una fitta rete di controllo, la quale si sviluppa anche grazie all'attività svolta dalle singole istituzioni nazionali, che, a giudicare dalle numerose disposizioni, avrà un compito fondamentale nel coniugare le varie applicazioni nazionale, al fine di consentire una tutela omogenea all'interno dei 28 Stati membri.

membri, al parlamento nazionale, al governo e ad altri organismi e istituzioni in merito alle misure legislative e amministrative relative alla protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento; d) promuove la consapevolezza dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento riguardo agli obblighi imposti loro dal presente regolamento; e) su richiesta, fornisce informazioni all'interessato in merito all'esercizio dei propri diritti derivanti dal presente regolamento e, se del caso, coopera a tal fine con le autorità di controllo di altri Stati membri; f) tratta i reclami proposti da un interessato, o da un organismo, un'organizzazione o un'associazione ai sensi dell'articolo 80, e svolge le indagini opportune sull'oggetto del reclamo e informa il reclamante dello stato e dell'esito delle indagini entro un termine ragionevole, in particolare ove siano necessarie ulteriori indagini o un coordinamento con un'altra autorità di controllo; g) collabora, anche tramite scambi di informazioni, con le altre autorità di controllo e presta assistenza reciproca al fine di garantire l'applicazione e l'attuazione coerente del presente regolamento; h) svolge indagini sull'applicazione del presente regolamento, anche sulla base di informazioni ricevute da un'altra autorità di controllo o da un'altra autorità pubblica; i) sorveglia gli sviluppi che presentano un interesse, se e in quanto incidenti sulla protezione dei dati personali, in particolare l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e le prassi commerciali; j) adotta le clausole contrattuali tipo di cui all'articolo 28, paragrafo 8, e all'articolo 46, paragrafo 2, lettera d); k) redige e tiene un elenco in relazione al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 4; l) offre consulenza sui trattamenti di cui all'articolo 36, paragrafo 2; m) incoraggia l'elaborazione di codici di condotta ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 1, e fornisce un parere su tali codici di condotta e approva quelli che forniscono garanzie sufficienti, a norma dell'articolo 40, paragrafo 5; n) incoraggia l'istituzione di meccanismi di certificazione della protezione dei dati nonché di sigilli e marchi di protezione dei dati a norma dell'articolo 42, paragrafo 1, e approva i criteri di certificazione a norma dell'articolo 42, paragrafo 5; o) ove applicabile, effettua un riesame periodico delle certificazioni rilasciate in conformità dell'articolo 42, paragrafo 7; p) definisce e pubblica i criteri per l'accreditamento di un organismo per il controllo dei codici di condotta ai sensi dell'articolo 41 e di un organismo di certificazione ai sensi dell'articolo 43; q) effettua l'accreditamento di un organismo per il controllo dei codici di condotta ai sensi dell'articolo 41 e di un organismo di certificazione ai sensi dell'articolo 43; r) autorizza le clausole contrattuali e le altre disposizioni di cui all'articolo 46, paragrafo 3; s) approva le norme vincolanti d'impresa ai sensi dell'articolo 47; t) contribuisce alle attività del comitato; u) tiene registri interni delle violazioni del presente regolamento e delle misure adottate in conformità dell'articolo 58, paragrafo 2; e v) svolge qualsiasi altro compito legato alla protezione dei dati personali. 2. Ogni autorità di controllo agevola la proposizione di reclami di cui al paragrafo 1, lettera f), tramite misure quali un modulo per la proposizione dei reclami compilabile anche elettronicamente, senza escludere altri mezzi di comunicazione. Ogni autorità di controllo svolge i propri compiti senza spese né per l'interessato né, ove applicabile, per il responsabile della protezione dei dati. Qualora le richieste siano manifestamente infondate o eccessive, in particolare per il carattere ripetitivo, l'autorità di controllo può addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi o rifiutarsi di soddisfare la richiesta. Incombe all'autorità di controllo dimostrare il carattere manifestamente infondato o eccessivo della richiesta”.

Anche in questo operazione di controllo viene posta particolare attenzione alla disciplina inerente al minore. L'art. 57 GDPR al paragrafo 1 lett. b), infatti, stabilisce che il controllo e il rispetto delle cautele deve essere particolarmente profondo quando si trattano dati personali inerenti a soggetti non ancora maggiorenni.

A fronte di questo quadro generale e ben articolato, occorre comprendere quali sono le ripercussioni che si sviluppano nell'ambito dello sport praticato da minori.

Dall'analisi delle informative che le associazioni e le società sportive debbono far firmare ai propri iscritti si evince una maggiore attenzione a tutte quelle attività di diffusione, divulgazione e in generale trattamento dei dati attinenti ai minori.

In particolare, grazie alla diffusione delle nuove tecnologie le informative sono sempre più dettagliate in aderenza alla specificità delle richieste provenienti dalla normativa dell'Unione europea, ma riguarda aspetti che in passato non era neppure immaginabile.

Infatti, tutte le informative devono riguardare non solo il classico elenco dei dati personali, quali nome, cognome, data e luogo di nascita, non solo il consenso al trattamento di questi dati, ma anche il consenso al trattamento di immagini e filmati, i quali ultimi possono essere ceduti alle federazioni di appartenenza, a società di categorie superiori, a procuratori ecc.

Da qui, emerge la necessità di tutelare maggiormente il minore, il quale potrebbe trovarsi nella spiacevole situazione di vedere il proprio dato circolare indebitamente nell'etere, senza che vi sia stata alcuna autorizzazione.

A tal fine le associazioni sportive predispongono un'apposita informativa nella quale palesano tutte le possibili modalità di utilizzo del dato personale, al fine di rendere edotto il minore o il genitore esercente la responsabilità genitoriale.

L'informativa, in particolare, deve contenere anche il riferimento ai nuovi strumenti di comunicazione, si pensi alla possibilità di pubblicare su Facebook, Twitter o YouTube, l'immagine del minore mentre compie un gesto atletico al fine di incentivare le iscrizioni o semplicemente mostrare le capacità educative dell'associazione sportiva.¹¹⁴

¹¹⁴ Particolare attenzione è rivolta alla pubblicazione di una fotografia online che si inquadra pacificamente nel trattamento di dati personali e sensibili, e costituisce interferenza nella vita privata del minore. In tal senso occorre fare particolare attenzione nel pubblicare immagini di minori, anche se si tratta dei propri figli. In quest'ottica una recente sentenza del tribunale di Mantova (novembre 2017) ha stabilito che per la pubblicazione delle foto dei figli occorre il consenso di entrambi i genitori. In assenza dell'accordo dei due genitori, la foto non è pubblicabile. Nel caso specifico il giudice Berardi ha, infatti, sostenuto che la pubblicazione delle immagini da parte della madre ma in assenza di consenso del padre, viola l'articolo 10 del codice civile in tema di diritto all'immagine, viola gli articoli 4,7,8 e 145 del d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (Codice Privacy) riguardanti la tutela della riservatezza dei dati personali e anche gli articoli 1 e 16, I comma, della Convenzione di New York del 20/11/1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176.

A tal proposito, l'informativa deve indicare la possibilità per il minore o per il genitore esercente la responsabilità genitoriale di revocare in qualsiasi momento il consenso in precedenza prestato, quando questo possa ledere il minore.

Ulteriore diritto riconosciuto all'interessato e del quale deve essere fatta menzione nell'informativa dell'associazione sportiva è rappresentato dal diritto alla rettifica.¹¹⁵ L'articolo 16 prevede, infatti, il diritto del minore di chiedere al titolare del trattamento dei dati in qualsiasi momento la modifica, la cancellazione e la rettifica del dato personale.

Accanto a questo diritto, il Regolamento UE 2016/679 individua anche il diritto all'oblio, novità legislativa di particolare rilievo, considerando che la maggior parte degli ordinamenti non conoscono un simile diritto e per questa ragione è stato necessario l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea.¹¹⁶

L'art. 17 GDPR¹¹⁷ pone rimedio a questa lacuna, indicando il diritto di ciascun titolare del dato a chiedere ed ottenere la cancellazione dello stesso.

Il diritto in esame deve essere oggetto di apposita indicazione all'interno dell'informativa e deve essere particolarmente garantito quando si tratta di soggetti minorenni.

Dall'analisi della normativa dell'unione e dalle prime applicazioni delle associazioni e delle società sportive emerge con chiarezza ed evidenza una nuova visione del diritto alla privacy combinato con lo sport e con il diritto del minore di praticare attività sportiva e di essere tutelato dall'indebita ingerenza nella sua vita privata.

Le applicazioni rappresentano soltanto l'inizio di un percorso che ha come obiettivo finale quello di evitare che la divulgazione di alcuni dati possa essere di fatto incontrollata e determinare un grave danno a quei soggetti che sono per antonomasia vulnerabili come i minori.

7. *Considerazioni conclusive*

Da quanto visto nel corpo del lavoro, il Regolamento UE 2016/679 ha portato un cambiamento radicale nella gestione dei dati personali, qualificati dalla stessa normativa come diritti fondamentali.

Proprio in relazione a questa rivoluzione del sistema della privacy, può affermarsi che non esiste più una norma da applicare al singolo caso, ma vengono al contrario previsti principi generali, che devono essere adeguati alla singola realtà concreta, in relazione alle sue peculiarità.

¹¹⁵ Art. 16 GDPR: "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo. Tenuto conto delle finalità del trattamento, l'interessato ha il diritto di ottenere l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa".

¹¹⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea (CGCE), Causa C-131/12 – Google Spain SL, Google Inc./ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.

¹¹⁷ Cfr. nota 96.

Si parte dallo scopo cui tende la normativa e si valuta, nel caso specifico, quale siano le misure adeguate per il raggiungimento dello stesso.

Proprio per questo motivo non si potrà più fare ricorso a modelli standard e già predisposti, perché se la tutela deve essere effettiva, dovrà necessariamente essere costruita *ad hoc* per ogni realtà.

Le associazioni, le società e le federazioni sportive hanno a che fare con una mole di dati così imponente, e spesso mal custodita, al punto che hanno un obbligo morale ed etico nel garantire ai propri iscritti che i dati relativi a minori (e non) siano al sicuro.

Si tratta di una serie di dati inerenti la vita personale, la salute, la disciplina personale e l'approccio psicologico dell'individuo verso le altre identità sportive.

Da questo punto di vista può affermarsi che “il nuovo Regolamento sulla Privacy non è, dunque, una somma di adempimenti burocratici formali da adempiere, ma un *modus operandi* effettivo e da dimostrare”. In particolare, il titolare del trattamento dovrà mettere in atto misure tecniche ed organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento sia effettuato conformemente al regolamento (c.d. principio di accountability o principio di responsabilizzazione).

In concreto, pertanto, le associazioni e le società sportive, così come le stesse federazioni, sin da subito, devono verificare il contenuto delle informative rese agli interessati e le modalità di acquisizione del consenso al trattamento e, specialmente se si tratta di minori, sincerarsi che queste contengano i requisiti minimi previsti dal GDPR; in difetto, è necessario procedere all'adeguamento nel minor tempo possibile.

Inoltre, stante la precettività di tutte le norme contenute nel Regolamento Europeo ed in attesa di un eventuale intervento di adeguamento normativo interno, occorre adottare i modelli di gestione imposti dal GDPR e dotarsi dei meccanismi di controllo delle procedure, al fine di garantire a tutti gli associati tutela e protezione nel trattamento dei dati e di permettere loro, altresì, di esercitare i diritti introdotti dal Regolamento tra i quali, ad esempio, quello previsto dall'art. 20 relativo alla portabilità dei dati, applicabile nei casi di trattamento effettuato con mezzi automatizzati, particolarmente rilevante in caso di trasferimento da un'associazione/società sportiva all'altra.

Il mancato adeguamento alla normativa sancita dal GDPR, può comportare rilevanti sanzioni amministrative e penali. Vengono puniti il mancato rispetto delle regolari procedure di informazione, acquisizione, conservazione, elaborazione, trasmissione e gestione dei dati.

In conclusione, anche i soggetti del mondo sportivo, che detengono dati personali e sensibili di dipendenti, soci, volontari, atleti, allenatori e altri, dovranno adeguarsi alle nuove disposizioni, facendo un'analisi della propria situazione rispetto ai dati gestiti, individuando le aree di intervento ed attivando le misure tecniche ed organizzative necessarie.

In particolare, per evitare pesanti sanzioni, ciascuna società o associazione sportiva dilettantistica dovrà essere in grado di dimostrare che l'assetto organizzativo prescelto sia adeguato, adottando un modello organizzativo privacy articolato e completo, nel rispetto di quanto statuito dal GDPR.¹¹⁸

Da tutto quanto visto, emerge che il dato personale è diventato un elemento così importante da necessitare apposita tutela in qualsiasi sua manifestazione e il dato raccolto per finalità sportiva non può essere escluso.

Questo scenario si manifesta sia con i mezzi tradizionali che con i mezzi digitali. Ed è soprattutto nel digitale che pare si prospetti il lavoro più complesso. Senza dimenticare il serio problema delle autorizzazioni per l'utilizzo delle immagini dei minori nei social: la normativa esiste ed è obbligatorio applicarla per tutelare i piccoli atleti che vengono ripresi e fotografati, spesso senza il consenso dei genitori, durante le più svariate occasioni sportive, in campo e fuori dal campo.

A riprova dell'importanza della privacy in generale e applicata nello sport, occorre evidenziare che storicamente la privacy era quasi implicita, perché non vi erano tutti i mezzi digitali per raccogliere le informazioni, per conservarle e per tutelarle. Oggi, invece, nell'era digitale attraverso il vastissimo sistema di telecamere, satelliti o semplicemente di un clic sul computer, si ha la possibilità di avere dati dettagliati sulla vita di ciascun individuo e anche le sue preferenze sportive.

Da qui, affinché tutti possano sentirsi liberi e tutelati è necessario che tutti siano informati ed edotti sul concetto stesso di dato personale, quando decidono di iscriversi ad un centro sportivo e siano in grado di comprendere le potenzialità che vi sono dietro la cessione del proprio dato personale.

Del resto, come ha affermato Edward Snowden, "affermare che non si è interessati al diritto alla privacy perché non si ha nulla da nascondere è come dire che non si è interessati alla libertà di parola perché non si ha nulla da dire".¹¹⁹

¹¹⁸ A. MILETO, *Focus on privacy e sport dilettantistico, acquisizione e gestione dei dati personali quali obblighi per associazioni e società sportive dilettantistiche a seguito del Reg. UE n. 2016/679 (GDPR)?*, in www.lexant.it.

¹¹⁹ Da (EN) *Just days left to kill mass surveillance under Section 215 of the Patriot Act. We are Edward Snowden and the ACLU's Jameel Jaffer*. AUA., reddit.com, 21 maggio 2015; parzialmente citato in (EN) *Zack Beauchamp, The 9 best moments from Edward Snowden's Reddit Q&A*, vox.com, 21 maggio 2015.

Bibliografia

- R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2017.
- F. AMATO, G. SBARAGLIA, *GDPR. Kit di sopravvivenza*, goWare 2018.
- ARISTOTELE, *La Politica*, testo greco a fonte, (a cura di) C. A. Viano, BUR, 2002.
- R. BIN, G. PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, 2017.
- G. COMADÈ, G. MALGIERI, *Manuale per il trattamento dei dati personali*, GruppoSole24ore, 2018.
- B. GOMEZ DE AMESCUA, *Tractatus de potestate in seipsum*, (a cura di) Maria Sole Testuzza, Giuffrè Editore, 2006.
- F. MODAFFERI, *Lezioni di diritto alla protezione dei dati personali, alla riservatezza e all'identità personale*, lulu.com, 2015.
- G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, (a cura di) Gustavo Gozzi, Edizione Laterza, 2001.
- R. PARDOLESI, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Giuffrè Editore, 2003.
- M. E.-H. PERREAU, *Des droits de la personnalité*, 1909.
- PLATONE, *La Repubblica*, testo greco a fronte, (a cura di) M. Vegetti, BUR, 2010.
- POLIBIO, *Storie*, testo greco a fronte, (a cura di) D. Musti, BUR 2003.
- A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona: nella scienza e nella filosofia del diritto*, Kessinger Publishing, 2010.
- P. TONINI, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Giuffrè Editore, 2018.
- S. D. WARREN, L. D. BRANDIS, *The Right to Privacy*, Boston, 1890, Garante per la protezione dei dati personali, 2005.
- G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Mondadori, 2015.

**PROCURE FEDERALI E PROCURA GENERALE DELLO SPORT
TRA ORDINAMENTO GIURIDICO SPORTIVO E ORDINARIO:
UN'ANALISI SISTEMATICA ALLA LUCE DELLE EVOLUZIONI
NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI**

di *Neil Andrew MacLeod**

ABSTRACT: Within the Italian National Olympic Committee (CONI) and its affiliated Italian federations, sports prosecutors play a fundamental role. In fact, they investigate on any disciplinary violations committed by those registered with the relevant federation, they are entitled to file cases before the disciplinary bodies. They have the responsibility to support the case during the entire disciplinary proceeding and, eventually, they can lodge an appeal against the decisions taken by the sports judges.

Each national sports federation has its own prosecutors and their action is supervised by the national sport prosecutor appointed by the CONI Executive Board.

The Author analyses the Prosecutors' peculiar activity, powers, duties, as well as their interaction with the federation governing bodies and with the national sport prosecutor. References are also made to the powers and activities of the ordinary prosecutors in order to better understand the differences among the latter and sports prosecutors.

On the basis of the above analysis, the Author suggests some measures in order to make the sports judicial system even more efficient.

Keywords: CONI General Prosecutor; Federations' Prosecutors; disciplinary and inquisitory powers; provisional measures.

SOMMARIO: Introduzione: le ragioni di una indagine – 1. Funzioni inquirenti e requirenti tra processo penale e sportivo: analogie e differenze – 2. Il giusto processo sportivo: parità delle parti e celerità dei procedimenti – 3. Terzietà ed indipendenza degli uffici di Procura – 4. La Procura Federale: istituto e funzioni – 5. L'ambito di operatività della Procura Federale nel processo sportivo – 6. La funzione inquirente – 7. La conclusione delle indagini: attività requirente ed archiviazione – 8. L'applicazione concordata delle sanzioni – 9. Le misure cautelari – 10. Obblighi e facoltà del Procuratore Federale all'interno ed all'esterno del processo sportivo – 11. La Procura Generale dello Sport. L'attività di gestione e coordinamento delle Procure federali – 12. Il potere di avocazione delle indagini – 13. Le funzioni requirenti esclusive della Procura Generale dello Sport – 14. Le funzioni di registro e controllo dei procedimenti – 15. Conclusioni

* Avvocato specializzato in diritto del lavoro e dello sport. Segretario di Commissione presso l'International Triathlon Union. Project manager del settore paralimpico presso la Federazione Italiana Triathlon. www.studiomacleod.it, E-mail: neilaml@hotmail.com. L'Autore desidera ringraziare il dott. Vincenzo Calandrelli per la collaborazione nella attività di ricerca sottesa alla realizzazione del presente articolo.

Introduzione: le ragioni di una indagine

Il 17 luglio 2018 il Procuratore Generale dello Sport, il generale dei Carabinieri Enrico Cataldi, presentava le proprie dimissioni irrevocabili nelle mani del Presidente del CONI.¹

Le motivazioni di questa scelta sarebbero da ricercarsi in un parere dell'Avvocatura dello Stato che, in applicazione delle modifiche normative introdotte nella Pubblica amministrazione nel 2017 dall'allora Ministro Madia, avrebbe ritenuto incompatibile il ruolo svolto come Procuratore Generale del CONI con lo status di militare in pensione.² Questa versione dei fatti è stata confermata dallo stesso Presidente del CONI in un comunicato stampa.³

Nonostante ciò, le reali motivazioni per queste dimissioni potrebbero desumersi da alcune dichiarazioni rilasciate dal Generale Cataldi, contenenti un velato sentimento di impotenza nei confronti dell'attività svolta dalle Procure Federali, a causa di indagini lacunose o omesse del tutto e, più in generale, a causa di una amministrazione della Giustizia all'interno delle Federazioni sportive a volte influenzata da dinamiche extragiudiziali.

Gli eventi di cronaca, assieme a diverse recenti pronunce del Collegio di Garanzia dello Sport,⁴ hanno stimolato una indagine più approfondita sugli istituti della Procura Generale dello sport e delle Procure federali, sui profili normativi e sulle problematiche di questi organismi essenziali per il corretto svolgimento delle attività federali.

1. Funzioni inquirenti e requirenti tra processo penale e sportivo: analogie e differenze

La costruzione del sistema processuale previsto dal Codice di Giustizia Sportiva del CONI (di seguito "CGS CONI") ricalca i principi del processo penale italiano ove, con l'affermarsi della concezione del reato come offesa alla collettività, si è giunti alla soluzione – adottata dalla generalità degli ordinamenti odierni – di fare svolgere le funzioni di accusatore ad un organo pubblico, il Pubblico Ministero, il cui ruolo e le responsabilità sono delineate da poche norme costituzionali.

¹ M. BONARRIGO, *Giustizia sportiva, si dimette il superprocuratore Coni: «Non si può lottare con la lobby delle federazioni»*, Corriere della Sera, disponibile *on line* all'indirizzo web www.corriere.it/sport/18_luglio_19/me-ne-vadola-superprocuranon-puo-lottarecontro-lobbydelle-federazioni-3a93bfc6-8ac3-11e8-8e77-5f617f178436.shtml (31 dicembre 2018).

² Circolare n. 6 del 4 dicembre 2014 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, disponibile *on line* all'indirizzo web www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/04-12-2014/circolare-n6-del-4-dicembre-2014-del-ministro-la-semplificazione-e (21 Dicembre 2018).

³ Comunicato Ansa, "*Malagò, dimissioni Cataldi? C'è legge*", disponibile *on line* all'indirizzo web www.ansa.it/sito/notizie/sport/altrisport/2018/07/19/malago-dimissioni-cataldi-ce-legge_144a4a2c-0cdf-4859-b36e-15f2d18037b4.html (31 dicembre 2018).

⁴ Nello specifico, come si vedrà meglio al paragrafo 13 del presente contributo, le pronunce più importanti sono quelle identificate con i numeri 9, 10 e 21 del 2018.

L'articolo 107, comma 4 Cost. stabilisce che "il Pubblico Ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario". L'articolo 108, comma 2 Cost. tutela "l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del Pubblico Ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia". L'articolo 112 Cost., da ultimo, attribuisce al Pubblico Ministero "l'obbligo di esercitare l'azione penale".

Tali poche norme costituzionali fungono da cardine per la restante disciplina del ruolo del Pubblico Ministero, contenuta in leggi ordinarie. Tali norme furono ritenute sufficienti in sede costituente, in quanto la principale esigenza avvertita all'epoca era stata soddisfatta dall'art 108 Cost.: il Pubblico Ministero non era più sottoposto alle dipendenze del Governo così come lo era stato durante il periodo fascista dopo l'emanazione della Riforma Grandi,⁵ il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

Il sistema della Procura Generale dello sport e delle Procure Federali, introdotto nel 2014 dal Codice di Giustizia Sportiva, istituendo un organismo terzo con veste di accusatore, ripropone, seppur con alcune sostanziali differenze, l'impianto predisposto dal legislatore costituente.

Così come previsto dall'art. 108 Cost. per i Pubblici Ministeri, anche i componenti della Procura Generale dello sport e delle Procure Federali agiscono in piena indipendenza, autonomia e riservatezza.

Per assicurare il rispetto di tali principi, lo Stato provvede a selezionare i propri magistrati tramite concorso pubblico. Una analoga procedura a garanzia dei principi di autonomia ed indipendenza non si ravvede, invece, nell'ordinamento sportivo ove i Procuratori federali sono nominati direttamente dai Consigli Federali, organi politici dirigenziali di ciascuna Federazione.

Con l'esercizio dell'azione penale il Pubblico Ministero avvia il processo penale di cui diviene una delle parti, la pubblica accusa, e, successivamente, sta in giudizio nell'interesse pubblico.

L'art. 358 c.p.p. impone al Pubblico Ministero di compiere ogni attività necessaria per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione, svolgendo al contempo accertamenti su fatti e su circostanze in favore dell'imputato. Tale funzione a metà tra pubblica accusa del processo e tutore della verità in favore dell'imputato non è rinvenibile nell'ordinamento sportivo, quanto meno per quanto riguarda le Procure Federali. Per quanto riguarda la Procura Nazionale dello Sport,

⁵ A. MOLARI, *Il pubblico ministero*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, 60. La riforma "Grandi" dell'epoca fascista accentuò "i rapporti di dipendenza del pubblico ministero nei confronti dell'esecutivo" e rese "più incisive le ingerenze del guardasigilli nella carriera e nella disciplina dei magistrati". La riforma accentuò la subordinazione di tutta l'amministrazione della giustizia, compreso l'ordine giudiziario, al Ministro di grazia e giustizia che era il "Capo supremo dell'amministrazione giudiziaria e politicamente responsabile del buon ordine e del regolare funzionamento dell'amministrazione stessa", definito come "Capo del pubblico ministero", dotato di ampi poteri in materia di esercizio della pretesa punitiva dello Stato, di organizzazione giudiziaria, di governo e di disciplina del personale di magistratura.

nell'ultimo anno, oltre le normali competenze, si è andata accentuando una funzione di tutela dell'interesse collettivo in generale, come si vedrà più in avanti.

2. *Il giusto processo sportivo: parità delle parti e celerità dei procedimenti*

Tutti i procedimenti di giustizia regolati dal Codice di Giustizia Sportiva devono essere improntati alla effettiva osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo ed alla piena tutela dei diritti e degli interessi dei tesserati, degli affiliati e di tutti i soggetti riconosciuti dall'ordinamento sportivo. Per raggiungere tale scopo, tutti gli attori del processo, inclusi i componenti delle procure sportive, sono chiamati ad osservare i principi della parità tra le parti, il principio del contraddittorio ed il principio del giusto processo.

Il principio della parità delle parti è declinato nella disciplina dell'attività delle procure federali dall'art. 43 comma 2 CGS CONI. Tale articolo stabilisce che la Procura Federale non possa godere, dopo l'esercizio dell'azione, di poteri o facoltà non ragionevoli né equivalenti a quelli dei rappresentanti della difesa del soggetto deferito. Al tempo stesso, tale articolo impone a ciascuno Statuto federale una ben precisa divisione delle diverse funzioni giudiziarie, con la predisposizione di garanzie per evitare che i componenti della Procura assistano alle deliberazioni del giudice sportivo presso il quale svolgono le proprie funzioni.

Diverse norme garantiscono, invece, il principio del contraddittorio innanzi al giudice sportivo⁶ ed al tribunale federale, sia in primo grado che in appello. Devono essere sempre assicurate alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difendersi.

La trattazione dei procedimenti, come stabilito dall'art. 35 CGS CONI, è orale e concentrata. Lo svolgimento dell'udienza è regolato dal Presidente del collegio giudicante che assume l'onere di applicare in concreto tali norme.

Il processo è giusto quando *inter alia* ne viene garantita la ragionevole durata, in ragione della quale sia i giudici che le parti devono cooperare.

Il tema del processo sportivo è, da sempre, quello di coniugare la pienezza del contraddittorio e della fase istruttoria con la durata, necessariamente breve, del giudizio, che nelle vicende sportive ha valenze etiche e ripristinatorie evidenti. Il concetto di ragionevolezza della durata di un procedimento, in ambito sportivo va rapportato alla necessità di assicurare la regolarità di campionati ove spesso le competizioni hanno cadenza ravvicinata, spesso anche settimanale. La durata di un procedimento nel mondo dello sport, per poter risultare congrua e ragionevole, deve essere necessariamente inferiore rispetto al procedimento innanzi la giustizia ordinaria.

⁶ Nel caso del procedimento innanzi al giudice sportivo si applicherà l'art. 21 del CGS CONI:

“Disciplina del contraddittorio con gli interessati

1. I soggetti ai quali sia stato comunicato il provvedimento di fissazione possono, entro due giorni prima di quello fissato per la pronuncia, far pervenire memorie e documenti”.

Per dare concreta applicazione a tale principio, l'art. 38 del CGS CONI fissa termini perentori di durata del giudizio disciplinare che, se non osservati per ciascuno dei gradi di merito, estinguono il procedimento disciplinare anche d'ufficio, se l'incolpato non si oppone. L'azione che è stata estinta non può essere riproposta. Gli organi di giustizia e le procure svolgono un ruolo fondamentale nell'assicurare il rispetto di tali principi.⁷ La nuova versione del CGS CONI, approvata con delibera n. 1598 del Consiglio Nazionale del 10 luglio 2018, include un nuovo comma in virtù del quale diventa esplicitamente sanzionabile la mancata osservanza colpevole da parte degli organi giudiziari dei termini che provocano l'estinzione del processo.⁸

Ad ulteriore garanzia del giusto processo, gli organi di giustizia sportiva devono conformare la propria attività ai principi e alle norme generali del processo civile per tutte le ipotesi non disciplinate dalle norme sportive, laddove risultino compatibili con il carattere di informalità dei procedimenti di giustizia sportiva. Questa norma di chiusura tende ad assicurare sempre un risultato valido, anche laddove le norme sportive risultino lacunose o poco chiare.

Si ritiene che, superate alcune problematiche inerenti la durata delle indagini preliminari, che si analizzeranno più avanti, il sistema di giustizia sportiva e le procure sportive diano attuazione concreta a tali principi.

3. Terzietà ed indipendenza degli uffici di Procura

L'autonomia e l'indipendenza degli organi preposti al rispetto dei regolamenti sono indispensabili al fine di garantire una corretta amministrazione della giustizia endofederale.

A tal fine, così come previsto dalla Carta Costituzionale per gli organi giudicanti dello Stato, lo Statuto CONI, con l'art 12ter, istituisce la Procura generale dello Sport e le affida il compito di coordinare e vigilare le attività inquirenti e requirenti svolte dalle procure federali in posizione di autonomia e indipendenza.

L'art. 43 comma 2 CGS CONI, al contempo, sancisce che lo Statuto di ogni Federazione debba assicurare la terzietà e l'indipendenza del Procuratore federale e dei relativi Sostituti.

A tal fine si richiede che ciascun componente della Procura federale, prima dell'assunzione dell'incarico, dichiari di non avere in essere rapporti di collaborazione, consulenza o prestazione d'opera retribuita con la Federazione, oppure con tesserati, affiliati o altri soggetti sottoposti alla sua futura giurisdizione, tali da poterne compromettere l'indipendenza, né di avere rapporti di parentela o

⁷ Importante applicazione è stata data in tal senso dalla Corte Federale di Appello FIV Sent. 2/2018 ove il procedimento è stato dichiarato estinto per decorrenza dei termini ai sensi dell'art. 42 n. 4 CGS FIV.

⁸ In particolare, l'art. 38 CGS CONI nella versione approvata con delibera n. 1598 del Consiglio Nazionale del 10 luglio 2018 al comma 10 prevede: "La mancata osservanza dei termini di durata del giudizio è valutabile dalla Commissione federale di garanzia ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 5, comma 3, lett. c)".

affinità con alcun componente del Consiglio federale. Con l'assunzione dell'incarico si assume anche l'onere di rendere note eventuali sopravvenienze.

La dichiarazione di indipendenza va preliminarmente vagliata, alla pari degli altri requisiti professionali richiesti dal CGS, dalla Commissione Federale di Garanzia. Eventuali dichiarazioni reticenti o non veritiere, da parte di coloro che hanno assunto l'incarico, possono essere sanzionate sotto il profilo disciplinare.

Gli aspiranti procuratori, superato questo controllo, sono poi nominati dal Consiglio Federale su proposta del Presidente Federale.

Il Procuratore Federale, dopo essere stato nominato, ha sempre facoltà di astenersi dallo svolgimento di alcune indagini, quando esistano ragioni di convenienza,⁹ come nel caso di una incompatibilità momentanea, e può farlo dopo aver chiesto la relativa autorizzazione al Procuratore generale dello sport.

La nomina di un Procuratore Federale risulta essere nei fatti un atto politico effettuato dalla dirigenza della Federazione su proposta del Presidente Federale. Tale nomina si ritiene possa ingenerare nei componenti della Procura Federale un senso di sudditanza, se non di influenza, nei confronti degli organi dirigenziali della Federazione che di tale nomina ne sono stati gli artefici.

Il problema è concreto e sentito sia all'interno delle Federazioni sia all'esterno e coinvolge anche gli altri organi di giustizia, al punto che tra gli specialisti si discute sulla opportunità di modifica di tale meccanismo di nomina per effetto diretto di atto politico.

La discussione verte sulla possibilità di assegnazione agli incarichi in virtù di bando e sulla base di una graduatoria comune a tutte le federazioni. Tale soluzione tenderebbe a ridurre, senz'altro, ogni tipo di sudditanza psicologica tra organo politico e giudiziario. Al tempo stesso, però, un'assegnazione non confortata da una valutazione dei profili di competenza specifica dei candidati, in una realtà ove ciascuna federazione ha una propria disciplina ed alcune problematiche specifiche, potrebbe rendere l'ufficio di procura meno efficace in termini di contrasto agli illeciti disciplinari.

Una valutazione di questo tipo non potrebbe che essere effettuata attraverso una decisione politica, con la conseguenza di riproporre le perplessità presenti nell'attuale disciplina.

I profili da tenere in considerazione per valutare eventuali ipotesi di riforma sono diversi ed estremamente delicati, pertanto sono ancora necessari dei momenti di riflessione collettiva per la definizione di una soluzione alternativa a tale sentita problematica.

In parte, l'indipendenza e la terzietà dei procuratori è assicurata dalla durata quadriennale del mandato conferito e dalla impossibilità di poterlo rinnovare per più di due volte. Il quadriennio del mandato degli organi di giustizia può non coincidere con quello di nomina del Presidente e del Consiglio Federale. La nomina degli organi di giustizia sportiva, in ogni caso, non viene meno in caso di decadenza

⁹ Cfr. art. 46 CGS CONI.

o dimissioni degli organi federali.¹⁰ Tale norma fa sì che non sempre gli organi di giustizia sportiva siano composti da persone scelte dai Consigli federali in carica, assicurando almeno in teoria un totale scollamento tra i diversi organi.

L'autonomia e l'indipendenza degli uffici di Procura sono altresì tutelati dalla Commissione Federale di Garanzia istituita presso la Federazione. Il compito della Commissione è di valutare l'idoneità dei candidati all'assunzione delle cariche degli organi di giustizia e della Procura e di adottare nei loro confronti eventuali sanzioni, una volta nominati. I componenti durano in carica sei anni e il loro mandato può essere rinnovato una sola volta. I componenti sono scelti tra i magistrati, anche a riposo, delle giurisdizioni ordinarie, amministrative, contabili o militari, tra i professori universitari di ruolo, anche a riposo, in materie giuridiche, tra gli avvocati dello Stato e tra gli avvocati abilitati all'esercizio dinanzi alle giurisdizioni superiori. Il termine differito rispetto a quello quadriennale dei restanti organi federali rafforza ulteriormente la funzione di garanzia di tale organo.

Nella proposta di riforma del CGS CONI, testo in attesa di approvazione governativa, è previsto, come ulteriore requisito per poter diventare componente di tale commissione, il preventivo inserimento in una lista predisposta dalla Commissione di Garanzia di cui all'art. 13 ter dello Statuto del CONI. L'inserimento in tale lista è teso a comprovare le qualità professionali e personali dei candidati ma non rappresenterebbe una graduatoria per l'assunzione in via automatica dell'incarico.

La carica di componente della Commissione Federale di Garanzia è incompatibile con le cariche di componente di organo di giustizia presso il CONI o di componente della Procura Generale dello Sport, nonché con la carica di componente di Commissione Federale di Garanzia presso un'altra Federazione. Tale norma impedisce conflitti di interesse e garantisce l'efficienza degli organi di giustizia che, essendo onorari ed al contempo onerosi, richiedono la concentrazione di ogni componente su un solo incarico alla volta.

4. *La Procura Federale: istituto e funzioni*

All'interno di ciascuna Federazione, la Procura Federale è l'organo deputato ad agire innanzi agli organi di giustizia sportiva al fine di assicurare la piena osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo.¹¹

L'ufficio di Procura Federale è composto dal Procuratore Federale ed, in base alle previsioni dello Statuto di ciascuna Federazione, da Procuratori aggiunti e Sostituti Procuratori. L'art. 40, comma 8, del CGS CONI, nel disciplinare la Composizione dell'Ufficio del Procuratore Federale, prevede che “i Procuratori

¹⁰ Così stabilisce anche l'art. 3 comma 6 dei Principi Fondamentali degli statuti delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate, approvati con deliberazione del Consiglio Nazionale n. 1613 del 4 settembre 2018, Decreto Presidenza Consiglio dei Ministri UPS del 14 settembre 2018 cui tutte le federazioni devono conformarsi.

¹¹ Cfr. art. 3 comma 4. CGS CONI.

Aggiunti e i Sostituti Procuratori coadiuvano il Procuratore federale. I Procuratori Aggiunti, inoltre, sostituiscono il Procuratore federale in caso d'impedimento e possono essere preposti alla cura di specifici settori, secondo le modalità stabilite da ciascuna Federazione nei rispettivi regolamenti di giustizia". La disposizione attribuisce espressamente ai soli Procuratori Aggiunti la possibilità di sostituire il Procuratore Federale in caso d'impedimento. Se ne desume che il Sostituto Procuratore non ha le stesse prerogative e gli stessi poteri dell'Aggiunto; può 'coadiuvare' il Procuratore Federale nell'esercizio delle sue funzioni, ma in caso di impedimento di questi non ha il potere di sostituirlo ed esercitare l'azione disciplinare.¹²

La forma organizzativa assunta dalla Procura Federale è prevista dallo Statuto federale¹³ e gli uffici possono essere suddivisi sia su base territoriale sia per oggetto di indagine. La gestione degli incarichi all'interno della Procura è effettuata direttamente dal Procuratore Federale.¹⁴

Tutti i componenti della Procura Federale sono nominati dal Consiglio Federale su proposta del Presidente della Federazione. A contemperare la discrezionalità di scelta concessa alla dirigenza della Federazione, come si è visto, si richiede che i candidati vengano preventivamente vagliati e dichiarati idonei dalla Commissione Federale di Garanzia.

La dichiarazione di idoneità allo svolgimento del ruolo di procuratore è effettuata sulla base dei requisiti previsti dall'art. 41 del CGS CONI nonché sugli eventuali requisiti specifici previsti dalle singole federazioni.

Per poter essere dichiarati idonei, è condizione essenziale che i candidati abbiano specifica competenza nell'ambito dell'ordinamento sportivo, siano inclusi in una delle categorie indicate dall'art. 26, comma 2 del CGS CONI,¹⁵ o in quella degli alti ufficiali delle Forze dell'ordine e dei dirigenti della Pubblica Amministrazione, anche a riposo.

¹² Cfr. Sentenza del Collegio di Garanzia dello Sport n. 2/2018. La stessa sentenza ha statuito che laddove nella struttura di una Procura Federale vi sia un solo Procuratore Federale e un solo Sostituto Procuratore (Sostituto e non Aggiunto), ove, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di astensione presentata dal Procuratore Federale, questi risulti impedito, non risultano esservi altri componenti all'interno della Procura Federale aventi titolo a svolgere le funzioni inquirenti e requirenti; il Sostituto, infatti, non ne ha la qualifica, non offrendo le stesse garanzie di indipendenza di un Aggiunto. Dinanzi a una situazione in cui l'attività investigativa rischia di restare paralizzata, vi è la necessità di un intervento in aiuto da parte della Procura Generale con l'affidamento dell'indagine al Procuratore Nazionale applicato e coadiuvato dal Sostituto Procuratore Federale.

¹³ Cfr. art. 42 CGS CONI - *Articolazioni territoriali* :

"1. È in facoltà di ogni Federazione articolare l'ufficio del Procuratore federale in Sezioni territoriali. Lo Statuto stabilisce i criteri di riparto e le altre modalità di gestione dei procedimenti".

¹⁴ Cfr. art. 43 CGS CONI - *Attribuzioni del Procuratore Federale*

¹⁵ Ovvero appartengano ad una di queste categorie: professori e ricercatori universitari di ruolo, anche a riposo, in materie giuridiche; magistrati, anche a riposo, delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa, contabile o militare; avvocati dello Stato, anche a riposo; notai; avvocati iscritti per almeno cinque anni negli albi dei relativi consigli dell'ordine.

Per il ruolo di Sostituto Procuratore sono ammessi anche gli iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, gli ufficiali delle Forze dell'ordine anche a riposo, i laureati in materie giuridiche che abbiano maturato almeno due anni di esperienza nell'ordinamento sportivo.

La carica di componente di organo di giustizia o di Procuratore presso la Federazione è incompatibile con la carica di componente di organo di giustizia presso il CONI o di componente della Procura Generale dello Sport, nonché con la carica di componente di organo di giustizia o di Procuratore presso un'altra Federazione.

5. *L'ambito di operatività della Procura Federale nel processo sportivo*

L'art. 3, comma 7, del CGS CONI stabilisce che la Procura Generale dello Sport, istituita presso il CONI, coopera con le Procure federali al fine assicurare la piena osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo, esplicando il potere di azione innanzi agli organi di giustizia sportiva.

Dalla lettura di queste norme si può sostenere come la Procura Federale non sia organo di giustizia ma, secondo la rubrica dell'art. 3 del Codice,¹⁶ un soggetto "altro" dei procedimenti sportivi che «agisce innanzi agli organi di giustizia per assicurare la piena osservanza delle norme dell'ordinamento sportivo».¹⁷

Ai sensi dell'art. 44 del CGS CONI il Procuratore federale esercita in via esclusiva l'azione disciplinare nei confronti di tesserati, affiliati e degli altri soggetti previsti dall'ordinamento endofederale.

Tale funzione viene svolta nelle indagini preliminari, nei procedimenti di primo grado e nei giudizi di impugnazione.

L'azione disciplinare è esercitata d'ufficio e il suo esercizio non può essere sospeso né interrotto, fatte salve alcune eccezioni previste normativamente.

Il Procuratore federale prende notizia degli illeciti di propria iniziativa oppure riceve le notizie presentate direttamente o pervenute in altri modi. Unico limite a questa attività è l'impossibilità di agire sulla base di denunce anonime.

Il Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura Generale dello Sport, all'art. 12 specifica che devono essere considerate segnalazioni idonee alla apertura delle indagini esclusivamente le comunicazioni pervenute di cui si possa verificare la provenienza e l'identità del segnalante, nonché la qualità di tesserato o affiliato del segnalante ai tempi del fatto segnalato e della segnalazione.

Laddove previsto dall'ordinamento federale di appartenenza, ogni segnalazione manifestamente infondata può essere oggetto di sanzione disciplinare per il denunciante, in quanto potrebbe rappresentare una ipotesi di violazione dei principi di lealtà e correttezza.

¹⁶ La rubrica è "Art. 3 - Organi di giustizia e altri soggetti dei procedimenti".

¹⁷ Cfr. in tal senso Decisione 21/2018 Collegio garanzia dello sport, promosso su ricorso della procura Generale dello Sport avverso una sentenza della Corte Federale di Appello della FIDS.

La normativa sulla esclusione delle denunce anonime è probabilmente dovuta a valutazioni oggettive sulla impossibilità per le Procure Federali di effettuare indagini eccessivamente onerose o per un tempo superiore a quello prescritto dal Codice di Giustizia Sportiva.

La Procura Federale, ai sensi dell'art. 23, comma 2, è legittimata a proporre reclamo avverso le pronunce del Giudice Sportivo Nazionale e dei Giudici sportivi territoriali, al pari della «parte interessata», in un termine perentorio stabilito dalla singola Federazione.

La Procura Federale può avviare il procedimento innanzi al Tribunale Federale mediante atto di deferimento¹⁸ e può ricorrere, così come gli organi della Federazione ed i tesserati lesi, per l'annullamento delle deliberazioni dell'Assemblea contrarie alla legge, allo Statuto del CONI e ai principi fondamentali del CONI, allo Statuto e ai regolamenti delle Federazioni.¹⁹

L'art. 37 CGS CONI, comma 1, dispone, con previsione generale, che «il mezzo per impugnare le decisioni del Tribunale federale è esclusivamente il reclamo della parte interessata innanzi alla Corte federale di appello», con ciò lasciando intendere che il reclamo è ammissibile anche ad opera della Procura Federale ove sia parte soccombente in primo grado, laddove appunto la nozione di interesse a ricorrere coincide in appello con la soccombenza maturata nel primo grado.

Ne risulta disegnato per l'Organo in questione un ruolo sostanziale di «parte» del processo sportivo,²⁰ che resta pienamente confermato dal già richiamato art. 54, comma 2 CGS CONI, il quale attribuisce la legittimazione a ricorrere al Collegio di Garanzia dello Sport a tutte «le parti nei confronti delle quali è stata pronunciata la decisione», evidentemente nei limiti dell'interesse a ricorrere per come risultante dall'esito del giudizio di seconde cure.

Il potere di sanzionare i fatti disciplinarmente rilevanti si estingue quando il Procuratore federale non lo eserciti entro i termini previsti dall'art. 45 CGS CONI.

La prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui occorre il fatto disciplinarmente rilevante. L'esercizio dell'azione disciplinare interrompe la prescrizione.

La dichiarazione di estinzione del procedimento è impugnabile dalla parte interessata. Se interviene nel giudizio di secondo grado o di rinvio, anche il Procuratore generale dello sport, qualora il ricorso non sia altrimenti escluso, può impugnarla davanti al Collegio di garanzia dello sport.

¹⁸ Cfr. CGS CONI art. 27, comma 1, lettera a.

¹⁹ Cfr. CGS CONI art. 31, comma 1.

²⁰ Cfr. Decisione 21/2018 Collegio garanzia dello sport, cit.

6. *La funzione inquirente*

Il Procuratore federale, ricevuta la *notitia criminis*, ha il dovere di svolgere tutte le indagini necessarie all'accertamento della sussistenza di violazioni statutarie e regolamentari delle quali ha avuto notizia.

A tal fine, iscrive nel Registro dei procedimenti, istituito a norma dell'art. 53 CGS CONI presso la Procura Generale dello sport, le notizie di fatti o atti rilevanti sotto il profilo disciplinare. Presso tale registro ogni Procuratore Federale ha una propria sezione ove devono essere registrate le relazioni periodiche, le notizie di illecito sportivo ricevute, le comunicazioni di avvio delle indagini, le eventuali richieste di archiviazione o di proroga dei termini per la conclusione delle indagini.

La durata delle indagini non può superare un termine temporale previsto da ciascuna Federazione. Tale termine, in ogni caso, non può essere superiore a sessanta giorni dall'iscrizione della notizia nel registro, eventualmente prorogabile fino ad un massimo di ulteriori sessanta giorni laddove vi sia l'autorizzazione da parte della Procura Generale dello sport.

La proroga decorre dalla comunicazione dell'autorizzazione, vi è quindi la concreta possibilità che, qualora il passaggio delle informazioni tra i due uffici richieda tempo, la durata effettiva delle indagini possa prolungarsi oltre i centoventi giorni.

La violazione di tale termine comporta che gli atti di indagine compiuti dopo la sua scadenza non possano essere utilizzati come prova in giudizio.

Sono invece sempre utilizzabili gli atti e documenti in ogni tempo acquisiti dalla Procura della Repubblica e dalle altre autorità giudiziarie dello Stato.

L'introduzione di questi termini serrati per lo svolgimento delle indagini è dettato dalla finalità di ottenere in tempi brevi un risultato utile. D'altra parte, tale norma risulta essere, nel momento applicativo, del tutto inefficace in quanto non viene specificato in quale modo debba calcolarsi il termine a quo per poterne valutare la decorrenza.

Il momento della ricezione delle segnalazioni è uno dei punti critici dell'intero sistema della Giustizia Sportiva. Gli statuti ed i regolamenti federali, infatti, non disciplinano le modalità con cui tali segnalazioni debbano essere inoltrate alla Procura Federale, il che in concreto non dà alcuna informazione precisa sui tempi effettivi di ricezione di tali segnalazioni.²¹

²¹ Di rilievo la differenza tra i Regolamenti di Giustizia di due delle maggiori federazioni. Infatti, il Regolamento FIP all'art. 124, comma 3 prevede: "Il Procuratore Federale prende notizia degli illeciti di propria iniziativa e riceve le notizie presentate o comunque pervenute. L'azione disciplinare è esercitata di ufficio; il suo esercizio non può essere sospeso nell'interrotto, salvo che sia diversamente stabilito". In questo caso non si fa riferimento ad un termine per l'iscrizione nel registro della notizia, né si stabilisce, come in altri regolamenti, che il Procuratore federale debba provvedere "immediatamente".

Il Regolamento FIPAV all'art. 52, comma 2 prevede: *A tal fine, iscrive nel Casellario federale di cui all'art. 117 le notizie di fatti o atti rilevanti. Il Casellario federale deve essere tenuto secondo le modalità prescritte dall'art. 53 del Codice della giustizia sportiva, in quanto compatibili. L'iscrizione*

In un ordinamento totalmente improntato alla celerità, non sussistono termini temporali serrati, né profili di responsabilità, finalizzati ad ottenere una apertura delle indagini quanto più ravvicinata al momento in cui la notizia dell'illecito pervenga in federazione.²²

La conseguenza di tale silenzio normativo è che la durata delle indagini effettive possa dilatarsi in maniera incontrollata, prestandosi, eventualmente, ad elusioni dei principi di ragionevole durata dei processi, se non proprio ad abusi. Sotto il profilo patologico, pur essendo venuto a conoscenza di fatti disciplinarmente rilevanti, infatti, il Procuratore potrebbe non iscriverli subito nel registro delle indagini, continuando a svolgere indagini e ad assumere informazioni per un tempo indeterminato, senza incorrere in alcuna decadenza.

La mancata apertura tempestiva delle indagini potrebbe agevolare la persistenza di situazioni di impunità, arrivando a situazioni limite come quella di impedire l'applicazione di una sanzione fino al superamento dei termini di prescrizione. Al tempo stesso, la decisione di aprire o meno una indagine potrebbe anche arrivare a svolgere una funzione intimidatoria o di pressione sui soggetti indagati ed eventualmente colpevoli, dilatando nel tempo l'espiazione di una sanzione.

Un esempio concreto è quello degli illeciti amministrativi che si prescrivono in otto anni. La ritardata iscrizione da parte del Procuratore Federale di una notizia di illecito di questo tipo, correttamente ricevuta, renderebbe possibile, in caso di condanna, una applicazione differita nel tempo della pena, possibilmente in un stagione agonistica meno competitiva ove i suoi effetti abbiano un impatto diverso da quello che avrebbero avuto nel caso in cui il procedimento fosse stato tempestivo.

La problematica sembra essere stata avvertita anche dal legislatore sportivo, infatti nel nuovo testo del Codice di Giustizia sportiva, all'art. 47 comma 2, si stabilisce che l'iscrizione nel registro delle indagini debba avvenire "senza indugio".

L'analisi della giustizia ordinaria non riesce a fornire un valido suggerimento di risoluzione della problematica. Nel processo penale l'obbligo imposto al Pubblico Ministero di iscrivere la *notitia criminis* nell'apposito registro,

deve avvenire tempestivamente, una volta che l'Ufficio Federale destinatario della notizia di fatto o atto rilevante l'abbia rimessa alla Procura Federale.

In questo caso si utilizza l'avverbio "tempestivamente" ma non vengono esplicitate le modalità applicative per rendere tempestiva l'iscrizione. L'art. 62.02 del Regolamento di Giustizia FITRI propende invece per l'avverbio "immediatamente".

²² L'attivazione delle indagini da parte del Procuratore Federale, ai sensi dell'art.32 *quinquies*, comma 2, può avvenire soltanto dopo l'iscrizione in un apposito registro delle "notizie di fatti o atti rilevanti" [...]. La disposizione non precisa in quale momento il Procuratore federale debba provvedere all'iscrizione nel registro, né tanto meno fissa un termine perentorio per tale adempimento. Deve ritenersi che a ciò il Procuratore debba provvedere quando abbia formale conoscenza dell'atto o fatto "rilevante", ovvero quando gli perviene una notizia, purché non in forma anonima, relativa ad una fattispecie astrattamente ascrivibile ad una violazione di norme federali. Così ha stabilito il Trib. fed. naz, in C.U. FIGC. 17 Febbraio 2014, n. 30/TFN.

previsto dall'art. 335 c.p.p., cerca di rispondere all'esigenza di garantire il rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari e presuppone che a carico di una persona nota emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti, e non di meri sospetti.

Il compito della "iscrizione" è soggettivamente demandato al Pubblico Ministero, cui pertanto viene conferito il relativo *munus*, senza che il disposto normativo consenta di intravedere altre figure legittimate a surrogare il "ritardato" esercizio di tale potere-dovere.

La circostanza che il Pubblico Ministero sia chiamato ad iscrivere "immediatamente" la *notitia criminis* ed il nominativo, pone in capo all'organo titolare dell'azione penale uno specifico ed indilazionabile obbligo giuridico, ricordando che lo stesso si trova al di fuori di qualsiasi possibilità di scelta, non solo in relazione all'*an*, ma anche rispetto al *quid* e al *quando*.²³

In linea generale, l'iscrizione è un atto vincolato, il cui presupposto è un determinato esito di un previo momento conoscitivo di un giudizio. Il Pubblico Ministero deve procedere all'iscrizione oggettiva appena il risultato dell'attività di giudizio gli consenta di qualificare un'informazione all'interno della categoria "notizia di reato". Il compito del Pubblico Ministero è quello di riscontrare, pertanto, l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione.

Un PM "negligente" che non iscriva tempestivamente il nome dell'indagato nell'apposito registro (facendo venir meno le conseguenti garanzie difensive) potrà essere perseguito disciplinarmente e penalmente, ma la sua omissione non avrà ripercussioni sanzionatorie sul procedimento.

Le conseguenze derivanti dalla mancata o ritardata iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. è strettamente collegata al riconoscimento o meno del potere del Giudice di sindacare la tempestività della iscrizione da parte dei Pubblici Ministeri.

Temendo possibili abusi o arbitrii da parte dei Pubblici Ministeri, nel corso degli anni, diverse Autorità Giudiziarie hanno contestato profili di illegittimità costituzionale della disciplina dei termini delle indagini "*ove questa non prevede la possibilità di far retroagire la decorrenza degli stessi nei casi di indebito ritardo o di omissione nella iscrizione ex art. 335 c.p.p.*".²⁴ La Corte

²³ Come sancito dalla Sent. Cass. Penale, ss.uu., n. 40538/2009, il termine per le Indagini Preliminari decorre dalla data in cui il Pubblico Ministero ha provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito, senza che al giudice sia consentito di stabilire una diversa decorrenza. Gli eventuali ritardi nell'iscrizione, tanto della notizia di reato che del nominativo cui il reato è attribuito, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3 c.p.p., anche se si tratta di ritardi colpevoli ed abnormi, fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale.

È escluso qualsiasi potere in capo al giudice in caso di tardiva iscrizione della notizia di reato, di retrodatare il termine iniziale di decorrenza delle Indagini Preliminari al momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata. Ne deriva che gli atti d'indagine compiuti oltre il termine di durata massima delle Indagini Preliminari stesse, quale avrebbe dovuto essere in caso di corretta e tempestiva iscrizione della notizia di reato ai sensi dell'art. 335 c.p.p., sono comunque utilizzabili.

²⁴ Così Ordinanza Corte Cost. n. 306/2005.

Costituzionale ha, però, sempre reputato inammissibili le questioni per “ambiguità del petitum”.²⁵

La giurisprudenza di legittimità prevalente afferma che *“l’omessa annotazione della notizia criminis nel registro previsto dall’art. 335 c.p.p. non determina l’inutilizzabilità degli atti di indagini compiuti sino al momento dell’effettiva iscrizione, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall’art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l’inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l’indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie, e non dalla presunta data nella quale il Pubblico Ministero avrebbe dovuto iscrivere. L’apprezzamento della tempestività dell’iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l’esistenza di specifici elementi indiziari e non meri sospetti, rientra nell’esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all’an e al quando, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del Pubblico Ministero negligente”*.²⁶

Anche nel processo penale il problema della ritardata iscrizione nel registro degli indagati sussiste e non trova soluzione se non in quella disciplinare nei confronti del Pubblico Ministero. Nell’ordinamento sportivo tale responsabilità in capo al Procuratore Federale non sussiste, pur potendo essere valutati i suoi comportamenti sotto il profilo disciplinare da parte della Commissione federale di Garanzia.²⁷ Una possibile soluzione a tale problematica del processo sportivo potrebbe arrivare dall’utilizzo della Posta Elettronica Certificata. Dal 2019, infatti, tutte le Società sportive sono obbligate a fornire un indirizzo certificato di riferimento alle proprie federazioni di appartenenza.²⁸ L’utilizzo di tale strumento per depositare denunce od informazioni di reato potrebbe costituire strumento affidabile per l’identificazione di una data certa per l’apertura delle indagini. Per non comprimere troppo l’attività del Procuratore Federale, d’altra parte, si potrebbe prevedere un lasso di tempo aggiuntivo per poter valutare l’attendibilità della denuncia al fine di decidere se aprire o meno una indagine. Entro la scadenza di questo termine il Procuratore federale sarebbe tenuto ad aprire ufficialmente una indagine o ad archiviare la denuncia. Il mancato rispetto di tale termine porterebbe ad una archiviazione d’ufficio della informazione resa. L’utilizzo della posta certificata ed, eventualmente, di registri informatici pubblici, renderebbe possibile il superamento di questa lacuna dell’attuale sistema processuale sportivo.

²⁵ Cfr. Ordinanze Corte Cost. n. 306/2005 e n. 400/2006 disponibili su Consultaonline, www.giurcost.org/decisioni/2005/0306o-05.html (31 Dicembre 2018) e www.giurcost.org/decisioni/2006/0400o-06.html (31 Dicembre 2018).

²⁶ Cfr. Cass. pen., ss.uu., Sent. n. 16/2000, Pres. Consoli, re. Canzio, ric. Tammaro, disponibile sul sito http://servizi.ceda.unina.it/PHP/spec/spec/Cass_3_1996_16_2000.pdf (31 Dicembre 2018).

²⁷ Cfr. art. 5 comma 3 CGS CONI.

²⁸ Cfr. art. 11 CGS CONI modificato con deliberazione n. 1598 del Consiglio Nazionale del 10 luglio 2018.

7. *La conclusione delle indagini: attività requirente ed archiviazione*

Il Procuratore federale, concluse le indagini, può richiedere il deferimento dell'indagato ai sensi dell'art. 44 CGS CONI, oppure comunica, secondo le modalità previste dal comma 4 dell'art. 47 CGS CONI, alla Procura Generale dello Sport, entro dieci giorni dalla chiusura delle indagini, l'intenzione di procedere all'archiviazione e le relative motivazioni. La motivazione deve essere tale da poter essere compiutamente valutata dalla Procura Generale.

La nuova versione del Codice di Giustizia sportiva, approvato con delibera 1598 del 10 luglio 2018 e che entrerà in vigore dopo approvazione del Consiglio dei Ministri, ha aggiunto che, unitamente a tale richiesta, vadano allegati anche i documenti e gli atti relativi alle attività di indagine svolte.

Se non vi sono osservazioni o interventi da parte della Procura Generale, il Procuratore federale dispone l'archiviazione che dovrà essere comunicata ai soggetti indagati nonché agli eventuali denunciati.

L'archiviazione è disposta dal Procuratore federale laddove:

- la notizia di illecito sportivo sia infondata;
- gli elementi acquisiti entro il termine per il compimento delle indagini preliminari siano inidonei a sostenere l'accusa in giudizio;
- l'illecito sia estinto;
- il fatto non costituisca illecito disciplinare;
- sia rimasto ignoto l'autore del fatto.

Dopo il provvedimento di archiviazione la riapertura delle indagini può essere disposta d'ufficio solo nel caso in cui emergano nuovi fatti o circostanze rilevanti delle quali il Procuratore federale non era a conoscenza.

Se tali fatti o circostanze si desumono da un provvedimento che dispone il giudizio penale, il diritto di sanzionare si prescrive comunque entro il termine della ottava stagione sportiva successiva a quella in cui è stato commesso l'ultimo atto diretto a realizzare la violazione.

La valutazione sulla effettiva novità dei fatti, rispetto a quelli conosciuti durante la fase delle indagini, si ritiene sia rimessa allo stesso Procuratore, pur essendo sottoposta al vaglio dell'organo giudicante laddove l'analisi di tali fatti conduca ad un effettivo deferimento.

Quando non deve disporre l'archiviazione, il Procuratore Federale comunica all'indagato l'intenzione di procedere al deferimento nei suoi confronti, indicando contestualmente gli elementi che lo giustificano ed assegnando a quest'ultimo un termine per presentare una memoria difensiva o per essere sentito. In caso di impedimento a comparire personalmente, l'interessato può presentare una memoria sostitutiva entro i due giorni successivi a quelli fissati per la comparizione personale.

La comunicazione dell'intenzione di voler procedere al deferimento deve avvenire entro venti giorni dalla conclusione delle indagini.

Qualora all'esito del colloquio il Procuratore federale ritenga di dover confermare la propria intenzione, entro trenta giorni dalla audizione o dalla presentazione della memoria, esercita l'azione disciplinare formulando l'incolpazione dell'indagato mediante atto di deferimento a giudizio.

Oltre la decorrenza dei termini generali di prescrizione, non sono previste conseguenze specifiche per il mancato rispetto da parte del Procuratore Federale di tali termini decorrenti dal provvedimento di chiusura delle indagini, pertanto si ritiene siano meramente ordinatori.

Nell'atto di deferimento sono descritti i fatti che si assumono accaduti, enunciate le norme che si assumono violate e indicate le fonti di prova acquisite, ed è formulata la richiesta di fissazione del procedimento disciplinare. Tale atto va comunicato all'incolpato, al giudice ed agli ulteriori soggetti eventualmente indicati dai regolamenti di ciascuna Federazione.

L'atto di deferimento è un atto interno e, in quanto tale, non liberamente divulgabile.²⁹

Ricevuto l'atto di deferimento, viene dato avvio al procedimento disciplinare. Il presidente del collegio giudicante fissa l'udienza di discussione dandone notizia all'incolpato ed alla Procura Federale. In udienza la Procura Federale prenderà la parola sempre prima dell'incolpato.

8. *L'applicazione concordata delle sanzioni*

Prima dello svolgimento del processo il Procuratore Federale può concordare con l'indagato l'applicazione di una sanzione. Lo scopo dell'istituto, come è immediatamente percepibile, è quello di rendere più rapida la conclusione dei procedimenti correlando il "premio" di una sanzione ridotta alla esclusione di ogni forma di impugnazione.³⁰ Si può fare ricorso all'istituto de quo esclusivamente nei procedimenti di primo grado, mentre tale strumento non trova applicazione nei procedimenti per reclamo avverso le decisioni di primo grado.

Tale facoltà può esplicarsi in due diverse modalità.

L'accordo tra indagato e procuratore può avvenire prima della conclusione delle indagini. In tal caso, il Procuratore Federale è tenuto ad informare il Procuratore generale dello Sport della intenzione di formalizzare l'accordo. Successivamente dovrà essere informato il Presidente della Federazione, il quale, in un termine di quindici giorni e sentito il Consiglio Federale, può formulare osservazioni, anche sulla base degli eventuali rilievi del Procuratore generale dello Sport.

²⁹ Cfr. in tal senso Sentenza Federcanoa – Giudizio d'appello n° 5/2016 – *Scarpa vs. Santoni*, non pubblicata.

³⁰ Nel codice di Giustizia Sportiva FIGC si fa menzione della possibilità di commutare le pene previste per la fattispecie per cui si procede in virtù dell'art. 24, che prevede benefici per coloro che ammettano la propria responsabilità e che collaborino in modo fattivo all'accertamento delle violazioni oggetto del procedimento.

Decorso tale termine, in assenza di osservazioni da parte del Presidente della Federazione, l'accordo acquista efficacia e comporta, in relazione ai fatti per i quali è stato convenuto, l'improponibilità assoluta della corrispondente azione disciplinare. Non sono previste conseguenze nel caso in cui le osservazioni del Presidente Federale ritengano inidoneo l'accordo sulla pena. Non si ritiene che tale dichiarazione possa essere una condizione ostativa al raggiungimento di tale accordo. Il Codice di Giustizia sembra non considerare questa possibilità, oppure, nel momento della scrittura del testo normativo di tale istituto, ci si è affidati al buon senso degli organi coinvolti.

In ogni caso, unico controllo di congruità effettuato sulla proposta di pena risulta essere quello della Procura Generale dello Sport. Il controllo da parte dell'organo politico della federazione appare una ingerenza eccessiva sulla attività sanzionatoria che dovrebbe essere terza ed imparziale e, di sicuro, rappresenta una violazione del principio di separazione dei poteri.

La seconda modalità di applicazione concordata si verifica ad indagini concluse e prima dello svolgimento della prima udienza dinanzi al Tribunale federale, laddove gli incolpati possono convenire con il Procuratore federale l'applicazione di una sanzione, indicandone il tipo e la misura.

L'accordo raggiunto è sottoposto all'esame del Collegio incaricato della decisione, il quale, se ritiene corretta la qualificazione dei fatti contestati e la sanzione congrua, ne dichiara la efficacia con decisione presa anche fuori udienza. La pronuncia definisce il procedimento. Questo iter non è applicabile ai casi di recidiva ed agli atti particolarmente gravi quali lesioni gravi o la frode sportiva.

Il legislatore sportivo, nel disciplinare questo istituto pare ispirarsi all'omologo di cui all'art. 444 c.p.p.³¹

I Codici di Giustizia Sportiva delle singole Federazioni prevedono espressamente la possibilità della riduzione della sanzione, senza determinare la misura dello sconto – solitamente si tratta di un terzo rispetto alla pena base indicata nel deferimento³² – così come la possibilità di concordare una pena al di sotto del minimo edittale previsto dalla norma per l'infrazione per cui si procede³³ oppure di "concordare" specie diverse di sanzioni rispetto a quelle edittalmente previste. FIPAV e FIP nei loro Regolamenti prevedono espressamente all'art. 116³⁴ e

³¹ Art 444 c.p.p.: "1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria".

³² A. GRECO, *La Giustizia Sportiva nel Calcio*, 265 ed. FAG 2012.

³³ L. COLANTUONI, *Diritto Sportivo*, sez 15, ed. Giappichelli, 2009.

³⁴ Art 116 CGS FIPAV Commutazione della sanzione

1. Limitatamente ai campionati nazionali di A1 e A2, maschili e femminili ed alla Coppa Italia, è possibile commutare la sanzione di "1 giornata di squalifica al campo", "1 giornata di squalifica per un giocatore o per un allenatore" mediante il versamento della somma fissata dal Consiglio Federale e nei termini e modalità previsti nelle circolari d'indizione dei campionati.

all'art. 64 e 66³⁵ dei rispettivi codici, la facoltà per atleti e società di poter commutare la sanzione della squalifica in ammenda.

In merito alla decorrenza della sanzione inflitta, l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza federale risulta essere che l'efficacia della sanzione concordata decorra dalla notifica dell'ordinanza e non dalla lettura in udienza.³⁶

³⁵ Art. 64 CGS FIP

1. Nel caso in cui l'Organo disciplinare competente di primo o di secondo grado abbia inflitto, per la prima volta nel corso dell'anno sportivo, la sanzione della squalifica per una gara di campionato, la società alla quale appartiene il tesserato tranne nei casi previsti all'art. 14 comma 4 e 5, ha la facoltà di ottenere la commutazione della sanzione mediante versamento (o, nei casi previsti, mediante l'autorizzazione dell'addebito) della somma prevista nella TABELLA B per il campionato di appartenenza - effettuato entro le ore 24 del giorno successivo alla comunicazione della sanzione ed entro lo stesso termine comunicato all'Organo che amministra il campionato con separato telegramma o altro mezzo equipollente.

2. Il pagamento della somma (o l'autorizzazione dell'addebito) preclude alla società interessata ed al tesserato la possibilità di proporre ricorso avverso il provvedimento sanzionatorio.

3. Qualora il provvedimento di squalifica sia stato irrogato dopo la fine del campionato la commutazione, sempre che si tratti di sanzione inflitta per la prima volta nel corso dell'anno sportivo, può essere effettuata entro le ore 24 del settimo giorno antecedente l'inizio del campionato successivo.

4. In mancanza, la squalifica sarà scontata nell'anno sportivo successivo, senza che ciò costituisca precedente per l'applicazione del beneficio di cui al primo comma.

Art. 66 CGS FIP

1. Nel caso in cui l'Organo disciplinare competente di primo o di secondo grado abbia inflitto, per la prima volta nel corso dell'anno sportivo, la sanzione della squalifica per una gara di campionato, la società, tranne nei casi previsti all'art. 17 comma 3 e 5 ha la facoltà di ottenere la commutazione della sanzione mediante versamento (o mediante l'autorizzazione dell'addebito) della somma prevista nella TABELLA C per i singoli campionati, entro le ore 24 del giorno successivo alla comunicazione della sanzione ed entro lo stesso termine comunicato all'Organo che amministra il campionato con separato telegramma o a mezzo posta elettronica certificata.

2. Il pagamento della somma (o l'autorizzazione dell'addebito) preclude alla società interessata la possibilità di proporre ricorso avverso il provvedimento.

3. Qualora il provvedimento di squalifica sia stato irrogato dopo la fine del campionato la commutazione, sempre che si tratti di sanzione inflitta per la prima volta nel corso dell'anno sportivo, può essere effettuata entro le ore 24 del settimo giorno antecedente l'inizio del campionato successivo.

4. In mancanza, la squalifica sarà scontata nell'anno sportivo successivo, senza che ciò costituisca precedente per l'applicazione del beneficio di cui al primo comma.

³⁶ Cfr. Comunicato n. 79/CDN 2013/2014. La ex CDN della FIGC era stata investita in via preliminare della questione, ed ha chiarito che, sulla scorta del combinato disposto degli articoli 22/11 CGS Federcalcio e 35/4 CGS, la sanzione irrogata nei confronti di un soggetto deferito, produce i suoi effetti ex art. 35/4 CGS in epoca successiva alla data di ricezione del provvedimento disciplinare emesso nei suoi confronti. L'interpretazione fornita dall'organo giudicante si pone in netto contrasto con la tesi sostenuta dalla Procura Federale, sulla scorta di quanto previsto nel procedimento penale per l'ordinanza di "patteggiamento", secondo la quale il dies a quo sarebbe da fissare dal giorno in cui si è svolta la riunione dibattimentale ove è stata applicata la sanzione "patteggiata".

9. *Le misure cautelari*

Per fatti di particolare gravità, in presenza di indizi di colpevolezza evidenti e concordanti, qualora sussista il concreto e attuale pericolo che la persona su cui si indaga commetta illeciti analoghi a quello per cui si procede, il Procuratore Federale può domandare, con richiesta motivata al Tribunale, l'applicazione in via cautelare della sospensione da ogni attività sportiva o comunque connessa con lo sport.

L'ordinanza che applica la misura cautelare dispone contestualmente l'audizione dell'indagato, che può essere ascoltato con l'assistenza di un avvocato.

La durata della misura cautelare non può, in ogni caso, eccedere il termine per il compimento delle indagini preliminari³⁷ e può essere prorogato solo con istanza connessa all'atto di deferimento fino alla conclusione del giudizio disciplinare.

Il Tribunale provvede immediatamente sulla domanda cautelare. Contro l'ordinanza di conferma della misura cautelare è ammesso il reclamo alla Corte di appello federale entro sette giorni dalla comunicazione. Al reclamo si applica la procedura prevista dall'art. 37 CGS CONI che disciplina il giudizio innanzi alla Corte federale di appello.

L'ordinanza cautelare rimane revocabile in ogni momento, eventualmente anche d'ufficio. Essa è comunque revocata se il Tribunale ritiene che, all'esito del giudizio, la sanzione da irrogare non sarà superiore alla sospensione cautelare subita dall'incolpato o comunque risulti essere più grave dell'interdizione già sofferta per il medesimo fatto.

La misura perde sempre efficacia con il dispositivo della decisione che definisce il giudizio o con la dichiarazione di estinzione dello stesso.

10. *Obblighi e facoltà del Procuratore Federale all'interno ed all'esterno del processo sportivo*

Il Procuratore federale, se durante le indagini prende notizia di fatti rilevanti anche per l'Ufficio del Pubblico Ministero, è tenuto a trasmettere copia degli atti al Presidente federale affinché questi informi l'Autorità giudiziaria competente oppure procede ad informarla direttamente. Con il supporto concreto della Procura Generale, possono essere richiesti anche atti di indagine a disposizione degli inquirenti ed il Procuratore federale può acquisirli nei propri fascicoli, pur tenendo su di essi il riserbo.

Il Procuratore federale è inoltre tenuto a collaborare con la Procura Antidoping del CONI nonché con l'ufficio del Pubblico Ministero e, qualora ritenga sussistente la competenza di questi uffici, vi trasmette gli atti ritenuti rilevanti.

³⁷ Tale termine è prorogabile una sola volta fino al limite di durata del giudizio disciplinare a norma dell'art. 38, comma 1, i cui termini in tal caso sono ridotti di un terzo. L'istanza di proroga può essere presentata soltanto con l'atto di deferimento. In mancanza di deferimento anteriore al termine di durata della misura cautelare, questa perde efficacia automaticamente alla scadenza anche quando la Procura generale dello sport abbia autorizzato la proroga del termine per il compimento delle indagini preliminari.

Le conseguenze della mancata trasmissione degli atti da parte del Procuratore Federale non sono disciplinate però dalla normativa sportiva. Ciò rende necessario interrogarsi su cosa possa accadere nel caso in cui quest'ultimo ometta di segnalare all'Autorità giudiziaria un fatto rilevante ai fini penali.

La risposta cambia a seconda della natura giuridica della figura del Procuratore federale all'interno dell'ordinamento statale italiano ed, in particolare, in base alla circostanza se esso debba essere considerato un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio, od un semplice cittadino.

La risposta sanzionatoria del legislatore, infatti, è commisurata alla qualità del soggetto responsabile dell'omissione ed è direttamente proporzionale alla natura pubblica dello stesso.

L'art. 357 c.p. dispone che “agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali, coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”. Agli stessi effetti, come disposto dal secondo comma dell'art. 357 novellato dalla l. n. 86/90 e successivamente modificato dalla l. n. 181/92, “è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”.

Dalla lettura della norma, pertanto, si evince che la qualifica di pubblico ufficiale va attribuita a tutti quei soggetti che “concorrono a formare la volontà di una pubblica amministrazione; coloro che sono muniti di poteri decisionali, di certificazione, di attestazione o di coazione”.³⁸

Tradizionalmente, si sostiene che a seguito della riforma dettata dalla l. 26 Aprile 1990, n. 86, il legislatore abbia definitivamente accolto la concezione c.d. funzionale-oggettiva della nozione di pubblico ufficiale, non considerando più rilevante l'eventuale rapporto di dipendenza del singolo dallo Stato o da altro ente pubblico. Ciò che dunque definisce la figura di pubblico ufficiale è l'effettivo svolgimento di attività pubblicistica, a prescindere dalla natura dell'eventuale rapporto di impiego che corre fra il soggetto e l'ente. Anche la giurisprudenza riconosce la validità di tale nozione, dovendosi ricollegare la qualifica di pubblico ufficiale ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dall'agente, come oggettivamente considerata.

Con particolare riferimento alla fattispecie in commento, la giurisprudenza ha riconosciuto la funzione pubblica, con conseguente qualificazione dei soggetti dipendenti, alle federazioni sportive,³⁹ seppur ribadendo che le Federazioni sportive, nonché i relativi Comitati regionali, permangono soggetti di diritto privato.⁴⁰

³⁸ Cfr. Cass. Pen. n. 148796/81.

³⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez VI, 19 Aprile 2000, n. 8727 - Pres. Sansone; Rel. Milo; P.M. Matera; Imp. Fardella in Juris Data, Giuffrè, <http://web.tiscali.it/aleslud/link.htm> (31.12.2018).

⁴⁰ L'art. 15 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242 prevede che le Federazioni sportive nazionali hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato. Esse non perseguono fini di lucro, sono disciplinate, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del

In vero, la Federazione sportiva assume connotazione pubblicistica quando agisce come organo del CONI, in relazione all'esercizio delle attività sportive ricadenti nell'ambito di rispettiva competenza.⁴¹

Se si considera che l'amministrazione della giustizia endofederale rientri tra le funzioni pubblicistiche demandate al CONI, laddove sussista una *condotta omissiva* da parte del Procuratore federale, per alcuni si ritiene sarebbe ravvisabile l'ipotesi di reato disciplinata e punita dall'art. 361 c.p., con conseguente applicabilità delle sanzioni previste dalla norma suddetta nel caso di omessa comunicazione di fatti rilevanti per l'Ufficio del Pubblico Ministero.⁴²

Sotto un altro profilo, però, è doveroso evidenziare come le norme che prevedono il dovere per il Procuratore Federale di informare la Procura della Repubblica in presenza di reati, non possono essere sussumibili ad un obbligo normativamente previsto dallo Stato in quanto risultano essere presenti solo nei regolamenti sportivi.

Per l'Ordinamento italiano, infatti, l'unico obbligo di denuncia normativamente previsto per gli organi di Giustizia Federale è quello previsto dall'art. 3 della Legge 401/1989 in materia di frode nelle competizioni sportive. Tale norma prevede che "i presidenti delle federazioni sportive nazionali affiliate al Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), i presidenti degli organi di disciplina di secondo grado delle stesse federazioni e i corrispondenti organi preposti alla disciplina degli enti e delle associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 1, che nell'esercizio o a causa delle loro funzioni hanno notizia dei reati di cui all'articolo 1, sono obbligati a farne rapporto, ai sensi delle vigenti leggi, all'autorità giudiziaria".

Oltre tale ipotesi prevista dalle leggi ordinarie, la mancata comunicazione alle Autorità di altre fattispecie di illecito sportivo, anche grave, non comporta alcuna conseguenza sotto il profilo penale. Ciò influisce necessariamente sulla analisi sulla qualità giuridica del Procuratore federale che, per effetto di tale ragionamento, non potrà essere giammai considerato quale pubblico ufficiale. Tale orientamento è stato confermato in sede giurisdizionale laddove⁴³ è stato deciso che il deposito di una denuncia ad un ufficio di Procura federale non possa rappresentare una ipotesi di pericolo giuridicamente rilevante per lo Stato ai fini della configurabilità del reato di calunnia. In tal senso, risulta emblematica la pronuncia del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma laddove, con ordinanza n. RG 16556/16 - 34455/16 GIP, ha archiviato il procedimento di indagine contro un tesserato che aveva presentato alla Procura Federale una denuncia di fatti ritenuti non rilevanti sotto il profilo disciplinare sportivo.

medesimo. Sono altresì dotate di autonomia perfetta e sono dotate di un proprio sistema di giustizia sportiva per disciplinare internamente le attività dei propri affiliati.

⁴¹ Cfr. cit. Cass. Pen., Sez VI, 19 Aprile 2000, n. 8727.

⁴² Commento all'art. 32 *septies* del Codice di giustizia sportiva FIGC, secondo capoverso, 423-424.

⁴³ Cfr. Tribunale di Roma, Ordinanza n. RG 16556/16 - 34455/16 GIP.

11. *La Procura Generale dello Sport. L'attività di gestione e coordinamento delle Procure federali*

La riforma del Codice di Giustizia Sportiva del CONI del 2014, con l'introduzione dell'art. 12^{ter} dello Statuto del CONI, ha visto l'istituzione tra gli organi di Giustizia sportiva della Procura Generale dello Sport, il cui ufficio è costituito dal Procuratore generale dello sport e dai Procuratori nazionali dello sport, figure preposte e gestite da quest'ultimo nello svolgimento degli affari dell'ufficio. Tale articolo non ha subito modifiche nell'ultima revisione del CGS CONI avvenuta con la già richiamata deliberazione n. 1598 del Consiglio Nazionale nella seduta del 10 luglio 2018.

Il Procuratore generale dello Sport è eletto dal Consiglio Nazionale del CONI, su proposta della Giunta del CONI con la maggioranza dei due terzi degli aventi diritto al voto. Lo Statuto prevede che possano aspirare all'incarico professori ordinari in materie giuridiche, avvocati abilitati all'esercizio della professione dinanzi alle magistrature superiori o avvocati dello Stato, i magistrati ordinari e amministrativi, gli alti ufficiali delle forze di polizia. Queste ultime figure professionali possono essere candidabili siano essi ancora in carica oppure a riposo.⁴⁴ La durata dell'incarico è quadriennale ed è rinnovabile per soli due mandati consecutivi.

I Procuratori Nazionali dello sport sono invece nominati dal Presidente del CONI, su proposta del Procuratore Generale dello sport, in numero non superiore a trenta. Oltre coloro in possesso dei requisiti richiesti per diventare Procuratore Generale, possono aspirare a questo incarico anche gli avvocati e i dottori commercialisti con almeno cinque anni di iscrizione all'ordine o tre anni di servizio nell'ambito degli organi di giustizia sportiva.

Scopo della Procura Generale dello Sport, che è in posizione sovraordinata rispetto alle Procure Federali, è quello, codificato dall'art. 12 ter dello Statuto del CONI, di "coordinare e vigilare le attività inquirenti e requirenti svolte dalle Procure Federali", allo "scopo di tutelare la legalità dell'ordinamento sportivo".

Il rapporto tra Procura Generale dello sport e le Procure Federali dovrebbe essere sempre improntato, per previsione normativa,⁴⁵ alla leale collaborazione, finalizzata ad assicurare la completezza e tempestività delle rispettive indagini.

Le funzioni di coordinamento e vigilanza, per le quali la Procura Generale deve riferire al Presidente del CONI in una apposita relazione annuale, si estrinsecano in una serie di attività che sono enunciate dall'art. 12 ter dello Statuto CONI in combinato disposto con gli artt. 51 e ss. del CGS CONI.

⁴⁴ L'attribuzione dell'incarico a soggetti in pensione potrebbe incorrere nel divieto di cui all'art. 6 del D.L. 90/2014, modificato dall'art. 17, comma 3, l. 124 del 2015 che provvede a sostituire il terzo periodo della norma in oggetto prevedendo che "Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione".

⁴⁵ Così comma 1 art. 12ter Statuto CONI.

Tali funzioni consistono:

- nella cooperazione con le Procure Federali in spirito di leale collaborazione, al fine di assicurare la completezza e tempestività delle rispettive indagini; tale attività in concreto può estrinsecarsi nell'invito rivolto al capo della Procura Federale "ad aprire un fascicolo di indagine su uno o più fatti specifici";⁴⁶
- nell'adozione di "linee guida per prevenire impedimenti o difficoltà nell'attività di indagine".⁴⁷ Il potere di coordinamento, esplicito attraverso l'adozione di linee guida, diviene fondamentale qualora i medesimi fatti siano oggetto di indagine da parte di Procuratori federali appartenenti a Federazioni diverse;
- nella facoltà di "riunire i Procuratori federali interessati al fine di rendere effettivo il rispettivo potere di promuovere la repressione degli illeciti";⁴⁸
- nell'attività di raccordo tra le Procure Federali e la Procura Antidoping del CONI in caso di conflitti di competenza.⁴⁹

A tali attività si aggiungono ulteriori attività dove la vigilanza e il coordinamento si estrinsecano in funzioni integrative o anche sostitutive di quelle esercitate dalle Procure Federali, che consistono:

- nell'applicazione di Procuratori Nazionali nelle Procure Federali, ai sensi dell'art. 52 del CGS CONI, su richiesta del Procuratore Federale interessato, se sussistono vacanze di organico o qualora vi siano specifiche necessità investigative o processuali, oppure laddove, per un corretto svolgimento delle indagini, siano richieste specifiche esperienze e competenze professionali. In tali casi, l'applicazione comporterà una coassegnazione del procedimento tra il Procuratore federale e il Procuratore nazionale dello sport in applicazione. Il Procuratore nazionale dello sport durante l'applicazione alla Procura rimarrà soggetto ai soli doveri dell'ufficio di appartenenza e non potrà essere supplito né sostituito se non per il periodo in cui risulterà applicato;
- nella facoltà di disporre l'avocazione dell'attività inquirente non ancora conclusa nei casi di "avvenuto superamento dei termini per la conclusione delle indagini, oppure di richiesta di proroga degli stessi", ovvero qualora "emerga un'omissione di attività di indagine tale da pregiudicare l'azione disciplinare e nei casi in cui l'intenzione di procedere all'archiviazione sia ritenuta irragionevole".⁵⁰

⁴⁶ Cfr. art. 51, comma 4, CGS CONI.

⁴⁷ Cfr. art. 51, comma 5, CGS CONI.

⁴⁸ Cfr. art. 51, comma 5, CGS CONI.

⁴⁹ Cfr. art. 50 CGS CONI.

⁵⁰ Cfr. art. 51, comma 6, CGS CONI e art. 12 ter, comma 4, Statuto CONI.

12. *Il potere di avocazione delle indagini*

L'avocazione di una indagine da una Procura Federale può essere disposta con atto motivato, nei casi previsti dall'art. 12 ter comma 4 dello Statuto del CONI, dal Procuratore generale dello Sport e, specificamente, nelle seguenti ipotesi:

- quando è stata richiesta una proroga del termine per le indagini del Procuratore federale e questa misura non appare adeguata;
- quando la Procura federale stia compiendo nelle indagini omissioni concrete che possano esporre a pregiudizio la conclusione dell'azione disciplinare
- qualora la richiesta di archiviazione non risulti ragionevole se rapportata a circostanze gravi e concordanti emerse durante le indagini.

L'avocazione è preceduta da un invito al Procuratore Federale ad adottare, entro un termine ragionevole, specifiche iniziative tra cui, in generale, il compimento degli atti in difetto dei quali l'indagine non sarebbe correttamente svolta.

Nel caso di superamento della durata stabilita per le indagini preliminari, la Procura Generale dello Sport, con tale invito, può rimettere in termini il Procuratore Federale per un tempo ragionevole e comunque non superiore a venti giorni, ove ritenga importanti gli elementi raccolti tardivamente.

In ogni caso, il Procuratore Generale dello Sport è tenuto ad effettuare, per motivare l'avocazione, una valutazione nel merito sulle attività poste in essere dal Procuratore Federale. Tale valutazione si sostanzia, di fatto, in una concreta ingerenza negli affari federali da parte del Procuratore Generale. L'invito a compiere ulteriori atti su indicazione della Procura Generale, posto come condizione di procedibilità per poter avocare l'indagine, sembra mitigare gli effetti di tale ingerenza, dando applicazione concreta al dovere di collaborazione e di indirizzo tra i due diversi uffici.

Il provvedimento di avocazione comporta il decorso di un nuovo termine per il compimento delle indagini pari alla metà di quello ordinariamente previsto per le medesime indagini e l'applicazione alle indagini di un Procuratore nazionale dello sport, nominato dalla Procura Generale, che ha poteri corrispondenti a quelli del Procuratore federale sostituito.⁵¹

Laddove si riscontri l'integrale omissione degli atti di indagine, il Procuratore nazionale incaricato potrà chiedere al Procuratore generale dello sport la concessione di un termine pari a quello ordinario.

Il Procuratore nazionale dello sport in applicazione rimane soggetto nei confronti della Procura generale dello sport, in quanto compatibili, ai doveri del Procuratore federale sostituito.

L'avocazione termina quando il procedimento o il processo viene definito in sede federale.

⁵¹ Cfr. art. 52 CGS CONI - Applicazioni di procuratori nazionali dello sport in casi particolari.

13. *Le funzioni requirenti esclusive della Procura Generale dello Sport*

Oltre alle funzioni sopra esposte, riguardanti le attività inquirenti e requirenti svolte in ambito federale, la Procura Generale dello Sport possiede anche attribuzioni requirenti esclusive in relazione al giudizio avanti il Collegio di Garanzia dello Sport.

L'art. 54, comma 2, del CGS CONI riconosce, infatti, la facoltà di proporre ricorso al Collegio di Garanzia, oltre che alle "parti nei confronti delle quali è stata pronunciata la decisione", anche alla Procura Generale dello Sport. Alla stessa è pure riconosciuta la facoltà di intervenire in ogni udienza fissata per la discussione delle controversie delle quali è investito il Collegio di Garanzia dello Sport, parallelamente alla Federazione interessata.

L'art. 59 CGS CONI, inoltre, prevede che il ricorso introduttivo, oltre che a tutte le parti del giudizio di secondo grado, unitamente al provvedimento di fissazione di udienza, vada in ogni caso trasmesso dalla Segreteria del Collegio di Garanzia alla Procura Generale «che ha facoltà di intervenire, di depositare memoria ovvero di prendere conclusioni orali nel corso dell'udienza fissata per la discussione», ma che resta esclusa dalla possibilità di proporre l'eventuale impugnazione incidentale, riservata alle sole parti destinatarie della comunicazione di cui al comma 1.

Tali norme non chiariscono, tuttavia, la natura e gli eventuali limiti di tale impugnazione o intervento, generando problematiche anche a livello interpretativo che hanno richiesto più volte l'intervento del Collegio di Garanzia.

Il nodo principale da sciogliere è se l'intervento della Procura Generale debba essere adesivo rispetto a quello della Procura Federale⁵² o ne debba essere da questo svincolato, arrivando sino al caso limite in cui la Procura Generale impugni innanzi al Collegio di Garanzia una sentenza ove la Procura Federale sia risultata sostanzialmente vincitrice oppure si ponga in contrasto con le conclusioni sostenute dalla Procura Federale nei giudizi endofederali e davanti al Collegio di Garanzia. Altre ipotesi potrebbero aversi nel caso di un giudizio davanti al Collegio di Garanzia proposto dalla Procura Generale, con argomenti sostanzialmente coincidenti con quelli proposti dal tesserato sanzionato, al quale si oppongono la Federazione ed anche la Procura Federale, o anche il caso di un giudizio proposto dalla sola Procura Generale in assenza di un ricorso proposto dal tesserato sanzionato, al quale si oppongono la Federazione ed anche la Procura Federale.⁵³ In tal caso, il ricorso

⁵² Nella sentenza del Collegio di Garanzia dello sport n. 21/2018 non si rinviene un contrasto tra la posizione della Procura Federale, che nel giudizio di appello endofederale aveva insistito per la rieiezione dell'appello proposto (e quindi per la conferma della decisione del Tribunale Federale), e quella della Procura Generale dello Sport, che, davanti al Collegio di Garanzia, ha chiesto la riforma della decisione della Corte Federale e la conferma della decisione del Tribunale di primo grado federale.

⁵³ La sentenza del Collegio di Garanzia dello sport n. 9/2018 è peculiare perché la Procura Generale si schiera a difesa di un tesserato radiato avverso la sentenza di appello che aveva rigettato l'impugnazione del tesserato con giudizio di improcedibilità per assenza di difesa tecnica. La Sezione ha ritenuto di dover chiedere un chiarimento delle Sezioni Unite del Collegio di Garanzia sui

non avrebbe natura impugnatoria, bensì costituirebbe lo strumento per ottenere una pronuncia che, nell'interesse dell'ordinamento sportivo, affermi i principi di diritto ai quali avrebbero dovuto attenersi – e dovranno attenersi in futuro – i giudici endofederali.⁵⁴

Il Collegio di Garanzia, interrogato sul punto, ha escluso che le facoltà per la Procura Generale di proporre ricorso sia condizionata dalle disposizioni che disciplinano i poteri di azione delle Procure Federali.⁵⁵

Il CGS CONI, infatti, ha riconosciuto il potere di esercitare l'azione disciplinare in via esclusiva al Procuratore Federale⁵⁶ con chiaro riferimento al momento di avvio del procedimento disciplinare, allorché, ricorrendo i presupposti stabiliti dall'art. 44 CGS CONI, si pervenga al deferimento e, quindi, all'instaurazione del giudizio di primo grado. Giova ricordare che tale potere trova comunque un temperamento nel potere di avocazione che lo stesso CGS riconosce alla Procura Generale dello Sport.

La circostanza che al Procuratore Federale sia garantito il potere di esercitare l'azione disciplinare anche nel successivo grado di giudizio, come pure nel giudizio innanzi al Collegio di Garanzia,⁵⁷ non implica l'esclusione del potere di azione innanzi a quest'ultimo in capo alla Procura Generale dello Sport o comunque una limitazione delle facoltà ad essa attribuite dall'art. 54, comma 2, CGS CONI.

Alla luce di queste interpretazioni, si deve ritenere che, nel sistema delineato dallo Statuto del CONI e dal CGS CONI, alla Procura Generale dello Sport sia stato assegnato, con l'art. 54, comma 2, il potere di ricorrere davanti al Collegio di Garanzia dello Sport, allo scopo di assicurare la legalità dell'ordinamento sportivo. Si ritiene che tale intervento avverso le decisioni non altrimenti impugnabili nell'ordinamento federale, possa avvenire non solo in modo congiunto con le Procure

limiti del potere impugnatorio assegnato alla Procura Generale dello Sport, poiché, nel caso oggetto di quella decisione, non vi era stata una formale soccombenza della Procura Federale nel giudizio endofederale e si era anche posta la questione di possibili contrasti tra le posizioni della Procura Federale, da un lato, e della Procura Generale dello Sport, dall'altro.

Nella sentenza del Collegio di Garanzia dello Sport 10/2018, la Procura Generale ha impugnato la sentenza di secondo grado sostenendo l'avvenuta estinzione del procedimento, per la decorrenza dei termini previsti dall'art. 76, commi 1 e 4, Reg. Giustizia FIR, in quanto il provvedimento del Tribunale Federale sarebbe intervenuto decorsi 90 giorni dall'esercizio dell'azione disciplinare (avvenuta in data 9 marzo 2017). La CFA della FIR avrebbe quindi errato, secondo la Procura, nel considerare quale *dies a quo* il giorno di trasmissione del relativo atto di deferimento al Tribunale Federale (avvenuto in data 13 marzo 2017) e nel ritenere, pertanto, il provvedimento emesso entro i termini di cui all'art. 76, commi 1 e 4, del Reg. Giustizia FIR. La posizione della Procura Generale è stata ritenuta fondata dal Collegio di Garanzia ed il giudizio è stato dichiarato estinto.

⁵⁴ Cfr. in tal senso sentenza del Collegio di Garanzia dello Sport, Sezioni Unite, 3 maggio 2018 n. 24, nella quale il Collegio precisa di condividere le conformi ragioni già espresse, sia pur in casi diversi, dalle precedenti decisioni della Sezione IV n. 9 e n. 21 del 2018.

⁵⁵ Cfr. sentenza del Collegio di Garanzia dello sport n. 21/2018.

⁵⁶ L'art. 44 CGS CONI assegna alla Procura Federale presso ciascuna Federazione il potere di "esercitare in via esclusiva l'azione disciplinare nei confronti dei tesserati, affiliati e degli altri soggetti legittimati secondo le norme di ciascuna Federazione".

⁵⁷ Cfr. sentenza del Collegio di Garanzia dello Sport n. 25/2016.

Federali,⁵⁸ ma anche autonomamente,⁵⁹ a prescindere dall'eventuale ricorso della Procura Federale, quando la Procura Federale (o la stessa Procura Generale, nei casi che si sono indicati) è risultata soccombente (anche solo in parte) nel giudizio endofederale.

Tale funzione ha lo scopo evidente di ottenere da parte del Collegio di Garanzia, che costituisce l'organo di vertice e insieme di chiusura del sistema della giustizia sportiva, una pronuncia definitiva sulla vicenda oggetto del giudizio federale, al fine di assicurare comunque la legalità dell'ordinamento sportivo.

La natura e l'efficacia dell'impugnazione da parte della Procura Generale nei termini anzidetti è pienamente conforme ai principi generali dell'ordinamento sportivo e, in particolare, a quelli fondanti il sistema della giustizia sportiva. Il fine sotteso al sistema della giustizia sportiva è quello di garantire, mediante la diretta incidenza del giudicato sull'attività dei tesserati ed affiliati, che tale attività in concreto sia pienamente rispondente ai principi, alle regole ed alle prassi vigenti in seno all'ordinamento sportivo.

L'istituzione della Procura Generale dello Sport, con il riconoscimento alla stessa dei poteri di avocazione e di impugnazione innanzi al Collegio di Garanzia, diviene strumento per la piena attuazione del principio di effettività, sia nella fase processuale che in quella prodromica.

La previsione di un rimedio volto a espungere dall'ordinamento un principio di diritto errato è oggi rinvenibile nel sistema processuale civile nel ricorso per cassazione previsto per l'affermazione del «principio di diritto nell'interesse della legge», disciplinato dall'art. 363 c.p.c., il quale consente al Procuratore Generale presso la Cassazione, solo ove la sentenza sia ormai passata in giudicato ovvero non sia ricorribile in cassazione o non sia altrimenti impugnabile, di chiedere che la Corte «enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi», legittimando anche quest'ultima a pronunciare d'ufficio, ove abbia dichiarato inammissibile il ricorso.⁶⁰

Queste disposizioni, che disciplinano i poteri della Procura Generale dello Sport con alcuni tratti di somiglianza col pubblico ministero presso la Corte di Cassazione interveniente e concludente (art. 76 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12), non risolvono tuttavia il tema relativo alle condizioni del potere di azione dell'Ufficio, lasciando nella sostanza sul terreno l'esigenza di un più chiaro inquadramento sistematico in assenza di una puntuale previsione normativa, dal momento che la soluzione attuale, che ammette sia il Procuratore Federale che la

⁵⁸ Così è accaduto in numerosi casi esaminati dal Collegio di Garanzia, cfr. le decisioni delle Sezioni Unite n. 8, 59 e 66 del 2017 e della Sezione IV n. 53 e n. 55 del 2017.

⁵⁹ Cfr. decisione del Collegio di Garanzia dello Sport, Sezione II, n. 25 del 2016.

⁶⁰ Dalla richiesta del Procuratore Generale, che non costituisce una vera e propria impugnazione, non origina una fase del processo di cognizione ormai concluso o non devolvibile in cassazione, bensì un giudizio che, pur pronunciando su una questione astrattamente rilevante nel processo a quo, «non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito», secondo un modello sui generis non corrispondente né a un'ipotesi di giurisdizione consultiva né ad una di giurisdizione oggettiva, la quale invece produce sempre effetti sui contendenti.

Procura Generale dello Sport ad adire il Collegio, si ritiene sia caratterizzata da eccessiva eccentricità.⁶¹

14. *Le funzioni di registro e controllo dei procedimenti*

Al fine di garantire l'efficace esercizio delle attività di vigilanza e di coordinamento, ed al fine di poter proporre ricorso davanti al Collegio di Garanzia dello Sport,⁶² come si è già accennato, è stato assegnato alla Procura Generale dello Sport il compito di istituire e custodire il registro generale dei procedimenti in corso ed il registro generale delle altre notizie di illecito comunque acquisite, nonché il casellario delle condanne sportive. La gestione centralizzata delle informazioni è funzionale alla analisi delle tipologie di illecito compiute e delle attività di indagine poste in essere dalle Procure Federali.

Nel registro generale vengono inserite anche le relazioni periodiche che le Procure Federali sono obbligate ad inviare sulle attività da esse svolte ed a tutti i procedimenti pendenti, sia in fase di indagine che in fase dibattimentale. Nel predetto registro sono annotate, altresì, le notizie di illecito sportivo ricevute non in forma anonima dal Procuratore Federale, le comunicazioni di avvio dell'azione disciplinare, le determinazioni di conclusione delle indagini e le istanze di proroga del termine per la conclusione delle indagini.⁶³

Il registro può essere articolato in una o più sezioni ove vengono iscritti ed annotati dalle Procure Federali i dati raccolti a norma dell'art. 12 ter dello Statuto del CONI. Nel registro generale vengono altresì iscritte le notizie di illecito comunque pervenute.

Ogni registro deve essere formato in modo da dare costantemente prova dell'autore e della data dell'iscrizione o dell'annotazione nonché degli altri elementi essenziali al raggiungimento dello scopo per il quale il registro è tenuto.

Il Procuratore Generale dello sport deve assicurare che il registro risulti sempre aggiornato, integro ed intangibile.

15. *Conclusioni*

Il ruolo svolto dalle Procure Federali e dalla Procura Generale dello Sport incide profondamente sullo svolgimento di ogni attività sportiva in Italia.

Il sistema, come attualmente configurato dal CGS CONI, assicura in generale una discreta efficacia sia nell'azione inquisitoria sia in quella requisitoria.

L'utilizzo dell'istituto della Procura Federale, unitamente alla supervisione ed al coordinamento posto in essere dalla Procura Generale dello Sport, organismo di matrice extrafederale, permette un controllo incrociato su ogni indagine e

⁶¹ Cfr. Decisione del Collegio di Garanzia dello Sport, Sezione II, n. 25 del 2016 sopra citata.

⁶² Cfr. Decisione del Collegio di Garanzia dello Sport n. 21/2018 sopra citata.

⁶³ Cfr. art. 53 CGS CONI.

procedimento, riuscendo ad assicurare un elevato margine di efficacia ed imparzialità sia nella gestione dei procedimenti che nelle fasi decisionali sull'esito delle indagini.

Restano da sanare alcune incongruenze e vuoti normativi che possono potenzialmente agevolare abusi ed omissioni da parte dei soggetti che assumono gli incarichi di Procura. Tra questi, gli aspetti maggiormente rilevanti sono, come si è visto, la mancanza di procedure e tempistiche certe per l'apertura delle indagini ed il potere di nomina dei componenti degli uffici di Procura Federale in capo ai Consigli Federali, organismi di indirizzo politico. L'incidenza di queste problematiche nelle grandi federazioni risulta minore per il maggior numero di soggetti coinvolti nei processi decisionali. Tale numero, negli uffici di Procura costituiti da più Sostituti Procuratori o da diversi Procuratori Territoriali, permette un controllo reciproco delle attività svolte, rendendo oggettivamente più complesso un abuso del proprio ruolo. Diversamente, nelle piccole Federazioni, ove il Procuratore Federale è unico oppure ove vi siano dirigenze molto influenti e radicate da diversi mandati, questi aspetti controversi a volte danno adito a vere e proprie violazioni dei diritti dei tesserati.

Altra circostanza problematica ai fini di un corretto espletamento dell'incarico di Procura è l'aspetto onorifico dello stesso. Il rimborso di una diaria non permette una applicazione prolungata all'incarico e la possibilità di sviluppare approfondimenti in indagini eccessivamente complesse, soprattutto negli uffici di Procura più piccoli od unipersonali. Ciò implica una prevedibile propensione dei Procuratori all'archiviazione delle indagini più articolate.

La rilevanza della figura di Procuratore Federale al di fuori dell'ordinamento sportivo, con la conseguente assunzione di oneri che potrebbero comportare anche responsabilità di natura penale, come nel caso di omessa denuncia delle frodi sportive, rappresenta un ulteriore ostacolo al reclutamento dei soggetti più idonei allo svolgimento dell'incarico.

Tali lacune normative dovranno essere oggetto, per poter rendere l'attività di questi organismi ancora più incisiva e pervasiva, di un tentativo di riforma ulteriore rispetto a quello effettuato nello scorso luglio 2018 che non ha affrontato, se non in via liminare, tali aspetti irrisolti. Non è chiaro se la revisione effettuata possa definirsi una occasione di intervento persa, oppure se sia stata una scelta consapevole di non modificare istituti cardine, in assenza di alternative concretamente più valide.

Il confronto con il sistema penale italiano, d'altra parte, non sempre riesce a dare spunti risolutivi ma, sicuramente, la comparazione tra gli istituti restituisce una visione diversa delle criticità del sistema attuale di giustizia sportiva.

L'applicazione di tecnologie, ormai di normale utilizzo nei processi civili ed amministrativi, anche ai procedimenti sportivi, potrebbe fornire soluzioni alternative di comprovata efficacia ed efficienza. L'utilizzo della posta elettronica certificata, per fornire una data certa al momento della ricezione della notizia di illecito, potrebbe permettere di ridurre al minimo le tempistiche per l'apertura delle indagini.

La maggiore dinamicità dell'ordinamento sportivo, infine, consentirebbe di testare nuove tipologie di svolgimento dei processi, come lo scambio diretto tra le parti delle comparse difensive o lo svolgimento delle udienze integralmente in videoconferenza.

MEDICINA SPORTIVA E RESPONSABILITÀ CIVILE: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

di *Gabriele Toscano**

ABSTRACT: The Author analyzes the latest relevant case law on the civil liability of sports in Italy.

He focuses on clinical tests protocols, athletes, college sport students, professional sports clubs and associations, etc. in order to highlight the fundamental and sensitive role of the sport medicine and doctors in the modern world of professional and amateur sports.

After having duly identified and detailed the problems about sports medicine, the author underlines the inevitable evolution of medical science of sports under the impact of the contemporary technology progresses.

Moreover, the author trusts the national political ruling class to be able to conceive and develop a serious project that put sports at the center of youth policies, while saving public health expenditures, which might be allocated to scientific research projects.

Keywords: Sports medicine; Civil liability; Sports Doctor; Negligence; Accident; Fault; Clinical tests; Guilt; Medical check.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il ruolo del medico nella medicina dello sport – 3. Idoneità medico sportiva e visita medica: linee guida o precauzioni? – 4. Dal caso *Curi* al caso *Morosini*, senza dimenticare *Vendemini*, la domanda s'impone: ma è sempre "colpa" del medico sportivo? – 5. Medicina sportiva e sport pericolosi: alcune riflessioni sulla vicenda *Jacopucci* – 6. Medicina sportiva e responsabilità: un problema sempre più complesso – 7. Decreto Balduzzi e legge Gelli-Bianco – 8. Conclusioni

* Cultore della materia di Diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena. E-mail: gabriele.toscano@gmail.com.

Il presente contributo è frutto della riflessione dall'autore al convegno, organizzato dall'Associazione Italiana Avvocati dello Sport, "Idoneità sportiva: concetto medico e normativo" tenutosi il 1° giugno 2018 a Grosseto dove hanno preso parte numerosi addetti ai lavori, tra cui personale sanitario e non. Per maggiori approfondimenti è possibile consultare il resoconto del convegno al seguente link www.avvocatisport.it/resoconto_Grosseto_2018.pdf.

1. Introduzione

Una recente statistica dell'ISTAT¹ dell'anno 2015 ha stimato in oltre 20 milioni le persone in Italia che dichiarano di praticare un'attività sportiva (agonistica e non agonistica), in circa 15 milioni coloro che svolgono semplicemente attività fisica (come ad esempio andare a camminare o in bicicletta) ed in oltre 23 milioni le persone che dichiarano di non praticare sport o attività fisica nel tempo libero.²

È inoltre interessante notare che circa il 60% dei ragazzi in età compresa tra gli 11 ed i 14 anni pratica regolarmente uno sport.³

Il divertimento, la sana competizione, lo spirito di squadra ed il benessere fisico fanno sì che il numero delle persone che praticano un'attività sportiva, soprattutto tra i più giovani, sia in continuo aumento, e questo ha portato negli ultimi anni ad una particolare attenzione da parte della scienza medica a tutelare al massimo la salute degli sportivi, indipendentemente dall'età anagrafica e dalle discipline sportive praticate.

Nonostante questo, correlato ai continui interventi legislativi⁴ su obblighi certificativi di idoneità per accedere all'attività, non sono mancati negli ultimi anni episodi di cronaca che hanno registrato decessi improvvisi durante manifestazioni o allenamenti in svariate discipline sportive come il calcio, la pallacanestro ed il volley.⁵

Questi avvenimenti hanno fatto emergere di recente la necessità di una revisione dei protocolli di visite mediche nell'ambito dell'esercizio delle attività sportive e, soprattutto, di rivedere le situazioni connesse al ruolo ed alla responsabilità del medico sportivo "visitatore" e di quello "sociale".

2. Il ruolo del medico nella medicina dello sport

La medicina dello sport⁶ è di tipo preventivo e si occupa del corretto avviamento e idoneità all'attività motoria e delle patologie a questa correlate. Nell'ambito di questa specializzazione, vengono effettuate visite medico-sportive, visite

¹ Per maggiori approfondimenti vedi www.istat.it/it/archivio/204663.

² Stando alle statistiche ISTAT precedentemente menzionate sembrerebbe che questo numero di persone sia destinato ad aumentare con l'età fino ad arrivare a quasi la metà della popolazione di 65 anni e più. Per maggiori approfondimenti vedi www.istat.it/it/archivio/204663.

³ Per maggiori approfondimenti vedi S. RIGAZIO, *Minore d'età e attività sportiva: una lettura in chiave dinamica*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2015, I, 81-124.

⁴ Per maggiori approfondimenti vedi P.P. MUIA, *I certificati medici sportivi secondo il decreto Balduzzi*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it/certificati-medici-sportivi-secondo-decreto-balduzzi.

⁵ Per maggiori approfondimenti vedi M. DI PAOLO, A. LUCHINI, D. LUCHINI, C.M. CAPRISTO, *Morte di un atleta in corso di attività sportiva agonistica amatoriale. Ipotesi di responsabilità professionale per mancata diagnosi*, in *Zacchia*, 2002, II, 199-210.

⁶ Per maggiori approfondimenti vedi voce *Medicina dello Sport* in *Dizionario di Medicina*, Treccani, 2010 consultabile al seguente link www.treccani.it/enciclopedia/medicina-dello-sport_%28Dizionario-di-Medicina%29/.

cardiologiche, valutazioni funzionali, riabilitazione sportiva post-traumatica, sport terapia ed altro.

Il medico sportivo, quindi, riveste un ruolo cruciale in quanto egli *deve diagnosticare non una malattia, ma al contrario accertare lo stato di salute del soggetto in esame e la sua integrità psico-fisica non solamente attuale, ma proiettata nel futuro ed in relazione all'espletamento di una determinata attività sportiva.*⁷

Il che è indubbiamente più difficile ed impegnativo in quanto richiede anche una buona conoscenza tecnica degli sforzi atletici propri della specializzazione sportiva. Inoltre, mentre nella pratica quotidiana il paziente abitualmente collabora con il medico esponendogli la propria anamnesi e la soggettività nel modo più efficace e aderente alla realtà del caso (favorendo di conseguenza una più esatta conclusione diagnostica e prognostica), colui che si sottopone ad una visita di valutazione medico-sportiva invece *“tende a minimizzare o a nascondere le proprie deficienze e gli eventuali disturbi nel timore di trovare nel giudizio sfavorevole del medico una remora alle sue aspirazioni sportive”*.⁸

In sintesi il medico sportivo⁹ valuta lo stato di salute psico-fisica di chi pratica uno sport, lo soccorre in caso di traumi ed utilizza lo sport come terapia per prevenire e gestire le malattie croniche associate a stili di vita scorretti. Da questo quadro esplicativo è possibile distinguere una duplice figura di medico sportivo. Il primo opera all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata (pensiamo ad esempio alle Aziende Sanitarie Locali oppure alle strutture private accreditate che offrono comunque lo stesso servizio). Il secondo opera alle dipendenze di una società sportiva o di una Federazione sportiva nazionale.

La prima figura è quella del cd. medico sportivo “generico” preposto allo svolgimento delle visite medico sportive, agonistiche e non agonistiche. E' il medico che sottopone l'atleta alla visita medico sportiva annuale e, dopo tutti gli accertamenti previsti dalla legge,¹⁰ rilascia il certificato medico di idoneità alla pratica sportiva a seconda della disciplina che si intende praticare.

⁷ F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Lo specialista in Medicina dello Sport è un professionista particolarmente qualificato nelle attività sanitarie di natura preventiva, curativa, riabilitativa che hanno per oggetto la tutela della salute della popolazione sportiva e, in quanto tale, risponde giuridicamente del proprio operato, commissivo ed omissivo, in riferimento agli obblighi attribuibili sia ad ogni esercente la professione medica sia allo specialista con specifica competenza in un determinato settore. Per maggiori approfondimenti vedi *Linee guida Protocolli cardiologici per il giudizio di idoneità allo sport agonistico* (Comitato organizzativo cardiologico per l'idoneità allo sport, ANCE – ANMCO – FMSI – SIC – SIC SPORT), 2017, 503 ss. in www.giornaledicardiologia.it/allegati/00722_2005_08/fulltext/08-05_04%20502-546.pdf.

¹⁰ La legge n. 91 del 23 marzo 1981 “*Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti*” ha qualificato gli sportivi professionisti, definito le loro prestazioni e i rapporti di lavoro con le società, stabilito specifiche norme per le visite (periodicità semestrale, obbligo di tenuta di scheda sanitaria individuale, norme specifiche demandate alle rispettive Federazioni sportive); mentre con

La seconda figura è quella del cd. medico sportivo “sociale”, specialista in medicina dello sport, che è da qualificare come il responsabile sanitario della Società sportiva professionistica regolarmente iscritto in un apposito elenco presso la Federazione sportiva nazionale di riferimento. Da qualche tempo, il medico del club è sostituito da una vera e propria *équipe* di medici sportivi con a capo un responsabile dello *staff* sanitario. Il compito del medico sociale, analogo a quello del medico “competente del lavoro”, è di assistenza sanitaria e di controllo periodico dell’atleta durante tutto l’arco della stagione sportiva. Egli è in costante rapporto con lo *staff* tecnico (commissario tecnico nel caso della Nazionale, allenatori ecc. nel caso delle società sportive) dai ritiri precampionato della squadra, agli allenamenti settimanali e le trasferte.

Nel caso delle grandi società sportive professionistiche e delle Nazionali è l’*équipe* sanitaria,¹¹ il cd. *staff* sanitario è più numeroso e copre più specializzazioni. Essa è composta dal responsabile (che è sempre un medico di comprovata esperienza specializzato in medicina dello sport) e da tutta una serie di qualificati specialisti, come ulteriori medici sportivi, riabilitatori, massofisioterapisti, osteopati, fisioterapisti, riatletizzatori, nutrizionisti ecc.. In questo caso il medico sportivo, responsabile sanitario e capo dell’*équipe*, risponde direttamente per l’attività svolta dai professionisti che lavorano nel suo *team*.

Pensiamo al caso di un giocatore infortunato in una società di calcio professionistica. Il responsabile sanitario delega il medico della prima squadra ad effettuare una prognosi, che richiede per l’atleta dieci giorni di riposo a seguito di un trauma. Ammettiamo che al decimo giorno l’allenatore lo schiera in campo e il giocatore si infortuna nuovamente in maniera molto più grave al punto tale da compromettere l’intera stagione sportiva per la medesima causa, facendo apparire così che il periodo di riposo prescritto non era sufficiente al recupero. In tal caso, il responsabile dello *staff* sanitario risponderà (in sede civile e penale) direttamente alla società dell’operato del medico suo subordinato.

Vi è da considerare che le grandi società professionistiche sono quotate in borsa e questo può portare ricadute negative dei loro titoli azionari sulle logiche

il D.M. del 13 marzo 1995 sono state recepite e raccolte nelle “*Norme sulla tutela sanitaria degli sportivi professionisti*” le indicazioni pervenute dalle Federazioni interessate. L’accertamento dell’idoneità specifica, cui devono sottoporsi coloro che intendono praticare attività agonistica, è demandato, in attuazione del decreto del Ministero della Sanità 18 febbraio 1982, in modo esclusivo al medico specialista in medicina dello sport operante in strutture sanitarie pubbliche o private autorizzate. Inoltre, in ottemperanza al D.M. 8 agosto 2014 e successive circolari ministeriali (Nota Esplicativa del 17 giugno 2015 e nota integrativa del 28 ottobre 2015), l’accertamento dell’idoneità dei tesserati che praticano attività non agonistica è demandato ai medici di medicina generale e ai pediatri di libera scelta, relativamente ai propri assistiti, o a medici specialisti in medicina dello sport operanti presso strutture autorizzate.

¹¹ Si pensi che nel caso la Juventus FC dispone di una specifica struttura sanitaria *ad hoc* denominata JMedical, un centro di riabilitazione all’avanguardia concepito sugli *standard* utilizzati per gli atleti professionisti, ambulatori polispecialistici, due sale operatorie per interventi di chirurgia ambulatoriale ed un modello organizzativo che consente al paziente di programmare il proprio percorso senza perdite di tempo con un’*équipe* di oltre 100 specialisti di primo livello.

di mercato – oltre a quelle sportive (danno per mancata prestazione) – perché vanno ad impattare su tutta una serie di contratti che ruotano attorno alla figura del cd. “*atleta d’élite*”,¹² eventualmente malcurato e danneggiato.

3. *Idoneità medico sportiva e visita medica: linee guida o precauzioni?*

Ai sensi del D.M 18.02.1982 rubricato “*Norme per la tutela sanitaria della attività sportiva agonistica*”, tutti i praticanti di attività sportiva agonistica devono sottoporsi periodicamente al relativo accertamento d’idoneità.¹³

La Circolare del Ministero della Sanità 31.01.1983, n. 7 esplicativa di tale decreto chiarisce che per agonismo si intende “*quella forma di attività sportiva praticata sistematicamente e/o continuativamente e soprattutto in forma organizzata dalle Federazioni sportive nazionali, dagli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI e dal Ministero della Pubblica Istruzione per quanto riguarda i Giochi della Gioventù a livello nazionale, per il conseguimento di prestazioni sportive di un certo livello*”.

Ma non solo gli “agonisti” sono tenuti a sottoporsi agli accertamenti sanitari di rito, tanto che negli ultimi anni numerosi sono stati gli interventi legislativi¹⁴ in proposito ed oggi è possibile riscontrare ben quattro tipologie di certificazioni medico sportive,¹⁵ rilasciate che si possono così sintetizzare:

- a) certificato medico agonistico per i disabili;¹⁶
- b) certificato medico non agonistico per l’esercizio di attività di particolare ed elevato impegno cardiovascolare;¹⁷
- c) certificato medico non agonistico generico;¹⁸

¹² A.G. PARISI, *Sport, diritti e responsabilità: un confronto con l’esperienza francese*, in www.comparazionedirittocivile.it, 34.

¹³ Per i minori di 18 anni in genere è gratuita mentre per tutti gli altri è a pagamento.

¹⁴ Tra i tanti si ricorda il recente Decreto Ministeriale 24 aprile 2013 (c.d. Decreto Balduzzi) ma anche il Decreto Ministeriale del 18 febbraio 1982, il Decreto del Ministro della Salute del 24 aprile 2013, il Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 (convertito in Legge 9 agosto 2013, n. 98) ed il Decreto del Ministro della Salute dell’8 agosto 2014.

¹⁵ Le visite medico sportive variano in funzione all’età ed allo sport praticato.

¹⁶ La visita medico sportiva per disabili viene effettuata sulla falsariga delle visite medico sportive cd. “tradizionali” ma varia a seconda della tipologia dell’handicap del soggetto (ad es. se fisico e/o psichico). Ad es. nel caso di un atleta paralimpico sprovvisto degli arti inferiori egli non potrà effettuare il test al cicloergometro ma verrà sottoposto ad un test alternativo.

¹⁷ Si pensi a tutti coloro che partecipano alle manifestazioni podistiche di lunghezza superiore ai 20 km, gran fondo di ciclismo, di nuoto, di sci di fondo o altre tipologie analoghe non agonistiche o di tipo ludico-motorio, sotto l’egida di Federazioni sportive, Discipline Sportive Associate ed Enti di promozione sportiva senza essere da loro tesserati (in questi casi, il controllo medico deve necessariamente comprendere, oltre alla rilevazione della pressione arteriosa, un elettrocardiogramma basale, uno step test o un test ergometrico con monitoraggio dell’attività cardiaca e altri eventuali accertamenti ritenuti utili e opportuni a giudizio del medico). Per maggiori approfondimenti vedi P.P. MUIÀ, *I certificati medici sportivi secondo il decreto Balduzzi* in www.rivistaresponsabilitamedica.it/certificati-medici-sportivi-secondo-decreto-balduzzi/.

¹⁸ Si pensi ad esempio agli alunni che svolgono attività fisico-sportive organizzate dagli organi scolastici nell’ambito delle attività cd. parascolastiche; a coloro che svolgono attività organizzate

d) certificato medico agonistico.¹⁹

Di recente, nella Regione Toscana è stato abolito il certificato medico per l'esercizio di attività ludico-motoria,²⁰ anche se è sempre opportuno un controllo annuale sullo stato di salute psico-fisico di chi intende praticare una qualunque attività sportiva, sia che si tratti di jogging al parco, fitness in palestra o nuoto.

La visita medica di idoneità sportiva (agonistica e non agonistica) è quindi un appuntamento di rito per la maggior parte degli sportivi; essa viene effettuata per quelle agonistiche da un medico specializzato in medicina dello sport presso centri della medicina dello sport siti o presso le ASL oppure in strutture sanitarie private accreditate, mentre per quelle non agonistiche è possibile rivolgersi anche al proprio medico di medicina generale oppure al pediatra di libera scelta per i minori pazienti di pediatria.

Il Decreto del Ministero della Salute dell'8 agosto 2014 ha diramato le *"Linee guida di indirizzo in materia di certificati medici per l'attività sportiva non agonistica"*, facendo chiarezza sulla definizione di "attività sportiva non agonistica" precisando le modalità di svolgimento delle relative visite medico sportive.²¹ Inoltre, il Decreto ha chiarito chi dovrà essere chiamato ad effettuare le suddette visite oltre alla periodicità dei controlli e la validità del certificato,²² gli esami clinici ecc..²³

Per ottenere il rilascio del certificato è necessaria l'anamnesi e l'esame obiettivo con misurazione della pressione, dell'altezza, del peso corporeo, della vista e di un elettrocardiogramma a riposo effettuato almeno una volta nella vita; mentre per chi ha superato i 60 anni di età (associati ad altri fattori di rischio

dal CONI, da società sportive affiliate alle Federazioni sportive nazionali, alle discipline associate, agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, che non siano considerati atleti agonisti ai sensi del D.M. 18.02.1982 ed a coloro che partecipano ai giochi sportivi studenteschi nelle fasi precedenti a quella nazionale.

¹⁹ Si pensi a tutti coloro che svolgono attività organizzate dal CONI, da società sportive affiliate alle Federazioni sportive nazionali, alle Discipline associate, agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, che siano considerati atleti agonisti ai sensi del D.M. 18 febbraio 1982 e coloro che partecipano ai giochi sportivi studenteschi nelle fasi nazionali.

²⁰ Il Decreto del Ministero della Salute dell'8 agosto 2014 ha abolito l'obbligo del certificato medico per l'esercizio di attività ludico-motoria anche se è caldamente raccomandata l'accertamento sanitario a tutti coloro che intendono svolgere un'attività sportiva anche per mero divertimento. Per attività ludico-motoria/amatoriale si intende quella praticata da soggetti non tesserati con le Federazioni sportive nazionali o con gli Enti di promozione sportiva e finalizzata al raggiungimento e al mantenimento del benessere psico-fisico della persona.

²¹ Il certificato deve essere fatto dagli alunni che svolgono attività fisico-sportive parascolastiche, organizzate cioè dalle scuole al di fuori dall'orario di lezione, da coloro che fanno sport presso società affiliate alle Federazioni sportive nazionali e al CONI (ma che non siano considerati atleti agonisti) e chi partecipa ai Giochi sportivi studenteschi nelle fasi precedenti a quella nazionale.

²² Il controllo deve essere annuale ed il certificato ha validità annuale con decorrenza dalla data di rilascio.

²³ Le linee guida non si applicano all'attività ludica e amatoriale, per le quali il certificato resta facoltativo e non obbligatorio, come stabilito dal D.L. n. 69 del 2013 e confermato da una nota interpretativa del Ministero.

cardiovascolare) è necessario un elettrocardiogramma basale debitamente refertato annualmente.

Anche per coloro che – a prescindere dall'età – hanno patologie croniche conclamate che comportano un aumento del rischio cardiovascolare è necessario un elettrocardiogramma basale debitamente refertato annualmente. Il medico può inoltre prescrivere altri esami che ritiene necessari o il consulto di uno specialista.²⁴

Per quanto riguarda invece la visita medico sportiva per l'attività agonistica il controllo è molto più accurato. Al momento della visita,²⁵ l'atleta deve avere i seguenti documenti:

- a) libretto sanitario dell'atleta agonista (soltanto per i rinnovi);²⁶
- b) tesserino delle vaccinazioni;
- c) modulo di richiesta per la visita medico-sportiva alla pratica agonistica (per i maggiori di 18 anni,²⁷ tale modulo è obbligatorio soltanto per gli sport di squadra e deve essere debitamente compilato e firmato dal Presidente della società sportiva o da un suo delegato);
- d) referto esame delle urine (non c'è bisogno dell'esame del sangue).

Una volta che l'atleta ha espletato tutta la procedura sopra menzionata viene sottoposto alla visita medico sportiva vera e propria da parte del medico sportivo che, nel caso della visita agonistica, consiste in esami specifici a seconda della tabella di riferimento nella quale rientra, tra cui: a) una visita generale con valutazione antropometrica (con misurazione del campus visivo); b) spirometria;²⁸ c) ECG basale;²⁹ d) ECG dopo sforzo con calcolo dell'IRI (il cd. indice di recupero immediato);³⁰ e) valutazione del peso corporeo e dell'altezza.

²⁴ Per maggiori approfondimenti vedi la pagina specifica del Ministero della Salute consultabile al seguente link www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=2127.

²⁵ Per i minorenni, l'accertamento medico-sportivo deve essere effettuato alla presenza di uno dei genitori. Il certificato di idoneità alla pratica sportiva agonistica è demandato esclusivamente al medico specialista in medicina dello sport.

²⁶ Se l'atleta effettua per la prima volta la visita medico sportiva per ottenere il libretto sanitario dell'atleta agonista, occorre produrre la seguente documentazione: a) richiesta della società sportiva per rilascio libretto; b) codice fiscale; c) una fotografia formato tessera; d) fotocopia documento di riconoscimento, se maggiorenne; e) fotocopia documento di riconoscimento di uno dei genitori, se minore.

²⁷ I minori devono presentarsi alla visita accompagnati da un genitore, o da persona appositamente delegata con apposito modulo.

²⁸ La spirometria è l'esame che valuta come funziona il nostro apparato respiratorio: permette di misurare quanta aria contengono i nostri polmoni e come questa aria si muove attraverso i nostri bronchi, cioè di valutare se i nostri bronchi sono aperti o chiusi da malattie ostruttive come la broncopneumopatia cronica ostruttiva (BPCO) o l'asma, se i nostri polmoni sono iperdistesi come nell'enfisema polmonare o ristretti, come nelle fibrosi del tessuto polmonare.

²⁹ L'ECG basale è il più semplice esame strumentale cardiologico e consiste nella rappresentazione grafica degli eventi elettrici del cuore. L'elettrocardiogramma ha una durata di pochi secondi e di norma accompagna la visita cardiologica. Le patologie nelle quali l'ECG riveste rilievo diagnostico sono: la cardiopatia ischemica (infarto e angina), le aritmie e i disturbi della conduzione.

³⁰ L'indice di recupero immediato consiste nel salire e scendere uno scalino alto 30, 40 o 50 cm (a seconda dell'altezza dell'atleta), per 3 minuti alla frequenza di 30 cicli al minuto (90 salite). Terminata

Abbiamo già rilevato che l'acquisizione dell'anamnesi dell'atleta da parte del medico sportivo può presentare numerose difficoltà specialmente nel caso della cd. "dissimulazione dello sportivo",³¹ tipica situazione in cui l'atleta *tende a nascondere le proprie reali condizioni di salute per il timore di dover interrompere la carriera*.³²

In questo caso, se dovessero insorgere sospetti riguardanti situazioni patologiche che i soli accertamenti obbligatori non hanno permesso di escludere, il medico sportivo dovrà sospendere l'idoneità sportiva ed invitare l'atleta a sottoporsi ad ulteriori accertamenti clinici nel rispetto dei protocolli³³ e delle linee guida esistenti (ad es. una visita cardiologica approfondita attraverso l'*ecocolordoppler*,³⁴ *holter* pressorio³⁵ ecc.). Solamente dopo aver effettuato tutti i dovuti approfondimenti specialistici ed una volta delineato un quadro clinico chiaro ed esaustivo, tale da superare i precedenti dubbi sullo stato di salute dell'atleta, sarà possibile il rilascio della certificazione medico sportiva.

4. *Dal caso Curi al caso Morosini, senza dimenticare Vendemini, la domanda s'impone: ma è sempre "colpa" del medico sportivo?*

Come abbiamo avuto modo di affrontare precedentemente ai fini della tutela della propria salute, tutti³⁶ gli atleti che svolgono un'attività sportiva agonistica³⁷ riconosciuta dalle Federazioni sportive nazionali, dal CONI e dagli Enti di

la prova, dopo 1 minuto e per 30 secondi di seguito, si controlla la frequenza cardiaca (numero di pulsazioni in 30 secondi). Il valore misurato permette il calcolo dell'IRI sulla seguente scala: da 25 a 32 ottimo, da 33 a 40 buono, da 41 a 54 discreto, da 55 a 65 sufficiente e oltre 65 insufficiente.

³¹ F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272.

³² P. RAIMONDO, *Elementi di Diritto Privato Sportivo*, volume I, Giraldi, 2016, 61 ss.

³³ Per maggiori approfondimenti vedi M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 517 ss.

³⁴ L'*ecocolordoppler* (o *ecocardio*) cardiaco a riposo è un esame che, attraverso gli ultrasuoni trasmessi da una sonda (trasduttore) posizionata sul torace, permette la ricostruzione e la visualizzazione del cuore su di uno speciale computer (ecocardiografo). In questo modo è possibile visualizzare le camere cardiache, misurare le loro dimensioni, valutare la funzione di pompa del cuore e lo stato delle valvole cardiache.

³⁵ L'*holter* pressorio o "monitoraggio non invasivo della pressione arteriosa" (MAPA) delle 24 ore. È un test non invasivo e indolore che permette di registrare 24 ore su 24 la pressione arteriosa.

³⁶ Per maggiori approfondimenti vedi l'art. 1 del Decreto Ministeriale del 18 febbraio 1982 recante "*Le norme per la tutela sanitaria dell'attività sportiva agonistica*".

³⁷ Per maggiori approfondimenti vedi la circolare n. 7 del 31 gennaio 1983 esplicitativa del Decreto Ministeriale del 18 febbraio 1982 recante "*Le norme per la tutela sanitaria dell'attività sportiva agonistica*" definisce attività agonistica: "*quella forma di attività sportiva praticata sistematicamente e/o continuativamente e soprattutto in forme organizzate dalle Federazioni Sportive Nazionali, dagli Enti di Promozione Sportiva riconosciuti dal CONI e dal Ministero della Pubblica Istruzione per quanto riguarda i Giochi della Gioventù a livello Nazionale, per il conseguimento di prestazioni sportive di un certo livello. L'attività sportiva agonistica non è quindi sinonimo di competizione. L'aspetto competitivo, infatti, che può essere presente in tutte le attività sportive, da solo non è sufficiente a configurare nella forma agonistica una attività sportiva*".

promozione sportiva (da quest'ultimo riconosciuti), nonché gli atleti che svolgono un'attività sportiva ludico-motoria,³⁸ ovvero non agonistica, in contesti organizzati ed autorizzati devono sottoporsi per legge,³⁹ preventivamente e periodicamente, alla visita medica specialistica per il rilascio o per il rinnovo del certificato d'idoneità alla pratica sportiva presso le apposite strutture autorizzate (centro di medicina dello sport della ASL oppure ad altre strutture convenzionate idonee al rilascio delle certificazioni medico sportive) da parte di un medico specializzato in medicina dello sport.

Nonostante ciò, non sono stati rari i casi di malori da parte di atleti durante lo svolgimento di una manifestazione sportiva e, sebbene quasi sempre l'intervento dei sanitari e la presenza del defibrillatore all'interno delle strutture sportive sia stato risolutivo,⁴⁰ alcune volte, purtroppo, nulla è stato possibile fare per evitare la morte dello sportivo.

I casi di Giuliano Taccola, calciatore della Roma nel 1969, di Renato Curi, calciatore del Perugia nel 1977, di Luciano Vendemini cestista del Torino nel 1977, di Marc Vivien Foè, calciatore del Manchester City nel 2003, di Paulo Sergio Oliveira da Silva Serginho, calciatore del São Caetano nel 2004, di Antonio Puerta, calciatore del Siviglia nel 2007, di Vigor Bovolenta, pallavolista del Forlì nel 2012, di Piermario Morosini, calciatore del Livorno nel 2012 e, di recente, di Riccardo Pizzi, calciatore del Cannara e del sedicenne Eugenio Rossetti, cestista del Trieste entrambi nel 2016 sono esempi di gravi eventi luttuosi nel mondo dello sport italiano.

Un discorso a parte merita il caso del calciatore Davide Astori, capitano della Fiorentina, trovato morto nella propria camera d'albergo prima dell'incontro con l'Udinese. Il 4 marzo 2018 poco prima dell'incontro tra l'Udinese e la Fiorentina, valido per il campionato italiano di serie A di calcio, veniva trovato senza vita – da un compagno di squadra – all'interno della propria camera d'albergo il capitano

³⁸ Per maggiori approfondimenti vedi il Decreto Ministeriale del 24 aprile 2013 recante “*la disciplina della certificazione dell'attività sportiva non agonistica e amatoriale e linee guida sulla dotazione e l'utilizzo di defibrillatori semiautomatici e di eventuali altri dispositivi salvavita*” definisce attività ludico-motoria: “*quella praticata da soggetti non tesserati alle Federazioni sportive nazionali, alle Discipline associate, agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, individuale o collettiva, non occasionale, finalizzata al raggiungimento e mantenimento del benessere psico-fisico della persona, non regolamentata da organismi sportivi, ivi compresa l'attività che il soggetto svolge in proprio, al di fuori di rapporti con organizzazioni o soggetti terzi*”.

³⁹ Per maggiori approfondimenti vedi la nota esplicativa del 17 giugno 2015; la nota integrativa del 28 ottobre 2015; il Decreto del Ministro della Salute dell'8 agosto 2014 (*linee guida di indirizzo in materia di certificati medici per l'attività sportiva non agonistica*); il Decreto del Ministro della Salute del 24 aprile 2013; l'art. 4, comma 10 septies del Decreto Legge 31 agosto 2013 n. 101 (*convertito, con modificazioni, dalla Legge del 30 ottobre 2013 n. 125*); l'art. 42 bis del Decreto Legge 21 giugno 2013 n. 69 (*convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98*); il Decreto del Ministro della Sanità del 4 marzo 1993 ed il Decreto Ministeriale del 18 febbraio 1982.

⁴⁰ Ne sono un esempio di casi in cui il defibrillatore ed il pronto intervento del personale sanitario ha salvato la vita degli atleti come nel 2012 il calciatore olandese Evander Sno, nel 2014 il giocatore di hockey Fabio Casagrande, nel 2015 il giocatore di basket Alessandro Pagani e di recente nel 2016 il giovane arbitro di basket Mattia Gorzanelli.

della formazione gliata Davide Astori. Ogni tentativo di rianimarlo fu vano ed immediatamente la Procura di Udine aprì un procedimento per omicidio colposo disponendo l'autopsia sul corpo del giovane calciatore. Secondo i risultati dell'autopsia, il decesso sarebbe avvenuto per morte cardiaca improvvisa seguita a fibrillazione ventricolare dovuta a una cardiomiopatia aritmogena silente (anche se all'inizio si fosse parlato di bradiaritmia). Il caso Astori ha avuto un grande impatto mediatico che ha fatto tornare indietro nel tempo la memoria di tanti sportivi. A distanza di ben nove mesi dal decesso sono stati indagati due medici sportivi, rispettivamente del Cagliari e della Fiorentina, per il reato di omicidio colposo così da far riemergere in dottrina la tematica relativa alla condotta del medico che non approfondisce sintomi specifici.

Di recente, in proposito la Suprema Corte ha affermato che *“il medico che, dinanzi a sintomi aspecifici del paziente, non prenda scrupolosamente in considerazione tutti i loro possibili significati e non effettui alcun approfondimento, tiene una condotta colposa”*.⁴¹

Questi tragici eventi fanno sorgere l'interrogativo se fosse stato possibile, in qualche modo, evitarli ed in che misura possa ritenersi responsabile il medico sportivo⁴² che ha effettuato la visita medica d'idoneità alla pratica sportiva.

Le conseguenze derivanti da un erroneo rilascio del certificato medico d'idoneità alla pratica sportiva agonistica saranno a carico del medico che l'ha rilasciato ai sensi dell'art. 2043 c.c. (ingiustizia del danno) e, per parte della dottrina, a causa delle difficoltà e dell'imprevedibilità che caratterizzano le circostanze dei fatti che si verificano, dell'art. 2236 c.c. (responsabilità del prestatore d'opera) rispondendo così, il medico sportivo, solamente nei casi di *dolo o colpa grave per i danni cagionati in occasione di problemi tecnici di particolare difficoltà*.⁴³

⁴¹ Cassazione Civile, sez. III, ordinanza del 28 novembre 2018 n. 30999 (depositata il 30 novembre 2018).

⁴² M.G. DI PENTIMA, *La responsabilità del medico. I rapporti contrattuali di fatto*, in *Cultura e diritti*, fascicolo IV, 2013, 119-124; V. MIRRA, *Implicazioni delle condotte e responsabilità del medico sportivo*, in *Rivista penale*, fascicolo III, 2006, 281-287; M. FERLINI, *La responsabilità del medico sportivo. Intervento al XXI congresso nazionale LAMICA, Viareggio, 31 maggio 2004*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, fascicolo IV, 2004, 1143-1151; E. MINALE, *Specialità del lavoro sportivo, obbligo di sorveglianza sanitaria e responsabilità risarcitoria della società sportiva*, nota a Cassazione, sezione lavoro, 8 gennaio 2003 n. 85, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, fascicolo IV, parte I, 2004, 480-490; M. DI PAOLO - A. LUCHINI - D. LUCHINI - C.M. CAPRISTO, *Morte di un atleta in corso di attività sportiva agonistica amatoriale. Ipotesi di responsabilità professionale per mancata diagnosi*, in *Zacchia*, fascicolo II, 2002, 199-210; V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile del medico sportivo in relazione a stati patologici dell'atleta. Relazione al convegno sul tema: “La responsabilità civile e penale dei presidenti delle società e dei medici dello sport nella patologia da sport”*, Pavia, 15 ottobre 1988, in *Rivista di Diritto sportivo*, fascicolo III-IV, 1988, 357-360 e A. VERGER, *La responsabilità del medico, del dirigente sportivo, e delle U.S.L. nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, fascicolo II, 1984, 308-324.

⁴³ R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 369 ss. e A. FIGONE, *La responsabilità sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura

Parte della giurisprudenza però non è stata sempre incline ad accogliere questa tesi, come si evince nel caso del cestista Luciano Vendemini.⁴⁴ In questo caso, infatti, il medico sportivo era stato preventivamente informato riguardo ai problemi di salute dell'atleta, nel caso di specie un soffio al cuore. Dunque, egli avrebbe dovuto porre maggiore attenzione verso il proprio assistito adottando un maggior grado di prudenza e di diligenza, visto che anche la Suprema Corte di Cassazione⁴⁵ ha riconosciuto la difficoltà e l'importanza della professione medica, specialmente nella medicina dello sport, affermando che *al medico è richiesta una diligenza superiore alla media*⁴⁶ durante lo svolgimento della propria attività lavorativa.

Un evento che ha toccato molto gli sportivi italiani, ma non solo, è stato quello della morte del giovane calciatore del Perugia Renato Curi, stroncato da un attacco di cuore il 30 ottobre 1977 in occasione della partita di serie A tra il Perugia e la Juventus. A seguito di questa tragedia vennero rinviati a giudizio, con l'accusa di omicidio colposo, sia il medico sociale del Perugia Calcio che il direttore sanitario ed il medico cardiologo del Centro Tecnico Federale della FIGC di Coverciano⁴⁷ in quanto, nonostante alcune aritmie cardiache riscontrate all'atleta, nessuno di questi si era prodigato per vietare al Curi l'esercizio dell'attività agonistica. Per la precisione al Curi erano state evidenziate da qualche tempo alcune anomalie cardiache che avevano reso necessari maggiori accertamenti presso le strutture sanitarie della FIGC di Coverciano per delineare un quadro diagnostico più accurato. Tuttavia, nonostante gli ulteriori accertamenti,⁴⁸ il calciatore venne ugualmente tesserato e fatto scendere regolarmente in campo fino al giorno in cui crollò a terra esanime, rendendo vano il pronto intervento dei sanitari presenti allo stadio.

Il medico sociale ed il direttore sanitario del Centro Tecnico Federale della FIGC di Coverciano furono assolti per insufficienza di prove e per incertezza circa il nesso di causalità tra la morte dell'atleta e le omissioni colpose dei medici, mentre il cardiologo venne assolto per non aver commesso il fatto, in primo grado dal Tribunale di Perugia,⁴⁹ mentre in secondo grado la Corte di Appello di Perugia⁵⁰ ribaltò la decisione condannando per omicidio colposo il direttore sanitario del

di G. Alpa - M. Bessone, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da W. BIGIARI, volume III, 1987, Torino, 361-382.

⁴⁴ R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 369 ss.

⁴⁵ Cassazione, del 15 dicembre 1972 n. 3616, in *Il Foro Italiano*, fascicolo I, 1973, 1475 e per maggiori approfondimenti vedi Tribunale di Forlì, 12 giugno 1981, in *Il Foro Italiano*, fascicolo II, 1982, 280.

⁴⁶ R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 370 ss.

⁴⁷ A. MAIETTA, *Lineamenti di diritto dello sport*, Torino, 2016, 264.

⁴⁸ M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 521 ss.

⁴⁹ Tribunale di Perugia, 2 maggio 1979, in *Il Foro Italiano*, fascicolo II, 1979, 316.

⁵⁰ Corte di Appello di Perugia, 26 marzo 1980, in *Il Foro Italiano*, fascicolo II, 1980, 627.

Centro Tecnico Federale della FIGC di Coverciano, a causa della sua condotta negligente in occasione degli accertamenti sanitari di controllo.

Si arrivò dunque in Cassazione, dove i giudici di legittimità, discostandosi dalle pronunce di primo e secondo grado, analizzarono un profilo di responsabilità in capo all'atleta per lo "sviamento della diagnosi",⁵¹ dovendosi valutare la colpa professionale⁵² del personale medico con "*larghezza e comprensione per le caratteristiche proprie dell'esercizio dell'arte medica in generale e di quelle dei casi concreti, ma pur sempre nell'ambito dei criteri dell'art. 43 c.p.*"⁵³ in quanto "*il Curi fieramente, stoicamente ed al limite, eroicamente soffocando le sofferenze che di fronte alle risultanze emerse nell'autopsia, non poteva non avvertire, senza rivelarle ad alcuno sempre superava gli sforzi che era chiamato a compiere, indomitamente battendosi per i colori della squadra che lo aveva ingaggiato. E se l'eventuale colpa della vittima non esclude, in tesi la rilevanza causale della colpa di chi alla tutela della sua integrità fisica e della sua incolumità era chiamato a provvedere, in quanto si inserisca nel medesimo determinismo eziologico, di essa va pur sempre accertata, come si diceva, l'esistenza o meno e, in caso affermativo, la rilevanza causale*".⁵⁴

È questo il caso in cui l'atleta, per amor proprio e per onorare la maglia, cela ai medici sportivi la realtà delle proprie condizioni di salute al fine di poter giocare e spingersi oltre i propri limiti agonistici. D'altra parte succede anche purtroppo assai frequentemente, che certi dirigenti sportivi, a causa di trattative in corso per la cessione del cartellino di un giocatore, non rivelano le reali condizioni di salute dell'atleta per non "perdere l'affare" di mercato, anche se una visione più oculata in chiave penalistica potrebbe fare emergere sicuramente gli estremi del reato di truffa in capo ai dirigenti coinvolti.⁵⁵

Nonostante queste situazioni, parte della dottrina, tra cui Frattarolo,⁵⁶

⁵¹ R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 369 ss.

⁵² M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 534 ss. dove si evince che non sussiste la fattispecie della colpa professionale se sono rispettate le regole comportamentali previste dai regolamenti. Per maggiori approfondimenti vedi Corte di Appello di Bologna – Sez. Penale – 7 novembre 1986, in *Giurisprudenza di Merito*, 1987, 1252, con nota di M.B. BARBORINI, *Criteri di valutazione della colpa nell'attività sportiva c.d. "violenta"*: la decisione ha infatti affermato che "*il medico di gara in un incontro di pugilato non risponde, per colpa professionale, della morte di uno dei due contendenti, quando siano state osservate le norme regolamentari. L'esclusione della colpa specifica per violazione di norme regolamentari non consente di valutare la condotta del professionista anche sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di colpa generica per negligenza, imprudenza e imperizia*".

⁵³ Cassazione penale, 9 giugno 1981, in *Il Foro Italiano*, fascicolo II, 1981, 268.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Tribunale di Forlì, 12 giugno 1981, in *Il Foro Italiano*, fascicolo II, 1982, 269.

⁵⁶ V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile del medico sportivo in relazione a stati patologici dell'atleta. Relazione al convegno sul tema: "La responsabilità civile e penale dei presidenti delle società e dei medici dello sport nella patologia da sport"*, Pavia, 15 ottobre 1988, in *Rivista di Diritto sportivo*, fascicolo III-IV, 1988, 358 e V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, 106.

Intorna,⁵⁷ Mirra⁵⁸ ed Agrifoglio,⁵⁹ non condivide la visione adottata dagli ermellini nel 1981, in quanto il medico sportivo dovrebbe avere l'avvedutezza sufficiente per accorgersi della dissimulazione posta in essere da parte dell'atleta ed evitare così di andare incontro ad un quasi certo calvario giudiziario.⁶⁰

5. *Medicina sportiva e sport pericolosi: alcune riflessioni sulla vicenda Jacopucci*

In dottrina ed in giurisprudenza in materia di responsabilità del medico sportivo le opinioni non sono unanimi e le divergenze aumentano nel caso degli sport violenti:⁶¹ uno su tutti il pugilato. In queste attività sportive⁶² un trauma riportato in occasione di un incontro potrebbe avere ripercussioni anche in momenti successivi alla manifestazione e quindi il ruolo del medico assume un'importanza maggiore rispetto agli altri sport.

Proprio per questo motivo, i regolamenti delle singole Federazioni sportive nazionali, come ad esempio quello della *boxe*, prevedono alcune norme precauzionali molto rigide.

Il Regolamento del settore PRO e quello del settore sanitario della *boxe*⁶³ prevedono una disciplina specifica relativa alle visite mediche pre-gara⁶⁴ e tutta una serie di garanzie a tutela dell'integrità fisica degli atleti.⁶⁵

⁵⁷ F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1-6.

⁵⁸ V. MIRRA, *Implicazioni delle condotte e responsabilità del medico sportivo*, in *Rivista penale*, fascicolo III, 2006, 281-287 e V. MIRRA, *Cenni sulla responsabilità del medico riguardo all'esercizio di attività sportive*, in www.diritto.it.

⁵⁹ G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, Giappichelli, 2010, 495 ss.

⁶⁰ Per maggiori approfondimenti vedi F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1-6.

⁶¹ M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 532 ss.

⁶² R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 370 ss.

⁶³ Per maggiori approfondimenti vedi il Regolamento del Settore PRO della Federazione Italiana Pugilistica (aggiornato al Consiglio Federale del 28 luglio 2018) ed il Regolamento sanitario della Federazione Italiana Pugilistica approvato dalla Giunta Nazionale del CONI del 18 dicembre 2014 ed aggiornato al Consiglio Federale del 7 maggio 2016 (artt. 8 comma 5 e 9 commi 11 e 16).

⁶⁴ L'art. 53 del Regolamento Settore PRO rubricato: "Visita pre-gara" dispone al primo comma che: "Prima di ogni incontro i pugili debbono essere sottoposti a visita medica secondo le normative del Regolamento sanitario e le leggi in vigore".

⁶⁵ L'art. 9 del Regolamento Sanitario della FPI rubricato: "Garanzie a tutela dell'integrità fisica degli atleti" dispone che: "1. I/le pugili AOB, compresi quelli stranieri, per poter essere tesserati devono sottoporsi a visita d'idoneità agonistica secondo quanto previsto dai DM 18/2/82 e 02/08/2005 (e successive modifiche e/o integrazioni) e da eventuali norme integrative previste dal presente Regolamento.

2. I/le pugili WSB e APB, compresi quelli/e stranieri/e, oltre alle visite e agli accertamenti previsti al punto 9.1, per poter essere tesserati devono sottoporsi a ecocardiogramma color-Doppler ed RX torace alla prima visita e, successivamente a quanto definito dai rispettivi regolamenti internazionali, oltre a quelli già previsti dalla legislazione italiana.

Nonostante tutte queste precauzioni non sono mancati episodi, anche nella *noble art*, di medici condannati in primo grado⁶⁶ ed assolti in secondo grado,⁶⁷

3. I/le pugili Pro, compresi quelli/e stranieri/e, oltre alle visite e agli accertamenti previsti al punto 9.1 e 9.2, per poter essere tesserati devono sottoporsi, annualmente, a EEG, RM cerebrale ed esami ematochimici comprensivi di emocromo completo con formula e sierologia per HBV e HCV.

4. I/le pugili WSB, APB e Pro dal compimento del 35° anno di età dovranno sottoporsi annualmente a test ergonomico massimale.

5. I pugili AOB devono osservare un intervallo minimo di quattro giorni liberi fra due incontri consecutivi.

Nei Tornei/Campionati approvati dalla FPI, nel rispetto delle Norme Internazionali AIBA, i pugili possono combattere senza intervallo nel rispetto delle norme cautelative emanate di concerto tra la CMF e la Commissione Tecnica Nazionale ed approvate dal Consiglio Federale previste all'interno del *Vademecum Sanitario* che dispone e disciplina il numero degli incontri che un atleta può sostenere in un evento pugilistico e l'intervallo di tempo libero prima della ripresa di un nuovo impegno agonistico.

Per gli incontri internazionali delle rappresentative nazionali o di Club e per i Dual Match sono ammessi due incontri separati da un solo giorno libero, seguiti da otto giorni di intervallo prima dell'eventuale successivo incontro.

In ogni caso un atleta può competere una sola volta al giorno e se impegnato in una sessione pomeridiana/serale non può competere nella sessione mattutina del giorno successivo.

6. I/le pugili WSB, APB e Pro devono osservare un intervallo minimo di dieci giorni liberi tra due incontri consecutivi, a meno che non sia diversamente indicato nei rispettivi regolamenti internazionali.

7. Tutti i/le pugili WSB, APB e Pro per le visite e di controllo per sconfitte prima del limite per KO o qualora lo ritenga opportuno il medico di bordo ring, devono sottoporsi a RM cerebrale.

8. Tutti i pugili devono essere in possesso di un libretto personale da esibire al medico di bordoring in occasione della visita medica pre-gara.

9. Per tutti i pugili AOB, l'idoneità alla pratica sportiva agonistica del pugilato e la relativa data di scadenza devono essere riportate nell'apposita sezione del libretto personale da parte del referente del Comitato Regionale.

10. Per i/le pugili WSB, APB e Pro, l'idoneità alla pratica sportiva agonistica del pugilato e la relativa data di scadenza devono essere riportate nell'apposita sezione del libretto personale da parte del/dei referente/i della CMF, dopo presa visione del certificato medico-sportivo in originale. Copia di tale certificato dovrà comunque essere inviata al Settore Sanitario a cura dell'atleta.

11. Ogni pugile WSB, APB e Pro deve sottoporsi, entro le 48 ore che precedono un incontro, a visita medica pre-gara da parte di un medico specialista in medicina dello sport ovvero da un medico abilitato per il bordo ring ed iscritto al Ruolo dei Medici di Pugilato, solo per gli uomini.

12. Fatte salve le norme nazionali e internazionali relative alle causali di inidoneità, per ciò che concerne l'acuità visiva i limiti sono di 8/10 complessivi con almeno 4/10 per occhio. In questo caso il certificato medico di idoneità deve riportare la dicitura "Obbligo dell'uso delle lenti a contatto morbide" che dovrà essere riportata anche sul libretto personale dell'atleta. Se non espresso questo obbligo, l'atleta non può indossare altre lenti durante le competizioni.

In merito alla patologia retinica, l'idoneità dovrà essere valutata di volta in volta da consulente oculista della FPI in collaborazione con la CMF della FPI.

13. I/le pugili affetti da sordomutismo pre-linguale dovranno essere in possesso di una certificazione medica attinente alla funzionalità dell'apparato vestibolare (esame vestibolometrico) che dovrà essere inviata di volta in volta alla CMF unitamente al certificato di idoneità annuale.

Su quest'ultimo dovrà essere dichiarata la patologia cui l'atleta è affetto/a così come sul libretto personale.

14. I/le pugili che praticano anche altri sport affini al pugilato devono seguire le stesse regole sanitarie del pugilato, pertanto alla visita pre-gara sono tenuti/e ad informare il medico bordo ring di eventuali combattimenti sostenuti in precedenza relativi agli altri sport.

come nel caso dell'incontro tra Angelo Jacopucci ed Alan Minter, che vide il pugile italiano morire in seguito ad un *knock-out*.

Nel caso di specie il medico venne in primo grado condannato per non aver tenuto, a giudizio dei magistrati, sufficientemente a riposo il pugile come prevede il regolamento sanitario (vedi *supra*), ed in secondo grado assolto in quanto le condizioni generali di salute non rendevano prevedibile un tale peggioramento del quadro clinico al punto da ipotizzarne la morte.⁶⁸

Infine occorre riflettere se possa ritenersi responsabile in concorso con il medico anche la struttura sanitaria dove egli opera.⁶⁹

La dottrina e la giurisprudenza⁷⁰ in proposito hanno analizzato i criteri per l'utilizzo degli strumenti della responsabilità per fatto degli ausiliari *ex art.*

15. Il medico di riunione compila in caso di sconfitta prima del limite (KO, RSC, ABB) oppure in ogni caso lo ritenga opportuno, l'apposito modulo di referto medico predisposto dalla FPI, che consegnerà al Commissario di Riunione.

16. Il pugile che subisce una sconfitta per KO, RSC, ABB deve sospendere l'attività, anche di allenamento, per un periodo minimo di trenta giorni. Il periodo di riposo inizierà automaticamente dal giorno del combattimento. Trascorso il periodo di riposo dovrà sottoporsi a visita medica di controllo per la reintegrazione che sarà effettuata in strutture idonee. Le sconfitte per RSC-i, S.C, KOT-C sono sottoposte al fermo obbligatorio non inferiore a 10 giorni. Dopo la visita di controllo per la reintegrazione e prima di affrontare un combattimento, deve trascorrere un periodo di quindici giorni necessario per l'opportuno allenamento. Devono essere effettuate le visite di controllo per la reintegrazione in caso di sconfitta per KO per i/le pugili WSB, APB e Pro e l'esito deve essere trasmesso alla CMF.

17. Ogni pugile che subisce due KO/RSC per colpi al capo nell'arco di 90 giorni deve osservare, a decorrere dall'ultimo, un periodo di riposo di tre mesi, dopo il quale deve sottoporsi a visita di controllo per la reintegrazione. Ogni pugile che subisce tre KO/RSC per colpi al capo nell'arco di 12 mesi deve osservare, a decorrere dall'ultimo, un periodo di riposo di un anno, dopo il quale deve sottoporsi a visita di controllo per la reintegrazione a cura della CMF.

18. I/le pugili che subiscono un KO per colpi al capo devono essere ospedalizzati e copia del referto del P.S. e/o ricovero deve essere portato in visione alla successiva visita di controllo per la reintegrazione. Coloro che dovessero rifiutare l'ospedalizzazione, dovranno effettuare in occasione della visita medica di controllo per la reintegrazione, oltre all'esame EEG, anche una RM cerebrale da portare in visione in originale (immagini e referto).

19. Le Associazioni, cui appartengono i pugili che riportano lesioni in gara o in allenamento, devono segnalare l'infortunio entro tre giorni inviando la denuncia alla Società Assicuratrice e, per conoscenza, alla Segreteria Federale comunque secondo le procedure indicate sul sito www.fpi.it.

20. I/le pugili alla visita pre-gara devono segnalare al medico ogni infermità o lesione occorsa dalla data dell'ultimo combattimento e firmare apposita dichiarazione.

21. Le Associazioni devono garantire che ogni pugile sia in condizioni psico-fisiche adeguate alle prestazioni sportive richieste e devono dichiarare eventuali disturbi rilevati negli atleti durante gli allenamenti, firmando, tramite il proprio tecnico, l'apposita dichiarazione pre-gara. L'omissione di quanto sopra da parte dei/delle pugili e/o Associazioni, potrà comportare sanzioni disciplinari".

⁶⁶ Tribunale di Bologna, 28 gennaio 1983, in *Rivista di Diritto sportivo*, 1983, 420.

⁶⁷ Corte di Appello di Bologna, 29 marzo 1985, in *Rivista di Diritto sportivo*, 1985, 31.

⁶⁸ R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, volume X, Torino, 1998, 370 ss.

⁶⁹ A. MAIETTA, *Lineamenti di diritto dello sport*, Torino, 2016, 265-266 e M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 514-521.

⁷⁰ Cassazione, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Danno e responsabilità*, 1999, 294 e C. CASTRONOVO,

1228 c.c. e della responsabilità dei padroni e dei committenti ex art. 2049 c.c., arrivando alla conclusione che, tralasciando le situazioni in cui il medico sportivo risponde in caso di dolo o colpa grave,⁷¹ anche se l'atleta si rivolge alla professionalità di una struttura sanitaria egli sarà affidato, *de facto*, nelle mani di un medico sportivo persona fisica, così da instaurare tra i due un contatto sociale,⁷² facendo così spostare la responsabilità a carico del medico da extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., a quella di natura contrattuale, ex art. 1218 c.c..⁷³

L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in A.A.V.V., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, volume I, Milano, 1995, 147 ss.

⁷¹ M. FERLINI, *La responsabilità del medico sportivo. Intervento al XXI congresso nazionale LAMICA, Viareggio, 31 maggio 2004*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, fascicolo IV, 2004, 1146.

⁷² N. MUCCIOLI, *La responsabilità sanitaria tra medico e struttura in un caso esemplare*, nota a Tribunale di Rimini, 18 luglio 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, fascicolo II, 2016, 292-299; D. DI SABATO, *Responsabilità medica: qualificazione e onere della prova*, nota a Tribunale di Napoli, sezione VII, 7 gennaio 2015, in *Il Foro Napoletano - Nuova Serie*, fascicolo I, 2015, 175-187; M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impresa*, fascicolo III, 2015, 587-606; C. TENELLA SILLANI, *"Culpa in contraendo", contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rassegna di diritto civile*, fascicolo IV, 2015, 1247-1278; G. AIELLO, *Note critiche sulla responsabilità da contatto sociale dell'organo di un partito politico*, nota a Tribunale di Sulmona, 16 aprile 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, fascicolo II, 2014, 628-640; F. AGNINO, *Responsabilità della struttura sanitaria, onere della prova e nesso di causalità: "mala tempora currunt" per gli allievi di Ippocrate*, nota a Tribunale di Nola, 16 gennaio 2012, in *Giurisprudenza di merito*, fascicolo IX, 2013, 1796-1811; F. GOZZO, *La responsabilità da contatto sociale del medico dipendente da una struttura sanitaria*, in *Studium iuris*, fascicolo IV, 2013, 512-513; E. GUERINONI, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, in *Corriere giuridico*, fascicolo V/s, 2013, 5-54; C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, nota a Tribunale di Caltanissetta, 1 luglio 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, fascicolo VI, 2013, 1988-1995 e A. ZACCARIA, *"Der Aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts" (La resistibile ascesa del "contratto sociale")* Relazione al Convegno dedicato ai dieci anni della "Schuldrechtsmodernisierung", Montepulciano, 14-15 settembre 2012, in *Rivista di Diritto civile*, fascicolo I, 2013, 77-108.

⁷³ R. CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra "contatto sociale" e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cassazione penale*, fascicolo X, 2014, 3559-3583; A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della Legge Balduzzi*, nota a Tribunale di Firenze, sezione civile, 12 febbraio 2014, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, fascicolo II, 2014, 745-754; L. MATTINA, *"Legge Balduzzi": diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, nota a Tribunale di Milano, 14 giugno 2014; Tribunale di Milano, 17 luglio 2014; Tribunale di Brindisi 18 luglio 2014, in *Danno e responsabilità*, fascicolo I, 2015, 60-69; N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*, nota a Cassazione civile, sezione III, 2 ottobre 2012 n. 16754, in *I Contratti*, fascicolo VI, 2013, 580-593 e I. RIVA, *Tutela della salute e responsabilità del medico: oneri assicurativi*, nota a Tribunale di Cremona, sezione civile I, 19 settembre 2013 e Tribunale di Enna, sezione civile, 18 maggio 2013, in *Assicurazioni*, fascicolo III, parte II, 2013, 540-562.

6. *Medicina sportiva e responsabilità: un problema sempre più complesso*

La valutazione clinico-funzionale finalizzata al rilascio del certificato di idoneità sportiva presenta numerose problematiche in capo al medico sportivo in quanto molti possono essere i risvolti che si possono verificare.

Il caso più frequente è quello del medico che a seguito della visita medico sportiva concede l'idoneità all'atleta in presenza di fatti patologici non diagnosticati per negligenza o ignoranza, oppure perché ad una diagnosi pur sostanzialmente esatta non è stato fatto seguire un giudizio corrispondente.⁷⁴ Questa fattispecie può avvenire perché il medico *non ha dato il giusto peso ai rilievi fatti in senso assoluto*⁷⁵ oppure perché *non ha saputo valutarli in rapporto alla futura attività sportiva*.⁷⁶

In questi casi un possibile aggravamento delle condizioni del soggetto oppure la sua morte potranno essere imputate al medico "poco coscienzioso" con la conseguenza che questo potrebbe essere chiamato a rispondere del proprio operato sia in sede civile che in sede penale. Questo è il caso della cd. "diagnosi superficiale", vale a dire *la manifesta negligenza da parte del medico che agisce con superficialità e indifferenza*.⁷⁷ In tal senso è possibile riscontrare una triplice condotta superficiale da parte del medico dovuta all'imprudenza, all'imperizia e all'inosservanza di regole di comportamento. Si considera "imprudente" il medico che, *non meditando circa i propri limiti tecnici* (o addirittura non avendone proprio la consapevolezza) *si avventura al di là di quello che sa fare*.⁷⁸ Si considera "manifesta imperizia" (o difetto di competenza) il caso in cui il medico *non conosce i fondamentali criteri per formulare una corretta diagnosi, una valida prognosi o un idoneo programma terapeutico*.⁷⁹

⁷⁴ F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 274.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1-6 ma per maggiori approfondimenti vedi anche N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*, nota a Cassazione civile, sezione III, 2 ottobre 2012 n. 16754, in *I Contratti*, fascicolo VI, 2013 580-593.

⁷⁸ F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1-6 ma vedi anche F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272 ss. e per maggiori approfondimenti vedi V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile del medico sportivo in relazione a stati patologici dell' atleta. Relazione al convegno sul tema: "La responsabilità civile e penale dei presidenti delle società e dei medici dello sport nella patologia da sport"*, Pavia, 15 ottobre 1988, in *Rivista di Diritto sportivo*, fascicolo III-IV, 1988, 358 e V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, 106.

⁷⁹ M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Wolters Kluwer, 2016, 195 ss. ma vedi anche F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272 ss., F. INTORNA, *Il problema della responsabilità*

Infine pecca di “inosservanza” il medico che procede *senza rispettare le norme eventualmente emanate*⁸⁰ ed in tal caso egli non può sostenere a propria discolpa che non era a conoscenza dell’esistenza di tali norme perché ciascuno ha il dovere di essere informato delle regole di comportamento che disciplinano la propria attività professionale.

In sostanza l’errore nella diagnosi-prognosi può dare luogo ad un duplice tipo di conseguenze: da un lato si può giudicare dotato di attitudini specifiche l’atleta che invece ne è privo (o povero), e che pertanto si rivela poi, alla prova dei fatti, un atleta scadente o mediocre; dall’altro si può giudicare esente da controindicazioni l’atleta che invece è affetto da infermità o difetti che lo rendono inadatto all’attività agonistica (con conseguenti scarsi risultati) o addirittura tali da arrecargli un danno dall’esercizio di tale attività.⁸¹

Quando l’errore del medico si limita a porre in attività un atleta che alla prova dei fatti si rivela scadente non emergono conseguenze civili o penali, salvo un’eventuale danno economico alla società di appartenenza nel caso di sport professionistico;⁸² ma se questo errore si traduce in un danno alla persona dell’atleta, dal quale scaturiscono la lesione personale colposa o l’omicidio colposo, ricorre anche il risarcimento dei danni *ex art. 2043 c.c.*

Una situazione assai poco frequente può verificarsi nel caso in cui l’atleta, *come conseguenza del giudizio negativo dell’idoneità medica, dovesse manifestare disturbi somatopsichici e che al medico fosse ascritto come colpa l’aver espresso una inidoneità inesistente.*⁸³ Nel caso di specie non sarebbe difficile dimostrare che il disturbo mentale manifestato dall’atleta, indipendentemente dalla correttezza o meno della valutazione da parte del medico, sia di per sé una corretta giustificazione del giudizio di non idoneità da parte del sanitario.⁸⁴

Tralasciamo volutamente nella presente analisi il caso assurdo del medico sportivo che rilascia il certificato medico senza aver visitato il paziente, basandosi eventualmente sulle rassicurazioni di un collega o dell’atleta.⁸⁵

del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1 ss. e V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, 106 ss.

⁸⁰ Per maggiori approfondimenti vedi M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Wolters Kluwer, 2016, 195 ss. e F.F. D’ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272.

⁸¹ F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 4 ss.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ F.F. D’ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272.

⁸⁴ Per maggiori approfondimenti vedi F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1 ss. ma vedi anche F.F. D’ARCAIS, *op.cit.* e M. PITTALIS, *Fatti lesivi e attività sportiva*, Wolters Kluwer, 2016, 195 ss.

⁸⁵ *Ibidem.*, 279.

Di fondamentale importanza riveste invece il tema del segreto professionale⁸⁶ disciplinato dall'art. 622 c.p. rubricato per l'appunto "*Rivelazione di segreto professionale*". Il reato in oggetto viene punito a querela di parte ed esso si configura quando l'interessato è danneggiato dalla rivelazione del segreto professionale, senza cioè che sia necessario che questo danno in realtà si sia realizzato, bastando quindi la sola possibilità che esso possa derivarne. Essendo la valutazione del possibile nocimento lasciata alla persona offesa, esso può ritenersi danneggiato sia materialmente che moralmente, con un'ampissima libertà di scelta. Problematiche ulteriori sorgono al riguardo quando gli atleti sono minorenni.

In tale circostanza, ove dovesse verificarsi un giudizio di non idoneità, è lecito domandarsi come dovrà comportarsi il medico sportivo.⁸⁷ Il sanitario dovrà informare i genitori dell'atleta (in mancanza di questi il tutore o il legale rappresentante del minorenne) ma come dovrà comportarsi – pensiamo all'attività scolastica – nel caso in cui dovesse accertare oltre all'inidoneità sportiva anche la presenza di una malattia infettiva? In questo caso oltre ad informare la famiglia dell'atleta, è indispensabile che il Dirigente scolastico venga immediatamente informato, in forma strettamente confidenziale ed in modo tale da garantire il massimo della *privacy* dell'atleta, così che, consapevole dei rischi di un possibile svilupparsi di epidemie infettive nell'ambiente scolastico, provveda ad applicare le procedure organizzative per affrontare l'emergenza.

7. *Decreto Balduzzi e legge Gelli-Bianco*

Il D.L. n. 158 del 13 settembre 2012, meglio conosciuto come Decreto Balduzzi, e la L. n. 24 dell'8 marzo 2017 recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*", meglio conosciuta come Legge Gelli-Bianco, sono stati provvedimenti profondamente innovativi sul piano dei rapporti tra medico e paziente – ma soprattutto sul piano della responsabilità medica – focalizzando l'attenzione per la prima volta sul concetto delle "linee guida" e su quello della "colpa grave".

Le linee guida⁸⁸ possono essere definite come *delle raccomandazioni di comportamento clinico a cui ciascun professionista deve rifarsi nello svolgimento del proprio operato in quanto sono concepiti come ausilio nel processo decisionale*.⁸⁹ Anche se non è questa la sede per un approfondimento dei contenuti di queste due riforme, è opportuno ricordare che, sebbene il Decreto Balduzzi con l'art. 3 ha stabilito che "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa*

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Art. 3, I comma, del D.L. n. 158/2012, convertito nella L. n. 189/2012.

⁸⁹ Per maggiori approfondimenti vedi www.nurse24.it/studenti/standard/linee-guida.html.

lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo", la Legge Gelli-Bianco è andata a riformare *de facto* l'art. 590 *sexies* del codice penale stabilendo che "qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Per quello che riguarda l'ambito civilistico, possiamo affermare che il medico sportivo è responsabile in caso di condotta posta in essere con colpa grave e contraria a diligenza, prudenza e perizia con ricadute ai sensi non solo dell'art. 2043 c.c., ma anche degli artt. 1176, comma 1, 1228, 2049, 2087 e 2236 c.c.

In tal senso si è pronunciato di recente il Tribunale di Reggio Emilia⁹⁰ il quale ha stabilito che "il paziente che richieda certificato di idoneità alla pratica sportiva (nel caso di specie il ciclismo) ha titolo per pretendere la messa a disposizione, da parte della clinica, delle professionalità e degli strumenti necessari a rendere un approfondimento completo sulla propria idoneità a praticare il ciclismo o per lo meno a essere messo in guardia circa la valenza superficiale degli esami a cui è in procinto di essere sottoposto". Inoltre prosegue affermando che "il cittadino che si rivolga ad una struttura sanitaria per una prestazione medica di questo tipo è autorizzato a confidare nella presenza all'interno di quella di un patrimonio di conoscenze e di mezzi adeguato a verificare se il proprio stato di salute consenta la pratica sportiva indipendentemente dall'inquadramento del professionista interessato".⁹¹

È evidente dunque che in caso di negligenza o imperizia da parte degli specialisti della medicina sportiva in occasione del rilascio del predetto certificato – ed in conseguenza di una lesione all'integrità psico-fisica ai danni dell'atleta nell'esercizio della pratica agonistica in relazione alla quale egli sia stato erroneamente giudicato idoneo – ben potrà venire in considerazione la responsabilità sia dei sanitari che della struttura sanitaria di appartenenza di quest'ultimi ai sensi degli artt. 1228 e 2049 c.c. con conseguenze rilevanti anche sul piano deontologico.

La Suprema Corte ha affermato più volte che i protocolli della medicina sportiva danno al medico un'indicazione di base sulla quale deve innestarsi un comportamento che sia corretto secondo scienze e coscienza, legittimando la conclusione che, in presenza di tracciati elettrocardiografici sospetti, è doveroso ed esigibile che vengano effettuati ulteriori approfondimenti circa la verifica dell'integrità psico-fisica dell'atleta al fine di prevenire eventi nefasti che gli stessi protocolli possono prevedere.

⁹⁰ Tribunale di Reggio Emilia, 17 gennaio 2018 n. 40.

⁹¹ Tribunale di Reggio Emilia, 17 gennaio 2018 n. 40 (massima).

Infine giova ricordare che il fenomeno della dissimulazione da parte dell'atleta in occasione delle visite medico sportive è un fenomeno tutt'ora molto frequente che mette in difficoltà l'operato dei sanitari. In tal senso sia la giurisprudenza che la dottrina maggioritaria⁹² è orientata nel senso che il medico sportivo deve sempre tenere conto del fatto che l'atleta ha di solito una forte motivazione al successo e che questo *flow*⁹³ può spingerlo fino a dissimulare oppure a sottovalutare le proprie condizioni precarie di salute.

Di conseguenza, fa parte dell'ordinaria prudenza e diligenza del medico sportivo il dovere di assumere una posizione preconcepita rispetto a questo possibile atteggiamento al fine di sapere diagnosticare prontamente un comportamento dissimulatorio da parte dell'atleta.

Non sono mancate però opinioni discordanti ed in proposito si segnala una sentenza del Tribunale capitolino nella quale emerge che *“il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni incidenti sull'integrità fisica di uno sportivo viene meno ove l'erroneo giudizio espresso dalla Commissione medica centrale nominata dalla Federazione Pugilistica Italiana in merito all'idoneità alla pratica agonistica, sia stato determinato dal comportamento dello stesso sportivo interessato che, con reticenza o false indicazioni su fatti morbosi pregressi o tuttora sussistenti, abbia impedito un esatto apprezzamento delle proprie condizioni fisiche”*.⁹⁴ Nel caso di specie veniva rigettata la domanda proposta da un pugile nei confronti del CONI e finalizzata a ottenere il risarcimento dei danni da lui subiti a causa dell'intempestiva dichiarazione della sua inidoneità sportiva, intervenuta dopo anni di attività, quando peraltro risultavano comportamenti suoi e del suo procuratore volti, nel corso del tempo, a sminuire e nascondere il disturbo da cui era affetto (nel caso di specie la sindrome di *Mènière*),⁹⁵ all'evidente fine di rendere possibile la prosecuzione della carriera sportiva, che altrimenti sarebbe stata interrotta in quanto incompatibile con quella patologia.⁹⁶

⁹² V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile del medico sportivo in relazione a stati patologici dell'atleta. Relazione al convegno sul tema: “La responsabilità civile e penale dei presidenti delle società e dei medici dello sport nella patologia da sport”*, Pavia, 15 ottobre 1988, in *Rivista di Diritto sportivo*, fascicolo III-IV, 1988, 358 e V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, 106. F. INTORNA, *Il problema della responsabilità del medico nel giudizio di idoneità alla pratica sportiva agonistica*, in *Rivista di Diritto sportivo*, I, 1983, 1-6. V. MIRRA, *Implicazioni delle condotte e responsabilità del medico sportivo*, in *Rivista penale*, fascicolo III, 2006, 281-287. G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, Giappichelli, 2010, 495 ss.

⁹³ Il termine *flow*, meglio conosciuto come *trance* agonistica, è stato ideato dallo psicologo ungherese Mihály Csíkszentmihályi.

⁹⁴ Tribunale di Roma, 20 ottobre 1969, in *Rivista di Diritto sportivo*, 1969, 421 ss. e per maggiori approfondimenti vedi M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 509 ss.

⁹⁵ M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 510.

⁹⁶ In tal senso si veda Cassazione del 12 febbraio n. 3353 relativa al caso in cui un medico sportivo rilascia un certificato di buona salute in presenza di situazioni che avrebbero dovuto indurlo a rifiutare il rilascio dello stesso. La Cassazione in proposito ha affermato che il medico avrebbe

8. Conclusioni

La medicina dello sport, nella sua funzione di assistenza all'atleta, ha origini nell'antica Grecia e da allora – come abbiamo visto – viene proiettata in una dimensione da un lato ludico-ricreativa e dall'altro formativa, che la distingue dalle altre branche della medicina.

Tutto questo implica numerose problematiche che, spaziando dal fenomeno medico a quello normativo, hanno reso necessario l'intervento del legislatore più di una volta nel corso di un ristretto arco temporale.⁹⁷

Con l'ultima riforma del marzo 2017 – la cd. Gelli-Bianco – il nostro legislatore ha inteso fare un lavoro di semplificazione, rafforzando la protezione dei pazienti; tutelando gli operatori sanitari che rispondono in ragione del cd. “contatto sociale” e, soprattutto, limitando la spesa pubblica ed in particolare i costi correlati alla cd. “medicina difensiva”. Nonostante questi nobili intenti, l'imprevedibilità di certi eventi ha fatto sì che l'impatto di questa legge non è stato all'altezza delle aspettative.

Il ruolo del medico sportivo presenta numerose criticità: l'evoluzione della scienza medica mette il medico nelle condizioni di individuare delle patologie che in passato non avrebbe potuto individuare (e di conseguenza evitare il verificarsi di certi incidenti) ma talvolta il lavoro medico viene vanificato dalla scarsa qualità della strumentazione tecnologica a disposizione delle strutture sanitarie dove egli opera. La tecnologia ha migliorato la vita dell'uomo ed anche in ambito medico i passi da gigante fatti dalla scienza hanno permesso non solo ai sanitari di lavorare con maggiore tranquillità ma soprattutto di poter individuare e riconoscere con tempestività patologie che con le vecchie strumentazioni sarebbero rimaste ignote.⁹⁸ Anche se il medico sportivo esegue una visita medica accurata e scrupolosa talvolta si trova ad affrontare problematiche assai difficili: non ci riferiamo solo al caso della dissimulazione⁹⁹ da parte dell'atleta o dell'omissione da parte di quest'ultimo

dovuto tenere conto del fatto che il certificato di buona salute avrebbe potuto essere utilizzato per un numero indeterminato di attività, eventualmente controindicate in relazione allo stato fisico del ragazzo, e quindi, avrebbe dovuto osservare un dovere superiore di protezione e rifiutare di conseguenza il certificato, in presenza del quadro patologico che si ricavava dal precedente referto di cui era in possesso e di cui era venuto a conoscenza chiedendo eventualmente un'ulteriore consulenza in merito. Nella specie la responsabilità del medico è stata affermata in concorso ma comunque con portata efficiente prevalente rispetto a quella dei genitori che, come era risultato dalle testimonianze del cardiologo e del medico sportivo, avevano insistito per far giocare il figlio a tutti i costi. Per maggiori approfondimenti vedi M. PITTALIS, *La responsabilità sportiva. Principi generali e regole tecniche a confronto*, Milano, 2013, 530.

⁹⁷ Dopo l'introduzione del Decreto Balduzzi avvenuto nel 2012 il legislatore nazionale è intervenuto nel 2017 con la Legge Gelli-Bianco.

⁹⁸ Di recente la Juventus ha ideato e creato lo “J-Medical”, un centro medico che propone un modello sanitario all'avanguardia, con una vasta gamma di servizi, dalla diagnostica alla medicina specialistica, dalla riabilitazione alla medicina sportiva, ideato per accogliere e accompagnare i pazienti in un percorso di prevenzione e cura completo.

⁹⁹ Tra le tante si veda F.F. D'ARCAIS, *La responsabilità del medico dello sport nelle visite di valutazione ai giovani in età scolare*, in *Rivista di Diritto sportivo*, XIII, 1961, 272.

delle proprie condizioni di salute (che comunque ha l'obbligo di comunicare) ma preme sottolineare il caso in cui l'atleta si trovi affetto da una patologia genetica non immediatamente riconoscibile in occasione della tradizionale visita medica.

Se riflettiamo bene, ogniqualvolta si sono verificati decessi in ambito sportivo l'attenzione dei *media* si è concentrata quasi esclusivamente sulle indagini¹ e molto raramente su cosa si sarebbe potuto fare a livello preventivo per evitare certi eventi.

Per concludere queste brevi riflessioni è opportuno soffermarci sullo stato dell'arte della medicina sportiva in rapporto con la più moderna tecnologia. Sebbene da un lato sarebbe auspicabile una preparazione di primissimo livello ed omogenea tra tutti i professionisti sanitari dello sport, dall'altro non è da meno la pretesa che tutti i centri di medicina dello sport, sia essi pubblici che privati, dispongano delle più moderne strumentazioni volte a rilevare anche le più nascoste problematiche cardiache dell'atleta sottoposto alla visita di *routine*.

A giudizio di chi scrive, le consuete asserzioni da parte del mondo politico aventi ad oggetto la sistematica carenza di fondi potrebbe essere facilmente superabile attraverso un serio programma nazionale volto a mettere lo sport al centro della vita dell'individuo, a partire dalle scuole elementari, medie e superiori di concerto con il CONI e le varie istituzioni pubbliche. Un progetto sociale, culturale, educativo e formativo, che vede lo sport come portatore di valori etici e solidali e per una migliore qualità della vita, contribuirebbe ad un grandissimo risparmio per le casse dello Stato nella sanità pubblica. I fondi risparmiati potrebbero essere utilizzati per finanziare la ricerca scientifica nel campo della medicina sportiva, creare centri di eccellenza nel panorama scientifico nazionale così da collaborare con le aziende produttrici di macchinari sanitari e dotare tutti i centri di medicina dello sport delle più moderne tecnologie con l'obiettivo di evitare, per quanto possibile, il verificarsi di eventi luttuosi.

¹⁰⁰ Si veda di recente l'articolo apparso sul Corriere della Sera relativo al caso Astori disponibile alla seguente pagina web www.corriere.it/sport/18_dicembre_10/astori-due-medici-indagati-omicidio-colposo-e339522c-fc78-11e8-9879-765e1cc1d300.shtml.

**ASSOCIAZIONI SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON
LUCRATIVE E SOCIETÀ SPORTIVE DILETTANTISTICHE NON
LUCRATIVE: GLI ULTIMI CHIARIMENTI DELL'AGENZIA
DELLE ENTRATE ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE N. 18/E
DEL 2018**

di *Pasquale Della Corte**

ABSTRACT: On 1 August 2018, the Italian Revenue Agency (IRA) published the Circular no. 18/E, which answered some questions about Amateur Sports Associations and Amateur Sports Companies (both entities are non-profit), ruled by Article 90 Law no. 289/2002. The Circular clarifies questions of exemption and benefits for the amateur sport clubs, which were raised in a joint meeting of the IRA and the Italian National Olympic Committee (CONI).

This paper aims to broadly explain the principles established by IRA in order for these nonprofit sport associations to benefit from the tax advantages system about tax on income and VAT.

Keywords: Amateur Sports Associations; Amateurs Sports Club; tax advantages (Law no. 398/1991); non-profit sector.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Comunicazione preventiva alla SIAE – 3. Tracciabilità degli incassi e dei pagamenti – 4. Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: plafond – 5. Attività connesse agli scopi istituzionali e attività rese in diretta attuazione degli scopi dell'ente sportivo – 6. Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: controlli ed accertamenti fiscali – 7. Democraticità dell'ente sportivo dilettantistico – 8. Modello EAS – 9. Terzo Settore – 10. Conclusioni

* Dottore Commercialista e Revisore Legale dei Conti, Associate presso lo Studio Comma 10. Componente della Commissione Terzo settore ed enti non profit dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma. E-mail: pasquale.dellacorte@comma10.it.

1. Introduzione

Lo sport dilettantistico – associazioni sportive (ASD) e società sportive dilettantistiche (SSD)¹ – è stato, nel tempo, disciplinato da numerosi atti legislativi. Tali disposizioni normative si sono, negli anni, stratificate e sovrapposte.²

In tale contesto normativo, gli enti si trovano sottoposti all'attività di vigilanza e/o di controllo da parte di diverse istituzioni, ognuna con proprie finalità: es. Comitato Olimpico Nazionale (CONI) per questioni sportive ed Agenzia delle entrate per questioni fiscali.

Gli operatori del settore, quali componenti degli organi direttivi degli enti ovvero i consulenti, si trovano, dunque, a doversi confrontare nonché a dover interpretare un complesso quadro normativo: frammentario ed in continua evoluzione.

È evidente, dunque, come ogni documento di prassi, emanato dalle istituzioni coinvolte, rappresenti, per gli operatori del settore, un valido strumento volto a risolvere e/o ridurre i dubbi interpretativi.

In particolare, il 1° agosto 2018, l'Agenzia delle entrate ha pubblicato la Circolare n. 18/E dal titolo "*Questioni fiscali di interesse delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, emerse nell'ambito del Tavolo tecnico tra l'Agenzia delle entrate ed il Comitato Olimpico Nazionale Italiano*".³

L'Amministrazione finanziaria, con tale documento di prassi, *in primis*, ha effettuato una ricognizione delle previsioni agevolative concernenti il regime tributario delle ASD e SSD; successivamente, l'Agenzia:

- (i) ha fornito la risposta a taluni profili riguardanti l'applicazione del regime fiscale previsto dalla L. n. 398/1991, di cui possono beneficiare sia le ASD che le SSD;
- (ii) ha esaminato quesiti specifici con riferimento al beneficio fiscale previsto dall'art. 148, comma 3, DPR n. 917/1986 (TUIR);
- (iii) ha affrontato specifiche questioni in materia di imposta di bollo per taluni organismi sportivi.

¹ Di seguito enti sportivi dilettantistici. Si sottolinea che, nel presente lavoro, si fa riferimento unicamente alle società sportive dilettantistiche senza fine di lucro (SSD) e non anche alle società sportive dilettantistiche lucrative (SSDL).

² Si segnalano: DPR 26 ottobre 1972, n. 633, in Gazz. Uff. n. 292 del 11 novembre 1972; DPR 29 settembre 1973, n. 600, in Gazz. Uff. n. 268 del 16 ottobre 1973; DPR 22 dicembre 1986, n. 917, in Gazz. Uff. n. 302 del 31 dicembre 1986; Legge 16 dicembre 1991, n. 398, in Gazz. Uff. n. 295 del 17 dicembre 1991; Legge 13 maggio 1999, n. 133, in Gazz. Uff. n. 113 del 17 maggio 1999; DPR 30 dicembre 1999, n. 544, in Gazz. Uff. n. 40 del 18 febbraio 2000; Legge 27 dicembre 2002, n. 289, Gazz. Uff. n. 305 del 31 dicembre 2002; Decreto Legge 28 maggio 2004, n. 136, in Gazz. Uff. n. 199 del 25 agosto 2004; Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185, in Gazz. Uff. n. 22 del 28 gennaio 2009.

³ Disponibile *on line* all'indirizzo web www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Normativa+e+Prassi/Circolari/Archivio+circolari/Circolari+2018/Agosto+2018/Circolare+n+18+del+1+agosto+2018/Circolare+18E.pdf.

Il presente lavoro si propone di illustrare i principi che sembrerebbero emergere dalla Circolare, con particolare riferimento all'imposta sul reddito (IRES) e all'IVA.

Tuttavia, preme evidenziare che, vista la specificità delle risposte fornite dall'Agenzia delle entrate con riferimento ai singoli quesiti, il presente lavoro non ha la presunzione di ergere a principi generali quanto di seguito esposto, lasciando, così, ad ogni addetto ai lavori il compito di valutarne l'operatività caso per caso.⁴

2. *Comunicazione preventiva alla SIAE*⁵

L'Amministrazione finanziaria ha ribadito, in primo luogo, gli adempimenti (comunicazioni) da eseguire al fine di esercitare l'opzione per l'adozione del regime fiscale di favore, di cui alla L. n. 398/1991.

In particolare, con riferimento agli effetti giuridici della preventiva comunicazione da presentare alla SIAE, la Circolare, nel riconoscere la natura non costitutiva della stessa ai fini del regime in argomento, ha precisato che, in presenza di comportamento concludente e di regolare comunicazione all'Agenzia delle entrate dell'opzione, tale mancata comunicazione alla SIAE non comporta la decadenza dal regime agevolativo in oggetto bensì l'applicazione della sanzione amministrativa, di cui all'art. 11 D.Lgs. n. 471/1997 (da euro 250 ad euro 2.000).

3. *Tracciabilità degli incassi e dei pagamenti*⁶

L'Agenzia ha evidenziato come, a decorrere dal 1° gennaio 2016, la violazione dell'obbligo di tracciabilità degli incassi e dei pagamenti⁷ pari o superiori ad euro 1.000 (art. 25, comma 5, L. n. 133/1999) non comporti più la decadenza dal regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991 bensì l'applicazione della sanzione amministrativa di cui al citato art. 11 D.Lgs. n. 471/1997.⁸

L'Amministrazione finanziaria ha, comunque, previsto una procedura da seguire, in termini di documentazione e contabilizzazione, al fine di rispettare il citato obbligo di tracciabilità, nel caso di raccolta di quote di iscrizione a corsi o quote di affiliazione, di importo esiguo, incassate in contanti e poi versate cumulativamente sul conto corrente per un importo pari o superiore al citato limite di euro 1.000.

⁴ Si veda il Documento elaborato dal CONI – Commissione Fiscale, pubblicato in data 29 ottobre 2018 sul sito www.coni.it.

⁵ Circolare § 3.3 e § 6.1.

⁶ Circolare § 3.5 e § 6.4.

⁷ Da intendersi quelli effettuati mediante bollettino postale, carte di credito, bancomat o altri sistemi di pagamento.

⁸ Infatti, la decadenza, originariamente prevista, è stata abrogata dall'art. 19, comma 1, Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 158, in Gazz. Uff. n. 233 del 7 ottobre 2015.

In particolare, l'ente sportivo dilettantistico (i) dovrà rilasciare apposita quietanza in merito al singolo incasso e conservarla nonché (ii) dovrà dotarsi di un apposito registro dove annotare analiticamente le entrate e le uscite, indicando i nominativi dei soggetti e la causale dell'importo incassato o pagato.

La *ratio* dell'istituzione di tale registro è quella di consentire ai soggetti verificatori di acquisire le informazioni contabili necessarie per determinare la corretta qualifica fiscale dei versamenti effettuati sui conti correnti bancari o postali.

Inoltre, dall'analisi della Circolare emerge chiaramente come tale ulteriore adempimento, previsto esclusivamente in via amministrativa, sia da aggiungere a quelli contabili e di rendicontazione disciplinati dalle norme di legge [es. art. 90, comma 18, lett. f), L. n. 289/2002 e artt. 20 e segg. DPR n. 600/1973].

4. *Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: plafond⁹*

L'Amministrazione finanziaria ha precisato che, ai fini del computo del *plafond* (euro 400.000) previsto per l'accesso e la permanenza nell'ambito del regime agevolativo della L. n. 398/1991, occorre fare riferimento ai criteri definiti nell'allegato E del DM 18 maggio 1995.

Segnatamente, (i) il *periodo d'imposta* richiamato dalla citata legge corrisponde all'esercizio sociale dell'ente sportivo dilettantistico, ancorché non coincidente con l'anno solare, e (ii) i *proventi conseguiti* nell'esercizio di attività commerciale corrispondono ai proventi percepiti (c.d. principio di cassa), cui occorre aggiungere quei proventi per i quali è stata emessa la fattura (nel periodo oggetto di analisi) ancorché non incassati (c.d. principio di competenza).

Peraltro, l'Agenzia ha rilevato che tale criterio di quantificazione, per le SSD, avrà unicamente valenza fiscale, dovendo tali società osservare quanto previsto dalla disciplina civilistica con riferimento ai criteri contabili propri delle società lucrative, ai fini degli obblighi della tenuta delle scritture contabili e della redazione del bilancio.

Tuttavia, l'Agenzia ha evidenziato come, vista l'attuale formulazione dell'art. 3 L. n. 398/1991, da tale computo siano esclusi i premi di addestramento e formazione tecnica e non più le indennità di preparazione e promozione dell'atleta.

5. *Attività connesse agli scopi istituzionali e attività rese in diretta attuazione degli scopi dell'ente sportivo¹⁰*

L'Amministrazione finanziaria, nel definire le *attività connesse agli scopi istituzionali*, di cui alla L. n. 398/1991, ha fatto rinvio, in base ad un'interpretazione sistematica, a quanto già precisato in merito all'art. 148, comma 3, DPR n. 917/1986, in ordine alle *attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali*.

⁹ Circolare § 3.7.

¹⁰ Circolare § 6.2, § 7.5, § 7.8 e § 7.9.

In dettaglio, l'Agenzia ritiene che, per *attività connessa agli scopi istituzionali*, debba intendersi quella che costituisce il naturale completamento degli scopi specifici e particolari che caratterizzano l'ente sportivo dilettantistico, tra cui, certamente, vi rientrano l'attività di formazione, quella didattica, quella di preparazione e assistenza all'attività sportiva dilettantistica. Invece, sono da ritenersi escluse tutte quelle attività commerciali estranee rispetto agli scopi tipici dell'ente sportivo dilettantistico senza scopo di lucro, così come riconosciuto dall'organismo affiliante (Federazione Sportiva Nazionale, Ente di Promozione Sportiva, Disciplina Sportiva Associata).

L'Agenzia, inoltre, ha precisato che, ai fini della decommercializzazione, di cui all'art. 148 DPR n. 917/1986, le attività possano ritenersi rese in *diretta attuazione degli scopi istituzionali* dell'ente sportivo dilettantistico qualora siano connaturate ed essenziali all'attività principale svolta da tale ente, dovendo verificare, ad esempio, se le stesse prestazioni, per contenuto, termini e modalità di effettuazione, vadano o meno al di là di quanto necessario e funzionale per consentire all'associato, socio o tesserato l'effettivo svolgimento dell'attività sportiva dilettantistica.¹¹

La Circolare ha escluso che ricorra il requisito della diretta attuazione degli scopi istituzionali nell'ipotesi di cessioni "speculative" dei diritti alla prestazione sportiva dell'atleta e, pertanto, alle stesse non si applica la decommercializzazione.¹²⁻¹³

¹¹ Con riferimento alle attrezzature sportive ed al ricovero degli animali, ai fini della decommercializzazione, sembrerebbe che, per l'Agenzia, oltre a quanto detto, debbano ricorrere anche i requisiti (i) del riconoscimento dell'idoneità da parte della Federazione Sportiva Nazionale e della Disciplina Sportiva Associata cui l'ASD o la SSD è affiliata, (ii) dell'effettivo utilizzo delle stesse oltre che (iii) della coerenza della prestazione di custodia o ricovero, per le modalità con cui viene resa, con tali finalità (§ 7.5).

¹² È il caso in cui il diritto alla prestazione sportiva sia stato precedentemente acquistato e successivamente rivenduto senza che l'atleta sia stato sostanzialmente coinvolto dall'ente nell'attività formativa e di crescita nell'ambito della pratica sportiva dilettantistica, ossia non abbia svolto un'effettiva attività volta ad apprendere e migliorare la pratica sportiva dilettantistica (§ 7.8).

¹³ Si legge nella Circolare che, con riferimento all'art. 148, comma 3, DPR 22 dicembre 1986, n. 917, in Gazz. Uff. n. 302 del 31 dicembre 1986, l'appartenenza ad un'unica organizzazione locale o nazionale si realizza mediante l'affiliazione alla medesima Federazione Sportiva sia dell'ASD o SSD che rende verso corrispettivo l'attività in diretta attuazione degli scopi istituzionali sia dell'ASD o SSD destinataria della cessione o della prestazione (§ 7.8).

Inoltre, nell'ipotesi di cessione di diritti di partecipazione al campionato da parte di una ASD o SSD in favore di altra ASD o SSD affiliate entrambe alla medesima Federazione Sportiva, ai fini della ricorrenza del requisito della diretta attuazione, di cui all'art. 148, comma 3, DPR 22 dicembre 1986, n. 917, in Gazz. Uff. n. 302 del 31 dicembre 1986, è necessario che l'ASD o la SSD che pone in essere la cessione continui comunque, seppure in una categoria inferiore, a partecipare ai campionati (§ 7.9).

6. *Regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991: controlli ed accertamenti fiscali*¹⁴

L'Amministrazione finanziaria ha espressamente previsto che, nell'ipotesi di decadenza dal regime della L. n. 398/1991, a seguito di attività di controllo:

- (i) con riferimento all'IRES, ed in particolare alla ricostruzione della base imponibile, i verificatori possano procedere al riconoscimento della deducibilità dei costi sostenuti dall'ente sportivo, sempreché lo stesso ente sia in grado di fornire i relativi riscontri contabili, quali fatture, ricevute, scontrini fiscali ovvero altra documentazione utile ai fini della corretta determinazione del reddito; invece,
- (ii) ai fini IVA, si possa riconoscere il diritto alla detrazione della stessa IVA pagata sugli acquisti, anche nell'ipotesi di mancata registrazione della relativa fattura d'acquisto, sempreché l'ente sportivo dilettantistico sia comunque in grado di dimostrare all'Ufficio la presenza dei requisiti sostanziali (soggetto passivo IVA, effettiva vendita di bene o prestazione di servizio, fattura regolare, etc.).

Inoltre, l'Agenzia ha precisato che, sempre ai fini IVA, qualora in sede di accertamento l'attività di una ASD venga riqualificata quale commerciale in conseguenza dell'assenza del reale carattere associativo della stessa associazione, l'IVA dovuta debba essere applicata aggiungendo la stessa imposta alle somme riscosse dall'ASD a fronte di tale attività.¹⁵

La Circolare ha chiarito, altresì, che, in sede di accertamento, il ravvisarsi del mancato adempimento riferito al modello di cui al DM 11 febbraio 1997, non è di per sé condizione per la decadenza dello stesso ente dal regime agevolativo di cui alla L. n. 391/1998. Infatti, l'ente decadrà da detto regime qualora non sia in grado di provare, con idonea documentazione, la sussistenza dei requisiti sostanziali per applicare la norma agevolativa. Ciò premesso, in presenza di tutti i requisiti normativi previsti per l'adozione del regime in argomento, l'ente sportivo dilettantistico potrà continuare a fruire dell'agevolazione in argomento, sempreché sia in grado di fornire all'Ufficio i riscontri contabili, quali fatture, ricevute, scontrini fiscali ovvero altra documentazione utile ai fini della corretta determinazione del reddito e dell'IVA.¹⁶⁻¹⁷

¹⁴ Circolare § 6.6, § 6.7, § 6.8 e § 7.10.

¹⁵ Si legge nella Circolare che, in tal caso, qualora l'Ufficio ravvisi l'esistenza delle obiettive condizioni di incertezza in relazione alla portata e all'ambito applicativo delle norme tributarie, procederà alla disapplicazione delle sanzioni (art. 10, comma 3, Legge 27 luglio 2000, n. 212, in Gazz. Uff. n. 177 del 31 luglio 2000).

¹⁶ Si legge nella Circolare, che in tal caso si rende applicabile la sanzione propria delle violazioni degli obblighi contabili (art. 9 Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, in Gazz. Uff. n. 5 del 8 gennaio 1998).

¹⁷ Si legge nella Circolare, che il mancato rispetto degli ulteriori adempimenti previsti dall'art. 9, comma 3, DPR 30 dicembre 1999, n. 544, in Gazz. Uff. n. 40 del 18 febbraio 2000 (es., la conservazione e numerazione progressiva delle fatture di acquisto ovvero il versamento trimestrale dell'IVA) comporta, al pari della mancata tenuta del prospetto di cui al D.M. 11 febbraio 1997,

Sempre in materia di controlli, infine, l'Agenzia ha puntualizzato che il mancato assolvimento dell'adempimento di rendicontazione dei proventi realizzati per il tramite della raccolta pubblica di fondi in occasione di eventi, di per sé, non preclude l'applicazione della decommercializzazione di cui all'art. 25 L. n. 133/1999, purché, in sede di controllo, l'ente sportivo dilettantistico possa fornire idonei riscontri al fine di attestare la realizzazione dei proventi esclusi dal reddito imponibile.¹⁸

7. *Democraticità dell'ente sportivo dilettantistico*¹⁹

La Circolare ha precisato che, con riferimento all'applicazione dell'art. 148, comma 3, DPR n. 917/1986, le SSD, a differenza delle ASD, non devono integrare i propri statuti con le clausole concernenti la democraticità del rapporto associativo [art. 148, comma 8, lett. c) e d), DPR n. 917/1986], nel presupposto che l'art. 90, comma 18, L. n. 289/2002, prevede l'inapplicabilità alle SSD delle norme riferite ai vincoli di democraticità ed uguaglianza.

In generale, sempre con riferimento ai vincoli di democraticità previsti dall'art. 148 DPR n. 917/1986, l'Agenzia ha specificato che occorre effettuare una valutazione globale dell'operatività dell'associazione sportiva dilettantistica, che garantisca il raggiungimento dei propri scopi,²⁰ al fine di valutarne la eventuale violazione, dalla quale poi dipenderà la perdita del beneficio, e riscontrare un nesso diretto fra la violazione posta in essere e la disposizione statutaria.

In tale ambito, la clausola di democraticità si intende violata quando le specifiche azioni od omissioni da parte dell'associazione sportiva dilettantistica rendano sistematicamente inapplicabile la disposizione statutaria.²¹

l'applicazione delle specifiche disposizioni sanzionatorie previste dal Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, in Gazz. Uff. n. 5 del 8 gennaio 1998, e non la decadenza dal regime tributario di cui alla Legge 16 dicembre 1991, n. 398, in Gazz. Uff. n. 295 del 17 dicembre 1991, sempre che gli adempimenti non precludano all'Amministrazione finanziaria il riscontro documentale utile ai fini dell'accertamento dei requisiti richiesti dal regime stesso.

¹⁸ L'Agenzia ha evidenziato che, in tal caso, si applica la sanzione amministrativa di cui all'art. 9, comma 1, Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, in Gazz. Uff. n. 5 del 8 gennaio 1998, connessa alla violazione degli obblighi relativi alla tenuta dei documenti contabili.

¹⁹ Circolare § 7.3 e § 7.4.

²⁰ Nella Circolare si riporta l'esempio dell'adozione di forme di convocazione dell'assemblea diverse da quelle tradizionali (ad esempio, invio di e-mail agli associati) o l'occasionale mancato inserimento di un dettagliato elenco dei nomi dei partecipanti nei verbali di assemblea o degli associati nel libro soci.

²¹ Si legge nella Circolare che ciò si verifica, ad esempio, qualora si riscontrino nell'associazione elementi quali (i) la mancanza assoluta di forme di comunicazione idonee ad informare gli associati delle convocazioni assembleari e delle decisioni degli organi sociali; (ii) la presenza di diverse quote associative alle quali corrisponda una differente posizione del socio in termini di diritti e prerogative, rispetto alla reale fruizione e godimento di determinati beni e servizi; (iii) l'esercizio limitato del diritto di voto – dovuto alla presenza, di fatto, di categorie di associati privilegiati – in relazione alle deliberazioni inerenti l'approvazione del bilancio, le modifiche statutarie, l'approvazione dei regolamenti, la nomina di cariche direttive, etc.

8. Modello EAS²²

L'Amministrazione finanziaria ha precisato che l'ente sportivo dilettantistico può beneficiare delle agevolazioni connesse alla presentazione del modello EAS,²³ ancorché lo stesso modello sia stato presentato oltre il termine di legge²⁴ nonché oltre il termine per la remissione *in bonis*,²⁵ però limitatamente alle attività realizzate successivamente a tale adempimento, anche se ricadenti nel medesimo periodo d'imposta.

Pertanto, in tale ultimo caso il periodo d'imposta si divide in due parti:

- (i) *ante* adempimento, nel quale non è possibile beneficiare delle agevolazioni;
- (ii) *post* adempimento, nel quale è possibile beneficiare delle agevolazioni.

9. Terzo Settore²⁶

L'Agenzia si è soffermata, inoltre, sulla c.d. riforma del Terzo Settore: D.Lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore o CTS)²⁷ e D.Lgs. n. 112/2017 (Impresa Sociale).

In particolare, l'organizzazione e la gestione di attività sportive dilettantistiche rientrano tra quelle di interesse generale in cui operano gli Enti del Terzo Settore (ETS) per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.²⁸

Alla luce di quanto sopra, l'ente sportivo dilettantistico potrà scegliere se (i) diventare ETS oppure (ii) non aderire al regime delineato dalla riforma, con la conseguenza che, nel primo caso, applicherà le norme (tra cui quelle agevolative) proprie degli ETS mentre, nel secondo caso, continuerà ad applicare l'attuale normativa, anche in base alle modifiche apportate dalla stessa riforma.

²² Circolare § 7.7.

²³ Art. 30 Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185, in Gazz. Uff. n. 22 del 28 gennaio 2009.

²⁴ Il termine è il sessantesimo giorno successivo alla costituzione dell'ente ovvero entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello nel quale si è verificata la variazione da comunicare (art. 3, comma 3.3, Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 2 settembre 2009).

²⁵ Il termine è quello di presentazione della prima dichiarazione utile, atteso che ne sussistano le condizioni per il beneficio (art. 2, comma 1, Decreto Legge 2 marzo 2012, n. 16, in Gazz. Uff. n. 52 del 2 marzo 2012).

²⁶ Circolare § 5.1 e § 5.2.

²⁷ È stato precisato che le norme in argomento, le quali rientrano nel Titolo X – Regime fiscale degli enti del terzo settore – entreranno in vigore a decorrere dal periodo d'imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea, prevista per talune disposizioni fiscali del Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in Gazz. Uff. n. 179 del 2 agosto 2017, e comunque, non prima del periodo d'imposta successivo a quello di operatività del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (art. 104, comma 2, dello stesso decreto legislativo).

²⁸ Art. 5, comma 1, lett. t), Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in Gazz. Uff. n. 179 del 2 agosto 2017, e art. 2, comma 1, lett. u) Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 112, in Gazz. Uff. n. 167 del 19 luglio 2017.

In tale ambito, nel caso (i) l'ente non potrà più beneficiare del regime agevolativo di cui alla L. n. 398/1991 né delle previsioni di decommercializzazione di cui all'art. 148 DPR n. 917/1986²⁹ invece, nel caso (ii) tali norme si continueranno ad applicare all'ente sportivo dilettantistico.³⁰

Ancor più in dettaglio, nel caso (i) l'ente sportivo dilettantistico applicherà la normativa propria degli ETS che, per taluni aspetti, è analoga alle norme agevolative richiamate (es. art. 79, comma 6, D.Lgs. n. 117/2017).

10. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra detto, è evidente come la Circolare, da una parte, abbia fornito talune indicazioni risolutive di casi concreti e, dall'altra, offra molti spunti, sui quali gli organi direttivi degli enti sportivi dilettantistici dovranno necessariamente operare ulteriori riflessioni, anche in chiave sistematica.

Inoltre, è certamente di notevole rilievo il fatto che nel documento di prassi sia stato affrontato anche il discorso della riforma del Terzo Settore. Ciò potrebbe essere interpretato come un implicito invito, rivolto agli addetti ai lavori, a considerare, in chiave prospettica, l'opportunità/facoltà di aderire al Terzo Settore. In effetti, nella stessa realtà sportiva possono convivere ETS e non ETS: es. accanto ad un'ASD può essere costituita un'associazione sportiva ETS, le quali potranno operare singolarmente, nell'ambito delle diverse discipline, e, congiuntamente, per le stesse finalità sportive.

Non è da trascurare, però, che, il D.Lgs. n. 117/2017 (CTS) e il D.Lgs. n. 112/2017 (Impresa Sociale) sono solo formalmente operativi, in quanto, a tutt'oggi, manca buona parte dei decreti attuativi della riforma (come pure l'autorizzazione della Commissione europea, con riferimento ai profili fiscali).

²⁹ Art. 89, comma 1, lett. a) e c) Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in Gazz. Uff. n. 179 del 2 agosto 2017.

³⁰ Infatti, le modifiche apportate all'art. 148 DPR 22 dicembre 1986, n. 917, in Gazz. Uff. n. 302 del 31 dicembre 1986, da parte del Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in Gazz. Uff. n. 179 del 2 agosto 2017, non riguardano gli enti sportivi dilettantistici (art. 89 del citato decreto legislativo).

NOTE A SENTENZA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 29 novembre 2018, causa 548/17

ABSTRACT: On 29 November 2018, the EU Court of Justice (ECJ) delivered a preliminary ruling under Article 267 of TFEU in C-548/17 case, concerning a request from the Bundesfinanzhof – (Germania). As a matter of essence, the referring court asked for the interpretation of the articles 63 and 90 of the Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax. The Judgement of the ECJ clarifies certain aspects of the taxation of professional football player agencies such as the payment by instalments and subject to a condition.

Keywords: Reference for a preliminary ruling – Taxation – Value added tax (VAT) – Taxation of professional football player agencies – Payment by instalments and subject to a condition – Chargeable event, chargeability and collection of the tax.

**I PRINCIPI GENERALI DI UGUAGLIANZA E PROPORZIONALITÀ
IN MATERIA DI IVA: L'INTERMEDIAZIONE DEI CALCIATORI
PROFESSIONISTI COME “TERRENO DI GIOCO”**

di *Ilaria Sticchi**

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il contesto della causa C-548/17 – 2.1 La controversia a livello nazionale – 2.2 Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia – 2.3 Il giudizio della Corte di Giustizia ed il ragionamento sotteso – 2.3.1 Il precedente richiamato dalla Corte – 2.3.2 Il principio di diritto della Corte di Giustizia in tema di fatto generatore e esigibilità dell'IVA in caso di pagamenti rateizzati e assoggettati a condizione – 3. Inquadramento giuridico dell'intermediazione di calciatori professionisti – 3.1 Cenni sull'attuale disciplina dell'intermediazione sportiva e il Regolamento FIFA – 3.2 L'oggetto dell'attività degli intermediari sportivi: la prestazione di servizi – 4. L'applicazione dell'IVA alla prestazione di servizi: richiamo dei principi generali di uguaglianza e di proporzionalità – 5. Riflessioni conclusive sulle modalità applicative dell'IVA all'attività di intermediazione sportiva

* Avvocato presso l'Ordine degli Avvocati di Bologna. Master di 2° livello in diritto tributario presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Esercita la propria attività professionale tra Bologna e Bruxelles, fornendo assistenza legale principalmente nell'ambito del diritto europeo, della concorrenza e del diritto tributario. E-mail: ilaria.sticchi@gmail.com.

1. La sentenza in commento¹ offre lo spunto per affrontare il tema dell'esigibilità dell'IVA in relazione alle prestazioni di servizi, secondo i principi generali dell'ordinamento europeo, ovvero i principi di uguaglianza e proporzionalità, come verrà sviluppato nel corso del testo.

La questione è stata affrontata di recente dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("Corte di Giustizia" o "CGUE") con riferimento alle provvigioni ricevute da una società tedesca a fronte dei servizi di intermediazione resi in occasione del trasferimento di un calciatore.

Nella fattispecie portata all'attenzione della CGUE la provvigione pagata alla società/agente dal club calcistico acquirente viene pagata ratealmente, su base semestrale, per tutta la durata del contratto. L'IVA è stata quindi applicata dal contribuente secondo il principio di cassa, ossia all'atto di ogni singolo pagamento effettuato dalla società di calcio in favore di quella di intermediazione.²

La questione sollevata è di interesse se si considera il valore finanziario del business sportivo legato ai contratti di intermediazioni di calciatori professionisti e i potenziali contenziosi che possono sorgere rispetto ad una non chiara applicazione della norma europea a livello nazionale.

2. La causa C-548/17³ ha ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla CGEU, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea,⁴ dal Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania), sull'interpretazione degli articoli 63 e 90 della direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune d'imposta del valore aggiunto ("Direttiva IVA").⁵ La domanda è

¹ Si ringrazia l'avvocato Enrico Traversa per i preziosi suggerimenti forniti nella redazione della presente nota a sentenza.

² L'articolo 62 della Direttiva 2006/112/CE afferma che per fatto generatore dell'imposta deve intendersi "il fatto per il quale si realizzano le condizioni necessarie per l'esigibilità dell'imposta" mentre per esigibilità "il diritto che l'Erario può far valere a norma di legge, a partire da un dato momento, presso il debitore per il pagamento dell'imposta, anche se il pagamento può essere differito". I concetti giuridici del fatto generatore e dell'esigibilità dell'imposta, che sono stati introdotti per la prima volta nella Direttiva IVA 2006/112/CE, sono assolutamente rilevanti per l'analisi del modello impositivo in quanto evidenziano "temporalmente" il momento dal quale una determinata operazione assume rilevanza ai fini dell'imposta. I due principi che prendono le mosse da questi concetti sono: il principio di competenza ed il principio di cassa. Secondo il principio di competenza, il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diviene esigibile nel momento in cui è effettuata la prestazioni di servizi (art. 63 Direttiva IVA 2006/112/CE). Secondo il principio di cassa, applicabile nell'ambito delle operazioni continuative ed in quelle che comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi, le prestazioni di servizi si considerano effettuate al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali acconti pagamenti (art. 64 Direttiva IVA 2006/112/CE).

³ Corte di Giustizia, sentenza del 29 novembre 2018, causa 548/17, *Finanzamt Goslar v baumgarten sports & more GmbH, Request for a preliminary ruling from Bundesfinanzhof*, pubblicata in Raccolta 2018, 970.

⁴ Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, pubblicato in OJ C 326, del 26 ottobre 2012, p. 47-390.

⁵ Direttiva 2006/112/CE, pubblicata in OJ L 347, dell'11 dicembre 2006, p. 1-118. La direttiva 2006/112/CE ha proceduto alla rifusione delle norme che costituiscono il sistema comune dell'imposta

stata presentata nell'ambito di una controversia insorta tra il Finanzamt Goslar (amministrazione finanziaria di Goslar, Germania) e la Baumgarten Sports & More GmbH, in merito all'assoggettamento di pagamenti rateizzati all'imposta sul valore aggiunto ("IVA").

2.1 La Baumgarten Sports & More GmbH ("Società") presta servizi di agenzia sportiva nel settore del calcio professionistico. Nel momento in cui la Società agisce per concludere un contratto di trasferimento di un calciatore da una società calcistica ad un'altra, la stessa riceve da quest'ultima una provvigione, a condizione che (i) il calciatore sottoscriva successivamente un contratto di lavoro e (ii) sia titolare di una licenza rilasciata dalla Deutsche Fußball Liga GmbH (Lega calcio tedesca).

Tale provvigione è versata alla Società con periodicità semestrale, (i) per il periodo di vigenza del contratto tra giocatore e società calcistica e (ii) fintantochè il calciatore resti tesserato con il club acquirente (cd. "costanza di tesseramento").

La Società ha assoggettato il proprio fatturato relativo all'anno 2012 all'IVA, sulla base dei corrispettivi pattuiti, ai sensi dell'art. 13, paragrafo 1, punto 1, lettera a) dell'UStG.⁶

Nel 2015, a seguito di una verifica *in loco*, l'amministrazione finanziaria di Goslar ha ritenuto che, alla luce del «principio della contabilità per competenza»: a) nel 2012 la società avrebbe dovuto assoggettare all'IVA le provvigioni derivanti da contratti di lavoro a durata determinata dei giocatori con scadenza nel 2015 (quindi avrebbe dovuto pagare l'IVA sull'intero corrispettivo pattuito), e per tale ragione b) emetteva un avviso di accertamento rettificativo in tal senso.

La Società, in disaccordo con tale metodo di calcolo dell'IVA dovuta, proponeva ricorso davanti al giudice di primo grado tedesco, sostenendo, con esito positivo, che: (i) le provvigioni in questione non erano certe, e che (ii) l'IVA relativa alle

sul valore aggiunto, contenute principalmente nella direttiva 77/388/CEE del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari (cosiddetta "Sesta direttiva IVA"), più volte modificata nel corso degli anni da numerose direttive. La nuova direttiva 2006/112/CE costituisce pertanto una sorta di testo unico di tutte le norme sul sistema comune di IVA, razionalizzando e coordinando le numerose e sostanziali modifiche intervenute nel tempo. Il testo è entrato in vigore dal 1° gennaio 2007 in tutti i Paesi dell'Unione europea.

⁶ L'articolo 13, paragrafo 1, punto 1, dell'Umsatzsteuergesetz (Legge relativa all'imposta sulla cifra d'affari, "UStG") stabilisce quanto segue: "*L'imposta sorge per le cessioni e altre prestazioni: a) nel caso di determinazione dell'imposta in base ai corrispettivi pattuiti (articolo 16, paragrafo 1, primo periodo), con la scadenza del periodo d'imposta nel quale le prestazioni sono state eseguite. Lo stesso vale per prestazioni parziali. Esse sussistono qualora, per determinate parti di una prestazione economicamente scindibile, il corrispettivo venga concordato separatamente. Qualora il corrispettivo o una parte del corrispettivo vengano incassati prima che la prestazione o parte della prestazione sia eseguita, la relativa imposta diventa esigibile alla scadenza del periodo d'imposta nel quale sono stati incassati il corrispettivo o una parte di esso, b) nel caso di determinazione dell'imposta in base ai corrispettivi incassati (articolo 20), alla scadenza del periodo d'imposta nel quale i corrispettivi sono stati incassati*".

suddette provvigioni era esigibile solo alla data in cui queste ultime venissero effettivamente percepite.

L'amministrazione finanziaria di Goslar ha proposto ricorso per cassazione ("revision") dinanzi al Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania). Detto giudice sospendeva il giudizio, ex art. 267 TFUE,⁷ rinviando alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali richiamate nel paragrafo successivo.

2.2 La Corte tributaria federale tedesca si è interrogata sull'interpretazione di due articoli della Direttiva IVA: (i) l'articolo 63,⁸ che pone il principio secondo il quale l'imposta relativa ad una prestazione di servizi è esigibile al momento in cui tale prestazione è effettuata, e (ii) l'art. 90⁹ concernente il diritto alla riduzione della base imponibile dell'imposta in determinate circostanze, in particolare in caso di non pagamento del corrispettivo della prestazione.

Con riferimento all'art. 63 della Direttiva IVA, il giudice si è chiesto se tale principio possa essere interpretato restrittivamente, nel senso che la prestazione debba considerarsi, in sostanza, come non ancora effettuata, qualora il corrispettivo non sia esigibile o sia soggetto a condizione, come nella fattispecie oggetto d'esame nel procedimento principale.

A seconda della risposta fornita a tale prima questione, il giudice del rinvio si chiede, inoltre, se il fatto che il soggetto passivo versi un «anticipo» all'erario sia compatibile con alcuni principi della normativa in materia di IVA nonché con i principi generali di uguaglianza e proporzionalità. Il suo interrogativo si muove ponendo a raffronto due situazioni che possono interessare il soggetto passivo quale quello di cui trattasi al procedimento principale e di un soggetto passivo che sia assoggettato a imposta secondo il criterio della "contabilità per cassa".

⁷ Il rinvio pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia è una forma di ricorso indiretto, proposto dal giudice nazionale. Il giudice nazionale applica di norma egli stesso il diritto dell'Unione quando un determinato caso lo richiede. Tuttavia, nell'eventualità in cui sia sollevata una questione relativa all'interpretazione del diritto dinanzi a un giudice nazionale, tale organo giurisdizionale può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale. Qualora si tratti di un tribunale di ultima istanza, esso ha l'obbligo di adire la Corte. I giudici nazionali sottopongono questioni relative all'interpretazione o alla validità di una disposizione del diritto dell'UE, generalmente sotto forma di una decisione giurisdizionale, in conformità delle norme procedurali nazionali. La cancelleria notifica la richiesta alle parti coinvolte nella causa nazionale, ma anche agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione. Le parti dispongono di due mesi per sottoporre alla Corte di giustizia le loro osservazioni scritte. La Corte di Giustizia si pronuncia, rendendo la sua sentenza interpretativa sulla questione pregiudiziale sottoposta.

⁸ L'articolo 63 della Direttiva 2006/112/CE, dispone che: "*Il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata la cessione di beni o la prestazione di servizi*".

⁹ L'articolo 90 della Direttiva 2006/112/CE dispone che: "*1. In caso di annullamento, recesso, risoluzione, non pagamento totale o parziale o riduzione di prezzo dopo il momento in cui si effettua l'operazione, la base imponibile è debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri. 2. In caso di non pagamento totale o parziale, gli Stati membri possono derogare al paragrafo 1*".

Con riferimento all'articolo 90 della Direttiva IVA, il giudice del rinvio si è interrogato altresì sull'interpretazione di questo articolo, in particolare in caso di mancato pagamento del corrispettivo della prestazione. Egli si è chiesto se, nell'ipotesi in cui la Direttiva IVA non osti a che il soggetto passivo versi un anticipo sull'imposta per un periodo di diversi anni, gli Stati membri possano accordare siffatta deduzione nel periodo di imposta corrente e non, come sembra evincersi dalla lettera di tale articolo, dopo l'esecuzione della prestazione.

Alla luce di questi interrogativi, il giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

1. *“Se l'articolo 63 della [direttiva IVA], tenuto conto del compito attribuito al soggetto passivo quale collettore d'imposta per l'erario, debba essere interpretato restrittivamente, nel senso che l'importo da incassare a titolo della prestazione*
 - a) *sia esigibile o*
 - b) *quantomeno il suo pagamento non sia soggetto a condizioni.*
2. *In caso di risposta negativa alla prima questione: se il soggetto passivo sia tenuto a versare anticipatamente l'imposta dovuta a titolo della prestazione per un periodo di due anni, qualora possa ottenere il corrispettivo per la sua prestazione (in parte) soltanto due anni dopo il verificarsi del fatto generatore dell'imposta.*
3. *In caso di risposta affermativa alla seconda questione: se gli Stati membri, in considerazione dei poteri loro spettanti ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 2, della [direttiva IVA], possano ritenersi autorizzati a considerare che una regolarizzazione ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1, della medesima direttiva, deve essere effettuata già per il periodo d'imposta in cui l'imposta è divenuta esigibile, qualora il soggetto passivo possa incassare l'importo dovuto per la prestazione soltanto due anni dopo il verificarsi del fatto generatore dell'imposta per il motivo che tale importo non è ancora esigibile”.*

2.3 Prima di esaminare le questioni pregiudiziali, la Corte di Giustizia ha richiamato una sua costante giurisprudenza,¹⁰ che permette di (i) se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte, e (ii) prendere in considerazione norme del diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nella formulazione della sua questione pregiudiziale, al fine di meglio inquadrare la fattispecie giuridica e definire il regime fiscale applicabile.

Nel caso di specie, il dubbio interpretativo del giudice nazionale ruotava attorno alla seguente questione: se l'articolo 63 della Direttiva IVA possa formare l'oggetto di un'interpretazione restrittiva, secondo la quale una prestazione di servizi si

¹⁰ Corte di Giustizia, sentenza del 1 febbraio 2017, causa 144/16, Município de Palmela v Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) – Divisão de Gestão de Contraordenações. Request for a preliminary ruling from the Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, in Raccolta 2017, 76, punto 20 e giurisprudenza ivi citata.

considera come “non effettuata”, ai sensi di tale disposizione, qualora il suo corrispettivo a) non sia esigibile o b) quantomeno soggetto a condizioni, con conseguente esigibilità parziale dell’IVA.¹¹

In applicazione della giurisprudenza sopra citata, la Corte di Giustizia ha deciso di analizzare l’art. 63 in combinato disposto con l’articolo 64, paragrafo 1, della medesima Direttiva IVA, che determina il momento in cui le prestazioni di servizi devono considerarsi «effettuate»: le prestazioni di servizi si considerano effettuate quando «comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi», e ciò vale anche ai fini dell’applicazione delle disposizioni in materia di IVA in una situazione quale quella di cui al procedimento a quo.

Pertanto, la Corte di Giustizia ha riformulato la questione pregiudiziale con il seguente tenore: *“se l’articolo 63 della Direttiva IVA, in combinato disposto con l’articolo 64, paragrafo 1, di detta direttiva, debba essere interpretato nel senso che osta a che il fatto generatore e l’esigibilità dell’imposta relativa ad una prestazione di servizi di intermediazione nel trasferimento di calciatori professionisti da parte di un agente, quale quella in esame nel procedimento principale, i cui corrispettivi siano rateizzati e soggetti a condizione per un periodo di diversi anni dopo l’intermediazione (enfasi aggiunta), si considerino verificati alla data di quest’ultima”*.

L’analisi della Corte prende le mosse da questi presupposti: i) che ai sensi dell’articolo 63 della Direttiva IVA, il fatto generatore dell’imposta si verifica e l’imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata la prestazione di servizi (c.d. principio di competenza), e ii) che ai sensi dell’articolo 64, paragrafo 1, di tale Direttiva, le prestazioni di servizi che comportano pagamenti successivi si considerano effettuate, ai fini IVA, al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali pagamenti (c.d. principio di cassa).

Sulla base di questi presupposti, per rispondere alla questione pregiudiziale, la Corte ha applicato il principio di diritto codificato in una sua giurisprudenza analoga.

2.3.1 La Corte di Giustizia, per risolvere la questione pregiudiziale ha fatto riferimento ad una sua giurisprudenza¹² in merito alla definizione di prestazione di servizi e alla determinazione del relativo momento impositivo, ai sensi della Direttiva IVA, con riferimento a contratti di abbonamento aventi ad oggetto servizi di consulenza legale, commerciale e finanziaria.

Nel caso in esame, una società bulgara riceveva un avviso di accertamento a titolo di maggiore IVA, a causa del disconoscimento del diritto alla detrazione dell’IVA pagata sull’acquisto di servizi di consulenza ricevuti nell’ambito dei sopra citati contratti di abbonamento, in quanto, a seguito di un’ispezione fiscale, non

¹¹ Corte di Giustizia, sentenza del 29 novembre 2018, causa 548/17, cit., punto 21.

¹² Corte di Giustizia, sentenza del 3 settembre 2015, causa 463/14, *Asparuhovo Lake Investment Company OOD v Direktor na Direktsia, Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite*. Request for a preliminary ruling from the Administrativen sad - Varna, in Raccolta 2015, 542.

erano stati esibiti documenti formali da cui risultassero gli ordini e la fornitura dei servizi ricevuti (informazioni relative alla quantità, natura dei servizi, numero di ore effettuate e modo in cui erano stati stabiliti i prezzi dei servizi), utili a valutare l'effettiva esistenza di uno scambio di reciproche prestazioni. Le prestazioni di servizi di consulenza erano oggetto di un contratto in base al quale i prestatori si impegnavano a tenersi a disposizione del cliente per consulenze, riunioni e impegni ogni giorno feriale negli orari di ufficio, in caso di necessità, oltre agli orari di ufficio, compresi domeniche e festivi, e a non concludere contratti simili con i concorrenti della società cliente. In cambio di tali impegni la società cliente si impegnavano a corrispondere ai prestatori un compenso forfettario settimanale, versato periodicamente la settimana successiva rispetto a quella in cui era dovuto il compenso.

Rispetto a tale tipologia di contratto, il giudice del rinvio ha sollevato, tra le altre, la seguente questione pregiudiziale: se il prestatore, nel caso di prestazioni di consulenza erogate nell'ambito di un contratto di abbonamento come quello in esame, sia tenuto ad applicare l'IVA sulle prestazioni erogate al termine del periodo concordato per il corrispettivo, oppure se l'obbligo sorga ogni qualvolta il committente si sia avvalso delle prestazioni del consulente nel periodo corrispondente.

La Corte di Giustizia¹³ ha chiarito che, nel caso di contratti di consulenza come quelli in esame, il presupposto dell'imposta e l'esigibilità della stessa si verificano alla scadenza del periodo per cui il pagamento è stato concordato, senza che rilevi se e con quale frequenza il committente si sia avvalso della consulenza del prestatore.¹⁴

2.3.2 Secondo i giudici di Lussemburgo, la fattispecie oggetto del procedimento principale, consistente nel negoziare il trasferimento di un giocatore ad una società calcistica per un certo numero di stagioni, e remunerata con pagamenti rateizzati e soggetti a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, può essere qualificata dal giudice nazionale come una prestazione di servizi che comporta pagamenti successivi.

¹³ Per un approfondimento della sentenza citata, si veda N. PLOESTEANU, I. DAVID, *The national implications of the ECJ judgment in C-463/14 case concerning the taxation on supply of consulting services*, on line all'indirizzo web <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v65y2016p105-113.html> (giugno 2016).

¹⁴ Corte di Giustizia, sentenza del 3 settembre 2015, causa 463/14, cit., punto 49 *“Pertanto, una prestazione come quella di cui al procedimento principale, che consiste essenzialmente nell'essere sempre a disposizione del cliente per fornirgli servizi di consulenza, remunerata con importi forfettari versati periodicamente, deve considerarsi effettuata durante il periodo cui il pagamento si riferisce, a prescindere dal fatto che durante tale periodo il prestatore abbia o meno effettivamente fornito consulenze al proprio cliente”*; e punto 50 *“E' al termine di ogni periodo cui i pagamenti si riferiscono che la prestazione deve considerarsi effettuata, ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, della direttiva IVA”*. Dato che il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta dipendono dal momento in cui la prestazione di servizi è fornita, conformemente all'articolo 63 di tale direttiva, ne risulta che è altresì al termine di ciascuno di tali periodi che questi due eventi si verificano.

Da tale premessa ne discende che, il momento rilevante ai fini del fatto generatore e dell'esigibilità dell'IVA per una prestazione come quella sopra descritta, non è la data di effettuazione del servizio di intermediazione (che verosimilmente coincide con quello di stipula del contratto di trasferimento) ma, in caso di dilazione di pagamento subordinata al verificarsi di una condizione (cd. costanza di tesseramento), il momento dell'effettuazione dei singoli pagamenti effettuati dalla società calcistica.

Dalle considerazioni sopra svolte, la Corte di Giustizia ha risposto alle questioni pregiudiziali offrendo la seguente interpretazione: *“l'articolo 63 della Direttiva IVA, in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che osta a che il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta relativa a una prestazione di servizi di intermediazione nel trasferimento di calciatori professionisti da parte di un agente, oggetto di pagamenti rateizzati, e assoggettati a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, siano considerati avvenuti alla data di quest'ultima”*.¹⁵

3. Dal 1° aprile 2015, la FIFA, a seguito di una valutazione critica della disciplina in essere, ha deciso una profonda riforma della regolamentazione dell'attività di intermediazione, sostituendo la figura dell'agente/intermediario¹⁶ con la figura più ampia di intermediario sportivo,¹⁷ attraverso l'adozione del *“Regulations on Working with Intermediaries”* (“Regolamento Intermediari”).¹⁸

¹⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 29 novembre 2018, causa 548/17, cit., punto 33.

¹⁶ Con lo sviluppo del calcio moderno organizzato, così come lo conosciamo oggi, la figura degli agenti/procuratori sportivi dei giocatori si è evoluta attorno alle esigenze del mercato di riferimento, fino all'attuale figura della società di intermediazione sportiva. Negli anni '80, con il mutamento della durata del vincolo contrattuale del giocatore con il club sportivo, il ruolo dell'agente ha assunto un'importanza sempre più rilevante, non limitandosi solo a mettere in contatto atleti e società sportive, ma svolgendo delle vere e proprie trattative riguardanti i contratti di lavoro e di trasferimento dei giocatori da un club calcistico ad un altro, a fronte di una commissione pagata periodicamente per la vigenza del contratto del calciatore trasferito. Una prima regolamentazione della figura, così come sopra descritta, è avvenuta a metà degli anni '90 attraverso il primo Regolamento Agenti FIFA sottoscritto nel 1994, fino all'ultimo Regolamento Agenti FIFA del 2008.

¹⁷ L'agente sportivo, nei Regolamenti Agenti FIFA sopra menzionati, succedutisi nel tempo, è sempre stato definito come colui il quale *“dietro il pagamento di un compenso, mette in contatto un giocatore e una società di calcio al fine di concludere o rinnovare un contratto di lavoro o mette in contatto due società di calcio tra loro al fine di concludere un accordo per il trasferimento di un calciatore”*. Per un approfondimento dell'evoluzione della regolamentazione degli agenti prima, e degli intermediari, poi, vedasi *“The Fifa Regulations on working with intermediaries implementation at national level”*, II edition, M. Colucci (ed), *International Sports Law and Policy Bulletin 1/2016*, reperibile on line all'indirizzo web www.sportslawandpolicycentre.com/bulletin.htm.

¹⁸ Il testo del *FIFA Regulations on working with intermediaries* è disponibile al seguente sito <https://img.fifa.com/image/upload/cr6dqxm2adupv8q3ply.pdf>.

3.1 Con l'entrata in vigore di detto Regolamento, infatti, l'agente è sostituito dall'intermediario. Quest'ultima nozione definisce di fatto sia l'ambito soggettivo che oggettivo della nuova figura giuridica, come segue: *“una persona fisica o giuridica che, a pagamento o a titolo gratuito, rappresenta i giocatori e/o i club nelle negoziazioni al fine di concludere un contratto di lavoro o rappresentare i club in trattative in vista alla conclusione di un accordo di trasferimento”*.¹⁹

3.2 Ai sensi del Regolamento sopra richiamato, l'intermediario è colui che si occupa, su mandato dell'assistito, della stipula dei contratti con i club e del tesseramento con la federazione oltre che di tutte le attività relative al trasferimento da una società a un'altra, sia in Italia che all'estero.

Dopo aver delineato la nozione giuridica, occorre considerare l'aspetto riguardante il compenso. Per quanto riguarda il rapporto economico, le indicazioni della FIFA riguardante la figura dell'intermediario sportivo si individuano nell'art.7 del Regolamento Intermediari.²⁰ L'importo della retribuzione dovuta ad un intermediario, impegnato ad agire in nome e per conto di un giocatore, verrà calcolato sulla base del reddito lordo del giocatore per la durata del contratto. I club che utilizzeranno i servizi di un intermediario dovranno corrispondergli il pagamento di una somma forfettaria, se pattuito anche a rate, concordata prima della conclusione della transazione in questione.

Tanto premesso in merito alla nozione civilistica dell'intermediario sportivo, occorre considerare che la prestazione di servizi in parola, rileva sotto il profilo fiscale, generando non poche incertezze interpretative per gli addetti ai lavori soprattutto qualora le prestazioni professionali dell'intermediario avvengano cross-border.²¹ In questo commento, ci soffermeremo sull'aspetto dell'applicazione dell'imposta indiretta sul valore aggiunto (“IVA”) alla prestazione di servizi svolta dall'intermediario sportivo, come verrà approfondito nel paragrafo che segue.

4. L'IVA è un'imposta di origine europea che ha come presupposto oggettivo la cessione di beni e la prestazione di servizi. In questa sede verrà esaminata esclusivamente la prestazione di servizi per coerenza con la fattispecie oggetto della sentenza in commento.

¹⁹ *FIFA Regulations on Working with Intermediaries, cit., Definitions, 4.*

²⁰ L'articolo 7 del *FIFA Regulations on Working with Intermediaries*, prevede che “1. *he amount of remuneration due to an intermediary who has been engaged to act on a player's behalf shall be calculated on the basis of the players' basic gross income for the entire duration of the contract. 2. Clubs that engage the services of an intermediary shall remunerate him by payment of a lump sum agreed prior to the conclusion of the relevant transaction. If agreed, such a payment may be made in instalments*”.

²¹ Per una dettagliata disamina dei profili fiscali relativi all'attività degli intermediari sportivi in un contesto internazionale, si veda M. TENORE, *Fifa regulations from the taxation “corner”*, in “*The Fifa Regulations on working with intermediaries implementation at national level*”, II edition, M. Colucci (ed), *International Sports Law and Policy Bulletin 1/2016*, reperibile on line all'indirizzo web www.sportslawandpolicycentre.com/bulletin.htm.

La definizione europea di prestazione di servizi si ricava in via residuale, come dispone l'art. 24, paragrafo 1, della Direttiva IVA, in base al quale *“si considera ‘prestazione di servizio’, ogni operazione che non costituisce cessione di beni”*.

Per quanto di interesse, è opportuno soffermarsi sul presupposto di fatto dal quale deriva l'esigibilità dell'imposta, vale a dire il momento in cui sorge l'obbligo per il soggetto passivo di applicare il tributo. Come è evidente, si tratta di una fase molto importante perché una volta individuato il momento in cui è effettuata l'operazione rilevante ai fini IVA, il tributo diviene esigibile e ne derivano precisi obblighi di fatturazione e di versamento.

Come osservato in precedenza, l'art. 63 della Direttiva IVA dispone che *“il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diviene esigibile nel momento in cui è effettuata la prestazione di servizi”*. Di norma, quindi, il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta nascono simultaneamente. Tuttavia, in alcune ipotesi, i due elementi costitutivi del debito d'imposta sono dissociati, potendo verificarsi una situazione in cui si manifesta il fatto generatore ma non l'esigibilità, nel qual caso si parla di *“esigibilità differita”*.²²

Infatti, il successivo art. 64, paragrafo 1, della Direttiva IVA dispone che *“Se comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi, le cessioni di beni diverse da quelle aventi per oggetto la locazione di un bene per un dato periodo o la vendita a rate di un bene di cui all'articolo 14, paragrafo 2, lettera b), e le prestazioni di servizi si considerano effettuate al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali acconti o pagamenti”*.

L'art. 64 costituisce, pertanto, un'eccezione alla regola della simultaneità del verificarsi del fatto generatore e dell'esigibilità poc'anzi ricordata, nell'ipotesi in cui il pagamento della prestazione è parziale o avviene in un momento successivo rispetto alla prestazione medesima. In questi casi, l'IVA diventa esigibile nel momento in cui avviene l'ultimo pagamento della prestazione in oggetto. Questo, in applicazione dei più generali principi in materia di IVA: principio di uguaglianza e principio di proporzionalità.²³

Il rispetto del principio di uguaglianza nell'applicazione della legge tributaria è assicurato, sul piano statico, dall'eguale trattamento riservato ad identiche fattispecie e, a livello dinamico, dalla diversa disciplina di situazioni diverse.

5. La sentenza in commento e l'analisi svolta nella presente nota confortano i professionisti che svolgono o si apprestano a svolgere l'attività di intermediazione sportiva, con riferimento al profilo dell'imposizione indiretta.

Dall'orientamento della Corte di Giustizia emerge che le norme in materia di IVA, ed in particolare l'esigibilità della stessa, devono sempre essere interpretate ad applicate alla luce dei principi generali di uguaglianza e proporzionalità. Solo così è

²² G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Cedam, Padova, 2012, 805 e ss.

²³ Per una disamina completa del principio di proporzionalità, si veda A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'Iva europea*, Pacini Editore, Pisa, 2013.

possibile assicurare che un intermediario, situato in qualsivoglia Stato Membro dell'Unione Europea, sia tassato allo stesso modo di un altro intermediario situato in un altro Stato Membro, assicurando in tal modo l'applicazione uniforme dell'IVA in tutta l'Unione europea.

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 20 dicembre 2018, n. 7165

ABSTRACT: The Italian Council of State (Consiglio di Stato), the supreme administrative jurisdiction, decided that it is within the remit of the domestic sports justice to determine the legal right of a person to sue and to be sued before the sports justice bodies as well as the requirements indispensable to impose a disciplinary sanction. The Author first critically analyses the relationship between sports and ordinary judges. Then, he shifts the focus on the powers of the CONI (Italian Olympic Committee) Prosecutor and his relationship with the prosecutors of the single national federations on the basis of the relevant legislation and case law. He concludes that the powers recognised to the CONI prosecutor are in compliance with the autonomy of sport self-regulation and jurisdiction. Finally, he solicits clearer regulations about the role of the CONI Prosecutor in the Codex of Sports Justice.

Keywords: CONI Prosecutor – Autonomy of Sport – Administrative Justice and Sports Justice.

**IL POTERE DI CONTROLLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
SUL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE ILLEGITTIMO
NEL GIUDIZIO SPORTIVO**

di *Piero Sandulli**

Sommario: 1. Posizione del tema – 2. I poteri della procura generale per lo sport – 3. Il limite dell'autonomia della giustizia sportiva – 4. Profili di costituzionalità – 5. Conclusioni

* Titolare delle cattedre di Diritto processuale civile e di Giustizia sportiva nell'Università degli studi di Teramo, Presidente della Corte Sportiva di Appello della FIGC, Presidente della Commissione di garanzia della FIN.

1. La decisione del Consiglio di Stato, in esame, offre lo spunto per due differenti ambiti di riflessioni.

Il primo relativo ai poteri del Procuratore generale, sedente presso il CONI, nei confronti delle procure federali ex articolo 12 *bis* dello Statuto del CONI.

Il secondo, invece, riguarda il dibattuto tema del limite dell'autonomia della giustizia sportiva, ai sensi della legge n. 280 del 2003, rispetto al potere di controllo dei giudici statali.

2. La decisione del Consiglio di Stato n. 7165/2018, pur non entrando nel merito dei poteri di azione della Procura Generale del CONI e dei rapporti di essa con le singole procure delle diverse federazioni, chiarisce che *“spetta agli organi di giustizia sportiva risolvere, nell'ambito del loro processo, ogni questione che a quel processo attiene, compresa l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire ed a resistere in giudizio e la valutazione della sussistenza dei presupposti processuali, oltre che delle condizioni per l'irrogazione della sanzione disciplinare”*.

Alla luce di tale presupposto è, dunque, possibile, alla giustizia associativa, sia delle federazioni, che del CONI, decidere in materia.

La questione su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite, del Collegio di garanzia del CONI, con la decisione numero 2 del 2018, era relativa ai poteri del Procuratore generale del CONI ed alla sua capacità di delegare uno dei Procuratori nazionali, dipendenti dal suo Ufficio, nell'ipotesi in cui il Procuratore federale, operante presso una singola federazione, abbia presentato, ai sensi dell'art. 46 del codice di Giustizia sportiva, istanza di autorizzazione all'astensione. Il tema è, dunque, legato al potere del Procuratore generale di nominare, in luogo di un Sostituto procuratore federale, un esponente del suo Ufficio (uno dei Procuratori nazionali) senza l'avvio di una procedura di avocazione del procedimento.

Al riguardo i due gradi endofederali, interni alla Federazione danza sportiva (il Tribunale Federale e la Corte d'Appello Federale), hanno ritenuto inammissibile una azione promossa dal Procuratore nazionale sulla base di una sua designazione operata dal Procuratore generale senza i presupposti necessari all'avocazione della procedura; mentre il giudice di terza istanza, sedente presso il CONI, ha ritenuto sussistente la legittimazione ad agire in capo al Procuratore nazionale all'uopo nominato dal Procuratore generale, a seguito della istanza di autorizzazione all'astensione.

Va subito chiarito che la decisione resa dal Collegio esofederale non è stata effettuata in carenza di un potere cognitivo, in quanto essa ha giudicato su un presupposto processuale, la legittimazione attiva, rientrante, a norma dell'art. 2 della legge n. 280 del 2003, tra i poteri di verifica del procedimento finalizzato *“all'irrogazione ed all'applicazione delle sanzioni disciplinari”*; in sostanza, i giudici sedenti presso il CONI, anche in virtù della loro funzione nomofilattica, ben potevano verificare i presupposti processuali che hanno dato vita all'azione disciplinare promossa innanzi al Tribunale Federale.

Il tema di riflessione è, invece, costituito dalla possibilità di un'ulteriore valutazione di controllo dei giudici statali sui presupposti processuali di una azione riservata, dalla legge, alla sola giustizia domestica dei giudici sportivi. Alla luce della affermazione, sopra ricordata, della decisione del Consiglio di Stato, deve pervenirsi ad una risposta negativa, limitandosi il potenziale successivo accertamento dei giudici statali, alla verifica incidentale dei presupposti ai fini della valutazione del risarcimento del danno derivato da una non corretta applicazione delle norme in tema di giusto processo sportivo, così come insegna la decisione n. 49 del 2011, della Corte Costituzionale.¹

Il tema è piuttosto verificare, non in chiave contenziosa, ma ordinamentale, se il potere esercitato dal Procuratore generale è, o no, conforme alle norme che regolano l'autonomia della giustizia sportiva, in quanto è noto che detta autonomia sussiste solo se è stata fatta corretta gestione delle norme che la regolano, poiché solo il rispetto di esse è in grado di garantire il "bilanciamento di interessi" cui fa riferimento la decisione della Corte Costituzionale n. 49 del 2011.²

E' opportuno, dunque, indagare le norme che hanno istituito la Procura dello sport, sedente presso il CONI, e quelle che regolano i rapporti della prima e dei suoi organi (le procure nazionali), con le singole Federazioni e le loro procure, in particolare, nel caso in esame in cui un procuratore federale abbia richiesto l'autorizzazione ad astenersi dal proporre direttamente un'azione disciplinare, segnalando al Procuratore generale le ragioni di opportunità che ne giustificano l'istanza.

Sul punto, l'articolo 11 del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura Generale dello Sport³ chiarisce che "ai sensi del comma 1, dell'articolo 46 del Codice di Giustizia Sportiva (di seguito "CGS"),⁴ il Procuratore generale dello sport autorizza l'astensione del procuratore federale entro tre giorni dal ricevimento della relativa istanza". Inoltre, il successivo comma prevede che, di regola, l'indagine debba essere svolta da un altro componente della Procura federale, mentre solo quando "le ragioni di convenienza" a fondamento dell'istanza di astensione, "riguardando tutti i componenti della procura federale", il Procuratore generale incarica dell'indagine un Procuratore nazionale ai sensi dell'art. 52 del CGS.⁵

¹ Afferma correttamente la decisione del Consiglio di Stato che non sussiste "riserva di giurisdizione in favore del giudice sportivo in casi, quale quello oggetto del presente contenzioso, in cui non vengono in esame né comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, né sanzioni disciplinari già irrogate".

² Cfr. Corte Cost., 11 febbraio 2011, n. 49, in Giur. Cost. 2011, 664. Al riguardo vedi anche, P. SANDULLI, *Il giusto processo sportivo* di P. Sandulli – M. Sferrazza, Milano 2015, 28.

³ Approvato dal Consiglio Nazionale del CONI, il 15 luglio 2014.

⁴ Art. 46 CGS: "1. Il Procuratore federale ha facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza. 2. L'autorizzazione all'astensione è data dal Procuratore generale dello sport."

⁵ Art. 52 CGS "1. In tutti i casi in cui è disposta l'evocazione il Procuratore generale dello sport applica un Procuratore nazionale dello sport alla Procura federale per la trattazione del procedimento della cui avocazione si tratta. L'applicazione, limitatamente al procedimento al quale si riferisce, determina il decorso di un nuovo termine per il compimento delle indagini preliminari pari alla metà di quello ordinariamente previsto per le medesime indagini e, in ogni caso, legittima l'esercizio

Tuttavia tale circostanza deve essere esaurientemente motivata, implicando la sottrazione del potere di avviare un'azione disciplinare al suo naturale titolare.

Nel caso in esame, dalla sentenza del Consiglio di Stato non risulta sia stata fornita alcuna motivazione idonea a far ritenere che le ragioni di convenienza si estendessero a tutti i componenti della Procura federale. Invero, dall'analisi della normativa che presiede la materia emergono tre rilievi: il primo è che l'istanza di astensione deve sempre essere valutata dal Procuratore generale dello sport; il secondo, che l'indagine resta attribuita alla Procura federale di appartenenza quando non sussistono le condizioni dell'avocazione previste dall'art. 51 CGS, sesto comma, e ricordate dall'art. 12 *ter* dello Statuto del CONI;⁶ il terzo, che la nomina di un Procuratore nazionale, in luogo di un componente della Procura federale, implica sempre una motivazione da cui emergano, in modo chiaro e rispettoso dell'autonomia delle singole federazioni, le ragioni per cui è opportuno sottrarre l'indagine a tutti i componenti della Procura federale ed assegnarle ad un Procuratore nazionale.

Dall'analisi della fattispecie esaminata dai Giudici amministrativi non è possibile individuare – come detto – le ragioni che hanno indotto il Procuratore generale alla nomina di un Procuratore nazionale che (di fatto) ha avvocato a sé le indagini, sottraendole all'autonomia della federazione nella quale è sorta la necessità di avviare il procedimento disciplinare.

Tale circostanza ha determinato, all'interno della giustizia sportiva, il corto circuito che ha fatto ritenere inammissibili le azioni proposte dal Procuratore nazionale in quanto sprovvisto di potere al riguardo, ipotesi che ha invalidato tutti gli atti dell'indagine, a detta dei due giudici endofederali (il Tribunale Federale e la Corte Federale d'Appello).

Di diverso avviso è stata la decisione del Collegio di garanzia dello sport, sedente presso il CONI, che con dispositivo avente protocollo 878/17 ha accolto il

di poteri corrispondenti a quelli del Procuratore federale sostituito. Il Procuratore nazionale dello sport in applicazione rimane soggetto nei confronti della Procura generale dello sport, in quanto compatibili, ai doveri del procuratore federale sostituito. L'applicazione, in casi in cui è disposta l'avocazione di cui al presente comma, si intende cessata quando il procedimento o il processo viene definito in sede federale. 2. L'applicazione può essere altresì disposta, su richiesta del Procuratore federale interessato, quando sussistono protratte vacanze di organico ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali, possano compromettere l'utile esercizio dell'azione disciplinare. In tali casi, l'applicazione comporta una coassegnazione del procedimento tra il Procuratore federale e il Procuratore nazionale dello sport in applicazione. 3. Le funzioni del Procuratore nazionale dello sport applicato alla Procura federale sono compatibili con l'esercizio delle funzioni proprie dell'appartenenza alla Procura generale dello sport, in relazione alle quali l'applicato rimane soggetto ai soli doveri dell'ufficio di appartenenza. Il Procuratore nazionale dello sport applicato non può essere supplito né sostituito che da altro per la cui applicazione valgono le forme e i termini della relativa disciplina”.

⁶ Art. 12 *ter* dello Statuto del CONI, comma 4, da cui emerge una indicazione tassativa dei casi in cui avviare il procedimento di avocazione. Il potere di avocazione può essere altresì esercitato nei casi in cui emerga un'omissione di attività di indagine tale da pregiudicare l'azione disciplinare e nei casi in cui l'intenzione di procedere all'archiviazione sia ritenuta irragionevole.

ricorso della Procura generale dello sport ed ha rimesso gli atti al Tribunale federale nazionale di primo grado, affinché esso proceda all'esame del merito. Pertanto, con il "rinvio restitutorio" le sezioni unite del Collegio di garanzia hanno ritenuto sussistente la legittimazione attiva del Procuratore nazionale nominato ed hanno rimesso al Giudice di prime cure l'analisi del merito, fino a quel momento mai intervenuta.

Dunque, la piena autonomia della Giustizia sportiva nei due casi previsti dall'art. 2 della legge n. 280 del 2003 è operativa anche nell'ipotesi in cui si sia verificata una non corretta applicazione delle norme relative al giusto processo sportivo,⁷ previste dalla modifica apportata dal decreto legislativo n. 15 del 2004, al decreto legislativo n. 242 del 1999, con il quale è stata aggiunta la lettera *h bis*, all'articolo 7.⁸

In questo caso sarà possibile solo l'azione per il risarcimento del danno sulla base della decisione n. 49 del 2011 della Corte costituzionale.

3. Il secondo spunto di riflessione che offre la sentenza del Consiglio di Stato è relativo ad ulteriori considerazioni sui rapporti tra giustizia sportiva e giurisdizione statale in tema di sanzioni disciplinari, alla luce della riserva tracciata dal primo comma dell'art. 2 della legge n. 280/2003.

Prendendo le mosse da questo testo, la decisione del Consiglio di Stato ricorda che la disposizione distingue due differenti piani di competenza dell'ordinamento sportivo e della giustizia sportiva segnalati dal primo e dal secondo comma dell'articolo; vale a dire la competenza a dettare la disciplina delle questioni, regolando autonomamente, rispetto alla normativa statale, i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, nonché ad irrogare ed applicare le relative sanzioni sportive. Di contro, il secondo comma, dello stesso articolo 2, detta l'ambito e la ampiezza della riserva di giurisdizione, in coordinato disposto con il successivo articolo 3 che, esauriti i gradi della giustizia sportiva, consente il trasferimento della questione innanzi ai Giudici statali. Pertanto, la materia prevista dal primo comma non è limitata all'irrogazione delle sanzioni, ma anche al procedimento che culmina nella decisione (positiva o negativa). In riferimento ad essa è sempre esperibile l'azione interna alla giustizia sportiva, anche limitatamente alla verifica della sussistenza dei presupposti processuali relativi all'esperimento dell'azione.

Risolto così il primo aspetto, relativo alla tutela esperibile nel procedimento disciplinare in ambito sportivo, va indagata la sussistenza, o no, di un potere di controllo sulla correttezza del procedimento ad opera del giudice amministrativo.

⁷ Vedi sul punto P. SANDULLI – M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Milano 2015, 12. Inoltre, vedi, P. SANDULLI, *Principi e problematiche di giustizia sportiva*, Roma, 2018, 51.

⁸ L'aggiunta operata all'art. 7 del decreto legislativo n. 242 del 1999, dal successivo decreto legislativo n. 15 del 2004, evidentemente influenzato dalla normativa resa dalla legge 280 del 2003, individua, efficacemente, alla lettera *h bis*, le regole del giusto processo sportivo, con delibera sottoposta all'approvazione del Ministero per i beni e le attività culturali, i criteri generali dei procedimenti di giustizia sportiva, secondo i seguenti principi.

Invero, il giusto processo sportivo legittima la riserva di tutela in favore del giudice sportivo (sia endo, che esofederale) pur nel rispetto delle regole dettate per il giusto processo sportivo, che legittimano la sussistenza della tutela discendente dalla giustizia associativa.

Poiché come è stato, per l'ennesima volta,⁹ affermato dal Consiglio di Stato, l'attività svolta dai giudici sportivi in generale e da quelli sedenti presso il CONI in particolare si traduce in un provvedimento amministrativo rispetto al quale è possibile solo il controllo formale dei giudici statali.

Nel caso di specie, poiché viene in esame soltanto un presupposto processuale nel rito, legato al potere di proporre l'azione disciplinare, non può che riscontrarsi una carenza di legittimazione del giudice amministrativo che è impedito, dal limite posto dalla legge n. 280/2003, di entrare nel merito della decisione resa dal collegio di garanzia sedente presso il CONI.

Il quesito che è necessario porsi è relativo all'applicazione che deve essere operata dal giudice statale ed in particolare dal giudice amministrativo, che è il giudice naturale del procedimento amministrativo, in base al discrimine tracciato dalla nostra Carta costituzionale (art. 103). Come ha efficacemente chiarito la Corte Costituzionale con la già ricordata decisione n. 49 del 2011, tale accertamento è finalizzato esclusivamente alla valutazione del merito del giudizio e dei suoi presupposti se non limitatamente a detta analisi. Dunque il giudizio incidentale del merito non può travalicare i rigorosi confini posti dal legislatore del 2003, che impediscono al giudice statale ogni esame nel merito delle vicende tecniche e disciplinari conosciute dai giudici sportivi, con il limite di un accertamento incidentale consentito al giudice amministrativo, in questa circostanza munito di giurisdizione esclusiva in base a quanto oggi indicato dalla lettera Z, dell'articolo 133 del codice del processo amministrativo.¹⁰

Alla luce di queste considerazioni non può non concordarsi con le conclusioni cui è pervenuta la sentenza del Consiglio di Stato n. 7165 del 20 dicembre 2018, che ha sancito la carenza di giurisdizione del giudice statale rispetto ad una domanda che intendeva far sindacare allo stesso, i presupposti processuali di una azione disciplinare riservata, dall'articolo 2 della legge n. 280/2003, alla sola giustizia associativa dello sport.

⁹ Vedi, sul punto, Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 22 agosto 2018, n. 5019; Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 24 agosto 2018 n. 5046; Consiglio di Stato, sezione V, decisione del 15 marzo 2017, n. 1173. Nello stesso senso si sono pronunciate le Sezioni Unite Civili con la sentenza del 9 novembre 2018, n. 28652.

¹⁰ Il decreto legislativo 104 del 2010, nel dare corpo al codice del processo amministrativo, regola con l'articolo 133 i casi di giurisdizione esclusiva, nei quali i giudici amministrativi giudicano anche sui diritti soggettivi in virtù di quanto previsto dal primo comma dell'articolo 103 della nostra Carta costituzionale, la lettera z di quell'articolo testualmente richiama "le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti" sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

4. La decisione del Consiglio di Stato, del 20 dicembre 2018, tratta, incidentalmente, anche di un ulteriore aspetto di costituzionalità dell'articolo 2 della legge n. 280/2003, sollevato dal TAR del Lazio con l'ordinanza n. 10171 dell'undici ottobre 2017.¹¹

In relazione a questo ulteriore profilo, alla luce di quanto sopra ricordato, occorre fare alcune riflessioni.

Chiarisce, infatti, il giudice amministrativo (prendendo le mosse dall'analisi della decisione resa dai giudici della legittimità delle leggi quando, con la pronuncia numero 49 del 2011, hanno ritenuto la legge n. 280 del 2003 conforme al dettato costituzionale) che pur essendo la tutela avverso gli atti da cui derivano sanzioni disciplinari rimessa in via esclusiva ai giudici sportivi, è necessario ricordare che “qualora la situazione soggettiva abbia consistenza tale da assumere nell'ordinamento statale la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo”,¹² è possibile agire innanzi al giudice amministrativo, titolare, sul tema, di giurisdizione esclusiva¹³ (art. 133, lettera Z, CPA), per ottenere non la caducazione dell'atto, ma il risarcimento del danno.¹⁴

Seguendo la linea tracciata dalla Corte, il Consiglio di Stato afferma che la esplicita esclusione della tutela relativa agli atti con i quali i giudici sportivi (endo ed esofederali) hanno comminato sanzioni disciplinari, derivante dalla riconosciuta autonomia dell'ordinamento sportivo (art. 1 della legge n. 280/2003),¹⁵ offre, tuttavia,

¹¹ Vedila in Foro it. 2017, 12, III, c. 660.

¹² Unica pronuncia in cui la Corte Costituzionale si è occupata dalla legge n. 280/2003 e dell'autonomia della Giustizia Sportiva.

¹³ Vedi, sul punto, P. SANDULLI, *Principi e problematiche di giustizia sportiva*, cit., 51.

¹⁴ Le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte con la sentenza n. 32358 del 13 dicembre 2018, nel porre fine al dibattito relativo alla corretta assegnazione dello scudetto relativo al campionato di calcio 2005/2006, hanno chiarito che il decreto legge 220 del 2003, convertito, con modificazione, nella legge 280 del 2003 “*ha stilato un'elencazione, sicuramente tassativa, dei settori in cui si manifesta senza limiti l'autonomia dell'ordinamento sportivo, per la stimata indifferenza (o irrilevanza) dell'ordinamento generale per le questioni che possano scaturire dalle ridette materie. Come si è osservato, anche in dottrina, il testo del citato art. 2 non lascia dubbi sul fatto che le questioni tecnico-disciplinari siano stimate come ontologicamente inidonee a coinvolgere situazioni giuridiche soggettive, qualificabili come diritti soggettivi o interessi legittimi o, quanto meno, a ritenere che diritti soggettivi ed interessi legittimi eventualmente configurabili in relazione all'“osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale” ed ai comportamenti rilevanti sul piano disciplinari sportive” siano di importanza così tenue da poter essere trascurati senza effetti pregiudizievoli per l'ordinamento della Repubblica*”.

¹⁵ Art. 1 della legge 280 del 2003, normativa che ha convertito il decreto legge n. 220 del 2003, nel dettare i principi generali in tema di giustizia sportiva ricorda che “la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato olimpico internazionale”, il secondo comma dell'articolo in esame puntualizza ulteriormente che “i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse all'ordinamento sportivo” è, dunque, possibile rilevare che l'autonomia del giudizio sportivo, nei casi previsti dall'articolo 2 della legge 280 del 2003 è garantita esclusivamente nelle ipotesi di irrilevanza per l'ordinamento statale delle pronunce rese dai giudici sportivi.

la possibilità di agire in giudizio per la tutela risarcitoria del danno derivante dalla non corretta gestione delle norme relative al “giusto processo sportivo” da parte dei giudici sportivi.

Discendono da questo presupposto due considerazioni di natura processuale:

la prima ci porta ad affermare che per verificare, in concreto, la sussistenza di un pregiudizio i giudici amministrativi debbono poter conoscere, almeno in via incidentale, del procedimento disciplinare al solo fine di valutare se vi è stata (o no) corretta applicazione delle norme che il “legislatore sportivo” si è dato, sfruttando l’autonomia a lui riconosciuta, per regolare il giudizio sportivo.¹⁶

La seconda, conseguente alla prima, porta a misurare l’ampiezza di tale accertamento incidentale. Già dalla lettura della decisione della Corte Costituzionale,¹⁷ che sul punto è pienamente condivisibile, è possibile rilevare che l’accertamento consentito al giudice statale è finalizzato “ad ottenere il risarcimento del danno” e non al perseguimento della tutela di annullamento.

Ricorda sul punto la Corte Costituzionale che ci si trova in presenza di una “*tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo, ma non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento venga a violare quanto previsto dall’art. 24 della Costituzione.*”

Chiariscono, infatti, i giudici della legittimità delle leggi che, al fine di operare il corretto bilanciamento tra autonomia della giustizia sportiva e la tutela delle situazioni giuridiche protette è necessario collocare detta tutela “*nell’ambito di quella forma di tutela che può essere definita come residuale*” ma che garantisce pienamente la autonomia della giustizia sportiva in materia disciplinare. Invero, la possibilità “residuale” di un accertamento incidentale, finalizzato alla tutela risarcitoria, non può portare, in nessun caso, all’annullamento della sanzione – circostanza questa che costituirebbe la fine dell’autonomia della giustizia sportiva – bensì al risarcimento del danno derivante dalla non corretta gestione della normativa, in materia di processo sportivo.¹⁸

5. La sentenza annotata del Consiglio di Stato dimostra la conformità all’impianto costituzionale della legge n. 280/2003 che ha sancito l’autonomia dell’organizzazione sportiva e della giustizia associativa da essa derivante, anche in caso di una gestione del processo sportivo non rispondente alle regole del “giusto processo”, lasciando che sia la stessa giustizia per lo sport a reprimere, al suo interno, comportamenti non in linea con il codice di giustizia sportiva.

¹⁶ Vedi, sul punto, il codice unico di giustizia sportiva approvato dal CONI il 15 luglio 2014 e adottato, attraverso l’opera di commissari ad acta all’uopo nominati, da tutte le Federazioni sportive.

¹⁷ Vedila in Giustizia Civile, 2011, n. 5, 1145, con nota di G. MANFREDI, “*Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*” ed ulteriore nota di A. D. TODARO, “*La tutela effettiva degli interessi tra giurisdizione sportiva e statale: la strana ‘fuga’ della corte dal piano sostanziale a quello per equivalente*”.

¹⁸ Vedi, al riguardo, P. SANDULLI, *Principi e problematiche di giustizia sportiva*, cit., 45.

L'intervento dei giudici amministrativi, muniti di giurisdizione esclusiva, deve, quindi, limitarsi ad un accertamento incidentale finalizzato a verificare la mancata rispondenza alla normativa del CONI per assegnare, in tal caso, la sola sanzione del risarcimento del danno.

Un ultimo rilievo va mosso in relazione al giudizio di rinvio. Il TAR del Lazio con la decisione avente numero 4041, del 2018,¹⁹ ha affermato che il giudizio di rinvio, operato dal collegio di garanzia per lo sport, sedente presso il CONI, avrebbe dovuto essere operato in favore della Corte Federale d'appello e non del Tribunale federale, come è invece avvenuto. La tesi sostenuta dal TAR non è condivisibile. Invero, nel caso di specie non ci si trova in presenza di un vero e proprio giudizio di "rinvio di natura prosecutoria" sulla base di un principio di diritto reso dai giudici sedenti presso il C.O.N.I. e del codice di giustizia sportiva; bensì di un "rinvio restitutorio" che consente al giudice di primo grado di occuparsi, per la prima volta, del merito della vicenda, sulla base delle regole del giusto processo sportivo dettate dal decreto legislativo numero 15 del 2004, sempre che, al riguardo, non siano intervenute preclusioni e/o decadenze, che rendano vano quel tipo di accertamento.

Ulteriore considerazione è data, in tema di giudizio di rinvio, dalla necessità, per il futuro, di un chiarimento normativo nell'ambito del Codice di Giustizia Sportiva.

¹⁹ Cfr., TAR del Lazio, prima sezione, sentenza n. 4041 del 12 aprile 2018, Foro Amministrativo 2018, 710.

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
SENTENZA DEL 29 NOVEMBRE 2018, CAUSA 548/17*
(Sesta Sezione)

«Rinvio pregiudiziale – Fiscalità – Imposta sul valore aggiunto (IVA) – Imposizione delle agenzie di intermediazione di calciatori professionisti – Pagamento rateizzato e soggetto a condizione – Fatto generatore, esigibilità e riscossione dell'imposta»

Nella causa C-548/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania), con decisione del 21 giugno 2017, pervenuta in cancelleria il 21 settembre 2017, nel procedimento

Finanzamt Goslar

contro

baumgarten sports & more GmbH,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta da J.-C. Bonichot (relatore), presidente della Prima Sezione, facente funzione di presidente della Sesta Sezione, E. Regan e C. G. Fernlund, giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

* Lingua processuale: il tedesco.

- per la baumgarten sports & more GmbH, da A. Brennecke;
- per il governo tedesco, da T. Henze e R. Kanitz, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Lozano Palacios e A. C. Becker, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di trattare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 63 e 90 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU 2006, L 347, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva IVA»).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Finanzamt Goslar (amministrazione finanziaria di Goslar, Germania) e la baumgarten Sports & more GmbH (in prosieguo: la «società») in merito all'assoggettamento di pagamenti rateizzati all'imposta sul valore aggiunto (IVA).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3. L'articolo 63 della direttiva IVA dispone quanto segue:
«Il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata la cessione di beni o la prestazione di servizi».

4. L'articolo 64, paragrafo 1, della direttiva così recita:
«Se comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi, le cessioni di beni diverse da quelle aventi per oggetto la locazione di un bene per un dato periodo o la vendita a rate di un bene di cui all'articolo 14, paragrafo 2, lettera b), e le prestazioni di servizi si considerano effettuate al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali acconti o pagamenti».

5. Ai sensi dell'articolo 65 di tale direttiva:
«In caso di pagamento di acconti anteriore alla cessione di beni o alla prestazione di servizi, l'imposta diventa esigibile al momento dell'incasso, a concorrenza dell'importo incassato».

6. L'articolo 66 della direttiva IVA è così formulato:
«In deroga agli articoli 63, 64 e 65, gli Stati membri possono stabilire che, per

talune operazioni o per talune categorie di soggetti passivi, l'imposta diventi esigibile in uno dei momenti seguenti:

- a) non oltre il momento dell'emissione della fattura;
- b) non oltre il momento dell'incasso del prezzo;
- c) in caso di mancata o tardiva emissione della fattura, entro un periodo determinato a decorrere dalla data in cui ha luogo il fatto generatore dell'imposta».

7. Ai sensi dell'articolo 90 di tale direttiva:

«1. In caso di annullamento, recesso, risoluzione, non pagamento totale o parziale o riduzione di prezzo dopo il momento in cui si effettua l'operazione, la base imponibile è debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri.

2. In caso di non pagamento totale o parziale, gli Stati membri possono derogare al paragrafo 1».

Diritto tedesco

8. L'articolo 13, paragrafo 1, punto 1, dell'Umsatzsteuergesetz (legge relativa all'imposta sulla cifra d'affari; in prosieguo: l'«UStG») stabilisce quanto segue:

«L'imposta sorge

1. per le cessioni e altre prestazioni

a) nel caso di determinazione dell'imposta in base ai corrispettivi pattuiti (articolo 16, paragrafo 1, primo periodo), con la scadenza del periodo d'imposta nel quale le prestazioni sono state eseguite. Lo stesso vale per prestazioni parziali. Esse sussistono qualora, per determinate parti di una prestazione economicamente scindibile, il corrispettivo venga concordato separatamente. Qualora il corrispettivo o una parte del corrispettivo vengano incassati prima che la prestazione o parte della prestazione sia eseguita, la relativa imposta diventa esigibile alla scadenza del periodo d'imposta nel quale sono stati incassati il corrispettivo o una parte di esso,

b) nel caso di determinazione dell'imposta in base ai corrispettivi incassati (articolo 20), alla scadenza del periodo d'imposta nel quale i corrispettivi sono stati incassati».

9. L'articolo 17 dell'UStG così prevede:

«1) Nel caso in cui la base imponibile di un'operazione sia modificata ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, punto 1, l'imprenditore che ha realizzato l'operazione stessa è tenuto a rettificare in maniera corrispondente l'importo dell'imposta dovuta.
(...)

2) Il paragrafo 1 si applica per analogia

1. se il prezzo concordato per una cessione imponibile, un'altra prestazione di servizi o un acquisto intracomunitario imponibile non può più essere riscosso. Se il corrispettivo viene successivamente incassato l'importo dell'imposta e la detrazione devono essere nuovamente rettificati.

(...)».

10. L'articolo 20, primo periodo, dell'UStG così prevede:

«L'amministrazione finanziaria, su richiesta, può consentire che un imprenditore,

1. il cui fatturato totale (articolo 19, paragrafo 3) nell'anno civile precedente non sia stato superiore a EUR 500 000, oppure

2. che sia esentato, ai sensi dell'articolo 148 dell'Abgabenordnung (codice tributario), dall'obbligo di tenere scritture contabili e di compilare regolarmente bilanci sulla base di inventari annuali, oppure

3. qualora effettui operazioni relative a un'attività quale esercente una libera professione ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, punto 1, dell'Einkommensteuergesetz (legge relativa all'imposta sul reddito), determini l'imposta non in base al corrispettivo pattuito (articolo 16, paragrafo 1, primo periodo), bensì in base al corrispettivo incassato».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11. La società presta servizi di agenzia sportiva nel settore del calcio professionistico.

12. Quando detta società trasferisce con successo un calciatore ad una società calcistica riceve da quest'ultima una provvigione, a condizione che il giocatore sottoscriva successivamente un contratto di lavoro e che sia titolare di una licenza rilasciata dalla Deutsche Fußball Liga GmbH (Lega calcio tedesca).

13. Tale provvigione è versata alla società con periodicità semestrale, fintantoché sussista il contratto tra giocatore e società calcistica ed il calciatore rimanga titolare della licenza concessa dalla Lega calcio tedesca.

14. La società ha assoggettato ad imposta il proprio fatturato relativo all'anno 2012 in base ai corrispettivi pattuiti, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, punto 1, lettera a), dell'UStG.

15. Nel 2015, a seguito di verifica in loco, l'amministrazione finanziaria di Goslar ha ritenuto che, alla luce del «principio della contabilità per competenza», nel 2012

la società avrebbe dovuto assoggettare all'IVA provvigioni derivanti da contratti di lavoro a durata determinata dei giocatori con scadenza nel 2015, e ha emesso un avviso di accertamento rettificativo in tal senso.

16. Poiché era in disaccordo con tale metodo, la società ha proposto vittoriosamente ricorso davanti al giudice di primo grado. Essa ha sostenuto, con esito positivo, che le provvigioni in questione non erano certe, e che l'IVA ad esse relativa era esigibile solo alla data in cui esse fossero effettivamente percepite.

17. L'amministrazione finanziaria di Goslar ha proposto un ricorso per cassazione («Revision») dinanzi al Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania).

18. Detto giudice si interroga sull'interpretazione dell'articolo 63 della direttiva IVA, che pone la regola secondo la quale l'imposta relativa ad una prestazione di servizi è esigibile al momento in cui tale prestazione è effettuata. Egli si chiede se tale regola possa essere interpretata restrittivamente, nel senso che la prestazione debba considerarsi, in sostanza, come non ancora effettuata, qualora il corrispettivo non sia esigibile o sia soggetto a condizione, come nella fattispecie in esame al procedimento principale.

19. A seconda della risposta fornita a tale prima questione, il giudice del rinvio si chiede inoltre se il fatto che il soggetto passivo versi un «anticipo» all'erario sia compatibile con alcuni principi della normativa in materia di IVA nonché con i principi generali di uguaglianza e proporzionalità. Il suo interrogativo si basa sostanzialmente sul raffronto delle situazioni rispettive di un soggetto passivo quale quello di cui trattasi al procedimento principale e di un soggetto passivo che sia assoggettato a imposta secondo il criterio della «contabilità per cassa», raffronto al centro del dibattito davanti al giudice di merito.

20. In relazione all'interpretazione richiesta dell'articolo 63 della direttiva IVA, il giudice del rinvio si interroga altresì sull'interpretazione dell'articolo 90 di tale direttiva, concernente il diritto alla riduzione della base imponibile dell'imposta in determinate circostanze, in particolare in caso di non pagamento del corrispettivo della prestazione. A questo proposito, detto giudice chiede se, nell'ipotesi in cui la direttiva IVA non osti a che il soggetto passivo versi un anticipo sull'imposta per un periodo di diversi anni, gli Stati membri possano accordare siffatta deduzione nel periodo di imposta corrente e non, come sembra evincersi dalla lettera di tale articolo, dopo l'esecuzione della prestazione.

21. In tali circostanze, il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 63 della [direttiva IVA], tenuto conto del compito attribuito al soggetto passivo quale collettore d'imposta per l'erario, debba essere interpretato restrittivamente, nel senso che l'importo da incassare a titolo della prestazione

a) sia esigibile o

b) quantomeno il suo pagamento non sia soggetto a condizioni.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione: se il soggetto passivo sia tenuto a versare anticipatamente l'imposta dovuta a titolo della prestazione per un periodo di due anni, qualora possa ottenere il corrispettivo per la sua prestazione (in parte) soltanto due anni dopo il verificarsi del fatto generatore dell'imposta.

3) In caso di risposta affermativa alla seconda questione: se gli Stati membri, in considerazione dei poteri loro spettanti ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 2, della [direttiva IVA], possano ritenersi autorizzati a considerare che una regolarizzazione ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1, della medesima direttiva, deve essere effettuata già per il periodo d'imposta in cui l'imposta è divenuta esigibile, qualora il soggetto passivo possa incassare l'importo dovuto per la prestazione soltanto due anni dopo il verificarsi del fatto generatore dell'imposta per il motivo che tale importo non è ancora esigibile».

Sulle questioni pregiudiziali

22. In via preliminare, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è stato investito. In tale prospettiva, spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte. Inoltre, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme del diritto dell'Unione alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel testo della sua questione (sentenza del 1° febbraio 2017, Municipio de Palmela, C-144/16, EU:C:2017:76, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

23. Nel caso di specie, i dubbi del giudice del rinvio sorgono in merito alla questione se l'articolo 63 della direttiva IVA possa essere interpretato restrittivamente, nel senso che una prestazione di servizi non debba considerarsi come «effettuata» ai sensi di tale disposizione qualora il suo corrispettivo non sia né esigibile né soggetto a condizioni, con conseguente esigibilità parziale dell'IVA.

24. Orbene, a questo proposito occorre rilevare che l'articolo 64, paragrafo 1, della direttiva IVA, determinando il momento in cui le prestazioni di servizi devono considerarsi «effettuate», quando «comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi», assume rilevanza anche per l'applicazione di disposizioni in materia di IVA ad una situazione quale quella in esame nel procedimento principale.

25. Pertanto, si deve considerare che con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 63 della direttiva IVA, in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, di detta direttiva, debba essere interpretato nel senso che osta a che il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta relativa ad una prestazione di servizi di intermediazione nel trasferimento di calciatori professionisti da parte di un agente, quale quella in esame nel procedimento principale, i cui corrispettivi siano rateizzati e soggetti a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, si considerino verificati alla data di quest'ultima.

26. A tal proposito, va ricordato, da un lato, che, ai sensi dell'articolo 63 della direttiva IVA, il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata la prestazione di servizi.

27. Dall'altro lato, ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, di tale direttiva, le prestazioni di servizi che comportano pagamenti successivi si considerano effettuate nel senso dell'articolo 63 al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali pagamenti.

28. Dall'applicazione combinata di queste due disposizioni risulta che, per le prestazioni che comportano pagamenti successivi, il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diviene esigibile al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono tali pagamenti (v., in tal senso, sentenza del 3 settembre 2015, *Asparuhovo Lake Investment Company*, C-463/14, EU:C:2015:542, punto 50).

29. In via di principio, spetta al giudice del rinvio verificare che la prestazione in esame nel procedimento principale rientri tra quelle che «comportano versamenti di acconti o pagamenti successivi», ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, della direttiva IVA.

30. Ciò premesso, al fine di fornire una soluzione utile al giudice del rinvio, deve constatarsi che questa è l'ipotesi che sembra ricorrere nel caso della prestazione di cui al procedimento principale, consistente nel negoziare il trasferimento di un giocatore ad una società calcistica per un certo numero di stagioni, e remunerata con pagamenti rateizzati e soggetti a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione (v., per analogia, sentenza del 3 settembre 2015, *Asparuhovo Lake Investment Company*, C-463/14, EU:C:2015:542, punto 49).

31. Da quanto sopra consegue che, fatte salve le verifiche che competono al giudice del rinvio, il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta relativa ad una prestazione come quella di cui al procedimento principale devono considerarsi verificati non alla data dell'intermediazione, bensì al momento della scadenza dei periodi cui si riferiscono i pagamenti effettuati dalla società calcistica.

32. In considerazione di tutto quanto precede, alle questioni sollevate occorre rispondere che l'articolo 63 della direttiva IVA, in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che osta a che il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta relativa a una prestazione di servizi di intermediazione nel trasferimento di calciatori professionisti da parte di un agente – quale quella in esame nel procedimento principale – oggetto di pagamenti rateizzati e assoggettati a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, siano considerati avvenuti alla data di quest'ultima.

Sulle spese

33. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Sesta Sezione) dichiara:

L'articolo 63 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, di tale direttiva, dev'essere interpretato nel senso che osta a che il fatto generatore e l'esigibilità dell'imposta relativa a una prestazione di servizi di intermediazione nel trasferimento di calciatori professionisti da parte di un agente – quale quella in esame nel procedimento principale – oggetto di pagamenti rateizzati e assoggettati a condizione per un periodo di diversi anni dopo l'intermediazione, siano considerati avvenuti alla data di quest'ultima.

Firme

**SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V,
20 DICEMBRE 2018, N. 7165**

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4491 del 2018, proposto da:
Comitato Olimpico Nazionale Italiano, C.O.N.I., in persona del legale
rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia,
con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Piercarlo PILANI, Gianluca MATARESE, Alberto PREGNOLATO, Sergio
ROTARIS, Davide CACCIARI, rappresentati e difesi dagli avvocati Franco
Gaetano Scoca, Guido Valori, Ignazio Tranquilli, con domicilio eletto presso lo
studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via G. Paisiello, 55; Roberto Musiani non
costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. I TER,
n. 04041/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Piercarlo Pilani, Gianluca Matarese, Alberto
Pregnotato, Sergio Rotaris e Davide Cacciari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il Cons. Giuseppina
Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Franco Gaetano
Scoca e Guido Valori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima *ter*, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dai signori Pier Carlo Pilani, Gianluca Matarese, Alberto Pregnolato, Roberto Musiani, Sergio Rotaris e Davide Cacciari – tesserati della Federazione Italiana Danza Sportiva – FIDS (riconosciuta dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano) nei confronti del C.O.N.I., contro la decisione resa dal Collegio di garanzia dello Sport del C.O.N.I. a Sezioni Unite il 7 novembre 2017, a definizione del ricorso n. 104/17, con dispositivo prot. n. 878/2017, pubblicata, distinta con il n. 2/2018, munita di motivazione, in data 10 gennaio 2018, nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali o, comunque, connessi, ivi compresi i provvedimenti del Procuratore generale dello Sport del C.O.N.I. prot. 0063/2017/D del 20 gennaio 2017, prot. 0142/2017/D del 20.2.2017 e prot. 0349/2017/D del 19 aprile 2017, gli atti di indagine relativi ai procedimenti disciplinari riuniti iscritti ai nn. 3/17 e 6/17 del Registro Procura federale della FIDS e, infine, l'atto di deferimento della Procura generale dello Sport del C.O.N.I., prot. 2456 del 21.4.2017.

1.1. I ricorrenti erano stati destinatari di due procedimenti disciplinari (n. 3/17 e n. 6/17), poi riuniti.

La sentenza di primo grado – dopo aver dato atto delle qualità rivestite da ciascuno di loro («[...] il Sig. Piercarlo Pilani è membro del Consiglio Federale della FIDS, il Sig. Alberto Pregnolato è un tecnico che svolge, per la FIDS, l'incarico di Direttore Nazionale della Scuola Federale di Danza Sportiva e quello di componente della Direzione Tecnica Internazionale, il Sig. Davide Cacciari è un tecnico, titolare di scuole di danza, che svolge per la FIDS l'incarico di Coordinatore Tecnico Nazionale e quello di componente della Direzione Tecnica Internazionale, il Sig. Gianluca Matarese è un tesserato che ha con la FIDS un rapporto di collaborazione, il Sig. Roberto Musiani è un dipendente della FIDS con l'incarico di Direttore tecnico ed organizzativo ed il Sig. Sergio Rotaris, ex consigliere federale, infine, ha ricoperto importanti incarichi internazionali quale membro della WDSF (World Dance Sport Federation)») – ricostruisce le vicende dei procedimenti disciplinari come segue:

«Quanto al procedimento n. 3/17, iniziato dalla Procura Federale della FIDS, in data 19.1.2017 il Procuratore Federale ha, tuttavia, formulato una prima istanza di autorizzazione all'astensione e, a seguito del rigetto di tale istanza da parte del Procuratore Generale, ha assegnato il fascicolo ad un proprio Sostituto. Con successivo atto del 20.2.2017, lo stesso Procuratore Federale ha formulato una seconda istanza di autorizzazione all'astensione, che, con provvedimento prot. n. 0142/2017/D anch'esso del 20.2.2017, il Procuratore Generale ha accolto, disponendovi altresì l'applicazione del Procuratore Nazionale Avv. Martone.

Rispetto al fascicolo n.6/17, in data 19.1.2017 il Procuratore Federale ha avanzato richiesta di autorizzazione ad astenersi, subito accolta dal Procuratore Generale con provvedimento prot. n. 0063/2017/D del 20.1.2017, con applicazione a tale procedimento sempre del Procuratore Nazionale Avv. Martone.

Con atto prot. n. 2456 del 21.4.2017 la Procura Generale dello Sport ha esercitato l'azione disciplinare, deferendo diverse persone, tra cui gli attuali ricorrenti, dinanzi al Tribunale Federale della FIDS.

Il Tribunale Federale, con decisione n. 20/2017 depositata in data 3.7.2017, ha dichiarato "inammissibile l'azione disciplinare promossa con l'atto di deferimento del 21 aprile 2017 (prot.2456) per difetto di titolarità in capo al Procuratore Generale dello Sport" e "altresì inammissibile l'azione disciplinare promossa con l'atto di deferimento del 21 aprile 2017 (prot.2456) per difetto di legittimazione dei Procuratori Nazionali dello Sport applicati", "la nullità dell'atto di delega del 19 aprile 2017 (prot.0349/2017/D)", nonché "la nullità di tutti gli atti di indagine".

A seguito di reclamo presentato dalla Procura federale e dai Procuratori nazionali dello Sport, la Corte Federale d'Appello della FIDS, con dispositivo comunicato il 15.9.2017 (CU n.7/2017) e motivazione pubblicata in data 18.9.2017 (CU n.8/2017), ha confermato la decisione del Tribunale Federale. La Procura Generale presso il CONI ha impugnato la decisione dinanzi al Collegio di Garanzia dello Sport del CONI a Sezioni Unite, il quale all'udienza del 7.11.2017 ha accolto il ricorso.

Il relativo dispositivo (prot. n. 878/17) è stato comunicato in pari data a mezzo p.e.c.. Esso così recita: "Accoglie il ricorso e, per l'effetto, rimette gli atti al Tribunale Federale Nazionale di primo grado, affinché si proceda all'esame del merito. Nulla per le spese".».

1.2. La sentenza impugnata – riassunti i motivi del ricorso introduttivo (contro il dispositivo della decisione del Collegio di garanzia dello Sport e gli atti presupposti sopra specificati) ed i motivi aggiunti (contro la motivazione, successivamente depositata) – respinge le eccezioni preliminari in rito sollevate dal C.O.N.I., osservando:

- quanto all'eccezione di difetto di legittimazione passiva, per essere invece legittimato in proprio il Collegio di garanzia dello Sport, che quest'organo non ha personalità giuridica autonoma e distinta da quella del C.O.N.I. ed emette atti a natura amministrativa e non giurisdizionale, sicché la legittimazione processuale va riconosciuta in capo al C.O.N.I.;

- quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione, in forza di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.-l. n. 220 del 2003, convertito dalla legge n. 280 del 2003, con riserva perciò di giurisdizione in capo al giudice sportivo, che «secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, che garantisca la massima tutela giurisdizionale dinanzi agli organi giurisdizionali statali, peraltro

*perfettamente conforme al dato letterale, il termine “irrogazione”, riferito alle sanzioni, non può che essere inteso in senso restrittivo, anche perché la locuzione adoperata alla lett. b): “l’irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive” viene posta in correlazione con “i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare”, suggerendo che il vaglio debba riguardare l’entità e la tipologia della sanzione rispetto a detti comportamenti» e che la norma in esame sarebbe “[...] naturalmente di stretta interpretazione, per cui non se ne può estendere la portata applicativa a casi diversi, ivi non espressamente e chiaramente contemplati”, sicché non vi sarebbe riserva di giurisdizione in favore del giudice sportivo, in casi, quale quello oggetto del presente contenzioso, in cui “non vengono in esame né comportamenti rilevanti sul piano disciplinare né sanzioni disciplinari già irrogate”. Se ne è tratta la conseguenza dell’applicabilità, piuttosto, dell’art. 3 del decreto-legge n. 220 del 2003, che prevede la devoluzione al giudice amministrativo (salvo che per le controversie attinenti ai rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, riservate al giudice ordinario) “di ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell’ordinamento sportivo ai sensi dell’articolo 2”, con affermazione della giurisdizione del giudice adito anche rispetto al *petitum* annullatorio, oltre che rispetto a quello risarcitorio;*

- quanto all’eccezione di mancato rispetto della pregiudiziale sportiva, in relazione appunto all’appena citato art. 3, sollevata dal C.O.N.I. in via subordinata (dal momento che il Collegio di garanzia dello Sport, con la decisione n.2/2018 impugnata, ha rimesso gli atti al Tribunale federale di primo grado “*affinché si proceda all’esame del merito*”, per cui non si sarebbero esauriti tutti i gradi della giustizia sportiva), che l’eccezione è priva di fondamento perché il C.O.N.I. “*fa riferimento ad una seconda valutazione della medesima vicenda [...]*”, laddove l’intento perseguito col ricorso è proprio l’accertamento dell’illegittimità della decisione di rinvio, atteso che sia il Tribunale federale che la Corte federale di appello avevano definito la controversia in sede sportiva, dichiarando inammissibile l’azione disciplinare intrapresa; la questione dell’inammissibilità dell’azione disciplinare è idonea a definire il giudizio, senza ulteriori fasi di merito, sicché “*sulla vicenda sono stati ... esperiti i tre gradi di giudizio, per cui risulta rispettata la pregiudiziale sportiva di cui all’art. 3 del d.l. n. 220/2003 [...]*”;

- quanto all’eccezione di carenza di interesse, per mancanza di lesività della decisione impugnata, che invece la portata lesiva è da ricollegare alla conseguente riapertura del procedimento disciplinare nei confronti dei ricorrenti.

1.3. Nel merito, si è ritenuto che:

- il Collegio di garanzia dello Sport fosse sfornito, nel caso di specie, del potere cognitivo di legittimità, ai sensi dell’art. 12-bis dello statuto del C.O.N.I., adottato in applicazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 242 del 1999, e dell’art. 54 del Codice di giustizia sportiva, approvato dal Consiglio nazionale del C.O.N.I. con delibera

n. 1538/2015, da interpretarsi nel senso che il Collegio di garanzia può conoscere solo delle sanzioni tecnico-sportive concretamente irrogate e solo se di durata superiore a novanta giorni o pecuniarie fino a 10.000 Euro;

- vi fossero ulteriori profili di illegittimità della decisione dell'organo di ultima istanza (che pure, secondo quanto si legge in motivazione, “*essendo privo di potere, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso proposto dalla Procura generale avverso la decisione emessa dalla Corte federale d'appello di che trattasi*”), e precisamente: avrebbe dovuto ritenere non ammissibile alcuna delega delle funzioni inquirenti e requirenti da parte del Procuratore generale, poiché la Procura generale ha esclusivamente funzioni di vigilanza e coordinamento delle attività inquirenti e requirenti delle Procure federali, che spettano in via esclusiva a queste ultime; l'art. 12 *ter*, comma 5, dello statuto del C.O.N.I. consente l'applicazione dei Procuratori nazionali ai fini dell'esercizio dell'attività inquirente e requirente soltanto in via eccezionale ed in caso di avocazione, possibile solo nelle ipotesi contemplate dal comma 4 della stessa disposizione; vi sono altre ipotesi di applicazione dei Procuratori nazionali, previste dall'art. 52 del Codice della giustizia sportiva e, nel caso di specie, il Procuratore nazionale ha disposto l'applicazione di un Procuratore nazionale ai sensi di quest'ultima norma in combinato disposto con l'art. 11, comma 2, del Regolamento di organizzazione e funzionamento della Procura generale dello Sport, ma i principi desumibili dalle richiamate disposizioni sarebbero stati disattesi dal Procuratore generale (quando, a seguito dell'istanza di astensione del Procuratore federale, ha disposto l'applicazione di un Procuratore nazionale, invece di affidare le indagini al Sostituto procuratore federale, facente parte della stessa Procura federale) ed erroneamente il Collegio di garanzia avrebbe invece giudicato legittimo l'operato del Procuratore generale (per le ragioni esposte alle pagine 33-36 della motivazione, cui è qui sufficiente fare rinvio).

1.4. Affermato altresì che la decisione impugnata sarebbe errata anche laddove ha disposto il rinvio al Tribunale federale nazionale di primo grado, anziché alla Corte federale di appello, la sentenza ha accolto, come detto, la domanda di annullamento e, per l'effetto, ha annullato tutti i provvedimenti impugnati. Ha quindi esaminato e respinto, invece, la domanda -pure avanzata dai ricorrenti- di risarcimento dei danni, per insussistenza di pregiudizi risarcibili ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ. , applicabile in quanto l'azione risarcitoria è stata ricondotta “*entro lo statuto della responsabilità aquiliana della P.A.*”.

1.5. Le spese del giudizio sono state poste a carico del C.O.N.I., liquidate nell'importo complessivo di Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge.

2. Per la riforma della sentenza, il Comitato Olimpico Nazionale Italiano, C.O.N.I., ha avanzato appello con sei motivi, alcuni dei quali articolati in più censure. Hanno resistito, con memoria di costituzione e difensiva, i signori Pilani, Matarese, Pregnotato, Rotaris e Cacciari.

Le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche.

Alla pubblica udienza dell'8 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Preliminarmente va detto dell'eccezione di carenza di interesse all'impugnazione da parte del C.O.N.I., sollevata dalla difesa degli appellati nell'assunto che la sfera giuridica di quest'ultimo non sarebbe stata lesa in quanto la domanda risarcitoria avanzata in primo grado è stata respinta (e -giòva aggiungere- non riproposta con appello incidentale, con conseguente formazione di giudicato di rigetto).

L'eccezione è infondata.

3.1. Con la sentenza qui impugnata il C.O.N.I. è stato ritenuto, a ragione, il soggetto passivamente legittimato, non solo rispetto alla domanda risarcitoria ma anche rispetto a quella di annullamento, in quanto il Collegio di garanzia dello Sport, pur in posizione di autonomia e indipendenza, è organo interno al Comitato Olimpico Nazionale Italiano e non ha una propria personalità giuridica.

Pertanto, unico soggetto legittimato a resistere alle impugnazioni delle decisioni dell'organo di ultima istanza della giustizia sportiva è il C.O.N.I., che è parimenti soggetto legittimato a difenderne la competenza e l'operato, quindi a sostenere la legittimità dei provvedimenti conclusivi.

4. Col primo motivo di appello viene riproposta l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

L'appellante sostiene che: l'art. 2 del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, riserva all'ordinamento sportivo, in via esclusiva, l'intera materia delle condotte rilevanti sul piano disciplinare e delle relative sanzioni; in particolare, in quel sistema, all'ordinamento sportivo, da un lato, è attribuito il potere di individuare e regolamentare i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare nonché di stabilire le relative sanzioni e, dall'altro, mediante la "giustizia associativa", è attribuita la valutazione della condotta all'esito della quale si provvede all'eventuale irrogazione di una sanzione disciplinare; il sistema così delineato, come chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza dell'11 febbraio 2011, n. 49, prevede altresì che il giudice statale, in specie quello amministrativo, possa conoscere, nonostante la riserva a favore della giustizia sportiva, in via incidentale e indiretta, delle decisioni nell'ambito della "materia" disciplinare solo a fini risarcitori (senza poteri caducatori), in ragione di un "*non irragionevole bilanciamento di interessi*", che tiene conto dell'esigenza di rilevanza costituzionale di salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo. Ne consegue, per l'appellante, e contrariamente a quanto ritenuto con la sentenza impugnata, che proprio il tenore letterale del richiamato art. 2 impone di interpretare la norma nel senso che anche la mancata irrogazione di sanzione disciplinare, alla conclusione del procedimento dinanzi alla "giustizia associativa", non fa venire meno la riserva dell'ordinamento sportivo a favore di quello statale; in sintesi, la riserva non è limitata al solo caso in cui sia disposta una sanzione.

4.1. L'appellante critica quindi la soluzione opposta, come illogica, irragionevole e foriera di "esiti abnormi e paradossali", perché si avrebbe una sorta di giurisdizione a "doppio binario", a seconda del contenuto dell'atto conclusivo del procedimento sportivo, e, piuttosto che costituzionalmente orientata, l'interpretazione avversata si tradurrebbe in una disapplicazione della legge.

5. Il motivo è fondato.

L'art. 2 (*Autonomia dell'ordinamento sportivo*) del d.-l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280 (*Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva*) prevede che:

«1. In applicazione dei principi di cui all'art. 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto:

a) ...omissis...;

b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

2. Nelle materie di cui al comma 1, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui agli articoli 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo. [...]».

5.1. La disposizione distingue, come rileva l'appellante, due piani di competenza dell'ordinamento sportivo e della giustizia sportiva, rispettivamente al comma 1 e al comma 2:

- la competenza a dettare la "disciplina delle questioni", quindi a regolare autonomamente, rispetto alle norme statali, per un verso, i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e, per altro verso, "l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive" (primo comma);

- la competenza a decidere, mediante gli organi di giustizia sportiva, le questioni anzidette come autonomamente regolate nell'ambito di quell'ordinamento e con valutazione delle condotte ascritte ai tesserati riservata appunto alla giustizia sportiva (secondo comma).

5.2. Il comma 2 individua l'ambito della riserva di giurisdizione (ribadita dal successivo art. 3, comma 1, cui *fapendant* l'art. 133, lett. z), Cod. proc. amm.) facendo rinvio, tra l'altro, alla "materia" disciplinare, così come per intero contemplata nel primo comma.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza gravata, la "materia" del comma 1 non è solo quella dell'«irrogazione» delle sanzioni intesa come atto con cui la sanzione, astrattamente comminata dall'ordinamento sportivo, viene concretamente irrogata all'esito del giudizio e applicata al destinatario della decisione dell'organo di giustizia di quell'ordinamento.

Il comma 1, riferendosi alla «disciplina delle questioni» in materia di «irrogazione ed applicazione» delle sanzioni, contempla anche il procedimento

che culmina nella decisione sanzionatoria; e all'ordinamento sportivo spetta così l'individuazione degli organi, delle regole e degli atti del giudizio iniziato a seguito dell'esercizio dell'azione disciplinare.

Il comma 2, di conseguenza, riserva alla giustizia sportiva la cognizione delle inerenti controversie.

5.3. Coerentemente, il Codice della giustizia sportiva, adottato dal C.O.N.I. con deliberazione 9 novembre 2015, n. 1538 (applicabile *ratione temporis*), detta le norme generali del processo sportivo, individua gli organi della giustizia sportiva e fissa le regole procedurali.

6. Ciò premesso in diritto, va sottolineato che la domanda di annullamento avanzata in primo grado riguarda una decisione del Collegio di garanzia dello Sport, organo particolare della giustizia sportiva, adottata a conclusione di un procedimento regolato dal Codice della giustizia sportiva.

Il procedimento è iniziato nei confronti dei ricorrenti mediante esercizio dell'azione disciplinare per violazione del Regolamento e dello Statuto della FIDS, a seguito di atti di indagine compiuti nell'ambito dei suindicati procedimenti riuniti (n.3/17 e n. 6/17 del Registro della Procura Federale della FIDS) e di atto di deferimento della Procura generale dello Sport, prot. n. 2456 del 21 aprile 2017 (tutti impugnati col ricorso introduttivo).

Il Collegio di garanzia dello Sport si è pronunciato su ricorso proposto dalla Procura generale dello Sport contro la statuizione della Corte federale di appello che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'azione disciplinare promossa appunto col detto atto di deferimento, nonché la nullità dell'atto di delega d'indagine del 19 aprile 2017 e di tutti gli atti dell'indagine disciplinare.

6.1. La materia che ha formato oggetto dell'intero procedimento di giustizia sportiva e di ciascuna delle decisioni nel suo ambito, sia degli organi di giustizia federali che dell'organo predetto, riguarda "*i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare*" così come contestati ai tesserati da parte della Procura generale dello Sport, nonché "*l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive*", come da richiesta della stessa Procura, disattesa dagli organi federali di giustizia sportiva per ritenuta inammissibilità dell'azione disciplinare, ed ammessa invece dal Consiglio di garanzia dello Sport (fatto salvo il giudizio di merito per il quale ha disposto il rinvio).

Si tratta di materia che ben rientra nella riserva di giurisdizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) e comma 2, d.-l. n. 220 del 2003, convertito dalla legge n. 280 del 2003.

7. In senso contrario, non merita condivisione l'obiezione degli appellati per cui l'oggetto del giudizio non avrebbe riguardato "*comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, né le relative sanzioni*", bensì "*provvedimenti di organi del CONI*

illegittimi in punto di attribuzione del potere, che hanno inciso in via diretta sulla posizione giuridica degli appellati”.

Il riferimento è al merito della controversia sulla titolarità in capo alla Procura generale dello Sport di funzioni inquirenti e requirenti e sulla validità degli atti di indagine compiuti dal Procuratore generale e dal Procuratore nazionale applicato, nonché dell’atto di deferimento sottoscritto da entrambi e dell’attività requirente svolta dai medesimi (mediante produzione di memorie difensive e partecipazione alle udienze).

A corollario, la difesa degli appellati torna a sostenere che una questione di compatibilità della tutela caducatoria riservata al giudice amministrativo con l’autonomia dell’ordinamento sportivo si porrebbe soltanto quando dinanzi a quest’ultimo si controverta della legittimità di un provvedimento che abbia *“contenuto sanzionatorio”*.

7.1. Il primo argomento difensivo, corrispondente ad uno dei motivi di ricorso accolti in primo grado, è destituito di fondamento.

La questione della titolarità dell’azione disciplinare, in capo al Procuratore generale dello Sport, e della legittimazione al relativo esercizio da parte di quest’ultimo, e dei Procuratori nazionali da lui applicati, è questione che, all’evidenza, attiene all’individuazione dell’organo della giustizia sportiva titolare del potere disciplinare, quindi alla *“materia”* della *“irrogazione ed applicazione delle ... sanzioni disciplinari sportive”*, di cui all’art. 2 del d.-l. n. 220 del 2003, convertito dalla legge n. 280 del 2003, come sopra letto.

In particolare, si tratta di questione di rito sui presupposti processuali del processo sportivo dinanzi ai competenti organi della giustizia sportiva, ai quali il Codice della giustizia sportiva attribuisce *“la risoluzione delle questioni e la decisione delle controversie aventi ad oggetto: a) ...b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l’irrogazione e l’applicazione delle relative sanzioni”* (art. 4 del Codice, parzialmente riprodotto del testo di legge).

Spetta pertanto agli organi della giustizia sportiva risolvere, nell’ambito del loro processo, ogni questione che a quel processo attiene, compresa l’individuazione dei soggetti legittimati ad agire ed a resistere in giudizio e la valutazione della sussistenza dei presupposti processuali, oltre che delle condizioni per l’irrogazione, in concreto, della sanzione disciplinare.

7.2. Conseguenza a tale corretta lettura del citato art. 2, comma 1, lett. b), e comma 2, che appare senza fondamento l’ulteriore assunto degli appellati, che vorrebbe individuare il criterio di riparto della giurisdizione nel contenuto della decisione, sicché si avrebbe che le decisioni a contenuto processuale, di inammissibilità, ovvero anche quelle di rigetto, nel merito, della richiesta di sanzione disciplinare si sottrarrebbero alla riserva di giurisdizione.

Evidente è, per un verso, l’irragionevolezza di questa conclusione; per altro verso, come pure bene dedotto dal primo motivo di appello, la disapplicazione dell’art. 2, comma 2, del d.-l. n. 220 del 2003, convertito nella legge n. 280 del 2003.

Si avrebbe infatti che il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad interpretare ed applicare -non solo incidentalmente, come è per la tutela risarcitoria- le norme dell'ordinamento sportivo in materia di “*irrogazione ed applicazione delle ...sanzioni disciplinari sportive*”.

Questo approdo dell'interpretazione pretesa dagli appellati è reso palese dalla motivazione della sentenza qui impugnata che, contro il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, ha finito per sindacarne la competenza degli organi – non solo del Procuratore generale, ma anche dello stesso Collegio di garanzia dello Sport (cui era riferito il primo motivo di ricorso) –, nonché la legittimazione all'esercizio dell'azione disciplinare e la sussistenza dei presupposti per lo svolgimento del processo sportivo, sostituendo il proprio giudizio a quello per legge riservato al giudice sportivo.

8. Gli appellati ripropongono nel presente grado la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. *b*) e comma 2, del d.-l. n. 220 del 2003, convertito dalla legge n. 280 del 2003, per violazione degli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, per la preclusione, fattane derivare, della tutela caducatoria dinanzi al giudice amministrativo.

Gli appellati sostengono che la rilevanza della questione sarebbe data dal fatto che gli appellati, mancando siffatta tutela, verrebbero a subire un *vulnus* al diritto di difesa che la tutela risarcitoria per equivalente non riuscirebbe a colmare; quanto alla non manifesta infondatezza della questione, fanno valere gli assunti dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in data 11 ottobre 2017, n. 10171, in un caso analogo al presente, in cui le doglianze di parte ricorrente si appuntavano sulla violazione delle norme procedurali dettate dal Codice della giustizia sportiva FIGC per i giudizi disciplinari, con conseguente dedotto vizio di legittimità del provvedimento conclusivo - in quel caso, di irrogazione della sanzione.

8.1. In disparte la diversità tra la fattispecie oggetto del presente giudizio e quella che ha indotto lo stesso Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ad una nuova rimessione alla Corte Costituzionale – diversità dovuta alla già avvenuta irrogazione, in quest'ultimo giudizio a differenza che nel presente, di una sanzione disciplinare inibitoria ancora interamente da scontare da parte del tesserato ricorrente – e quindi in disparte il profilo di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, si ritiene che, a legislazione invariata, debbano essere ribaditi i principi espressi dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 49 dell'11 febbraio 2011, interpretativa di rigetto dell'art. 2, comma 1, lett. *b*), e comma 2, cit.

E precisamente:

- sebbene la tutela avverso gli atti con cui sono irrogate sanzioni disciplinari sia rimessa in via esclusiva agli organi della giustizia sportiva, tuttavia, “*qualora la situazione soggettiva abbia consistenza tale da assumere nell'ordinamento statale la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo*”, può

essere proposta dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva la domanda volta ad ottenere non la caducazione dell'atto, ma il risarcimento del danno;

- nelle fattispecie in cui la situazione soggettiva abbia la consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo *“deve, quindi, ritenersi che la esplicita esclusione della diretta giurisdizione sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari – posta a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – non consente che sia altresì esclusa la possibilità, per chi lamenta la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante, di agire in giudizio per ottenere il conseguente risarcimento del danno.”*;

- *“È sicuramente una forma di tutela, per equivalente, diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo (ed infatti si verte in materia di giurisdizione esclusiva), ma non può certo affermarsi che la mancanza di un giudizio di annullamento (che, oltretutto, difficilmente potrebbe produrre effetti ripristinatori, dato che in ogni caso interverrebbe dopo che sono stati esperiti tutti i rimedi interni alla giustizia sportiva, e che costituirebbe comunque, in questi casi meno gravi, una forma di intromissione non armonica rispetto all'affermato intendimento di tutelare l'ordinamento sportivo) venga a violare quanto previsto dall'art. 24 Cost.*

Nell'ambito di quella forma di tutela che può essere definita come residuale viene, quindi, individuata, sulla base di una argomentata interpretazione della normativa che disciplina la materia, una diversificata modalità di tutela giurisdizionale”.

8.2. La decisione costituzionale, basata sul “diritto vivente” richiamato in motivazione e seguita dalla prevalente giurisprudenza successiva (tra cui, da ultimo, Cons. Stato, V, 22 agosto 2018, n. 5019 e id., V, 24 agosto 2018, n. 5046, nonché Cons. Stato, V, 15 marzo 2017, n. 1173 e Cass. S.U., 9 novembre 2018, n. 28652), non sembra lasciare impregiudicati profili di contrasto con gli artt. 103 e 113 della Costituzione, come sostenuto dagli appellati - che fa propri i rilievi di cui alla citata ordinanza di rimessione n. 10171/2017.

Il primo argomento a base di tale ultimo provvedimento si rinviene nella prospettazione per la quale gli artt. 103 e 113 della Costituzione risulterebbero violati perché non sarebbe garantita, col risarcimento del danno, una tutela piena delle posizioni, non tanto di diritto soggettivo, quanto di interesse legittimo.

Rileverebbero, in particolare, le situazione di interesse legittimo lese da provvedimenti disciplinari degli organi della giustizia sportiva -che sono pur sempre provvedimenti amministrativi, emanati nell'esplicazione di attività amministrativa, a rilevanza pubblicistica- e che non potrebbero, in ragione di ciò, essere sottratti al sindacato giurisdizionale di legittimità, anche quando il provvedimento risulti viziato da violazione delle regole del procedimento.

L'assunto che la posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo lesa dall'esercizio di poteri a rilevanza pubblicistica da parte degli organi federali e del C.O.N.I. sia tutelabile, ai sensi degli artt. 103 e 113 della Costituzione, soltanto

mediante l'impugnazione degli atti e dei provvedimenti dinanzi agli organi della giustizia amministrativa trova smentita già nelle ragioni poste dalla Corte Costituzionale a fondamento della decisione di rigetto n. 49 del 2011.

Le disposizioni costituzionali che si assumono violate riconoscono la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, ma non ne impongono forme e modalità; né la riserva di legge di cui al terzo comma dell'art. 113, concernente la tutela caducatoria dinanzi agli organi della giurisdizione, può indurre a ritenere che la Costituzione ne abbia presupposto l'indispensabilità nei termini di cui sopra.

D'altronde, nemmeno appare coerente con tutela costituzionale della posizioni giuridiche soggettive ritenere che limiti di tutela riconosciuti come conformi alla Costituzione in caso di lesione di diritti soggettivi possano invece essere ritenuti incostituzionali quando si tratti di presidiare situazioni di interesse legittimo.

8.3. Più controvertibile è il secondo degli argomenti spesi per dubitare della legittimità costituzionale dell'esclusione della tutela caducatoria dinanzi al giudice statale. Questo fa leva sul contrasto dell'art. 2, comma 1, lett. *b*) e comma 2, cit. – nell'interpretazione fornite dal “diritto vivente” ed avallata dalla Corte costituzionale – con l'art. 24 letto in combinato disposto con gli artt. 103 e 113 della Costituzione, in considerazione delle marcate differenze esistenti tra tutela risarcitoria e tutela caducatoria. Secondo la prospettazione degli appellati, tali differenze – in ragione delle quali la prima forma di tutela non sarebbe in grado di compensare i pregiudizi provocati dalla preclusione dell'accesso alla seconda dinanzi al giudice statale – imporrebbero un'espressa presa di posizione del legislatore ordinario nel senso dell'esclusività della tutela risarcitoria e del mancato riconoscimento della tutela caducatoria dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Si tratta di un profilo di censura trattato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2011, dove è stata evidenziata la diversità delle due forme di tutela ribadendo, tuttavia, la discrezionalità del legislatore nel garantire la tutela esclusivamente risarcitoria per equivalente. La sentenza ha concluso che, pur in mancanza di un'esplicita previsione legislativa, l'individuazione della tutela risarcitoria, quale “*diversificata modalità di tutela giurisdizionale*” viene desunta “*sulla base di una argomentata interpretazione della normativa che disciplina la materia*” fornita dal “diritto vivente”, che consente di affermare che il legislatore abbia comunque “*operato un non irragionevole bilanciamento che lo ha indotto, per i motivi già evidenziati, ad escludere la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo*”.

9. In conclusione, respinta la questione di legittimità costituzionale, va accolto il primo motivo di appello, con assorbimento dei motivi restanti, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, vanno dichiarati inammissibili il ricorso introduttivo

ed il ricorso per motivi aggiunti, quanto alla domanda di annullamento, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito.

9.1. I profili di novità della questione di giurisdizione, come posta nel presente giudizio, consentono di compensare per giusti motivi le spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il primo motivo, assorbi i restanti, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibili il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti, quanto alla domanda di annullamento, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

SPORTS LAW AND POLICY CENTRE SRLS

VIA GIOVANNI PASCOLI 54
84014 NOCERA INFERIORE SA
CF/P.IVA 05283020658

Web site: www.sportslawandpolicycentre.com – E-mail: info@sportslawandpolicycentre.com

ORDINE D'ACQUISTO
RIVISTA DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLO SPORT - ANNO 2018

*da inviare via email (info@sportslawandpolicycentre.com) o via Fax (06.92912678)
allegando ricevuta di pagamento*

DATI CLIENTE PER CONTATTI

Nome e Cognome Referente	
Tel. - Fax	
Indirizzo	
E-mail	

DATI FATTURAZIONE

Nome e Cognome / Ragione sociale	
Indirizzo	
Codice Fiscale / Partita IVA	

DATI SPEDIZIONE

Nome e Cognome / Ragione sociale	
Indirizzo	
Recapito telefonico	

TIPOLOGIA ORDINE

Abbonamento Anno 2018 – n. 3 Volumi Cartacei	Euro 200,00
Abbonamento Anno 2018 – n. 3 Volumi Versione Ebook	Euro 100,00
Singolo Volume Cartaceo	Euro 70,00
Singolo Volume versione Ebook	Euro 35,00

NOTE

--

DATI PAGAMENTO

Bonifico Bancario: SPORTS LAW AND POLICY CENTRE S.r.l.s.
Presso BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA - IBAN: IT 47 Y 01030 76480 000063220265 - BIC: PASCITMMSAR

Data e Luogo, _____

Timbro e/o Firma _____

Finito di stampare il 25 gennaio 2019
presso Press Up s.r.l.

Sports Law and Policy Centre
www.sportslawandpolicycentre.com
info@sportslawandpolicycentre.com