

DIRITTO DELLO SPORT

Rivista di informazione e approfondimento sul diritto, l'organizzazione
e la gestione dello sport e delle attività motorie

Volume 3 Numero 2 – 2022

Bologna
University Press

DIRITTO DELLO SPORT

Volume 3 Numero 2 – 2022

www.dirittodellosport.eu/

COMITATO DI DIREZIONE E REDAZIONE

COORDINATORE

Carlo Bottari

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

REDAZIONE

Elena Zucconi Galli Fonseca

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Paco D’Onofrio

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Massimiliano Iovino

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Giuseppe Cappiello

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Carlo Rasia

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Federico Laus

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

SEGRETARIO

Luca Zambelli

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Amati, Ferruccio Auletta, Maurizio Benincasa, Francisco Miguel Bombillar Sáenz, Angelo Clarizia, Enrico de Giovanni, Leonardo Ferrara, Maddalena Filippi, Claudio Franchini, Tommaso E. Frosini, Mattia Grassani, Nejat Hacıömeroglu, Cesare Mastrocola, Tommaso Mauceri, Luigi Melica, Luca Miranda, Eduardo Oteiza, Gabriella Palmieri Sandulli, Alessandro Pajno, Leo Piccininni, Alberto Rigoni, Laura Salvaneschi, Piero Sandulli, Mario Sanino, Luigi Stortoni, Jacopo Tognon, Massimo Zaccheo, Virginia Zambrano, Carlo Zoli

EDITORE

Bologna University Press

Via Saragozza 10

40123 Bologna

tel. (+39) 051 232882

fax (+39) 051 221019

www.buponline.com

CC-BY-NC SA 4.0

ISSN ONLINE 2785-1141

DOI: 10.30682/disp0302

SOMMARIO

L'arbitrato nel motociclismo: lo stato dell'arte e le prospettive di sviluppo Elena Zucconi Galli Fonseca	1
Valori dell'olimpismo e pregnanza giuridica nella geopolitica dello sport Luigi Melica	10
Is there a need to review the concept of artist and athlete in article 17 of the OECD model convention? Considerations from the perspective of the Spanish tax law Luis Toribio Bernárdez, Alejandro Torrescusa Cordero	26
Sulla natura del termine per l'esercizio dell'azione disciplinare Sara Pini	43
L'utilizzo degli animali nello sport. Il d.lgs. 36/2021 le criticità di una normativa attesa e dovuta Tommaso Di Paolo, Martina Toniato	53

L'ARBITRATO NEL MOTOCICLISMO: LO STATO DELL'ARTE E LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO

Elena Zucconi Galli Fonseca

Professoressa Ordinaria di Diritto processuale civile nell'Università di Bologna

Abstract

L'articolo tratta dell'arbitrato regolato dalla Federazione motociclistica italiana (Fmi), per controversie in materia di denaro o altre controversie patrimoniali, insorte tra tutti gli aderenti alla federazione. Si tratta di un arbitrato con caratteristiche interessanti, da adeguare alla futura riforma dell'arbitrato.

Parole chiave: Arbitrato, Motociclismo, Federazione

Abstract

The paper deals with the arbitration ruled by the Italian motorcycling federation (Fmi), for disputes concerning money or other property disputes, arising between all the adherents to the federation. It is an arbitration with interesting features, to be adapted to the future arbitration reform.

Keywords: Arbitration, Motorcycling, Federation

1. L'arbitrato Federmoto nel quadro del sistema di giustizia sportiva

Il mondo dello sport, che si colloca perfettamente all'interno della teoria di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, si configura come un sistema globale conchiuso e disciplinato da proprie autonome regole (la c.d. *lex sportiva*¹); è naturale, dunque, che nasca l'esigenza di assicurarne il rispetto in modo uniforme, tramite strumenti di soluzione delle liti *ad hoc* e giudici specializzati.

L'arbitrato costituisce dunque una risorsa preziosa, sia sul piano domestico, sia soprattutto su quello internazionale: esso, come massima espressione dell'autonomia negoziale, garantisce una auto-gestione del conflitto,² rispettosa dell'eguaglianza fra gli attori in gioco, eguaglianza viceversa non compatibile

¹ È particolarmente significativa la sintesi operata dall'art. 29 n. 2 dello Statuto Fmi: "Il perseguimento del fine di ottenere il rispetto delle norme contenute nello Statuto e nei Regolamenti Federali, nonché l'osservanza dei principi derivanti dall'ordinamento giuridico sportivo, l'esigenza di una particolare tutela da riservare al concetto di lealtà e la decisa opposizione ad ogni forma di illecito sportivo, all'uso ed alla commercializzazione di sostanze e metodi vietati, alla violenza fisica o verbale ed alla corruzione, sono garantite con la istituzione di specifici Organi di Giustizia aventi competenza su tutto il territorio nazionale."

² Cfr. L. Fumagalli, *La risoluzione delle controversie sportive. Metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, p. 254 ss.

con la pluralità delle giurisdizioni statuali. È, insomma, un vero e proprio “arbitrato dei gruppi”,³ il cui fine principale è quello di assicurare il rispetto delle regole interne all’organizzazione.

Non è però l’unico strumento di soluzione dei conflitti sportivi, affiancandosi alla c.d. giustizia sportiva, alla giurisdizione del giudice amministrativo, e a quella del giudice ordinario, tutte combinate fra loro in diverse fogge. Per comprendere meglio l’effettivo ruolo dell’arbitrato, conviene allora partire dalla distinzione, contenuta nella l. 280/03, fra rilevanza meramente interna o invece esterna dei conflitti sportivi.

a) *Le liti c.d. a rilevanza interna.* Qui non v’è luogo ad arbitrato. Quando il conflitto verte sulle “regole del gioco” (c.d. illecito sportivo) lo Stato, ritraendosi, garantisce all’ordinamento sportivo una piena autoregolamentazione e conseguente autotutela, che quest’ultimo esercita tramite i suoi organi di giustizia endosportiva: quella endo-federale, demandata ai giudici sportivi nazionali, quando si discute delle regole riguardanti competizioni di ambito nazionale e territoriale e ai giudici federali in tutti gli altri casi e quella eso-federale, davanti Collegio di garanzia presso il Coni,⁴ una vera e propria “Corte di Cassazione sportiva”.⁵ In questa categoria rientra tutto il contenzioso sulle sanzioni disciplinari, salvo il risarcimento del danno da sanzione illegittima (che rientra nella materia di cui al punto b)⁶). Fa caso a sé il settore dell’anti-doping, disciplinato dalle apposite Norme sportive.

b) *Le liti a rilevanza esterna: quelle c.d. amministrative.* Qui, pur essendovi potenzialmente spazio per l’arbitrato, la strada scelta dall’ordinamento sportivo va verso i giudici statuali. Quando vi è controversia sui provvedimenti gestori delle Federazioni e del Coni, lo Stato non vi può essere estraneo, perché vengono in gioco posizioni soggettive tutelate dalla legge: diritti soggettivi o interessi legittimi. Pertanto, ferma la “pregiudiziale sportiva” cioè il previo obbligo di adire gli organi giustizia visti sopra,⁷ il ricorso al giudice statale non può essere escluso.

La l. 280/03 attribuisce la giurisdizione al giudice amministrativo (Tar e Consiglio di Stato). Peraltro, ove la censura riguardasse un diritto soggettivo, il ricorso all’arbitrato non potrebbe essere escluso (né lo esclude l’art. 3 l. 280/03) almeno in linea di principio: va detto però che il sistema delineato dopo la riforma del Codice di giustizia sportiva del 2014 tende ad escludere questa strada, a differenza del regime precedente.

³ Sul tema più generale, conviene consultare F.P. Luiso, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, p. 582 ss.

⁴ Questa possibilità riguarda tutte le decisioni “non altrimenti impugnabili nell’ambito dell’ordinamento federale ed emesse dai relativi Organi di Giustizia”, salvo quelle “che hanno comportato l’irrogazione di sanzioni tecnico-sportive di durata inferiore a novanta giorni o pecuniarie fino a 10.000 Euro” (art. 38). Vi è da dire che il Codice di giustizia del Coni riserva al Collegio di garanzia anche un ruolo di vero e proprio decisore in unico grado (art. 54 del Codice di giustizia sportiva Coni) secondo appositi regolamenti. E qui si pone, dunque, la natura del relativo provvedimento, se cioè sia un atto amministrativo o un lodo. Occorre verificare caso per caso: per quel che riguarda le liti riguardanti i contratti di procura sportiva, ad esempio, non v’è dubbio che il Collegio agisca da vero e proprio arbitro (infatti la sua “competenza” non è imposta dalla legge, ma va appositamente scelta nei singoli contratti, con una clausola compromissoria –peraltro è inserita *naturaliter* nel modello di “contratto collettivo” di categoria, secondo un modello di *opt out*). Un arbitrato, però, alquanto singolare, dato che gli arbitri sono scelti fra gli stessi membri del Collegio.

⁵ Non si tratta di un terzo grado pieno, bensì di un rimedio rescindente, finalizzato all’annullamento della decisione del giudice federale, ove non conforme alla legge o priva di una motivazione razionale. L’impugnazione è infatti possibile “esclusivamente per violazione di norme di diritto, nonché per omessa o insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia che abbia formato oggetto di disputa tra le parti” (art. 38, comma 2°).

⁶ Con le note limitazioni imposte dalla Corte costituzionale, 11 febbraio 2011, n. 49 e ribadite dalla stessa Corte con la successiva sentenza del 17 aprile 2019, n. 160.

⁷ Fanno eccezione “le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche”, che dovrebbero esser devolute direttamente al Tar, senza passare, almeno in principio, dalla giustizia endo-sportiva, se non fosse che, sempre per espressa previsione dell’art. 3 l. 280/03 (successivamente riformato in tal senso) è dato comunque il passaggio dal Collegio di garanzia, che decide nel merito in unico grado.

c) *Le liti a rilevanza esterna: quelle patrimoniali.* Le liti patrimoniali fra affiliati e tesserati sono il terreno elettivo dell'arbitrato. Poiché vengono in gioco diritti soggettivi, lo Stato garantisce il ricorso al giudice ordinario ai sensi dell'art. 24 cost., ma le parti possono scegliere la via del giudice privato, nell'esercizio della loro autonomia privata (art. 3 l. 280/03). L'attuale assetto dell'ordinamento sportivo imbecca con decisione la seconda strada e la Federmoto non si sottrae.⁸

L'arbitrato può essere, infatti, una migliore alternativa rispetto al giudizio statale: più rapido, svolto da giudici specializzati e con maggiore possibilità di uniforme applicazione della lex sportiva.

Occorre però che l'autonomia negoziale sia esercitata in piena libertà e consapevolezza, pena la sua incostituzionalità:⁹ il nodo del consenso è uno dei più spinosi nell'arbitrato sportivo, come emerge chiaramente dalla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Pechstein-Mutu.¹⁰

2. La scelta e le regole applicabili

Conviene ora addentrarci nelle caratteristiche dell'arbitrato delineato dalla Federazione motociclistica italiana per le liti patrimoniali fra affiliati e tesserati: l'art. 39 dello Statuto, come si diceva, percorre la via dell'arbitrato come scelta elettiva, seppur non esclusiva.¹¹

Lo Statuto è ben attento a precisare che gli affiliati o i tesserati “possono” e non “debbono” rimettere ad arbitri le loro liti: occorrerà sempre un atto di consenso del singolo, o a lite già sorta (compromesso) o a lite non ancora sorta, in occasione, ad esempio, di un contratto (clausola compromissoria). Non è sufficiente, ad esempio, che l'atleta sia automaticamente vincolato all'arbitrato per qualunque futura lite patrimoniale, per il solo fatto di tesserarsi presso una società sportiva. La Corte di Strasburgo, nel caso Pechstein-Mutu già citato, ha ritenuto che il consenso all'arbitrato derivante dal tesseramento non sia pienamente libero e consapevole – non avendo l'atleta altra scelta se non assoggettarsi alla legge del gruppo per poter svolgere la sua attività – e che, pertanto, l'arbitrato che ne deriva debba essere ritenuto obbligatorio: un arbitrato, cioè, incostituzionale secondo il diritto italiano. Diverso è, invece, quando le parti contrattino in condizioni di piena parità, e decidano di inserire un patto arbitrale all'interno dei loro accordi, come confermato dalla Corte nella stessa decisione, con riferimento al contratto fra un calciatore di alto livello e una società sportiva primaria. Bisognerà dunque valutare l'insieme delle circostanze per appurare se la scelta sia stata fatta in piena libertà e consapevolezza.

Una volta scelto l'arbitrato, però, le regole Federmoto sono chiare: occorre adottare il modello delineato dall'art. 39 dello Statuto, pena “l'adozione di provvedimenti disciplinari fino alla radiazione” (ult. comma art. 39 cit.). È una sanzione endo-federale, ma, sovente, più efficace dei rimedi predisposti dalla legge per l'inadempimento di obblighi giuridicamente rilevanti. In sostanza, l'art. 39 contempla una forma di “arbitrato obbligatoriamente regolamentato”: vi è scelta sull'*an* (se optare per

⁸ Cfr. art. 39 dello Statuto che “Gli affiliati e i tesserati della Federazione possono rimettere a un giudizio arbitrale definitivo la risoluzione di controversie interindividuali di natura meramente patrimoniale ai sensi dell'art. 806 e seguenti del Codice di Procedura Civile, che siano originate dalla loro attività sportiva od associativa [...]”.

⁹ Si determinerebbe, infatti, un arbitrato senza consenso, che non può essere ammesso nel nostro ordinamento, pena la violazione dell'art. 24 Cost.

¹⁰ Cedu, 2 ottobre 2018, nel caso *Mutu e Pechstein c. Svizzera*.

¹¹ La norma prevede infatti una clausola di “salvaguardia” del sistema di giustizia endo-sportivo: vi farebbero eccezione, infatti, quelle che “rientrano nella competenza degli Organi di Giustizia della Federazione, nei modi e termini fissati dal Regolamento di Giustizia”. Non si può dunque escludere che la Federazione scelga di assoggettare liti patrimoniali a previ rimedi di giustizia endo-federale. Resta però il fatto che il ricorso al giudice ordinario (*naturaliter*) o all'arbitro (su espressa scelta delle parti) andranno sempre e comunque garantiti, trattandosi di liti rilevanti; in aggiunta, si pone la questione della natura delle decisioni di ultima istanza che, essendo emessa dal Collegio di garanzia, è atto amministrativo, sicché dovrebbe a rigore essere impugnata davanti al giudice amministrativo, che non ha però giurisdizione sulle liti patrimoniali sportive, come specificato dalla l. 280/03 (“ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti”): unica soluzione è quella di attribuire alla decisione la natura di lodo arbitrale (v. Cons. Stato, 23 novembre 2016, n. 4910), ma la soluzione è di difficile configurazione.

l'arbitrato) ma non sul *quantum* (quale modello adottare). Cerchiamo ora di delinearne in modo più preciso le fonti.

Il legislatore italiano stabilisce i criteri per la determinazione delle regole applicabili all'arbitrato nell'art. 816-*bis* c.p.c.: prima di tutto le regole dettate dall'accordo delle parti; in difetto, le disposizioni degli arbitri; in ogni caso, le norme di legge fondamentali, che non possono essere derogate né dalle parti né dagli arbitri (ad es. il diritto al contraddittorio). È all'interno di questi confini che vanno collocate le disposizioni "speciali" previste dall'art. 39 cit., integrato dagli artt. 113 e 114 del correlato Regolamento di giustizia¹²: esse sono vincolanti (come chiarisce lo stesso art. 39), in quanto riconducibili alla volontà dell'affiliato o del tesserato che, entrando nel gruppo, si uniforma alle sue regole.

Gli articoli citati dettano un doppio livello di disciplina: alcune regole *ad hoc*, dettate su misura e, per tutto il resto, un richiamo generale al modello "ordinario" degli artt. 806 ss. c.p.c. (confermato anche dall'art. 114 del Regolamento di giustizia). Detto richiamo¹³ induce a ritenere che la Federmoto abbia voluto un arbitrato di natura rituale e ve ne è conferma dal fatto che non vi è traccia della specificazione richiesta dall'art. 808-*ter* c.p.c. (non può valere in tal senso l'espressione "senza formalità di procedura", come ormai chiarito dalla giurisprudenza¹⁴). Pur essendo in controtendenza rispetto alle scelte compiute da altre federazioni, come quella del calcio A, a me pare la scelta più conveniente: come ho già detto in altra sede, il modello rituale assicura maggiore certezza ed efficienza, individua con maggiore precisione i motivi di impugnazione del lodo (ed in certi casi li restringe) e permette la sua esecutività immediata anche nell'ordinamento statale.¹⁵

Assodata la natura rituale, le norme codicistiche dovranno essere applicate solo negli spazi vuoti lasciati dalle regole speciali, e comunque nel rispetto della *ratio* di queste ultime. Per esemplificare, la proroga del termine di durata dell'arbitrato prevista dall'art. 113 del Regolamento di giustizia (disposta dagli arbitri solo per una volta e per giustificati motivi, oppure su richiesta delle parti di soli 30 giorni) non potrà essere affiancata dalle ulteriori proroghe previste dall'art. 821 c.p.c., che finirebbero per svuotare il rigore (piaccia o non piaccia) della regola speciale.

Per tutto il resto, spetterà agli arbitri delineare le regole del procedimento, salvaguardando sempre il diritto al contraddittorio.

3. Gli arbitri

Secondo l'art. 39 dello Statuto, gli arbitri sono tre: le parti nominano un arbitro ciascuna e i due arbitri così nominati si accordano sul terzo arbitro in funzione di Presidente. Come criterio suppletivo, nell'ipotesi in cui la parte o gli arbitri non ottemperino, si ricorre al Presidente della Corte federale d'appello, che interviene anche se per qualche motivo sia necessario sostituire uno o più arbitri. Il meccanismo con cui si addiende alla costituzione del collegio arbitrale è delineato sulla falsariga dell'art. 810 c.p.c.: il convenuto in arbitrato ha venti giorni di tempo per nominare il proprio arbitro con lettera raccomandata con avviso di ricevimento (ed oggi direi anche tramite pec), da inviare sia alla Corte, sia all'attore.

La scelta della nomina "binaria" presenta una forte criticità nel caso in cui le parti siano più di due: ipotesi che non può essere esclusa anche nel settore dello sport. L'art. 816-*quater* non offre a mio avviso una soluzione pienamente soddisfacente, imponendo la scissione dei procedimenti arbitrali, nel caso in cui le parti non trovino l'accordo sulla nomina degli arbitri. Sarebbe dunque opportuno rivedere la

¹² Che fa riferimento all'art. 32 dello Statuto, da intendersi come art. 39.

¹³ È vero che in quelle norme rientra anche l'art. 808-*ter*, unica norma disciplinante l'arbitrato irrituale, ma non si spiegherebbe allora il richiamo a tutte le altre norme, la cui applicazione viene esclusa dallo stesso art. 808-*ter*.

¹⁴ Fra le altre, Cass., 7 agosto 2019, n. 21059.

¹⁵ Cfr. si vis E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato dello sport: una better alternative*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, p. 281 ss.

regola, demandando al giudice federale la nomina dell'intero collegio arbitrale, in caso di pluralità di parti.

Maggiori criticità presenta il tema dell'imparzialità degli arbitri.

In primo luogo, la disciplina federale non prevede l'obbligo di dichiarazione di indipendenza da parte di tutti gli arbitri e non regola la ricsuzione degli arbitri nominati dalle parti: l'art. 113 Regolamento, infatti, fa unicamente riferimento alla ricsuzione del Presidente del collegio e solo nell'ipotesi in cui sia stato nominato dal Giudice federale. Diviene dunque prezioso il richiamo alle norme codicistiche, ed in particolare l'art. 815 c.p.c., specie quando sarà entrato in vigore, a luglio 2023, il nuovo testo¹⁶ unitamente alla modifica dell'art. 813 c.p.c.

Volendo soffermarsi sull'assetto a venire – assai più completo rispetto a quello oggi vigente – seguirà che: tutti gli arbitri saranno tenuti alla dichiarazione di indipendenza,¹⁷ anche se negativa, a pena di nullità dell'accettazione; gli arbitri nominati dalle parti o dagli arbitri stessi saranno ricsuabili sulla base delle circostanze delineate nell'art. 815, comma 1°, c.p.c., fra cui la nuova lett. 6-bis: “se sussistono altre gravi ragioni di convenienza, tali da incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro”. L'istanza si proporrà al giudice statale, sempre ai sensi dell'art. 815 c.p.c.

Il regime speciale dell'art. 113 cit. viene invece limitato all'ipotesi in cui una delle parti desideri ricsuare il Presidente del collegio arbitrale nominato dal Presidente della Corte federale d'appello, nel qual caso vale il regime dettato per gli organi di giustizia federale di cui all'art. 66 del Regolamento di giustizia.

Le differenze sono patenti: per quel che riguarda i casi di ricsuzione, l'art. 66 diverge notevolmente dall'art. 815, per eccesso e per difetto; per quel che riguarda la procedura, solo nel primo caso l'organo competente resta nell'alveo del sistema sportivo (il Collegio di garanzia¹⁸ anziché il Tribunale statale della sede dell'arbitrato¹⁹).

Il che significa che le garanzie di indipendenza ed imparzialità variano radicalmente a seconda che l'arbitro sia nominato dalla giustizia federativa anziché dalle parti o dagli arbitri già nominati²⁰: una scelta che non può non destare più di una perplessità. Vediamo più in dettaglio:

a) *L'interesse personale*²¹ (lett. a e e). L'art. 66 non diverge particolarmente sotto questo aspetto, dovendosi ritenere compresi sia l'ipotesi più grave dell'interesse diretto, sia quella più attenuata, ma in ogni caso rilevante, dell'interesse indiretto²².

¹⁶ Introdotto dal d.lgs. 149 del 2022, in attuazione della l. delega n. 206 del 2021.

¹⁷ Per dovere di trasparenza: C. Giovannucci Orlandi, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1179.

¹⁸ L'istanza è rivolta direttamente al collegio di garanzia del Coni, Si deve ritenere che la dichiarazione di ricsuzione “deve enunciarne i motivi specifici ed indicarne le prove” e deve essere presentata “entro cinque giorni da quando l'interessato è venuto a conoscenza della composizione dell'organo giudicante”, ovvero, in caso di motivo conosciuto dopo questo termine, entro il termine dell'udienza o comunque entro “il giorno precedente quello fissato per la decisione”. Sempre stando all'art. 66 il provvedimento di rigetto o di accoglimento dovrebbe essere pronunciato nel più breve tempo possibile, sentito l'arbitro, e deve indicare la sorte degli atti già compiuti, mentre, in caso di accoglimento, l'arbitro non può compiere alcun atto del procedimento ed è sostituito da altro arbitro.

¹⁹ Sempre ammettendo che venga con ciò escluso il ricorso al giudice, su cui avrei dubbi: cfr. sul punto, favorevole, M.V. Benedettelli, *Arbitration Law in Italy*, The Hague, 2020, p. 223.

²⁰ Un arbitro, patologicamente, potrebbe addirittura valutare di non accordarsi sulla nomina del Presidente, per favorire l'applicazione del regime speciale.

²¹ La norma con riguardo ai giudici sportivi fa riferimento specifico al procedimento disciplinare, ma è evidente che andrà adattata all'arbitrato.

²² L'art. 815 c.p.c. estende l'interesse anche all'ente, associazione o società di cui sia amministratore. Nel primo caso, il vizio è insanabile e comporta sempre la nullità del lodo (*nemo iudex in causa propria*); nel secondo caso, invece, la mancata proposizione dell'istanza di ricsuzione impedirà il successivo rilievo, così come ormai pacifico in giurisprudenza (fra le altre Cass., 29 ottobre 2002, n. 15277: sul punto, *amplius*, il mio *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2021, p. 168);

- b) *Eventuali pareri o consigli precedenti (lett. b e f)*. Anche in questo caso, pur nella differenza di espressioni, non sembrano esservi rilevanti discrasie. Rileveranno le consulenze alle parti o ai loro avvocati, nonché le anticipazioni di giudizio purché incentrate sulla specifica causa e non, come talvolta accade, su questioni di diritto che possono avere ricadute sulla vertenza, quando espresse, ad esempio, in trattazioni scientifiche.
- c) *Grave inimicizia personale o di un congiunto nei confronti delle parti (lett. c)*. Qui invece vi è differenza: l'art. 66 fa riferimento soltanto alla parte e non anche al suo difensore, come invece previsto nell'art. 815 c.p.c.
- d) *I rapporti con i difensori (lett. d)*. Questo è uno dei punti più delicati. Gli arbitri sono di regola professionisti, spesso di materie giuridiche, ed è facile che vi possano essere frequentazioni e relazioni reciproche, di natura professionale o personale. La disposizione regolamentare prevede soltanto il rapporto di parentela, che non è certamente l'ipotesi statisticamente più probabile, mentre l'art. 815 sanziona anche i casi in cui vi sia uno stretto rapporto di amicizia²³. Manca invece ogni riferimento, in entrambe le norme, ai rapporti professionali (associazione, condivisione di locali, ecc.), che rilevano però sotto il profilo deontologico, quando l'arbitro sia anche avvocato.
- e) *I rapporti con le parti (lett. d)*. Al di là del caso di cui al punto b) e quello, estremo, di stretta parentela, eventuali rapporti di collaborazione professionale con una delle parti, attuali o passati, non sono contemplati dalla norma federale, mentre il n. 5 dell'art. 815 se ne occupa dettagliatamente.

L'art. 66 chiude il cerchio con una chiosa decisiva: l'obbligo di astensione²⁴ vige anche quando sussistano "gravi ragioni di convenienza". Ammesso (e non concesso) che la previsione si applichi al terzo arbitro che, non essendosi astenuto, venga ricusato,²⁵ essa comporta un repentino cambio di direzione: da un elenco fin troppo restrittivo²⁶ si passa ad una clausola di salvaguardia fin troppo ampia.

È una soluzione che vigeva anche nel c.p.c. prima del 2007, ma è stata soppressa in quell'anno proprio a causa della eccessiva genericità dell'espressione.²⁷ Il d.lgs. 149/22 la reintroduce nell'art. 815, ma con una significativa limitazione, che nella disciplina federale non c'è: occorre che le gravi ragioni di convenienza siano tali da "incidere sull'indipendenza o sull'imparzialità dell'arbitro".²⁸

Qual è la conclusione? Un vistoso allargamento dei motivi di ricazione federali valido solo, però, per il Presidente del collegio eterodeterminato e non per gli altri arbitri. Occorrerà dunque a mio avviso interpretare la formula generale dell'art. 66 *cum grano salis*, per comprendervi, da un lato, i gravi casi

²³ Secondo l'ottima espressione di "commensale abituale", su cui C. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, p. 237.

²⁴ È previsto che tale astensione sia presentata al Presidente della Corte federale di appello, che decide senza formalità di procedura, ma nel caso di specie non è chiara l'esigenza di autorizzazione della Corte, dato che per l'arbitro non vige il principio del giudice naturale precostituito e vale al contrario la libertà negoziale di accettazione o meno dell'incarico.

²⁵ Infatti, l'art. 66 riserva una accezione così generica al solo dovere di astensione, sembrando così escludere che possa proporsi la ricazione, senza che ricorra uno degli altri motivi sopra elencati.

²⁶ Vi è da dire che, almeno per quel che riguarda i casi di ricazione, la distanza fra l'art. 66 e l'art. 815 c.p.c. sarebbe comunque ridotta per effetto dell'art. 832 c.p.c., secondo cui le parti possono, nella loro autonomia negoziale, derogare ai casi di ricazione previsti dall'art. 815 solo per eccesso e non per difetto. Pertanto, tutto ciò che l'art. 66 non prevede va colmato con l'art. 815 c.p.c.; mentre tutto ciò che l'art. 66 prevede in più varrà solo per il terzo arbitro nominato dai Giudici federali e non per gli altri arbitri.

²⁷ Sul dibattito che aveva dato luogo al rinvio all'art. 51 pre-riforma del 2006, si rinvia a C. Consolo, *La ricazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 20 ss.

²⁸ Si torna così al tenore usuale di molte leggi e regolamenti arbitrali nel mondo, che preferiscono una formula elastica al posto della rigida tipizzazione; cfr. art. 12 Uncitral Model law: il potenziale arbitro "shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence"; l'arbitro può essere ricusato "only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence".

non presi in esame dalla norma,²⁹ ma per impedire, d'altro lato, che una delle parti abusi dello strumento della ricusazione, facendo valere circostanze risibili.³⁰ Probabilmente, *de iure condendo*, la soluzione migliore sarebbe stata quella di adottare una formula elastica ma non troppo, come quella contenuta nell'Uncitral *model law*.

4. Il procedimento

L'arbitrato inizia, secondo l'art. 113 del Regolamento di giustizia, con una istanza contenente "l'oggetto della controversia", "i quesiti che si intendono sottoporre al giudizio degli arbitri" e la nomina dell'arbitro, con invito all'avversario a nominare a sua volta l'arbitro nel termine di venti giorni.

Il contenuto ricalca quello della domanda d'arbitrato,³¹ con l'eccezione del requisito dell'intenzione di voler iniziare l'arbitrato, che può peraltro ritenersi implicitamente incluso. Pertanto, l'atto potrà avere gli stessi effetti sostanziali e processuali della domanda d'arbitrato, a patto che lo si notifichi alla controparte e non basterà all'uopo una semplice lettera raccomandata, come quella prevista dall'art. 113 citato.

Un punto focale riguarda la determinazione della materia del contendere. Sempre comparando la disposizione con quella relativa alla domanda d'arbitrato, ritengo che per "oggetto" debba intendersi non solo il *petitum*, cioè il bene della vita richiesto (ad es. la somma) ma anche la *causa petendi*, cioè i fatti costitutivi che fondano la richiesta (ad es. il contratto dal quale scaturisce l'obbligazione di pagamento). Solo in questo modo verrà correttamente individuato l'oggetto del processo arbitrale, vale a dire il diritto fatto valere.

I "quesiti" ricordano invece una consuetudine arbitrale passata, quando le istanze delle parti venivano formulate non sottoforma di azioni-pretese (come accade normalmente davanti al giudice), bensì di domande "neutre", a cui gli arbitri avrebbero dovuto dare una risposta. Un modo diverso nella forma, ma, credo, non nella sostanza: non vedrei dunque problemi alla trasformazione dei quesiti in domande (com'è ormai la prassi arbitrale attuale).

Sul procedimento, la disciplina speciale è assai scarna. È previsto un termine per la pronuncia di 90 giorni dall'accettazione, prorogabile, come si diceva, o per giustificati motivi, oppure su richiesta delle parti, ma in questo caso per soli ulteriori trenta giorni. Il Collegio tenta la conciliazione, come è d'uso e le parti possono, ma non debbono, munirsi di difensore (che nel caso dev'essere necessariamente un avvocato iscritto all'albo). È opportunamente previsto il dovere di collaborazione delle parti (che potremmo tradurre in un obbligo di buona fede), con specifico riferimento, però, ai tesserati: ma non avrei dubbi sull'estensione a tutte le parti e ai difensori. L'onere delle spese segue la soccombenza, ai sensi dell'art. 113.11 del Regolamento.

Per il resto, si applicano le regole del modello ordinario, che a loro volta lasciano ampia discrezionalità agli arbitri nella conduzione del procedimento (art. 816-*bis* c.p.c.).

5. Il lodo e la sua impugnazione

Partiamo dal metro di giudizio degli arbitri: ci troviamo di fronte, infatti, ad un ordinamento giuridico con regole sue proprie, che possono venire in rilievo anche quando la disputa è di natura patrimoniale, dunque regolata *in primis* dalla legge statale. È comprensibile, quindi, che l'art. 113 del Regolamento di giustizia imponga agli arbitri una decisione "secondo i principi fondamentali del Coni e degli ordinamenti

²⁹ Non necessariamente inclusi nell'elenco dell'art. 815 c.p.c.: v. per es. la sussistenza di rapporti passati e le nomine ripetute (cd. arbitro di fiducia); nonché i rapporti con gli altri arbitri. Tutti casi puntualmente trattati nelle *Iba Guidelines on conflict of interest*.

³⁰ Per completezza, va precisato che, ai sensi dell'art. 29, comma 12, Statuto, i componenti degli organi di giustizia non possono far parte dei Collegi arbitrali e gli arbitri debbono presentare i requisiti per il tesseramento (art. 113.12).

³¹ Sui fra gli altri D. Borghesi, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 368 ss.

nazionali ed internazionali, nonché secondo le norme del diritto sostanziale”, in una virtuosa commistione fra i due sistemi.

La previsione si pone in linea con il futuro art. 822 c.p.c., che, nella nuova versione emergente dal d.lgs. 149/22, stabilisce la libertà delle parti di determinare le “norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia”: proprio il riferimento alle “norme” contrapposte alla “legge” permette di optare per un sistema ordinamentale diverso da quello dello Stato; viene dunque pienamente legittimato il *set* misto di fonti, allargato anche al piano internazionale.

Quid se l'arbitro se ne discosti, oppure trascuri un canone sportivo confliggente con una norma statutale, o viceversa? Bisogna pur sempre fare i conti con i limiti al rilievo dell'*error in iudicando* ai sensi dell'art. 829 c.p.c. Ne segue che, a meno che le parti non abbiano espressamente stabilito la censurabilità del lodo per violazione di “regole di diritto”,³² si potrà unicamente contestare la (rara) violazione dell'ordine pubblico.

L'equità, ai sensi dell'art. 113 cit., è riservata ad uno specifico accordo scritto fra le parti. Vi è però un mancato coordinamento con l'art. 37 dello Statuto, che parla di “amichevoli compositori”: questa espressione è infatti di regola ricondotta al metro di equità. Ad ogni modo, a me pare che le due previsioni possano essere ricondotte ad unità se si attribuisca all'espressione “amichevole composizione” l'attribuzione di un potere degli arbitri di avvalersi di fonti diverse dalle leggi statuali; mentre l'equità va intesa, in modo assai più radicale, come distacco da ogni tipo di fonte richiamata.

La delibera del lodo segue le regole del modello arbitrale ordinario (art. 39 Statuto e 114 Regolamento, che ricalcano sostanzialmente l'art. 823 c.p.c.): anche l'art. 114 richiede la “partecipazione” di tutti gli arbitri, ma utilizza una formula diversa, cioè la “riunione collegiale”. Non è chiaro che cosa si intenda per questa formula, specie in quanto viene contrapposta alla “conferenza personale”; sicuramente sarà sufficiente una *call* via piattaforma, o una *call* telefonica a più voci; più dubbio è invece quando uno degli arbitri sia stato semplicemente avvertito della riunione, ma non si presenti.³³

Il termine per la pronuncia, pur limitatamente prorogabile, è assai breve: soltanto 90 giorni, che possono essere insufficienti in controversie particolarmente complesse.

Quanto all'esecuzione, scatta prima di tutto la tutela endo-sportiva: “se la parte soccombente non provvede ad adempiere nel termine fissato dal Collegio arbitrale, è punita con sanzione pecuniaria e con sanzione inibitiva” (art. 114); a tal fine il lodo va depositato entro 10 giorni dalla sottoscrizione presso la Segreteria degli organi di giustizia, la quale cura poi la comunicazione alle parti.

Naturalmente non può essere esclusa la via giurisdizionale di esecuzione, previo *exequatur* da parte del Tribunale della sede dell'arbitrato ex art. 825 c.p.c. (sede che verrà determinata o su accordo delle parti, o, in difetto, su indicazione degli arbitri).

Il lodo sarà impugnabile davanti alla Corte d'appello della sede dell'arbitrato per i motivi di cui all'art. 829 c.p.c. L'avverbio “inappellabilmente” contenuto nell'art. 39 Statuto a nulla può valere in contrario, né per escludere l'ammissibilità dell'impugnazione per nullità, né per limitare i motivi previsti dall'art. 829 c.p.c.; esso costituisce un retaggio dell'antico sistema di impugnazione, che escludeva l'*error in iudicando* quando le parti avessero utilizzato la predetta espressione. Oggi, l'*error in iudicando* non di ordine pubblico è escluso in principio, a meno che le parti non abbiano previsto il contrario, sicché l'avverbio perde decisamente di significato.

³² Vi comprenderei ogni tipo di regola, anche extra-statutale, coordinando l'espressione con quella di nuovo conio contenuta nell'art. 822 c.p.c.

³³ Mentre l'art. 823 c.p.c., nel prevedere la “partecipazione” sembra ammettere questa possibilità (assai opportuna per evitare ostruzionismi dell'arbitro riottoso), la “riunione collegiale” dell'art. 39 del Regolamento non sembra essere egualmente elastica.

6. Bilancio e prospettive

È giunta l'ora di fare un bilancio. Lo strumento delineato dalla disciplina federale è snello e rapido, ma vi sono margini per un miglioramento della sua efficacia.

È da apprezzare, come si diceva, la scelta controcorrente dell'arbitrato rituale, per la maggior certezza delle regole e la maggiore effettività del risultato.

È un arbitrato rituale retto da un regolamento arbitrale, ma non da un ente amministratore. L'organo federale di giustizia non sovrintende allo svolgersi del procedimento ed è privo dei poteri usualmente riservati all'istituzione amministratrice di arbitrati, come il controllo sugli arbitri di parte, la decisione sulla ricusazione, l'intervento in caso di *impasse*, la determinazione dei costi, l'organizzazione concreta del procedimento quale costante filtro fra parti ed arbitri (depositi degli atti, formazione e comunicazione di verbali) ecc. Esso svolge invece il ruolo di autorità designante suppletiva e gli vengono comunicati la domanda nonché il lodo (che provvede a trasmettere alle parti, unico momento di filtro). Troppo poco per poter parlare di amministrazione di arbitrati, per cui l'arbitrato federale può definirsi piuttosto un arbitrato "regolamentare", retto da regole speciali, ma pur sempre *ad hoc*.

È una scelta di massima flessibilità che sconta però l'attenuazione di alcune garanzie, meglio assicurate dall'intervento di un ente esterno al rapporto parti-arbitri: penso, *in primis*, alla calmierazione dei costi tramite la determinazione di tariffe apposite e poi al controllo sull'imparzialità ed indipendenza degli arbitri, con la procedura c.d. di conferma. Inoltre, la gestione dei procedimenti e la sede degli arbitrati accentrate presso un unico ente assicurano, da un lato, un trattamento omogeneo e dall'altro, l'armonizzazione degli orientamenti giurisprudenziali in sede di impugnazione dei lodi.

Insomma, molto si è già fatto, ma resta ancora un margine di intervento, affinché l'arbitrato possa dirsi davvero una "better alternative" rispetto al processo davanti ai giudici dello Stato.

VALORI DELL'OLIMPISMO E PREGNANZA GIURIDICA NELLA GEOPOLITICA DELLO SPORT

Luigi Melica

Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato nell'Università del Salento

Abstract

Il conflitto russo-ucraino ha impattato anche sul mondo dello sport, costringendo i vertici della *governance* sportiva mondiale ad assumere decisioni forti, nonostante il principio di neutralità politica sancita dalla Carta olimpica. Tuttavia, le stesse istituzioni sportive continuano a tollerare visioni dello sport fortemente in controtendenza rispetto alla visione olimpica, come quella promossa dalla Federazione russa, decisamente orientata verso la componente marziale dello sport. Il contributo indaga sulla gravidanza giuridica che può (o dovrebbe) accordarsi ai valori dell'Olimpismo espressi nella Carta olimpica, in modo da superare l'*impasse* per cui questi valori sono evidentemente proclamati, ma la loro applicazione da parte delle istituzioni sportive resta incerta, in virtù del peso che le prese di posizione potrebbero comportare sugli equilibri geopolitici su cui lo sport impatta.

Parole chiave: Valori dell'Olimpismo, Neutralità politica, Carta olimpica, Sport in Russia, Geopolitica dello sport

Abstract

The Russian-Ukrainian conflict has also had an impact on the world of sport, forcing the leaders of world sports governance to take strong decisions, despite the principle of political neutrality enshrined in the Olympic Charter. However, sports institutions themselves continue to tolerate visions of sport that are strongly in contrast with the Olympic vision, such as the one promoted by the Russian Federation, decidedly oriented towards the martial component of sport. The contribution investigates the juridical significance that can (or should) be recognised to the Olympic values expressed in the Olympic Charter, in order to overcome the impasse by which these values are evidently proclaimed, but their application by sports institutions remains uncertain, by virtue of the weight that the sports authorities' decisions could have on the geopolitical balances on which sport impacts.

Keywords: Olympic values, Political neutrality, Olympic Charter, Sport in Russia, Geopolitics of sport

1. Introduzione: inquadramento della ricerca

Costituirà un pilastro della storia dell'Olimpismo il comunicato del 28 febbraio 2022, con il quale il vertice dello sport mondiale, l'*Executive Board* del CIO, ha condannato l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa con la messa a bando di ogni attività sportiva nei territori di Russia e Bielorussia e,

in tutto il mondo, di tutti gli atleti russi e bielorusi, a partire da quelli paralimpici già presenti sul territorio cinese.¹ Di fatto, il CIO prendeva posizione sul conflitto tra le rivendicazioni del Governo russo, il quale affermava che l'ingresso del proprio esercito in Ucraina serviva a liberare i filorusi dall'oppressione del Governo di Zelensky (addirittura parificata al Nazismo), e la posizione dell'Ucraina, Paese invaso che si difendeva chiedendo aiuto al resto del mondo. La decisione del CIO decretava la fine della "neutralità politica" dello sport consacrata nella Carta olimpica o, più correttamente, bilanciava questo valore con altri presenti nella stessa Carta, primo tra tutti, "lo sport al servizio dello sviluppo armonioso dell'umanità in una società fondata sulla pace".² Prendendo le mosse dalle decisioni delle autorità sportive sul "caso" russo-ucraino e volgendo lo sguardo alle forme di protesta per l'assegnazione dei Mondiali di calcio allo Stato del Qatar, si può già brevemente accennare al fatto che le autorità dello sport, in forza della natura giuridica della Carta olimpica, dovrebbero applicare le regole sull'interpretazione costituzionale, bilanciando tutti i valori contenuti nella Carta stessa, includendo i valori dell'Olimpismo cui la stessa e l'intero Movimento olimpico si ispirano. Più specificamente, i valori della pace, del rispetto della dignità umana e della non discriminazione, quantomeno in ipotesi estreme, dovrebbero costituire un parametro di giudizio sia nelle decisioni adottate dalle autorità di governo dello sport che di quelle di tipo giurisdizionale e soprattutto della CAS, al fine di costituire un vero e proprio "blocco di costituzionalità" in forza del quale tutti i principi giuridici contenuti nella Carta olimpica siano applicati ai soggetti del Movimento olimpico, nessuno escluso.

Nel presente scritto vorrei affrontare la problematica di più ampio respiro – ma in linea con le considerazioni appena accennate – che riguarda la compatibilità tra tali principi-valori e la presenza, tra i soggetti del Movimento olimpico, di Federazioni e Comitati nazionali i cui Stati sono stabilmente autoritari e come tali ledono sistematicamente i principi fondamentali presenti nella Carta olimpica.³ Ferma restando l'autonomia della *governance* sportiva, ossia delle rispettive Federazioni e Comitati olimpici nazionali rispetto alle menomazioni o intrusioni degli Stati di appartenenza, mi domando se sia accettabile che gli atleti di tali Paesi partecipino alle competizioni internazionali in loro rappresentanza quando al loro interno sono sistematicamente violati i diritti umani cui si ispira il Movimento olimpico. Questa domanda è avvalorata dal fatto che la "politica", a dispetto del dogma della neutralità del Movimento olimpico, non resta comunque fuori dalle competizioni sportive. Nei Campionati del mondo di calcio tenutisi in Qatar nel 2022 – ma casi simili sono frequentissimi –⁴ prima dell'inizio della partita Inghilterra-Iran, mentre si intonava l'inno iraniano, non solo alcuni spettatori sventolavano sugli spalti striscioni evocanti la violazione dei diritti umani

¹ CIO Executive Board, *IOC EB recommends no participation of Russian and Belarusian athletes and officials*, in *olympics.com*, 28 febbraio 2022.

² Carta Olimpica, Principio fondamentale n. 2: "The goal of Olympism is to place sport at the service of the harmonious development of humankind, with a view to promoting a peaceful society concerned with the preservation of human dignity".

³ La Carta olimpica, infatti, promuove anzitutto i principi ed i valori essenziali dell'Olimpismo, autodefinendosi "costituzionale" – "as a basic instrument of a constitutional nature" (v. Preambolo). Essa opera come Statuto del Comitato Internazionale Olimpico e contiene diritti e obblighi spettanti ai soggetti costitutivi del Movimento olimpico, ossia lo stesso Comitato olimpico internazionale, le Federazioni internazionali, i Comitati nazionali olimpici ed i Comitati organizzatori dei giochi olimpici. La Carta, inoltre, a conferma della asserita natura "costituzionale", attribuisce all'Olimpismo una bandiera e fonda l'intera comunità olimpica sul motto *Citius / Altius / Fortius*. Non solo, ma essa è preceduta da un preambolo, da una serie di principi fondamentali e da regole a loro volta attuate da regolamenti (*bylaws*) riportati sotto ciascuna regola a riprova della necessità di far prevalere un'interpretazione omogenea ed uniforme.

⁴ La storia delle competizioni sportive è costellata di tali esempi. Dal celebre pugno alzato dei velocisti Tommie Smith e John Carlos alle Olimpiadi di Città del Messico del 1968, alle più recenti manifestazioni di protesta contro le leggi liberticide discriminanti le minoranze omosessuali. Ci si riferisce, per citarne solo alcuni, ai Campionati del mondo di atletica tenutisi a Mosca nel 2013, laddove l'atleta Emma Tregarò si tinse le unghie di arcobaleno in segno di protesta contro la legge russa discriminante le minoranze omosessuali e al caso più recente del portiere della nazionale tedesca di calcio Neuer, il quale ai Campionati europei del 2021 durante la sfida contro la nazionale ungherese indossò la fascia di capitano con i colori dell'arcobaleno in segno di protesta contro una simile legge appena varata dal parlamento ungherese. Sul punto, ci si permette di rinviare a L. Melica, *Sport e diritti in Italia e nel mondo*, Bologna, Bononia University Press, 2022, ultimo capitolo. Cfr. anche L. Melica, "Come un elefante in un negozio di cristalli". *Considerazioni tra politica e diritto nell'ordinamento transnazionale dello sport*, in *DPCE online*, 3, 2021, pp. XI-XXI; A. Di Marco, *Athletes' Freedom of Expression: The Relative Political Neutrality of Sport*, in *Human Rights Law Review*, 21, 2020, pp. 620-640.

da parte del Governo iraniano, ma gli stessi calciatori inglesi decidevano di inginocchiarsi in segno di solidarietà verso tutte le forme di discriminazione (e, dunque, anche quelle perpetrate dallo Stato del Qatar, ospitante la manifestazione), mentre quelli iraniani, in segno di protesta verso le autorità del proprio Paese, evitavano addirittura di cantare l'inno nazionale.⁵ Il tutto nel silenzio della Federazione internazionale del calcio, la FIFA, la quale, benché quelle espressioni difendessero i valori su cui è fondato il Movimento olimpico, vietava ai capitani delle squadre di indossare la fascia con i colori dell'arcobaleno perché si sarebbe urtata la suscettibilità del Governo qatariota.⁶ La stessa FIFA, minacciando sanzioni disciplinari contro chi avesse comunque indossato tale fascia, si preoccupava di confezionare le uniche fasce ammissibili, riportando la scritta “no discrimination”, senza dunque colpire direttamente, come avrebbe fatto l'immagine dell'arcobaleno, le discriminazioni contro l'omosessualità, in Qatar considerata reato e malattia mentale e in Iran, addirittura, punita con la condanna a morte evitabile solo con la scelta di cambiare sesso.⁷ A fronte di tale divieto, i calciatori della nazionale tedesca, prima della gara del 23 novembre, si facevano ritrarre nella foto di rito con la mano davanti alla bocca in segno di protesta contro la FIFA, colpevole di avere messo loro il “bavaglio”, impedendogli di esprimere il proprio pensiero.⁸

In questo contesto generale, non nuovo alle manifestazioni sportive di tipo internazionale, è lampante che non sia semplice individuare un *modus operandi* equo e nello stesso tempo rispettoso dell'autonomia dei diversi Stati; tuttavia è indispensabile individuare un sentiero percorribile, anche perché si rischia, altrimenti, di scontentare tutti: dagli Stati autoritari che si sentono offesi dagli striscioni e dalle altre immagini dirette a colpire i loro sistemi, a quelli democratici che condannano le violazioni dei diritti umani, agli atleti che non possono esprimere liberamente il proprio pensiero, alle autorità sportive medesime che vengono platealmente tacciate di corruzione come ha fatto il Parlamento europeo nel pieno della manifestazione sportiva organizzata in Qatar.⁹

⁵ Tali notizie sono state riportate dai principali organi di stampa di tutto il mondo: v., per es., *Iran players opt not to sing national anthem at World Cup*, 21 novembre 2022, <https://www.reuters.com/lifestyle/sports/soccer-iran-players-opt-not-sing-national-anthem-world-cup-2022-11-21/>.

⁶ Alcune Federazioni nazionali (Inghilterra, Galles, Belgio, Olanda, Svizzera, Germania e Danimarca, tutte europee e quindi sotto egida UEFA) hanno apertamente contestato l'atteggiamento della FIFA con una dichiarazione congiunta pubblicata in data 21 novembre: “FIFA has been very clear that it will impose sporting sanctions if our captains wear the armbands on the field of play [...]. As national federations, we can't put our players in a position where they could face sporting sanctions including bookings, so we have asked the captains not to attempt to wear the armbands in FIFA World Cup games”. Anche questa notizia è stata ovviamente pubblicata dai media di tutto il mondo: cfr., per es., *Seven European World Cup captains ditch OneLove armband following FIFA pressure*, 21 novembre 2022, in <https://www.reuters.com/lifestyle/sports/seven-european-world-cup-captains-ditch-onelove-arm-band-following-fifa-pressure-2022-11-21/>.

⁷ Gli articoli 281 e 285 del codice penale del Qatar regolanti l'adulterio ed i crimini d'onore stabiliscono che chiunque abbia un rapporto sessuale consensuale fuori dal matrimonio con una donna (art. 281) o un uomo (art. 285) “può essere punito con il carcere fino a sette anni”. Considerando che i matrimoni omosessuali sono vietati, combinando i due disposti si ottiene che un rapporto tra persone dello stesso sesso è vietato e può essere colpito con il divieto di cui sopra. Inoltre, ai sensi dell'art. 296 c.p., si punisce con la reclusione da uno a tre anni chiunque “porti, istighi o seduca un uomo a compiere atti omosessuali”. Che l'omosessualità sia tutt'altro che tutelata è stato, del resto, espressamente affermato dall'Ambasciatore ai mondiali ed ex calciatore Khalid Salman, il quale in un'intervista all'emittente tedesca ZDF aveva affermato che l'omosessualità è un danno nella mente (“a damage in the mind”). Sull'Iran, si veda, S. Williams, *Iran*, Roma, Anteprema Edizioni, 2019, che spiega come l'omosessualità sia contro la legge: sorprendentemente, però, non lo sono le operazioni per cambiare sesso, in forza di un permesso dato a suo tempo dall'*Āyatollah* Khomeini, il quale con una *fatwā* spingeva all'operazione in quanto l'omosessualità veniva considerata una malattia.

⁸ I calciatori tedeschi, va detto, ottenevano la solidarietà della ministra Nancy Faeser, la quale, ritratta sugli spalti accanto al Presidente della FIFA Infantino, durante la stessa partita indossava la fascia “One Love” ormai diventata un simbolo di lotta per i diritti umani, la diversità e l'uguaglianza di genere, nonché contro la discriminazione, il razzismo e l'omofobia. La posizione della ministra veniva espressa anche attraverso alcuni tweet personali: per es., <https://twitter.com/NancyFaeser/status/1595322020329316353>.

⁹ Il 24 novembre, nel pieno della manifestazione sportiva, il Parlamento europeo approvava infatti la risoluzione che definiva la corruzione all'interno della Fifa “dilagante, sistemica e profondamente radicata” e chiedeva alla Federazione internazionale e al Qatar di risarcire tutte le vittime dei preparativi per i Mondiali di calcio. Così, Parlamento europeo, *Risoluzione sulla situazione dei diritti umani nel contesto della Coppa del mondo FIFA in Qatar*, 2022/2948(RSP), 24 novembre 2022.

Nel concludere una recente ricerca, avevo osservato che “le autorità internazionali dello sport si trovano davanti ad un bivio: o ritengono che la *neutralità politica* sia irrinunciabile, ed allora dovrebbero considerare il perseguimento dei valori dell’Olimpismo, come una *mera raccomandazione* rivolta agli Stati, evitando, così, di prendere posizione su qualsiasi vicenda non sportiva [...] o, se intendono perseguire effettivamente i valori universali consacrati nella Carta olimpica [...], devono mettere al bando i Paesi (e non gli atleti) che promuovono politiche e comportamenti lesivi dei valori fondamentali richiamati dalla Carta olimpica, la quale, per come è concepita, non si sposa con regimi autoritari o comunque lontani dalle democrazie consolidate”.¹⁰ Avevo anche aggiunto che *tertium non datur*, in quanto la terza via non evita le “brutte figure” alle autorità sportive e soprattutto “rischia di causare l’odiosa politica dei ‘due pesi e due misure’ che nel lungo termine potrebbe anche irritare i Governi nazionali, che per reazione potrebbero decidere di cambiare le carte in tavola, ivi compreso il loro mazziere”.¹¹

Nel ri-sottoscrivere quanto allora osservato, tornando alla vicenda russo-ucraina, vorrei osservare che il CIO, nel sollecitare le Federazioni internazionali a spostare o cancellare tutti gli eventi sportivi che a partire da quel momento si sarebbero dovuti tenere in territorio russo o bielorusso e a non invitare gli atleti russi e bielorusi alle manifestazioni già programmate, richiamava le “violazioni commesse in passato” dai vertici statali e sportivi russi, giungendo addirittura a ritirare gli *Olympics Gold* a suo tempo conferiti, rispettivamente, a Vladimir Putin nel 2001, a Dmitry Chernyshenko, Viceministro della Federazione russa nel 2014 e, sempre nel 2014, a Dmitry Kozak, capo dello staff dell’Ufficio esecutivo presidenziale russo.¹² La violazione della tregua olimpica – [...] “based on the exceptional circumstances of the situation and considering the extremely grave violation of the Olympic Truce” – era dunque stata la classica goccia che aveva fatto traboccare il vaso contenente le innumerevoli violazioni perpetrate da anni dal Governo russo.¹³

Sorge quindi spontaneo domandarsi se si sarebbe potuta evitare una decisione così drastica che ha portate all’allontanamento degli atleti paralimpici russi e bielorusi dal villaggio olimpico, trattandosi di persone che non avevano alcuna colpa né responsabilità rispetto alle decisioni assunte dai propri Governi. Non si poteva intervenire prima sui presunti “soprusi” ed “intromissioni” del Governo russo nel mondo dello sport, posto che è lo stesso CIO ad ammettere che vi erano state delle chiare avvisaglie? E che dire delle violazioni e discriminazioni commesse da altri Governi/Parlamenti, non solo nei riguardi delle minoranze omosessuali ma, in generale, nei confronti delle libertà fondamentali cui si ispira il Movimento olimpico? Come può pensarsi che in tali Paesi l’autonomia dello sport e delle sue Istituzioni sia salvaguardata? E infatti non lo è, come ci ricorda un giovane studioso;¹⁴ tuttavia, il silenzio e la tolleranza del CIO e delle Federazioni internazionali è un indicatore del fatto che l’approccio del governo mondiale dello sport sulle leggi di settore adottate dai Governi/Parlamenti è ambivalente, contrassegnato dalla odiosa pratica dei “due pesi e due misure”.

2. Sport e politica nell’ordinamento della Federazione russa: la legge del 2007 sulla “Cultura fisica e lo sport”

Soffermando l’attenzione sulle “violazioni commesse in passato”, nel 2007 il Parlamento russo approvava la legge sulla “Cultura fisica e lo sport”,¹⁵ nella quale confermava la vocazione già dell’Unione sovietica di dare la massima centralità allo sport attraverso una politica capillare che si irradia in tutta la Federazione e nelle altre entità territoriali.¹⁶ La materia della “cultura fisica e lo sport” è infatti inserita tra le competenze concorrenti “della Federazione Russa e dei soggetti della Federazione Russa” insieme alle “questioni

¹⁰ Ci permette di rinviare alla parte finale del libro, L. Melica, *Sport e diritti in Italia e nel mondo*, cit.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CIO Executive Board, *IOC EB recommends no participation of Russian and Belarusian athletes and officials*, cit.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cfr. A. Orlando, *La “misura” dell’autonomia dell’ordinamento sportivo nel contesto europeo*, in *DPCE online*, Speciale/2022, pp. 1387 ss.

¹⁵ *Russian Federation Federal Law about Physical Culture and Sport in the Russian Federation*, no. 329-FZ, 4 dicembre 2007.

¹⁶ Sullo sport nell’URSS, cfr. bibliografia citata *infra*, nota 47.

generali riguardanti l'educazione, l'istruzione, la scienza e la cultura" ed è sottoposta a riserva di legge, quantomeno in relazione alle definizioni e principi generali.¹⁷

La definizione di sport offerta dalla legge è molto ampia ed abbraccia sia la sua dimensione sociale, sia quella agonistico-competitiva. Lo sport è considerato un ambito particolare delle relazioni sociali da promuovere mediante leggi specifiche che configurano le diverse attività finalizzate a perseguire determinati scopi. Lo sport russo abbraccia una cultura più generale che include valori, norme ed esperienze finalizzate allo sviluppo psico-fisico delle persone, alla loro salute ed integrazione sociale.¹⁸ Ogni ambito dell'attività sportiva è regolato minuziosamente, suddividendo lo sport in trenta ambiti specifici che spaziano, per citarne solo alcuni, dai programmi sportivi, allo sport militare, allo sport di massa, agli sport nazionali, alle federazioni sportive, ai lavori sportivi, all'organizzazione di eventi sportivi, allo sport professionistico, allo sport competitivo, allo sport d'élite, alla disciplina sportiva, alle attrezzature sportive, alle squadre nazionali russe, agli atleti, agli atleti d'élite, ecc.¹⁹ Ciascun ambito è descritto con precisione e con affermazioni sempre molto nette. Un caso è emblematico: all'art. 2, n. 27, nel definirsi cosa si intende per "allenamento" mediante il quale sviluppare la cultura fisica – "a process aimed at developing physical characteristics (including skills and competencies) of an individual" –, si prendeva in considerazione, tra tali caratteristiche, anche "its activities and social and ethnic characteristics".²⁰ Opportunamente, con la riforma del 2021, la parola "etniche" è stata sostituita con l'espressione "caratteristiche demografiche".

Per il resto, come già osservato, lo sport entra in ogni aspetto della vita delle persone e, di conseguenza, l'ordinamento regola ogni ambito della loro attività collegato allo sport.²¹ Di per sé questa attenzione sarebbe non solo positiva, ma meriterebbe il plauso delle autorità sportive se non fosse che la centralità dello sport e l'intervento penetrante dello Stato celi il perseguimento di fini non conformi ai valori dell'Olimpismo, a partire dall'autonomia della governance dello sport. Nell'ordinamento russo, infatti, l'intera gestione della materia è ad appannaggio dello Stato e le autorità sportive offrono unicamente un supporto tecnico a quelle statali. Le "All-Russia federation of sport", pur essendo competenti a promuovere, organizzare e realizzare, per lo sport di riferimento, "activities and training athletes-members of sport select teams", e pur essendo titolari di diritti e doveri specifici collegati all'attività sportiva curata, sono delle organizzazioni no profit autorizzate ad operare dallo Stato.²² La legge stabilisce infatti che le Federazioni sono autorizzate ad operare con ordinanza emanata dal Governo della Federazione, previo parere del Comitato olimpico – "taking into account the opinion of the Olympic committee of the Russian Federation".²³ Lo status conferito ha una validità di quattro anni ed è rinnovabile seguendo la medesima procedura.²⁴ Ma non è tutto: lo Stato, oltre ad autorizzare le Federazioni sportive, sovrintende lo sport agonistico e competitivo nel suo complesso, dai campionati nazionali professionistici a quelli internazionali, a quelli dilettantistico/amatoriali, a quelli "militari". Questo disegno è completato dai poteri assegnati in materia di sport alla Federazione e alle altre Entità territoriali.²⁵ Il Governo assume dunque un ruolo di partecipazione/cooperazione molto ampio che include anche le attività riguardanti la preparazione delle squadre nazionali,²⁶ l'organizzazione dei Giochi

¹⁷ Cost. Russa, art. 72, co. 1, lett. f).

¹⁸ L'art. 2, n. 2, prevede, più espressamente, che lo sport serve alla società russa per "purposes of physical and intellectual progress of an individual, improving his/her moving activity and forming healthy lifestyle, social adaptation by means of physical education, physical training and physical development".

¹⁹ Cfr. art. 2 e definizioni ivi contenute.

²⁰ Inaspettatamente, dunque, si fa riferimento anche alle caratteristiche etniche delle persone, forse insinuando la maggiore predisposizione di certe etnie a praticare certi tipi di sport.

²¹ Come statuito dal citato art. 3 sui principi fondamentali sulla cultura fisica e lo sport.

²² Cfr. art. 2, n. 6.

²³ Cfr. art. 14, co. 2.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ci si riferisce alle autorità federali, comunali e militari competenti in materia di sport (v. art. 6).

²⁶ Letteralmente, art. 6, n. 1: "working out and implementing State policies in the field of physical culture and sport, adopting and implementing programs for development of physical culture and sport in the Russian Federation". Inoltre, la legge assegna la

olimpici e delle coppe europee nei diversi sport, tenendo conto delle specifiche esigenze espresse dalle Federazioni sportive – “taking into consideration special requirements established by international federations of sport”.²⁷ Dunque, sono quest’ultime ad avere un ruolo ancillare rispetto a quelle governative nell’attività sportiva in senso stretto e non il contrario come dovrebbe essere. Rientra parimenti tra le competenze dello Stato, l’organizzazione della formazione dei tecnici sportivi e l’emanazione delle regole concernenti le dotazioni sportive e tutto il supporto logistico necessario alle squadre nazionali del Paese.²⁸

La legge non contiene alcun riferimento all’autonomia delle autorità di governo dello sport: l’unica forma di protezione è di tipo indiretto. Si prevede, infatti, che nei rapporti con gli altri ordinamenti, ivi compreso l’ordinamento olimpico e le discipline di settore delle diverse Federazioni sportive, la Federazione si conforma ai trattati internazionali i quali prevalgono in caso di contrasto con la legge federale. Non vi è, dunque, una forma diretta di protezione che assegna alle Federazioni sportive la prerogativa di autoregolarsi e gestire esclusivamente lo sport agonistico e competitivo, nonché l’obbligo a carico delle autorità statali di non interferire con quelle sportive.²⁹ Come riferito, l’autonomia dello sport è tutelata solo indirettamente, in ossequio ai Trattati internazionali e, dunque, la sua violazione può unicamente prefigurarsi come lesione della norma interposta.

Troppo poco per realizzare i fini previsti dalla Carta olimpica e difatti lo Stato russo entra nel merito della politica e pratica sportiva, ivi compresa l’organizzazione, gestione e conduzione dello sport agonistico. Accade di sovente, infatti, che i vertici delle autorità sportive coincidano con i vertici del potere esecutivo competenti in materia di sport, dando luogo ad un processo di immedesimazione che stride con le indicazioni della Carta olimpica.³⁰

Se, da un lato, è indubitabile che in Russia la nozione di “cultura fisica e sport” sia una vera e propria filosofia di vita da divulgare e diffondere a tutta la popolazione, al punto che l’Autorità statale competente in materia di sport è tenuta a promuovere studi scientifici finalizzati a sviluppare metodologie appropriate per la promozione della cultura fisica e del benessere della popolazione,³¹ assicurando, anche attraverso incentivi,³² che le nuove generazioni recepiscano l’importanza di questo approccio/necessità,³³ tuttavia, entrando nel merito della conduzione di questa politica, è lampante come sia il Governo ad occuparsi di tutto.

A tal fine, si segnala la presenza di un organo non contemplato dalla legge che è il vero *deus ex machina* in materia.

2.1. (segue) Ruolo ed influenza del Presidential Council for the Development of Physical Culture and Sports

Da tempo, il Presidente dello Stato ha istituito un organismo denominato *Presidential Council for the Development of Physical Culture and Sports*, attraverso il quale coordina ed indirizza le attività sportive agonistiche, competitive e non, ivi compresa l’organizzazione degli eventi sportivi di grande rilevanza, vigilando sulla corretta implementazione delle politiche nazionali sullo sport. Fanno parte del Consiglio,

competenza generale residuale allo stesso Stato: “other powers established by the present federal Law and other Laws” (art. 6, n. 22).

²⁷ Così, art. 6, n. 5.

²⁸ Letteralmente, art. 6, nn. 8-9-10: “(8) organization of professional training and upgrading and retraining of specialists in the field of physical culture and sport; (9) working out technical rules and regulations for sport equipment; (10) logistical support including providing select teams of the Russian Federation with sport equipment, financial, scientific and medical, scientific and biological, scientific and anti-doping support”.

²⁹ Cfr. art. 3, n. 7 e art. 40.

³⁰ Cfr. S. Alvad, M. Wickstrøm, *Autonomy in National Olympic Committees 2017: An autonomy index*, in *playthegame.org*, giugno 2017. Stando a questo studio, in Europa, in 3 casi su 50 il Presidente del Comitato olimpico coincide con il Capo di Stato (Azerbaijani, Bielorussia, Principato di Monaco); in Russia, fino al 2018, il Presidente del Comitato era un membro del Governo; in Grecia, unico caso degno di nota nell’UE, il Segretario generale del Comitato è un membro del Governo.

³¹ V. art. 6, n. 13: “[...] organizing publishing of scientific and popular literature in the field of physical culture and sport”.

³² V. art. 6, n. 18: “instituting State awards of the Russian federation, other awards, honorary titles, prizes and other incentives”.

³³ V. art. 6, n. 11: “organizing physical training inspections of citizens of preinduction and service age and working out programs and sport method recommendations for physical training of such citizens”.

accanto ai vertici degli organi sportivi (membri russi del CIO, Presidenti di Federazioni) ed ai Ministri dello Sport e della Salute, gli altri Ministri le cui attribuzioni interagiscono con i grandi eventi, a partire dai Presidenti delle Regioni dove si svolgono le competizioni sportive. Se opportuno, sono invitati anche i Presidenti delle società sportive più importanti. Tale organo si riunisce annualmente, ovvero in occasione degli eventi sportivi di grande rilevanza internazionale (ad es. Giochi olimpici invernali, Campionati mondiali di calcio) ed è presieduto e coordinato dallo stesso Presidente dello Stato. Dalla lettura dei resoconti delle riunioni del Comitato si evince chiaramente che è lo stesso Presidente Putin a tracciare le linee di sviluppo dello sport nel contesto geopolitico nazionale ed internazionale, entrando nel merito di ogni aspetto e profilo che abbia una ricaduta politica. Risulta del tutto marginale, invece, il ruolo dei vertici delle Istituzioni sportive (ossia del Comitato olimpico e delle Federazioni sportive più importanti).³⁴

Nella riunione del 6 novembre 2012, per fare un esempio, il Comitato doveva fare un bilancio dei risultati sportivi degli atleti e atlete russe ai Giochi olimpici di Londra che si erano appena conclusi. Il Presidente Putin, in quella sede, non solo entrava nel merito di questioni che dovrebbero essere di esclusiva competenza delle autorità sportive, ma illustrava eloquentemente il collegamento tra i risultati sportivi e le finalità dello Stato. Legando, infatti, la preparazione “delle nostre squadre nazionali” e il sogno di tutti i russi di raggiungere “memorabili vittorie”, Putin affermava che con esse si fortifica “la forza morale ed il patriottismo nazionale”, nonché il “prestigio della nostra nazione all'estero”.³⁵ Non solo: precisava altresì che gli eventi e le vittorie sportive accrescono la “voglia di fare sport nella popolazione ed uno stile di vita sano, in particolare nelle giovani generazioni”. Tuttavia, per vincere, ammoniva lo stesso Presidente, ci si deve sottoporre ad una lunga ed intensa preparazione fisica, cosa che non avevano fatto le/gli atlete/i russe/i nelle competizioni appena concluse, nelle quali avevano deluso e pertanto era necessario intervenire per colmare i *gaps* evidenziati, migliorando la loro preparazione.³⁶ Del resto, come ricordato dallo stesso Putin, le competizioni sportive non sono, solo, gare tra le squadre ed i loro allenatori, ma anche tra “managers, teachers, scientists and healthcare workers”³⁷: pertanto, considerando che nei giochi di Londra le potenzialità degli atleti russi non si erano espresse appieno, era cruciale intervenire a tutti i livelli per consentire agli atleti di “avere successo e di rappresentare la Russia con onore nelle arene sportive di tutto il mondo”.³⁸ La ricetta del Presidente è quella di spingere alla pratica sportiva quante più persone possibili, soprattutto tra le nuove generazioni, nonché di intervenire sia a livello di infrastrutture sportive che di formazione scolastica, al fine di individuare il talento sportivo sin dalla più tenera età.³⁹ Molto dipende dalla formazione e dagli allenamenti che sembrano essere una vera e propria ossessione per il Presidente russo. Soffermandosi, infatti, sul tema delle *legacy* lasciate dai tecnici stranieri tesserati dalle Federazioni sportive russe, Putin lamentava come il patrimonio di conoscenze fosse scarso, nel senso che i tecnici russi ereditavano poco dalle esperienze dei pluristipendiati tecnici stranieri.⁴⁰ Pertanto, suggeriva di replicare le esperienze di altri Paesi, le cui

³⁴ I resoconti delle riunioni sono consultabili in lingua inglese sulla pagina web della Presidenza della Federazione russa (en.kremlin.ru). La riunione cui si fa riferimento nel testo risale al 6 novembre 2012 ed è consultabile in <http://en.kremlin.ru/events/president/news/16760>.

³⁵ Cfr. *Meeting of the Council for the Development of Physical Culture and Sport*, 6 novembre 2012, in <http://en.kremlin.ru/events/president/news/16760>: “All of us want Russia to have major, memorable sports victories. We need them because they help to boost moral fortitude and patriotism at home and strengthen our nation’s prestige abroad”.

³⁶ *Ibidem*: “where the training programs were exceptional, where they fell short and where they were clearly unsatisfactory”.

³⁷ *Ibidem* “Competition in world sports, and all of us know this, is becoming tougher every year. Today it goes beyond competition between athletes and coaching schools. All the participants involved in training athletes also take part in the struggle, including coaches, managers, teachers, scientists and healthcare workers. Those who are able to take advantage of the entire range of modern methods and opportunities, those who provide quality training at each step on the way to victory are the ones who make it to the pedestal”.

³⁸ Letteralmente, *ibidem*: “Russian athletes should be able to win gold medals in 20 out of 37 Olympic sports”.

³⁹ *Ibidem*: “[...] we need to build a comprehensive system that would primarily contribute to the development of sports skills in children and make it easier to identify gifted athletes from an early age, starting with pre-schools, which have practically no physical education lessons as things stand”.

⁴⁰ *Ibidem*: “The number of big-name coaching schools is declining. Increasingly, our national teams are trained by foreign coaches. It is normal practice for foreign experts to be invited from abroad; it is used all over the world. The problem arises

Federazioni sportive inseriscono nei contratti stipulati con i tecnici stranieri clausole che li obbligano a curare la formazione dei tecnici nazionali, trasferendo loro un maggiore *know-how*.⁴¹ Non solo, ma nella strategia Paese dovrebbe rientrare, come evidenziato dal delegato della televisione e radio nazionale russa presente alla riunione, il potenziamento dei canali televisivi sportivi, sino a prevedere una presenza non stop sulla rete televisiva.⁴² Infine, come ribadito da Putin ai Ministri presenti alla riunione ed ai Presidenti di Regione, era cruciale che si inserisse lo sport in tutte le scuole della Russia, così da colmare i *gaps* di risultato rispetto agli standard prefigurati al fine ultimo di ottenere quante più vittorie di prestigio possibili.⁴³

Questo legame tra sport e geopolitica veniva ribadito in una riunione del Comitato di 5 anni dopo – il 5 ottobre 2017 – quando, all’approssimarsi dei Campionati del mondo di calcio che si dovevano svolgere proprio in Federazione russa, Putin tornava sul binomio vittorie sportive ed efficienza organizzativo/gestionale e, nel chiedere un aggiornamento ai Ministri competenti sullo stato dell’arte degli impianti sportivi, sulla rete funzionale di trasporti pubblici, sul costo dei biglietti (era necessario fissare prezzi accessibili a tutti), sottolineava l’importanza del lascito della manifestazione sportiva. Con quei campionati, ribadiva, si doveva rafforzare quanto più possibile la pratica sportiva delle giovani generazioni: “[...] the groundwork for the future: getting people, especially young people, interested in sports and healthy living, as well as efficient, long-term use of the facilities and infrastructure that have been built”.⁴⁴ L’occasione da cogliere era dunque quella di sviluppare la diffusione del calcio tra le giovani generazioni, includendo “[...] measures to develop football in Russia in general, primarily for children and youth”. Nel recepire queste indicazioni, il Ministro dello Sport ribadiva che era cruciale che la manifestazione avesse successo, per rafforzare l’immagine positiva della Russia nel mondo.⁴⁵ A tal fine, il Presidente Putin criticava l’eccessiva presenza nel Campionato nazionale di calcio di tesserati stranieri, al punto da domandarsi se i recenti successi delle squadre russe potessero essere considerati, effettivamente, come successi “russi”. Questo rammarico veniva espresso platealmente: Putin, infatti, ammoniva il Presidente della società calcistica Zenit di San Pietroburgo – che era stato invitato alla riunione – di avere tesserato troppi stranieri, al punto che il calcio di alto livello non poteva considerarsi un “gioco praticato da russi”, in quanto su 11 giocatori, lo Zenit ne mandava in campo solo 3 di nazionalità russa!⁴⁶

Volendo offrire un quadro di sintesi su quanto descritto, è lampante che la Federazione russa, nel prediligere una politica sullo sport a tutto campo, funzionale ai diversi profili dell’attività sportiva, leghi lo sport al prestigio internazionale del Paese complessivamente inteso: l’incentivazione della pratica sportiva, sebbene funzionale al benessere psicofisico della popolazione ed in particolare delle giovani generazioni, si rivela strumentale al raggiungimento di finalità politiche di più ampio respiro: tant’è che è lo stesso Presidente della Federazione a coordinare lo sport, entrando nel merito di ogni suo ambito, dalla formazione tecnica degli atleti di alto livello, alle modalità di organizzazione degli eventi sportivi di respiro internazionale, allo sviluppo complessivo dello sport nel Paese ed in particolare negli istituti di istruzione. Le

when the main goal becomes to win here and now, the transfer of international experience and technology to Russian coaches is not organized”.

⁴¹ *Ibidem*: “[...] such invited foreign experts stipulate that the visiting foreign coach will work with local coaches and train them on top of training the athletes”.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*: “[...] Now for the sports schools. Today Russia has 52 Olympic reserve schools, 984 specialised Olympic reserve schools and 3,831 sports schools for children and teenagers. In total, they train over 3.1 million young people but even more children could become involved. We have 317 fewer specialised schools than we had in 2007. Nobody can be satisfied with this negative trend”.

⁴⁴ I resoconti di questa riunione sono consultabili anche sul blog del Presidente Putin, <https://www.putin.blog/2017/10/council-sports-fifa-2018.html>

⁴⁵ Vladimir Putin chaired a joint meeting in the Kremlin of the Council for the Development of Physical Culture and Sport and the Supervisory Board of the 2018 FIFA World Cup Russia Organizing Committee, 5 ottobre 2017, in <https://www.putin.blog/2017/10/council-sports-fifa-2018.html>: “[...] the successful hosting of the World Cup reaffirms the positive international image of Russia and facilitates the development of sports”.

⁴⁶ *Ibidem*: “Well, great, Mr. Fursenko! Football, a true Russian game! Eight foreigners on the field, playing for Zenit in the Europa League. Great! Only two citizens of the Russian Federation and a goalkeeper. This is an interesting story”.

vittorie sportive servono alla Russia per dimostrare al mondo intero non solo il livello sportivo raggiunto dai propri atleti, ma, più in generale, la forza ed efficienza del sistema Paese: dall'edilizia, ai trasporti, al più generale *life standard* nella Federazione. Ma non è solo questo: lo sport è soprattutto funzionale ad avere dei valorosi soldati e dei lavoratori efficienti per la crescita del Paese e per la difesa della patria.

2.2. (segue) Il GTO (*Gotov k trudu i oborne*): “Preparati per il lavoro e la difesa dell'URSS”

Il quadro complessivo sopra descritto sembra dunque suggerire che nella visione e promozione dello sport in Federazione russa, soprattutto con la Presidenza di Putin, riecheggia l'impostazione del preesistente sistema sovietico.⁴⁷ A tal fine, si osserva che lo stesso Presidente russo, con un decreto del 2014, aveva ripristinato il sistema sovietico dei test sportivi, noto con l'acronimo GTO (*Gotov k trudu i oborne*) che in russo significa “preparati per il lavoro e la difesa dell'URSS”.⁴⁸ Questa misura veniva illustrata dallo stesso Putin nel corso di una riunione del Comitato per la cultura fisica e lo sport. Il GTO, osservava il Presidente, doveva essere ripristinato, anzitutto in segno di rispetto alla tradizione e storia nazionale del Paese ed in secondo luogo perché era funzionale alle esigenze delle nuove generazioni – “rear active and healthy generations”.⁴⁹

In vigore in Unione sovietica dal 1931 al 1991, il GTO serviva a monitorare e valutare la forma fisica della popolazione di tutte le età, dai 10 ai 60 anni, cosicché il Governo potesse avere contezza delle loro capacità ed attitudini al lavoro ed alla protezione della patria.⁵⁰ Concretamente, si chiedeva a tutte le persone rientranti nella suddetta fascia di età di svolgere delle specifiche prove fisiche che includevano la corsa, il salto in alto, il lancio di finte granate, il nuoto, lo sci, l'arrampicata con la corda, il lancio della palla medica, ecc. I test non erano obbligatori, ma erano fortemente raccomandati, al punto che chi si sottoponeva a questi, poteva ottenere dal Governo una certificazione ufficiale sulla propria forma fisica e chi riusciva a mantenerla negli anni veniva decorato con il GTO *Badge of Honour*, che costituiva un segno distintivo di grande prestigio.

Il decreto presidenziale del 1° settembre 2014 recepiva il vecchio modello sovietico introducendo alcune modifiche, prima tra tutte l'impegno del Governo a presentare un rapporto annuale sulla forma fisica della popolazione che si sottoponeva ai test.⁵¹ Il sistema premiale non aveva un valore cogente, ma, come in Unione Sovietica, si traduceva in un vero e proprio punto di forza dei *curricula* delle persone premiate. Questo aspetto veniva ribadito durante la riunione dal Ministro dell'Istruzione di allora, Dmitry Livanov, il quale sottolineava che i risultati dei test sarebbero stati considerati nella selezione degli studenti nelle Università russe.⁵² Una rivoluzione, dunque, rispetto al sistema di accesso universitario in vigore sino a quel momento; a riprova di ciò, i contenuti del GTO sono consultabili nelle pagine web dei più importanti Atenei

⁴⁷ Il precedente sistema sovietico dei GTO è stato in vigore dal 1931 al 1991. Sul funzionamento del sistema GTO nel *soviet law* cfr.: J. Riordan, *Sport in Soviet Society. Development of Sport and Physical Education in Russia and the USSR*, New York, Cambridge University Press, 1980, spec. pp. 410 ss.; G.I. Kukushin, *The system of Physical Education in USSR*, Mosca, Raduga Publishers, 1983; V. Louis, E. Louis, *Sport in the Soviet Union*, II ed., Oxford, Pergamon Press, 1980.

⁴⁸ Le norme del sistema GTO erano state sospese in Russia subito dopo l'approvazione della *Perestrojka* per essere reintrodotte nel 2014 tramite il Decreto presidenziale del 24 febbraio 2014 n. 172-FZ. La nuova normativa è entrata in vigore dal 1° settembre 2014.

⁴⁹ Il contenuto del meeting è riportato dagli organi di stampa. Cfr. A. Lyudmila, *USSR's Ready for Labor and Defense fitness promotion system reincarnates*, 25 marzo 2014, <https://tass.com/opinions/763220>.

⁵⁰ *Ibidem*: “all-round physical development of the individual and the strengthening and preservation of people's health and their aptitude for high labour efficiency and protection of the Motherland”.

⁵¹ Insomma, come sottolineato dal Governatore della Regione di Krasnoyarsk, Lev Kuznetsov, lo scopo del Governo era quello di creare un sistema che spingesse la popolazione a desiderare di pratica lo sport (“we must try to create a situation where people will be eager to do sports”): cfr. <https://tass.com/opinions/763220>. *Amplius*, cfr. I. O'Boyle, T. Bradbury (a cura di), *Sport Governance. International case studies*, Londra-New York, Taylor & Francis, 2013, cap. 4.

⁵² *Ibidem*: “[...] considering an applicant's chances of being enrolled in a university”. Del resto, proprio il Rettore dell'Accademia medica di Stato a Nizhni Novgorod, Boris Shakhov, commentava il recupero dei test GTO con nostalgia “I recall the days when I took those tests myself. I was very proud of having a GTO Badge on my lapel”.

russi.⁵³ Ad esempio, sul sito dell'Università di San Pietroburgo si rammenta, da un lato, che il GTO è stato reintrodotta nel 2007 in concomitanza di una serie di eventi, quali l'assegnazione delle Olimpiadi invernali di Sochi del 2014, i buoni risultati delle squadre di calcio russe nelle coppe europee e le recenti vittorie di atleti russi in altre competizioni internazionali;⁵⁴ dall'altro, si sottolinea che il Governo ha deciso di ripristinare i test sportivi affinché i cittadini russi dai 6 ai 70 anni ne possano beneficiare sotto il profilo psicofisico, grazie ai controlli medici obbligatori e in forza del fatto che tale sistema ha il merito di accrescere la "determinazione" e la "fiducia in sé stessi". Lo sport nel XXI secolo – si afferma – serve alle nuove generazioni che sono chiamate ad affrontare l'attuale mercato del lavoro dove domina la competizione, ed è pertanto fondamentale sviluppare la loro "determinazione" ("essential determination") per affrontare le sfide del millennio e quelle del lavoro in particolare.⁵⁵ Di conseguenza, quanto più le nuove generazioni saranno dedite alla pratica sportiva, tanto più, accanto alla loro salute, miglioreranno le chance di nuove vittorie nello sport e nuove opportunità nella vita lavorativa.⁵⁶ La pagina web dell'Ateneo di San Pietroburgo si chiude rinviando alla pagina web ufficiale del Governo, dove si presenta il programma GTO.⁵⁷

In questa, il Governo ribadisce anzitutto i punti cardine del GTO: "miglioramento dello sport di massa e della salute della nazione, visione dello sport come un aspetto cardine della vita delle persone, inserito nel progetto demografico del Paese 2019-2030" con la specificazione che le prove fisiche che si devono superare costituiscono il fulcro del sistema "pronti per il lavoro e la difesa". A tal fine, chi si sottopone ai test può acquisire tre tipi di riconoscimento che, come nell'era sovietica, corrispondono ai tre livelli di medaglie sportive (oro, argento e bronzo). Segue poi la descrizione delle molteplici prove sportive, che spaziano dalla corsa breve alla corsa lunga, alla camminata nordica, allo sci di fondo, al sollevamento della sbarra, al sollevamento di un bilanciere con relativi pesi, al sollevamento con il *kettlebell*, agli esercizi di stretching in allungamento, al salto in lungo con e senza rincorsa, alle flessioni sulle braccia di varia tipologia diversificate a seconda dell'età, al nuoto e agli esercizi specifici di lancio di palle da tennis o palle più pesanti, sino al lancio di una piccola sbarra pesante, per finire con il tiro con la carabina. Ciascuna prova è spiegata nei particolari con un video riportato nella pagina istituzionale del Governo russo. Dai video si evince in maniera abbastanza eloquente come il GTO, pur perseguendo profili che innegabilmente collegano l'attività sportiva al miglioramento del benessere psicofisico delle persone, all'educazione delle giovani generazioni ed agli altri importanti valori collegati allo sport, primo tra tutti la "determinazione" e la "fiducia in sé stessi", inserisca, però, tali finalità, nella più generale visione dello sport sposata dalla Federazione russa. Come già detto, nell'ottica del Governo russo, incrementare la pratica sportiva tra le giovani generazioni attraverso test così impegnativi serve, primariamente, ad individuare nuovi talenti che, eccellendo a livello internazionale, contribuiscano ad accrescere il prestigio della Russia nel mondo. I test servono dunque a trasformare le giovani generazioni in lavoratori in buona forma fisica, nonché, come

⁵³ A titolo di esempio, nel sito dell'Università di architettura di San Pietroburgo, il sistema del GTO è presente nella sezione della pagina web https://www.spbgasu.ru/en/About/Departments/Department_of_physical_training_education/GTO/, nella quale si ripercorre la sua storia e diffusione nel Paese, senza sottacerne la valenza politica ed il valore marziale. Letteralmente: "The history of the GTO complex began back in the 1920s. By the end of the 1930s, the GTO complex was pretty widespread: more than half of the country's residents were holders of GTO-badges. The patriotic determination and practical content of the GTO complex passed an implacable test during the Great Patriotic War. The GTO standard became one of the most important tools when all physical education organizations faced the task of mass military-physical training of the nation". In un'intervista apparsa sullo stesso sito, un giovane laureato in Informatica ammetteva che il suo precario stato di forma fisica a causa dell'obesità non gli avrebbe permesso di diventare programmatore se il sistema fosse stato in vigore al momento della sua iscrizione all'Università. Di fatto avrebbe fatto il meccanico o l'autostrasportatore. *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*: "Our football players made their way to the European championship; basketball players became the best team in the Old World; women tennis players won the Federation Cup and women handball players won the title of the strongest in the world".

⁵⁵ *Ibidem*: "Only well-motivated and physically trained people are able to succeed in conditions of high competition on the labor market".

⁵⁶ *Ibidem*: "[...] the health of the people is priceless, and its foundation is laid, among other things, by such regular national events. The mechanism of physical education, developed over decades, is viable, and we can hope that its implementation will soon enhance the development of Russian sports".

⁵⁷ Cfr. www.gto.ru.

comprovato dagli esercizi che contemplano il lancio delle granate e le prove di tiro con la carabina, anche in buoni soldati per la difesa della Patria.⁵⁸

3. Il valore giuridico dei principi ispiratori dell'Olimpismo nella regolazione dello sport mondiale

Da quanto sopra esposto sorge spontaneo domandarsi se la politica di uno Stato che considera la pratica sportiva funzionale al benessere psicofisico della persona, con la finalità, però, di avere a disposizione lavoratori in piena forma fisica e valorosi soldati per la difesa della Patria e che, altresì, considera le vittorie sportive una dimostrazione della propria forza e prestigio a livello internazionale, possa convivere con un modello di sport che unisce uomini e donne in una società pacifica, fondata sul rispetto della dignità umana e sulla lotta alle discriminazioni (Principio fondamentale n. 2 Carta olimpica). Semplificando: può affermarsi che l'accezione marziale dello sport sia compatibile con i valori dell'Olimpismo? La risposta potrebbe essere semplice e logica: dipende dall'efficacia normativa della Carta olimpica ed in particolare dal valore normativo attribuito ai principi dell'Olimpismo. Sino ad oggi, il CIO e le Federazioni internazionali hanno faticato a trovare una linearità nell'applicazione della Carta, ricorrendo, in diverse occasioni, al classico "due pesi e due misure". Soprattutto sul terreno dell'autonomia dei Comitati olimpici rispetto alle interferenze dei rispettivi Governi, la diversità di valutazione sulle politiche e legislazioni nazionali è stata lampante. A fronte di una legge e di un sistema, quello russo, che unisce sport e politica in un'unica voce e, dunque, dove l'intromissione del Governo è *in re ipsa*, come si giustifica, per fare un esempio, l'intransigenza dimostrata dal CIO nei riguardi del Governo/Parlamento italiano spintasi, dopo la minaccia di sospensione del Comitato olimpico nazionale, sino a "dettare" i modi e le forme di modifica della legge sulla riforma dello sport?⁵⁹

Certamente, la benevolenza verso la Federazione russa addirittura premiata nel 2018 con l'assegnazione dei Campionati mondiali di calcio ha cessato di esistere dopo l'invasione dell'Ucraina e le autorità sportive hanno recuperato con gli interessi il tempo perduto, trasformando la "tolleranza mille" in "tolleranza zero", al punto che il CIO, come sottolineato all'inizio, ritirava le onorificenze a suo tempo conferite, ammettendo, quindi, di essere stato troppo tollerante.⁶⁰

Alla luce di queste considerazioni, il quesito chiave diventa il seguente: che impatto può avere la decisione di escludere gli atleti russi e bielorusi dalle competizioni sportive internazionali motivata dalla violazione dei principi dell'Olimpismo, sull'organizzazione e gestione futura dello sport olimpico ed internazionale?

⁵⁸ Per una visione complessiva del funzionamento del diritto sportivo in Russia dopo le novità introdotte a partire dal 2014, cfr. O. Rymkevich, *Sports law in Russia*, III ed., Wolters Kluwer, 2021. Ne evidenzia il nesso diretto con la formazione dell'identità della Nazione, V. Gorokhov, *Seeking out a Nation? Sport Policy changes in post-Soviet Russia*, in E.R. Labaien, A.R. Diaz, J. Rookwood (a cura di), *Sport, Statehood and Transition in Europe. Comparative Perspectives from Post-Soviet and Post-socialist Societies*, London-New York, Taylor & Francis, 2020.

⁵⁹ Il CIO faceva chiaramente comprendere al Governo italiano che se non avesse modificato la legge delega sulla riforma dello sport (l. 8 agosto 2019, n. 86) si sarebbe impedito alle delegazioni sportive di partecipare alle imminenti manifestazioni sportive con i propri vessilli, con la bandiera e l'inno nazionale. Si rammenta che la legge delega prevedeva l'emanazione di atti attuativi che avrebbero dovuto intervenire sul modello di *governance* delle autorità sportive, favorendo, tra le altre cose, l'alternanza delle cariche con limiti di mandato equiparati a quelli di tutte le altre autorità presenti nell'ordinamento statale. Sul punto ci si permette di rinviare a L. Melica, *Sport e "diritti" in Italia e nel mondo*, cit., parte introduttiva e capitolo finale.

E come negare l'esistenza di "due pesi e due misure" quando, proprio in Russia, il Ministro dello sport ha ricoperto la carica di Presidente della federazione sportiva più importante, ossia quella del calcio, salvo poi essere messo nelle condizioni di dimettersi, ma non perché era stato promosso – addirittura – a Vicepresidente della Federazione, ma perché coinvolto nel doping di Stato accertato dalle autorità sportive attraverso indagini indipendenti? Cfr. WADA, *Rapporto sull'organizzazione del doping di Stato russo commissionato dalla WADA all'esperto indipendente*, condotto dal prof. Mc Laren, 16 luglio 2016, https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/20160718_ip_report_newfinal.pdf: "[...] After Dr. Rodchenkov's return, various steps and actions were initiated by the MofS, under the leadership and knowledge of both Minister Mutko and Deputy Minister Nagornykh, with direct involvement of the Federal Security Service ("FSB"). These initiatives depict a doping regime in transition from uncontrolled chaos to institutionalised, controlled and disciplined". Sul ruolo centrale di Mutko nella gestione dei controlli sul doping ai Giochi olimpici di Londra del 2012, cfr. pp. 81, 82 e 91 dello stesso Rapporto. *Amplius*, cfr. E. Rossi, *Chi è Vitaly Mutko, l'uomo di Putin accusato del doping di Stato*, in *formiche.net*, 10 novembre 2015.

⁶⁰ Cfr. *supra*, par. 1.

Può, e in che termini, tale specifica motivazione costituire un precedente nella storia dello sport competitivo organizzato?

Non è facile fare previsioni, anche perché la tolleranza verso certi Stati non riguarda solo la Federazione russa ma si estende ad altri Comitati olimpici e Federazioni sportive, a partire dall'assegnazione dei Mondiali di calcio del 2022 in Qatar, dove i fatti di corruzione e frode sono stati accertati, ma non si è provveduto alla cancellazione della manifestazione per trasferirla altrove.⁶¹

In definitiva, pur senza giungere all'estremo di espellere i Comitati e le Federazioni nazionali che operano in Paesi dove si violano sistematicamente i valori olimpici, ritengo che le autorità dello sport debbano comunque fissare dei paletti, dei limiti invalicabili oltre i quali scatterebbe il provvedimento sanzionatorio. Sono consapevole che non è semplice operare in questo senso, anche perché le difficoltà che incontrano le Autorità sportive a fare rispettare tali valori sono le stesse con cui si misurano le Istituzioni internazionali ai fini dell'applicazione dei principi e delle regole delle rispettive Convenzioni/Carte da parte di Stati che, pur dotati di Costituzioni di stampo liberale e che si dichiarano democratici, restano altrettanto dichiaratamente autoritari.⁶² Nello stesso tempo, però, si deve dare atto che lo sport è diventato fenomeno di portata transnazionale talmente ampia da generare un impatto mediatico unico. Tant'è che quando si verifica che i Paesi che violano sistematicamente i diritti umani risultano anche assegnatari di importanti manifestazioni sportive internazionali o comunque vi partecipano esibendo i propri simboli nazionali, lo sdegno aumenta a dismisura.⁶³ Il culmine è stato raggiunto nei Campionati del mondo di calcio tenutisi in Qatar nel 2022 quando, nel pieno della manifestazione sportiva, il Parlamento europeo approvava una Risoluzione di condanna della governance dello sport, chiedendo ai Governi degli Stati membri di fare pressioni sulle rispettive Federazioni e Comitati olimpici affinché si riformasse la governance della FIFA.⁶⁴ In definitiva,

⁶¹ Si veda, *ex multis*, L.A. Kihil (a cura di), *Corruption in sport. Causes, consequences and reforms*, New York, Routledge, 2018; A. Oliva, *I nuovi padroni del calcio*, Milano, goWare, 2013; J. Sudgen, A. Tomlinson (a cura di), *Football, corruption and lies*, New York, Taylor & Francis, 2017; F. Vanni, M. Spazianta (a cura di), *Il calcio ha perso*, Milano, Mondadori, 2022.; J.A.R. Nafziger, R. Gauthier (a cura di), *Handbook on international sports*, Cheltenham, Edward Elgar, in particolare il paragrafo sul *Sponsorship market*, pp. 572 e ss. Sugli aspetti positivi della manifestazione organizzata dallo Stato del Qatar, cfr. P.M. Brannagan, D Reiche, *Qatar and the 2022 FIFA World Cup: Politics, Controversy*, Doha, Palgrave Macmillan, 2022. Sulla *good governance* delle organizzazioni sportive, cfr. A. Di Marco, *The internal governance of sporting organisations: international convergences on an idea of democracy*, in *The International Sports Law Journal*, 19, 3-4, pp. 171-183.

⁶² Come sottolineato in dottrina, dunque, l'epoca dei conteggi del numero di forme di stato che da un decennio ad un altro erano approdate nell'area del costituzionalismo liberaldemocratico si è interrotta; anzi, il conteggio è sempre più in senso decrescente. Effettivamente, già nella metà degli anni Ottanta del secolo scorso Arendt Lijphart, nel classificare le forme democratiche tra consensuali e maggioritarie, aveva riconosciuto nel mondo l'esistenza di solo 21 Stati democratici; successivamente, nella seconda edizione del suo volume, pubblicato 15 anni dopo, le democrazie incluse nella classificazione erano divenute 36. Poi, però, la crescita di quel numero si è arrestata fino a regredire, al punto da far pensare che la stessa forma di stato democratica fosse sotto pressione. A conferma di ciò la *Freedom House*, ossia uno degli istituti più importanti di valutazione del livello democratico dei Paesi di tutto il mondo, ha intitolato in modo emblematico uno dei suoi più recenti rapporti annuali: *Democracies in Retreat* (2019). In generale, si veda, A. Lijphart, *Le Democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 2014. Per una più ampia bibliografia, su tali tematiche generali, ci si permette di rinviare a L. Melica, *Isotopia e distinzioni tra il vecchio e il nuovo: costituzionalismo liberaldemocratico e "costituzionalismo" autoritario*, in *Scritti in onore di G.F. Ferrari*, Milano, 2023 (in corso di pubblicazione).

⁶³ Prima del Qatar, i Mondiali di calcio sono stati organizzati, come noto, in Federazione russa (2018). Tuttavia, guardando al passato, non si può non ricordare lo sdegno che provocarono i Campionati di calcio organizzati in Argentina nel 1978; mentre, a ben vedere, i successivi, organizzati in Spagna nel 1982, premiavano un Paese che si era da poco sottratto all'autoritarismo.

⁶⁴ Cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione sulla situazione dei diritti umani nel contesto della Coppa del mondo FIFA in Qatar*, cit. La Risoluzione del 24 novembre approvata per acclamazione anzitutto solidarizza con "migliaia di lavoratori migranti morti durante i preparativi per la Coppa del mondo" e chiede al Governo del Qatar che vengano acclamate al più presto le responsabilità e che le famiglie delle vittime siano risarcite. Poi, nel puntare il dito contro la FIFA, il Parlamento europeo richiama i fatti di corruzione e concussione che avevano permesso al Qatar di aggiudicarsi l'organizzazione dei Campionati. La corruzione nella FIFA, si afferma, è "diligante, sistemica e radicata" ed ha "gravemente danneggiato l'immagine e l'integrità del calcio mondiale". Pertanto, il Parlamento, nel rivolgersi in particolare ai Paesi membri con grandi Leghe nazionali di calcio, come Germania, Francia, Italia e Spagna, invita ad "esercitare pressioni sulla UEFA e sulla FIFA per riformare radicalmente" la Federazione internazionale.

simili proteste sono diventate talmente frequenti e soprattutto amplificate dalle trasmissioni in mondovisione che le Istituzioni sportive, per non rischiare boicottaggi e/o sempre più frequenti indagini delle magistrature maggiormente intransigenti (ad es. l’FBI),⁶⁵ dovrebbero fermarsi e riflettere a bocce ferme su come mettere un freno a tutto questo, a salvaguardia, a ben vedere, dell’integrità delle manifestazioni sportive. Quali possono essere, dunque, le strade percorribili? Continuare, impertentiti, ad utilizzare pesi e misure diverse assegnando le manifestazioni sportive più importanti a chiunque sia disposto ad investire il “doppio” del necessario o fissare, come dicevo più sopra, dei paletti sul piano del rispetto dei valori olimpici? Magari considerando la tutela della dignità umana quale antefatto rispetto all’organizzazione e gestione delle gare sportive? Da più parti si sollecita di avviare una riforma complessiva del sistema sportivo che imponga il rispetto del *rule of law* a tutti i soggetti del Movimento olimpico, intervenendo sugli statuti delle Federazioni sportive internazionali e nazionali e sulla stessa Carta olimpica con ampi ed articolati riferimenti ai diritti umani, anche imponendo il rispetto delle più importanti convenzioni internazionali sul tema. Si auspica, dunque, di avviare un processo “costituente” finalizzato ad integrare la Carta olimpica con norme *ad hoc* a tutela dei diritti umani, introducendo ed imponendo il principio democratico.⁶⁶ Trattasi della “via maestra” per realizzare i fini di cui sopra.

Temo, tuttavia, che così operando si rischi l’*impasse* del processo decisionale sportivo, a causa delle divisioni che si creerebbero tra Stati pro e Stati contro. Non vorrei che il tentativo – a dire il vero fallito – del Governo russo, una volta appreso dell’esclusione delle sue squadre ed atleti dalle competizioni internazionali più importanti, di organizzare contro-manifestazioni aperte a Paesi alleati o satelliti, possa tornare d’attualità con migliori risultati. Temo, in definitiva, che una riforma “costituente” finalizzata a modificare la Carta nel senso sopra descritto, possa sortire effetti divisivi che parimenti non rifletterebbero lo spirito olimpico; vi è il rischio, in definitiva, che coalizioni tra Federazioni di Paesi africani, centroamericani e asiatici, che già influenzano le decisioni più importanti delle Federazioni internazionali in quanto detentrici di un consistente “pacchetto di voti” a fronte di risultati o tradizioni in qualche caso assai poco rilevanti,⁶⁷ si rinsaldino in un blocco anti-riforma. Nello stesso tempo, non può più tollerarsi che il CIO e le Federazioni internazionali più importanti proseguano nell’invalsa prassi di applicare la Carta olimpica a corrente alternata, a seconda del livello di democraticità dei diversi Paesi ed in forza della convenienza contingente. Pertanto, a meno di non voler saltare all’estremo opposto, proponendo di cancellare dalla Carta olimpica i valori cardine dell’Olimpismo e limitandosi ad applicare le disposizioni che salvaguardano l’integrità delle gare in senso stretto,⁶⁸ suggerisco di seguire un approccio più “graduale”, individuando un *modus operandi* accettabile per tutti i Comitati olimpici e le Federazioni, rispettando nello stesso tempo i valori dell’Olimpismo. Una strada che potrebbe non creare eccessive fratture è fondata su una applicazione ed interpretazione della Carta olimpica secondo i canoni dell’interpretazione costituzionale: le autorità sportive, gradualmente, dovrebbero inserire nel parametro di giudizio delle rispettive decisioni, e dunque nel bilanciamento degli interessi, anche i valori dell’Olimpismo. Sul presupposto che è la stessa Carta ad autodefinirsi “a basic instrument of a

⁶⁵ Come non ricordare, a tal proposito, l’indagine condotta dall’FBI che ha portato all’arresto di importanti dirigenti della FIFA in data 27 maggio 2015, accusati di corruzione e riciclaggio.

⁶⁶ Cfr. A. Di Marco, *Human Rights in the Olympic Movement: The Application of International and European Standards to the lex sportiva*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 40, 3, 2022, pp. 244-268 e bibliografia ivi citata.

⁶⁷ Ad es., tra le 211 Federazioni nazionali affiliate alla FIFA, limitando l’analisi al solo calcio maschile: 46 appartengono alla Federazione asiatica (AFC), ma solo 13 tra queste hanno partecipato ad almeno una edizione dei Mondiali; 54 appartengono alla Federazione africana (CAF), ma solo 13 tra queste hanno partecipato ad almeno una edizione dei Mondiali; 35 appartengono alla Federazione del Nord e Centro America (CONCACAF), ma tra queste solo 11 hanno partecipato ad almeno una edizione dei Mondiali; 11 appartengono alla Federazione oceanica e tra queste solo la Nuova Zelanda ha partecipato ai Mondiali (l’Australia, infatti, è dal 2006 membro dell’AFC). Nessuna delle Nazionali rappresentative di queste Federazioni si trova attualmente nei primi dieci posti del ranking FIFA (<https://www.fifa.com/fifa-world-ranking/men?dateId=id13792>), né è mai approdata alla finale di un Campionato mondiale di calcio.

⁶⁸ Tra queste, oltre alle norme organizzative, anche le norme in materia di doping, manipolazione delle gare sportive, frodi sportive, ecc. Con riguardo a questi ambiti, la Carta olimpica impone genericamente la salvaguardia della *integrity of sport* (regola 2, n. 9, tra i compiti del CIO) e rinvia per la disciplina di dettaglio a due fonti fondamentali: il Codice mondiale antidoping (WADA) e l’*Olympic Movement Code on the Prevention of the Manipulation of Competitions*.

constitutional nature”,⁶⁹ le Istituzioni sportive dovrebbero rendere giuridicamente più pregnanti i principi/valori che costituiscono l’essenza dell’Olimpismo, a partire dal proposito/ambizione di creare una società pacifica fondata sul rispetto della dignità umana (“promoting a peaceful society concerned with the preservation of human dignity”, Principio fondamentale n. 2 Carta olimpica). In fondo, è la stessa Carta a ribadire che l’Olimpismo, accanto all’organizzazione delle Olimpiadi – di cui il CIO detiene l’esclusiva⁷⁰ – impone ai Comitati, alle Federazioni nazionali e a tutti i soggetti che fanno parte del Movimento olimpico, di applicare, diffondere e fare applicare i principi/valori dell’Olimpismo. Trattasi di principi/valori che non sono unicamente connessi alla gara sportiva, ma che esulano dalla competizione in senso stretto. Accanto all’incoraggiamento dello sviluppo dello “sport per tutti”, alla “promozione delle donne nello sport ad ogni livello e in tutte le strutture”, alla “promozione dell’etica sportiva”, allo “spirito di fair play”, alla repulsione della “violenza nello sport”, alla “lotta contro il doping e le droghe nello sport”, alla tutela della “salute degli atleti”, all’opposizione contro ogni “abuso politico o commerciale dello sport e degli atleti”,⁷¹ la Carta prevede infatti che tali diritti e libertà siano realizzati “[...] without discrimination of any kind, such as race, colour, sex, sexual orientation, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”.⁷² Ebbene, l’appena citato Principio n. 6 dovrebbe contestualizzarsi nella dimensione più generale, secondo la quale la *mission* principale dell’Olimpismo sarebbe quella di creare una società pacifica fondata sul rispetto della dignità umana, come sancito dal sopra citato Principio fondamentale n. 2.

Ciò detto, e traendo spunto dal precedente decisionale collegato all’invasione dell’Ucraina, le Istituzioni sportive internazionali dovrebbero applicare tali principi/valori con più sistematicità, inserendoli nel parametro di giudizio delle rispettive decisioni.

Nel contenzioso sorto a seguito dell’esclusione delle squadre di calcio russe dalle competizioni sportive internazionali,⁷³ l’UEFA, nella memoria di replica al ricorso presentato dalla Federcalcio russa, giustificava l’esclusione delle squadre russe dalle competizioni sportive richiamando l’oggettiva situazione creata dal Governo russo invadendo l’Ucraina, per effetto della quale il diritto (non assoluto) alla partecipazione alle gare sportive era venuto meno.⁷⁴ La lesione dei principi che presiedono l’organizzazione delle gare sportive internazionali – presenti nello Statuto UEFA – e che si richiamano alla “pace, al fair play, alla non discriminazione per motivi politici, di genere, religione, razza e ad altre ragioni collegate al benessere degli atleti”, secondo quanto statuito dall’UEFA, aveva fatto regredire il diritto delle squadre e degli atleti russi alla partecipazione alle gare sportive internazionali da assoluto a relativo.⁷⁵ Nonostante questo preciso

⁶⁹ Tale espressione è stata inserita nel Preambolo della Carta nel 2004. Anche molti commentatori si riferiscono abitualmente alla Carta Olimpica come a un documento avente natura costituzionale. Cfr., per tutti, F. Latty, *La lex sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Parigi, Brill, 2007, pp. 171-172, in cui si parla di “constitution mondiale du sport”.

⁷⁰ In base alla regola 7 della Carta, spettano al CIO “[...] senza alcuna restrizione, tutti i diritti relativi alla loro [dei Giochi olimpici] organizzazione, gestione, ritrasmissione, registrazione, presentazione, riproduzione accesso e diffusione sotto qualsiasi forma, mezzo o meccanismo attualmente esistente o futuro”.

⁷¹ Cfr. Carta olimpica, regola 2.

⁷² Carta olimpica, Principio fondamentale n. 6. Questo principio riecheggia l’art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in forza del quale, per l’appunto, il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali ivi riconosciuti deve essere assicurato senza alcuna forma di discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, sulla razza, ecc.

⁷³ Nei ricorsi (CAS 2022/A/8708, *Football Union of Russia (FUR) v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) et al.*, e CAS 2022/A/8709, *Football Union of Russia (FUR) v. Union of European Football Associations (UEFA) et al.*, 15 luglio 2022), la Federazione del calcio russa chiedeva l’immediata sospensione del provvedimento con il quale l’UEFA, raccogliendo la sollecitazione del CIO, aveva escluso le squadre russe dalle competizioni sportive europee per club e la FIFA la Nazionale dall’imminente Campionato del mondo di calcio in Qatar.

⁷⁴ Dunque, non già, come lamentato dalla Federazione del calcio russo, per interessi politici superiori lesivi del proprio Statuto.

⁷⁵ Letteralmente, CAS 2022/A/8709, cit., pp. 48-50: “UEFA also rejects the Appellant’s allegations of a breach of the duty of political neutrality or of the prohibition of discrimination, since the Appealed Decision is not based on political considerations. Finally, UEFA claims that the balance of interest tips in its favour. First, the Statutory objectives of UEFA to ‘promote football in Europe in a spirit of peace, understanding and fair play, without any discrimination on account of politics, gender, religion, race or any other reason [...] whilst respecting the players’ health’ outweigh any other possible interest”.

riferimento, la CAS, chiamata a pronunciarsi in sede cautelare, rigettava il ricorso con una motivazione che non richiamava i principi/valori di cui sopra, ma si fondava su altri argomenti pure eccepiti dall'UEFA, ossia il principio di "necessità" collegato alla sopravvivenza del diritto del CIO e delle Federazioni sportive internazionali di organizzare e gestire le gare sportive e la tutela della "sicurezza" che sarebbe stata messa a rischio dalla presenza dei tifosi russi nelle sedi dove si tenevano le competizioni sportive. Specificamente, pur richiamando la condanna espressa dagli Stati europei sulle azioni perpetrate dal Governo russo in Ucraina,⁷⁶ la CAS non bilanciava il diritto alla partecipazione alle gare sportive eccepito dalla Federcalcio russa con i valori dell'Olimpismo inopinatamente lesi, ma con i citati principi di "necessità" e "sicurezza", i quali, però, non sono contemplati dalla Carta olimpica, ma sono fonti esterne alla stessa. Al contrario, se si fosse seguita la linea decisionale dell'UEFA, oltre ad ispirarsi a Tribunali illustri ed autorevoli,⁷⁷ ci si sarebbe uniformati alla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia, che, giudicando sui diritti dei soggetti del Movimento olimpico, hanno dimostrato di non tollerare vuoti di tutela, soccorrendo le parti private a dispetto dell'autonomia della *governance* dello sport.⁷⁸ Sia il diritto europeo che quello derivante dalla CEDU, infatti, non tollerano monadi nei territori sottoposti alle loro giurisdizioni e, se necessario, intervengono per rimuovere le differenze di trattamento. È dunque opportuno che i valori cui si ispira il Movimento olimpico – pace, rispetto della dignità umana e principio di non discriminazione – integrino i parametri di giudizio, sia delle decisioni adottate dalle Autorità di governo dello sport, sia di quelle giurisdizionali, formando un vero e proprio "blocco di costituzionalità" da applicare a tutti i soggetti del Movimento olimpico, nessuno escluso.

Alla luce di queste indicazioni si potrebbero adottare le scelte conseguenti, a partire dalle sollecitazioni, verso tutti quei Comitati e Federazioni sportive nazionali i cui Stati esaltano lo sport nel suo significato marziale, ossia come funzionale alla crescita delle nuove generazioni per scopi di difesa della patria, e considerano le manifestazioni sportive organizzate *in loco* come mezzo per dimostrare ed esaltare la propria superiorità e forza. Questa visione dello sport risulta infatti antitetica ai valori dell'Olimpismo, posto che lo sport contemplato dalla Carta olimpica resta quello che unisce sistemi pluralisti, tolleranti e in pace col resto del mondo e che si fonda sul rispetto della dignità umana.

⁷⁶ Cfr. CAS 2022/A/8709, cit., p. 84: "[...] In addition, the Division President is also aware of the wave of the vehement condemnations voiced again the actions of the Russian Government by practically all European Countries, with protests organized in almost all European cities and capitals".

Analoghe motivazioni formavano oggetto dell'altra decisione della CAS, assunta sempre in via d'urgenza, avverso l'appello presentato dalla Federazione russa contro l'esclusione dalle fasi finali dei Campionati del mondo di calcio sia maschile che femminile. La decisione era rafforzata dalla presa di posizione netta di alcune Federazioni nazionali – Polonia, Repubblica Ceca, Svezia, Montenegro e Malta –, le quali avevano espressamente affermato che, qualora le squadre russe non fossero state estromesse dai Campionati, avrebbero ritirato le proprie rappresentative. A differenza del caso precedente, tuttavia, la Federazione del calcio mondiale (la FIFA) non precisava, nella memoria difensiva, la lesione dei principi dell'Olimpismo come aveva fatto l'UEFA, ma si soffermava unicamente sulla necessità di salvaguardare il principio di "integrità" delle manifestazioni sportive che sarebbe stato compromesso dai ritiri a catena e la "sicurezza" nelle competizioni sportive, riferite ai partecipanti e alla popolazione delle località in cui si sarebbero svolte le gare. La FIFA adottava un simile provvedimento senza, però, fare riferimento ai principi/valori evidenziati dall'UEFA. Cfr. CAS 2022/A/8708, cit.

⁷⁷ Mi riferisco, ovviamente, alla Corte Suprema americana del XIX secolo o alla più recente giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese.

⁷⁸ Infatti, se atleti e tecnici non si conformano al sistema di *governance* dello sport e alla giustizia della CAS rischiano l'esclusione da ogni manifestazione sportiva a causa della gestione monopolistica delle gare sportive da parte del CIO e delle Federazioni sportive. Preso atto, infatti, della posizione giuridica di forte debolezza degli atleti rispetto alle Istituzioni sportive, la Corte EDU è sempre intervenuta con pronunce chiare ed esaustive – per quanto spesso tardive – sul tema dei diritti umani, rimuovendo i *vulnera* del sistema giuridico sportivo e supportando atleti e tecnici. *Amplius*, cfr. A. Di Marco, *Human Rights in the Olympic Movement: The application of international and European standards to the lex sportiva*, cit. Parimenti, il diritto europeo, richiamando la disciplina applicabile alle corporazioni societarie nei casi di monopolio o di oligopolio delle rispettive attività, ha sollecitato il CIO e le altre Federazioni al rispetto delle regole europee e della *par condicio* nella scelta del contraente privato al quale affidare lo sfruttamento dei diritti connessi agli eventi sportivi. Cfr. varie decisioni della Commissione europea: 23 luglio 2003, 2003/778/CE, riguardante la UEFA Champions League; 19 gennaio 2005, 2005/396/CE, riguardante la Bundesliga; 22 marzo 2006, 2008/C 7/10, riguardante la Premier League.

In questa prospettiva si dovrebbero fissare preventivamente dei criteri per l'assegnazione delle competizioni sportive, intervenendo a monte e non a valle. Negli ultimi Campionati mondiali di calcio, la FIFA ha permesso che i simboli nazionali dell'Iran coprissero il manto erboso dello stadio, nonostante in quello stesso momento lo Stato iraniano rispondeva con violenze ed arresti alle proteste dei giovani iraniani che difendevano gli stessi valori dell'Olimpismo. Non solo, ma a fronte della richiesta dei capitani delle squadre presenti al Mondiale di indossare la fascia con i colori dell'arcobaleno, che simboleggia in modo forte la lotta alle discriminazioni contro gli omosessuali e le minoranze transgender, la FIFA rispondeva consentendo di indossare solo la fascia con la scritta "no discrimination", dal significato molto più asettico, finendo per alimentare invece che sopire le polemiche e le forme di protesta.

Il momento in cui prendere posizione, invece, dovrebbe essere precedente, coincidendo con l'approvazione delle leggi nazionali sullo sport da parte dei diversi Paesi. Se, infatti, una legge sullo sport contrasta con i valori dell'Olimpismo, ispirandosi, per esempio, ad una visione marziale dello sport, le Autorità sportive, a partire dal CIO, dovrebbero avere lo stesso zelo ed intransigenza dimostrata nei riguardi del Governo italiano che aveva approvato una legge che, lungi da attribuire allo sport questa particolare visione, si limitava a restringere il campo di attività del Comitato olimpico italiano, sottraendogli ambiti di intervento che in quasi tutti i Paesi del mondo spettano ai Governi.⁷⁹ Qualora poi il singolo Stato sollecitato a modificare la propria visione dello sport in modo conforme ai valori dell'Olimpismo non recepisce le indicazioni ricevute, si dovrebbe applicare la regola 6 della Carta olimpica, la quale stabilisce che le competizioni sportive sono gare "tra atleti e non tra Stati", invitando gli atleti di quel Paese a partecipare alle gare a titolo personale, impedendo l'uso delle bandiere e degli altri simboli nazionali, raccomandando alle Federazioni internazionali di fare altrettanto e soprattutto sollecitando i Comitati olimpici e le Federazioni sportive di quello Stato ad intercedere presso il proprio Governo/Parlamento per modificare quell'impostazione e visione dello sport.

Se, nel caso russo, si fosse applicata la Carta olimpica in tutta la sua pregnanza giuridica, opponendo alle scelte politico-legislative del Governo/Parlamento russo i principi/valori dell'Olimpismo, è probabile che, ferma restando la tutela degli atleti, si sarebbe messo prima al bando un Paese che si oppone inequivocabilmente ai valori dell'Olimpismo, e certamente non gli si sarebbe assegnata né l'organizzazione del Campionato del mondo di calcio del 2018 né, prima ancora, quella delle Olimpiadi invernali di Sochi del 2014. Lo stesso ragionamento vale per il Qatar, con riguardo ai Mondiali di calcio del 2022; così come anche il Governo cinese assegnatario delle ultime Olimpiadi invernali (Pechino, 2022) avrebbe dovuto offrire molte più garanzie prima di ottenere l'assegnazione dei Giochi. In ragione, dunque, dell'importanza e dell'impatto sociale che assume lo sport nelle società di tutto il mondo, seguendo questo *modus operandi*, si proietterebbero realmente i valori dell'Olimpismo a livello transnazionale, sollecitando con i fatti e non solo con le frasi di circostanza, i Paesi che si distanziano da tali valori a ridurre i *gaps* esistenti. Solo a quel punto, questi Paesi, accanto alla partecipazione dei propri atleti, sarebbero ammessi ad esporre anche i propri simboli nazionali. Qualora, invece, si continuasse a non mettere dei paletti a monte ma ad intervenire solo a valle, oltre a dimostrarsi tardivi, si rischierebbe di agire come il classico elefante in un negozio di cristalli, come verificatosi nei Campionati europei di calcio del 2021.⁸⁰ Dunque, i Comitati olimpici nazionali i cui Paesi si distanziano da determinati standard, per essere ammessi a concorrere alle assegnazioni delle manifestazioni sportive internazionali più importanti, pressati dai vertici del CIO e quindi dai Comitati olimpici e dalle Federazioni nazionali, dovrebbero colmare prima quei *gaps* e non impegnarsi a farlo soltanto a competizione assegnata. Pensando meno al denaro e più all'unità sui valori dell'Olimpismo, il CIO, la FIFA e le altre Federazioni internazionali più importanti, certamente non si impoverirebbero (sarebbero solo meno ricche), ma svolgerebbero appieno il compito assegnato loro dalla Carta olimpica, ossia di far rispettare e diffondere ovunque i valori dell'Olimpismo.

⁷⁹ Cfr. A. Orlando, *La "misura" dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nel contesto europeo*, cit.

⁸⁰ Si rinvia a L. Melica, *"Come un elefante in un negozio di cristalli"*. *Considerazioni tra politica e diritto nell'ordinamento transnazionale dello sport*, cit.

IS THERE A NEED TO REVIEW THE CONCEPT OF ARTIST AND ATHLETE IN ARTICLE 17 OF THE OECD MODEL CONVENTION?

CONSIDERATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE SPANISH TAX LAW

Luis Toribio Bernárdez

Professor in the Department of Tax Law, University of Seville

Alejandro Torrescusa Cordero

Tax advisor and doctoral candidate in the Department of Tax Law, University of Seville

Abstract

Fino a pochissimo tempo fa, i grandi eventi artistici e sportivi non potevano essere concepiti senza che un buon numero di spettatori si spostasse nella sede dell'evento e pagasse il relativo biglietto d'ingresso per accedervi; tuttavia, ora sembra che, grazie alle molteplici possibilità offerte dai media digitali, non sia più necessaria la fruizione in loco dello spettacolo affinché gli eventi artistici o sportivi siano redditizi e portino significativi benefici economici ai loro protagonisti. In un contesto come questo, è inevitabile chiedersi se abbia senso mantenere nei termini attuali l'art. 17 della Convenzione OCSE, o se lo stesso dovrebbe essere ridefinito per includere un nuovo gruppo di individui che svolgono anche attività artistiche o sportive anche in un ambiente esclusivamente digitale come influencer, streamer, podcaster, giocatori, nonché qualsiasi altro gruppo la cui attività principale consiste nello svolgimento di performance personali che vengono condivise attraverso i social network e altri media digitali.

Parole chiave: Fiscalità, Spettacolo sportivo, Convenzione fiscale modello OCSE

Abstract

Until very recently, major artistic and sporting events could not be understood without a good number of spectators moving to the venue and paying the corresponding entrance fee to access; however, it now seems that, thanks to the multiple possibilities offered by digital media, the latter is no longer necessary for artistic or sporting events to be profitable and bring significant economic benefits to their protagonists. In a context like this, it is inevitable that we question whether it makes sense to maintain Article 17 of the OECD Model Tax Convention in its current terms and, in any case, whether its subjective scope of application, i.e. the current concept of entertainers and sports person, should not be redefined to include a new group of individuals who also carry out artistic or

sporting activities but in an exclusively digital environment: *influencers*, *streamers*, *podcasters*, *gamers*, as well as any other group whose main activity consists of carrying out personal performances that are shared through social networks and other digital media.

Keywords: Taxation, Entertainers, Sportsperson, OECD Model Tax Convention

1. The evolution of the scope of application of article 17 from its origin to the present day and the challenges posed by the digitalisation of entertainment

Talking about the international taxation of entertainers and sportsperson involves, first of all, talking about article 17 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, since this is the provision that regulates the distribution of taxing rights on income derived from artistic and sporting performances that take place abroad and, at the same time, which has served as inspiration for practically all countries to adopt in their bilateral conventions the principle of taxation at source for artistic or sporting incomes.

Thus, this rule was incorporated by the OECD in its first Model Tax Convention, published in 1963 under the official name of *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, it has remained essentially unchanged, since then its purpose has been to confirm that income derived by artists and athletes from their personal performances as such abroad can be taxed without limitation in the country where the performance takes place (which will mean that the country of residence will have to recognise the taxpayer's right to apply some method of avoiding double taxation on such income).

On that basis of taxation at source (proclaimed, as we have said, from the first version of the Model about the personal income of entertainers and sportsperson), what the OECD has done subsequently has been to extend the scope of application of the precept to cover other income which, at first, did not fall within its scope. On the one hand, in the Model published in 1977, a second paragraph was added to Article 17 which extended its scope of application to income derived from a personal performance in that capacity and attributed not to the artist or sportsperson himself or herself but to a third party. This new provision was intended to remedy the avoidance practices that were becoming frequent in the sector, so that even if the income was attributed to another person or entity (normally a company that did not have a permanent establishment in the country of source and therefore whose business profits could not be taxed in that country in accordance with Article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital), the country where the artistic or sporting performance took place could safeguard its power to tax the income derived from that performance.

On the other hand, after the incorporation of this second paragraph to the provision, the scope of application of Article 17 has also been extended in terms of its objective scope, although in this second plane not because the literal wording of the provision has been modified or completed, but because this has been inferred from the interpretation of its scope made by the Official Commentaries to the OECD Model Tax Convention. Thereby, through the inclusion of new Commentaries or the revision of existing ones, the OECD has come to consider that the income of entertainers and sportsperson that can be taxed in the country of source must include not only that which derives directly from their personal performance in that country, but also that which derives indirectly from the same (provided, however, that there is a close connection between such income and the performance). Similarly, while the Commentaries originally required that for Article 17 to come into play, the existence of a public performance by the artists or sportspersons in the country of source had to be verified, the Commentaries have been amended to remove this requirement and now expressly contemplate income derived from performances that are carried out without the presence of an audience or spectators (such as rehearsal, preparation or training performances).

As we can see, the scope of application of Article 17 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital was gradually extended in order to adapt, more or less correctly, to the socio-economic reality that was emerging as the 20th century progressed. However, the profound changes that we have been observing in recent times with respect to new forms of entertainment and, more

specifically, in those that are manifested through strictly digital media, make us question whether a new adaptation of the meaning and scope of application of Article 17 is not necessary. Whereas until very recently, for an actor, presenter or comedian to achieve a certain level of fame, they had to ensure that their performances were attended by a large audience or that their appearances were broadcast through traditional media such as cinema, television or radio, nowadays anyone can reach millions of views by broadcasting all kinds of audiovisual content from their own home. And similarly, if until now sport was only understood as an activity that required the physical presence of the athlete in a specific sports ground, today e-sports allow a gamer to compete against another gamer from any corner of the planet while the event is broadcast all over the world.

In other words, until very recently, major artistic and sporting events could not be understood without a good number of spectators travelling to the venue and paying the corresponding entrance fee to access the event; however, it now seems that, thanks to the multiple possibilities offered by digital media, the latter is no longer necessary for artistic or sporting events to be profitable and bring significant economic benefits to their protagonists.

This being the case, in a context such as the current one, it is inevitable, on the one hand, that we question whether it makes sense to maintain Article 17 of the OECD Model Tax Convention in its current terms and, on the other hand, that we ask ourselves whether its subjective scope of application, i.e. the current concept of entertainers and sportsperson, should not be redefined to include a new group of subjects who also carry out artistic or sporting activities but in an exclusively digital environment. We are referring to *influencers*, *streamers*, *podcasters*, *gamers*, as well as any other group whose main activity consists of carrying out personal performances that are shared through social networks and other digital media and which, consequently, are necessarily aimed at a specific audience.

2. What factors influence the international taxation of entertainers and sportspersons?

As is well known, if there is one group that has traditionally been linked to travelling abroad for professional reasons, it is that of entertainers and sportspersons, which explains why international taxation issues have always had a major impact in this area and, at the same time, why we are dealing with a group that has historically attracted the attention of the tax authorities.

Based on the above, it should be borne in mind that when a subject obtains income in a country in which he is not considered a tax resident, the taxation of such income will depend on the one hand, on whether that country has signed a Double Taxation Avoidance Agreement with his country of residence and, on the other hand, on the provisions of that country's domestic regulations on the taxation of non-residents individuals.

If we focus on the case of Spain, it should come as no surprise that the cases in which there is an applicable double taxation agreement will predominate, as there are currently almost 100 agreements that Spain has signed with other countries, and which are in force. The same is true of the rest of the countries around us, with the exception of the increasingly smaller group of non-cooperative jurisdictions and some countries that are still in the process of development, this is the usual practice at a general level in the international community. This is why we wanted to start our work by emphasising the great importance that Article 17 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (or, more specifically, the provisions of the bilateral Conventions which, like Article 17 of the Model, deal with artistic and sporting income) will have in this area, since in most cases in which an entertainers and sportspersons resident in Spain travels abroad to perform in that capacity (and, conversely, artists or sportspersons resident in third countries who travel to Spanish territory for that purpose), the agreement signed between the two countries involved will come into play and, where appropriate, the article dedicated to income derived from artistic or sporting performances.

We say “where appropriate” because a first idea that should be clear is that for the treaty provision dedicated to the income of entertainers and sportsperson to be applicable, the different subjective and objective requirements that the rule requests for this purpose must be met. Otherwise, a different Article of the Convention will apply to income obtained in the country of source, and there may be various solutions depending on the circumstances of each case: the article on business profits will be applied if the person who moves abroad does so in the exercise of a business or professional activity on his own account (Article 7 of the OECD Model Tax Convention); the article on royalties will come into play when the income obtained in the country of source is to be classified as such (Article 12 of the OECD Model Tax Convention); we will apply the provision dealing with income from dependent work in the case of a worker who is posted by his employer to carry out a certain activity abroad (Article 15 of the OECD Model Tax Convention); or, finally, we would have to resort to the article dedicated to other income if the profits in question does not fit into any of the above-mentioned cases (Article 21 of the OECD Model Tax Convention).

The importance of Article 17 is confirmed by the fact that of all the above-mentioned provisions, it is the only one that recognises the principle of unconditional and unlimited taxation at source. Thus, in contrast to the categorical nature of Article 17, Article 7 only recognises taxation in the country of source when business profits are obtained through a permanent establishment located in its territory; Article 12 provides in most cases (at least this is the case in the network of Conventions signed by Spain) for a maximum limit of taxation in the country of source for royalties; Article 15 requires that the worker’s stay in the country of source exceeds 183 days or that his remuneration is paid by a person resident in that country for the earned income to be taxable in that jurisdiction;¹ and Article 21 does not generally allow taxation at source of income that is not covered by the other provisions of the Convention.

Based on the above, it is understandable that we should take a closer look at the requirements that must be met for a given income to fall within the scope of application of the provision on artistic or sporting income, since in many cases this will determine whether the country of source can deploy its right to tax such income.

In this regard, we must first refer to the need to meet a double subjective requirement. On the one hand, we must be dealing with a person who can be classified as an entertainer or sportsperson and, secondly, this person must carry out a personal activity in the country of the source in that capacity. It is therefore required that there be a certain condition in the individual, but also a specific quality in his or her performance. This will imply that not just any activity in the country of source will be valid for these purposes. The mere fact of being an entertainer or a sportsperson does not qualify all the activities that he or she may carry out in the source State for Article 17 to apply to them. It is therefore necessary for the entertainers and sportsperson concerned to be personally involved in an activity or performance of an artistic or sporting nature for the income derived therefrom to be subject to taxation at source under this provision.

From the point of view of the subjective scope of application of the precept, therefore, it will be essential that we know how to define as precisely as possible what is understood by artist and what is understood by sportsperson, a question on which we are going to focus on this paper.

However, in addition to this subjective requirement, Article 17 of the OECD Model Tax Convention also requires an objective condition to be verified in the income to be taxable. Specifically, what the rule requires is that the income derives, directly or indirectly, from the personal performance of the subject in his capacity as an entertainers and sportsperson. In this sense, if the

¹ Unless we are dealing with cross-border workers, in which case certain bilateral Conventions provide for specific rules for the income obtained by this type of subject. This is what happens in the case of Spain with the Conventions signed with France and Portugal, but not with Morocco and Andorra. On the problems posed by the taxation of these workers, see the work of I. Merino Jara, *El régimen fiscal de los trabajadores transfronterizos: problemas actuales en la legislación interna y los CDIs españoles*, in *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, 7, 2018, pp. 95-108.

subjective definition of the provision depends on the status held by the person acting in the country of source, its objective or material scope will depend on the relationship between the income received and the performance carried out in that capacity, as the provision is specifically aimed at income arising from a specific artistic or sporting performance in the country of source. Consequently, without an artistic or sporting performance, Article 17 cannot be applied. If such a performance takes place, by contrast, the provision would apply to all income deriving, directly or indirectly, from the performance of the artist or sportsperson in that capacity, regardless of where the payer of the income resides or from where it is paid.

Notwithstanding, referring to income derived *directly or indirectly* from such a performance, the Commentaries to the OECD Model Tax Convention are some vagueness, which can lead to a significant lack of legal certainty, especially when it comes to deciding what income can be accepted as indirectly derived from the performance. It is for this reason that the Commentaries to the Model also attempt to delimit the objective scope of the rule by pointing out that, for article 17 to be applicable by way of the indirect relationship, we must be faced with a qualified indirect relationship, in the sense that there must be a close connection between the income received and the artistic or sporting performance that takes place in the country of the source. The basic rule for determining whether such a close connection exists would be to analyse what income would not have been earned if the artistic or sporting performance in the country of source had not taken place.

On the other hand, it should be borne in mind that both the subjective and objective requirements must also be met for Article 17.2 of the Model Tax Convention on Income and on Capital to come into play. In other words, for this second paragraph to be applicable, it is still necessary for an artistic or sporting performance to take place in the country of source and for the income to be taxed to derive, directly or indirectly, from the performance in question. The only change with respect to Article 17.1. is that the income in question need no longer be received by the entertainers and sportsperson performing in that capacity, since the second paragraph allows the country of source (the country where the entertainers and sportsperson personally performs) to retain its power to tax even if the income is attributed to a third party and irrespective of the country in which that third party is considered to be a tax resident.

Having pointed out the decisive factors affecting the international taxation of entertainers and sportsperson, it is time to examine one of the main conflicting issues that arise in the current context. A context in which geographical barriers have long since been completely blurred and in which the drastic digitalisation of the leisure and entertainment industry threatens to turn the world of entertainment into a borderless scenario, which means that more and more subjects can obtain income from performances of a certain artistic or sporting nature, but without it being clear whether we are dealing with true entertainers and sportsperson in accordance with the current rules of interpretation established in the Official Commentaries to the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

3. The concept of entertainer and sportsperson in the OECD model convention and its official commentaries: is an adaptation to the new socio-economic realities necessary?

In the first version of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, published in 1963, Article 17 referred to income generated by *public entertainers* and *athletes*, terms which, in the French version of the Model, appeared from the outset translated as “artistes du spectacle and sportifs” and, in the case of the version translated into Spanish, as “artistas del espectáculo y deportistas”.²

² Although the text of Article 17 did refer to *entertainers* in its first versions, the title of the provision referred to the term *artistes* (the same happened in the French and Spanish translations, because while the text of the provision referred to “artiste du spectacle” or “artistas del espectáculo”, its title in both cases was “artistes et sportifs” and “artistas y

Since then, the original wording of the provision has undergone only slight modifications as far as its subjective scope of application is concerned: on the one hand, the qualifier *public* was removed to refer only to *entertainers* and, on the other hand, the term *athletes* was initially replaced by *sportsmen* and, later, by *sportsperson*.

These modifications had never had any impact on the version of the Model translated into Spanish, since, as we pointed out, the precept had always referred to “artistas del espectáculo” and “deportistas”. However, in the latest version published in Spanish, the text of article 17 has been modified in a surprising way, as it no longer refers to *artistas del espectáculo*, but simply to *artistas*.³ We say that we are surprised by this recent modification because it has come at a time when the wording of Article 17 of the Model Tax Convention on Income and on Capital has not undergone any change in its official English and French versions, which continue to use the term *entertainers*, in the case of the former, and *artistes du spectacle*, in the latter. Therefore, we believe that the new wording of the Spanish version should not be interpreted as an attempt to give a new subjective approach to the precept, but rather as an error or a license in the translation, in which case the interpretation resulting from the original text should always prevail.⁴

Apart from the above, the official Commentaries to the OECD Model have been gradually expanded to include new and increasingly modern forms of entertainers and sportspersons. Thus, paragraph 3 of the Commentary to Article 17 begins by acknowledging that it is not possible to give a precise definition of the term *entertainer* and points out that, but paragraph includes examples of persons who would be regarded as such (specifically the text of the provision alludes to theatre, motion picture, radio or television artistes and to the musicians), these examples should not be considered as exhaustive. On the one hand, the term *entertainer* clearly includes the stage performer, film actor or actor (including for instance a former sportsperson in a television commercial), but the article may also apply to income received from activities which involve a political, social, religious or charitable nature, if an entertainment character is present.⁵ On the other hand, according to the Commentary on Article 17, the article does not extend to a visiting conference speaker (e.g. a former politician who receives a fee for a speaking engagement) nor to a model performing as such (e.g. model presenting clothes during a fashion show or photo session)

Also, it does not extend to administrative or support staff (e.g. cameramen for a film, producers, film directors, choreographers, technical staff, road crew for a pop group, etc.), recognising, however, that in between there is a grey area where it is necessary to review the overall balance of the activities in the country of source by the person concerned.

The Paragraph 4 of the Commentary covers the situation where an individual may both direct a show and act in it or may direct and produce a television program or film and take a role in it. In such cases it is necessary to look at what the individual actually does in the State where the performance

deportistas”. It was in the version published in 2014 that it was finally modified to adopt the title that is now in force: *Article 17. Entertainers and sportspersons*.

³ We refer to the Spanish translation of the version of the OECD Model Convention of 21 November 2017 made by the Instituto de Estudios Fiscales and published in 2019. The translation can be accessed at the following link (last accessed in November 2022): https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page1

⁴ The presentation of this Spanish version expressly warns that “This is not an official OECD translation. The quality of the Spanish translation is the sole responsibility of the author of the translation. In case of discrepancies between the original text and the translation, only the original text will be considered valid”.

⁵ On this point, the Spanish version of the Commentary to Article 17 has also been altered in the latest edition published, as it now only mentions the element of spectacle when previously it referred to “an element of entertainment or spectacle”, a translation which, in our opinion, was more faithful to the official English version, which only refers to the presence of an “entertainment character”. In this sense, we believe that it is not correct to identify the concept of entertainment or diversion with that of spectacle, as the latter would be closer to what in English is known as *show* or *performance*, terms which are usually used to refer to those public intervention characterized by a more striking or eye-catching staging.

takes place. If his activities in that State are predominantly of a performing nature, the Article will apply to all the resulting income he derives in that State. If, however, the performing element is a negligible part of what he does in that State, the whole of the income will fall outside the Article. In other cases, an apportionment should be necessary.

In relation to the term sportsperson, it is paragraphs 5 and 6 that point out, firstly, whilst no precise definition is given of the term sportsperson it is not restricted to participants in traditional athletic events (e.g. runners, jumpers, swimmers). It also covers, for example, golfers, jockeys, footballers, cricketers and tennis players, as well as racing drivers. Secondly, it is clarified that the article also applies to income from other activities which are usually regarded as of an entertainment character, such as those deriving from billiards and snooker, chess and bridge tournaments.

The Commentaries to Article 17 have thus evolved to accommodate both new forms of art and entertainment and new forms of sport that have emerged or have been consolidated in more recent times. It is precisely this evolutionary and adaptive character that the Commentaries show on this point that makes us wonder whether it would not be advisable to carry out a new adaptation of the Commentaries to expressly contemplate these new activities that have arisen thanks to the exponential growth that digital entertainment has experienced in recent years (we are referring to the activities carried out by *influencers*, *streamers*, *podcasters*, *gamers*, etc.) or even whether they should not already be understood to be included in the scope of application of the precept without the need to carry out such a modification.

In order to answer the question posed, we must first recognise that, as can be seen from the above-mentioned Comments, the terms entertainer and sportsperson allow for a certain flexibility in their interpretation. However, even recognising this flexibility, what Article 17 does require is, on the one hand, that the activities in question should have a significant show or entertainment component and, on the other hand, that the intervention of the subject in these activities should be predominantly scenic. These two, therefore, could be defined as the fundamental elements for a given subject to fall within the subjective sphere of Article 17.

Taking these reflections to the particular area of digital entertainment and, more specifically, to that of the creators of multimedia content, the truth is that it is such a broad sector, covering so many subjects and of such a different nature, that it is impossible to affirm *a priori* and in a generic manner the presence of the entertainment or spectacle component and the scenic factor in the activity that these subjects habitually carry out on networks, platforms and other digital communication channels. Therefore, we consider that it would be too adventurous to offer a categorical answer in one sense or the other, as some authors referred to below have done, but we believe that the answer will necessarily be conditioned in each case to the specific characteristics of the audiovisual content that the *influencer* shares on the internet and to his or her degree of stage intervention in it.⁶

As we have pointed out, regarding the applicability of Article 17 of the OECD Model Tax Convention, in its current wording, to the income that influencers usually receive for their activity on social networks, we find some authors, such as Molenaar and Grams, who have positioned themselves against its application, considering that the element of spectacle or entertainment in their activity is secondary to the purpose of promoting goods and services, taking as an example for this purpose the exclusion that the Comments make of models who obtain income for exhibiting clothes during a fashion show or photo shoot.⁷

⁶ A similar conclusion is reached by Íñigo Egea Pérez-Carasa, *Tributación de los influencers: normas tradicionales para nuevos y rentables modelos de negocio de las nuevas generaciones*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 75, 2021, pp. 15-112, which proposes differentiating between non-native influencers who have a previously acquired status as an entertainer or sportsperson, in which case it would be easier to classify the income obtained from their status as influencer as artistic or sporting income, and native influencers, for whom this classification would not be so obvious.

⁷ D. Molenaar, H. Grams, *Influencer Income and Tax Treaties: A Response*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, 9, 2020, pp. 550-555.

Other authors, instead, do consider article 17 applicable to the main income typically received by influencers, as is the case of Kostikidis,⁸ who emphasises the “undeniable public nature” of their activity, the “fun or entertainment” component of their creations and the fact that influencers “act” in the multimedia content they upload to social networks.

Faced with the polarisation of these doctrinal positions, we believe that the answer should not be so categorical. Therefore, in the case of creations in which the individual directly takes action and with a clear desire to entertain their audience, we consider that there is no obstacle for these subjects to be assimilated to any other more traditional artist. By contrast, when the creator limits himself to editing the audiovisual content without appearing in it or when the subject matter of the content is rather aimed at disseminating, teaching or informing a certain audience, we believe that the activity in question would be difficult to reconduct to the scope of article 17, as the scenic and entertainment aspects that we have catalogued as essential would not be present.

We are aware, however, that this criterion may cause some legal uncertainty, because given the wide range of cases that we find in practice and considering how subjective the concept of entertainment or diversion can be, there will be cases in which it will not be easy to determine whether a certain content creator is acting as an artist or entertainer or, in turn, as a mere disseminator or informer. Hence, as we have already suggested above, it may be advisable to reconfigure the subjective scope of application of Article 17 of the OECD Model Tax Convention so that its practical application does not depend so decisively on an element that is certainly subjective and even imprecise, such as that of amusement or entertainment.⁹

In any case, what cannot be overlooked is that the Official Commentaries to the OECD Model Convention are merely a sort of interpretative guide which (the so-called *soft law*), as such, should not prevail over the domestic rules of the States that intend to apply the rules of a given bilateral Convention at a given time, especially when it is a question of interpreting terms or concepts that are not defined in the Convention itself. In this regard, it should be remembered that Article 3.2 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital contains an interpretative rule whereby any term or expression not defined therein shall, unless a different interpretation is inferred from its context, have the meaning attributed to it at that time by the legislation of that State, with the meaning attributed by that tax legislation prevailing over that which would result from other laws of that State.¹⁰

Therefore, bearing in mind that the Commentaries to Article 17 themselves recognise that neither the term artist nor the term athlete is defined in the Convention, the interpretation of these terms will ultimately depend on the domestic legislation of the State that intends to apply them. Therefore, in the following section we will analyse the concept of entertainer and sportsperson in the Spanish legal system and the possible inclusion in it of the new professions derived from the digitalisation of entertainment.

A) The concepts of entertainers and sportspersons under Spanish law: Are influencers, content creators, gamers and other native professions of the digitalized age included?

As we have just commented, when it comes to interpreting terms or concepts that are not defined in the Convention itself, they must be interpreted by virtue of the rule established in Article 3.2 of the OECD Model Tax Convention, a rule according to which any term or expression not defined therein

⁸ S. Kostikidis, *Influencer Income and Tax Treaties*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, 6, 2020, pp. 359-376.

⁹ To that effect, we refer to what we have already commented in our previous work Luis Toribio Bernárdez, *La fiscalidad de los ingresos que surgen por el uso de redes sociales y páginas web gratuitas (en un contexto de revisión de los impuestos sobre las grandes empresas de la economía digital)*, in *Carta tributaria. Revista de opinión*, 52, 2019.

¹⁰ For their part, the Commentary to Article 3 clarifies that “The context is determined in particular by the intention of the Contracting States when signing the Convention as well as the meaning given to the term in question in the legislation of the other Contracting State (an implicit reference to the principle of reciprocity on which the Convention is based)”.

shall, unless a different interpretation is inferred from its context, have the meaning attributed to it at that time by the legislation of that State, with the meaning attributed by its tax legislation prevailing over that which would result from other laws of that State.

Consequently, recalling once again that the Commentaries to Article 17 recognise that terms entertainer and sportsperson are not defined in the Convention (the text of Article 17.1 merely cites some examples of persons who may be considered artists, such as theatre, film, radio or television actors or musicians), in order to integrate the material content of these concepts we need to stop to analyse what meaning is attributed to them in current Spanish legislation.

Focusing on our tax law, the fact is that, despite referring to the terms artist and sportsperson in several of its articles, neither the IRPF nor the IRNR regulations offer a definition of these terms.¹¹ Thus, the only approximation we can find to these concepts in our tax system is that which can be found in *Real Decreto Legislativo 1175/1990*, of 28 September, approving the rates and instructions for the Tax on Economic Activities, which includes in its third section a wide range of artistic activities, related to cinema, theatre and circus (in group 01), dance (in group 02) or music (in group 03), but also activities related to sport, including a series of professionals dedicated to the practice of different sports modalities (group 04). However, as this is a merely exemplary list rather than a definition as such (since the last of the groups in each of the groupings refers, generically, to “Other activities related” to the grouping in question, which shows the open nature of each of these groupings), we consider that it cannot be considered valid for the intended interpretative purposes.

In the absence of a clear definition in our tax legislation, some authors have turned to labour law as a possible option to fill this conceptual gap. Thus, with regard to the figure of the sportsperson, we find references to the definition established in *Real Decreto 1006/1985*, of 26 June, which regulates the special employment relationship of professional sportspersons, Article 1.2 of which states that professional sportspersons are “those who, by virtue of a regularly established relationship, voluntarily dedicate themselves to the practice of sport on behalf of and within the scope of the organisation and management of a club or sports entity in exchange for remuneration. Excluded from the scope of this rule are those persons who engage in sport within the scope of a club and who receive from the club only compensation for the costs of their sporting activities”.¹²

In our view, however, this definition should not be considered valid for the purposes of integrating the interpretation of Article 17 of the OECD Model Convention either, as it is limited to a very specific subjective scope, that of professional sportsperson who act as employees, which would mean excluding, on one side, all sportsperson who exercise their profession individually or independently, and on the other side, sportsperson who do not have a professional connection with the club or sporting entity to which they belong, which is not the intention of Article 17 according to its official Commentary.¹³

About the term artist, we must bear in mind that in Spain work has been underway since 2018 on the drafting of the so-called *Estatuto del Artista* with the aim of updating *Real Decreto 1435/1985*, of 1 August, which regulates the special employment relationship of artists in public performances in

¹¹ While IRPF is the income tax what applies to the individuals who has the status of habitual residents, IRNR is the one what applies to the non-resident persons.

¹² In this sense, we can refer to Alfredo García Prats, *Artículo 17. La tributación de los artistas y deportistas*, in J.M. Calderón Carrero, J.R. Ruiz García (Coord.), *Comentarios a los Convenios para evitar la Doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2004, p. 846; Javier Hernández Galante, *Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales*, in Fernando Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2010, pp. 903; or Manuel De Los Santos Poveda, Felipe Rubio Cuadrado, *La fiscalidad de los no residentes en España (X): la tributación de las rentas de artistas y deportistas en los Convenios para evitar la Doble Imposición*, in FERNANDO SERRANO ANTÓN (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Centro de Estudios Financieros, 2016, pp. 705-706.

¹³ This is made clear in paragraph 9.1 of the Commentary to Article 17 by the example of an *amateur* athlete who wins a prize money award for participation in a single sporting event.

order to improve the working conditions of Spanish artists and creators. As a result, in March 2022, the first package of measures was approved through *Real Decreto-Ley 5/2022*, of 22 March, which adapts the regime of the special employment relationship of persons dedicated to artistic activities, as well as to the technical and auxiliary activities necessary for their development and improves the working conditions of the sector.

We would like to highlight two aspects of the regulation that have a significant impact on its subjective scope of application. In first place, it recognises the need to broaden the definition of public performance, in order to equate related professional activities that do not involve materially performing on stage, such as those of technical and auxiliary staffs, with those of the performers themselves and other subjects who participate directly in the performance. In second place, the recommendation to modify the *Real Decreto 1435/1985* to adapt it to the new reality of “the means of fixation of cultural work, so as to include the web environment and the new formulas of dissemination beyond the place of performance and the national territory” (as would be the case, and is expressly recognised in the regulation, of *streaming*).

About the first of these questions, *Real Decreto-Ley 5/2022* amends the Spanish Workers’ Statute to include among the special employment relationships that of “artists who carry out their activity in the performing, audiovisual and musical arts, as well as those who carry out technical or auxiliary activities necessary for the development of this activity”.

Likewise, the title of *Real Decreto 1435/1985* is modified, the new wording of which makes clear the equality: “Real Decreto 1435/1985, of 1 August, which regulates the special employment relationship of artists who carry out their activity in the performing, audiovisual and musical arts, as well as of persons who carry out technical or auxiliary activities necessary for the development of that activity”. Article 1, which establishes the scope of application of the decree, is modified in the same sense, specifying that, for these purposes, technical and auxiliary personnel are understood to be those who provide services directly linked to the artistic activity and which are essential for its execution, such as the preparation, assembly and technical assistance of the event, or any work necessary for the complete execution of it, as well as tailoring, hairdressing and make-up and other activities understood to be auxiliary.

Regarding this comparison between artists themselves (in the sense of stage artists) with the technical and auxiliary personnel, we understand that it cannot extend its effects to the scope of the agreements to avoid double taxation, since this comparison clashes head-on with the interpretation inferred from its context and from the official Commentaries on the OECD Model Convention. In the latter, as we have already had occasion to indicate, administrative or support staff are expressly excluded from the concept of artist, giving the example of camera operators in the shooting of a film, producers, film directors, choreographers, technical crew, technicians travelling with a group of musicians, etc. Therefore, given that from the context in which Spain has been signing its bilateral Conventions (a context that would be represented by the intention of the Spanish legislator at the time of signing the Convention) it was not possible to infer, at least until *Real Decreto 1435/1985* was amended in the aforementioned terms, that the term artist should also be extended to technical or administrative personnel, we understand that the interpretation that is applicable according to the provisions of the official Comments to the OECD Model Convention should prevail. Likewise, if the Spanish State intends to extend the subjective scope of application of the provision dedicated to entertainers and sportspersons in the Conventions it signs from now on, it should state this in the bilateral negotiations so that, by means of its incorporation through the corresponding protocol or memorandum of understanding, this interpretation may prevail over the one inferred from the context.

However, with regard to the second of the issues that we highlighted, that is, the express inclusion in its scope of application of the new realities of the means of fixation of cultural work, such as the web environment and *streaming*, we believe that this inclusion can indeed play a relevant role when interpreting the current concept of performing artist, in the sense that this would not be limited either

to traditional forms of entertainment or to the classic means of dissemination, but should be interpreted in accordance with the new modalities of artistic content creation and digital consumption, which would lead us to include the so-called *influencers* or creators of digital content within the concept of artist.¹⁴

In any case, although this regulatory amendment helps us to recognise the potential nature of artists in such subjects, the problem we will continue to encounter is that within their specific field of action, the creation of digital content in the web environment, there is a huge variety of themes and purposes, so that not all content creators carry out an artistic activity in which a certain level of cultural creativity or a clear desire to entertain can be appreciated. Not surprisingly, we observe many *influencers* whose popularity comes from sharing merely informative, promotional or educational content, an activity that in no way should be classified as artistic for the purposes of article 17 of the OECD Model Convention.¹⁵

In this sense, we believe that the new exemplary list which, following the modification made by *Real Decreto-Ley 5/2022*, now includes Article 1 of *Real Decreto 1435/1985* may also be useful to clarify what should be understood by artistic activities. To this end, the aforementioned list refers to dramatic activities, dubbing, choreography, variety shows, musicals, singing, dancing, acting, specialists, artistic direction, cinema, orchestra, musical adaptation, stage, production, choreography, audiovisual works; circus performers, puppeteers, magic performers, scriptwriters and, in any case, any other person whose activity is recognised as that of an artist, performer or performer by the collective agreements applicable to the performing arts, audiovisual and musical activities.

B) Taxation of non-residents on income derived from artistic or sporting performances that take place in Spain. A review of the most recent judicial and administrative rulings

As we have seen so far, the taxation of non-resident entertainers and sportspersons, as it depends on several factors whose presence is not always easy to verify in practice, is a matter of a certain technical complexity. For this reason, we are going to devote this section to the latest decisions handed down in Spain by both the courts and administrative doctrine that affect various issues related to the taxation of non-resident entertainers and sportspersons, highlighting in each case those grounds that seem to be most useful in helping us to understand how the requirements referred to in the preceding sections are being interpreted.

Regarding judicial pronouncements, we are going to comment on three recent rulings handed down by different High Courts of Justice that directly affect the interpretation of the scope of application of Article 17 of the OECD Model Convention.

Starting with the most recent of the three, the judgement of the High Court of Justice of the Balearic Islands of 11 January 2022, rec. 407/2019, which confirms that the activity carried out in Spain by a non-resident disc jockey must be classified as artistic for the purposes of Article 17. In order to draw such a conclusion, the Court reasoned that an artist must be understood, for such purposes, as a person who has acquired public notoriety for his or her special qualities to provide entertainment, amusement or spectacle

¹⁴ This legislative opening to new forms of digital communication is not only observed in labour regulations. In the recently approved *Ley 13/2022*, of 7 July, General Audiovisual Communication, we also see how it expressly refers to “video exchange services through a platform” which now fall within its objective scope of application. Specifically, the Preamble of the regulation explains that “these services which, in many areas, are grouped under the concept of *vloggers*, *influencers* or opinion leaders, enjoy relevance in the audiovisual market from the point of view of advertising investment and consumption, especially among younger audiences”.

¹⁵ A clear example of this phenomenon can be seen in influencers who advertise or recommend financial or investment services, which has led the CNMV to intervene to remind them that they risk being sanctioned for failing to comply with European regulations on investment recommendations and market abuse in the financial sphere. The press release issued by the Spanish regulator can be accessed on its website at (last access in November 2022): <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Bd6e36d88-f319-4671-98ca-fa8f1cecc112%7D>

to the public that gathers to follow his or her performances, considering that this interpretation is in line with that defended in the OECD Model Convention for the avoidance of double taxation and, furthermore, making reference to the Consultation of the General Directorate of Taxes V1077-10, of 20 May 2010, which states that “the activity carried out by the DJ is an artistic activity and includes as constituent elements both the technical knowledge necessary for the handling of electronic and acoustic instruments, as well as musical talent and composition skills and, likewise, prestige and the ability to attract audiences”.

The second of these deals with the analysis of how income derived from the production, organisation and promotion of musical concerts held in Spanish territory by non-resident entities should be taxed in Spain. This is the ruling of the High Court of Justice of the Valencian Community of 25 February 2020, rec. 1535/2017 and it follows a criterion diametrically opposed to that which the General Directorate of Taxes has been upholding in recent years, as we will see below. Thus, while this Directing Centre understands that, in general, income derived from the production, organisation and promotion of musical events should be excluded from article 17 of the OECD Model Convention, the High Court of Justice of the Valencian Community, following the doctrine established by the Supreme Court in the judgment of 7 December 2012 (referring to the case of the musical group U2), considers that such income does have its origin in the artistic performance and that, therefore, it may be subject to taxation in the country of the source by virtue of the aforementioned precept.

To support its assessment, the Court refers, as we said, to the reasoning given by the Supreme Court in its judgment of 7 December 2012, considering that it “summarises, teaches and reasons on these unfulfilled tax obligations”. Thus, for the High Court of Justice of the Valencian Community, article 45 of the Corporate Income Tax Law then in force (it should be recalled that it was a similar provision to the current article 13.1. b of the IRNR Law, both of which state that income derived, directly or indirectly, from the personal performance in Spanish territory of entertainers and sportsperson, or from any other activity related to such performance, even when received by a person or entity other than the entertainers and sportsperson, shall be deemed to be obtained in Spain) “reveals the intention to contribute income received by third parties from entertainers and sportsperson, provided that it is derived from that performance or professional activity”.

On the basis of that premise, the High Court of Justice of the Valencian Community concludes that “both the Law on Corporation Tax and the Double Taxation Convention with Ireland and with many other countries with which agreements of the same nature have been concluded have introduced, following the guidelines laid down by the OECD, an anti-avoidance clause which seeks to prevent the income from that performance being left untaxed in the State of source, that is to say, in the territory in which the artist performs, merely because it is not taxed in the State in which the artist performs, an anti-tax avoidance clause which aims to prevent the income from that performance being left untaxed in the State of the source, i.e. in the territory in which the artist performs, simply because it appears, not as direct income from that performance, but as profits which we could call indirect and therefore not attributed to the artist himself but to another person”. However, in the grounds of this ruling, the Court does not explain why the income obtained by the promoter and organiser of the concert should be considered as indirect profits from the performance itself and, consequently, should be subject to taxation in Spain in accordance with the double taxation treaties. Likewise, no reference is made to the current Commentaries to the provision in which, after the latest amendments, it is ruled out that this type of income can be considered as indirect income derived from the personal performances of the artists.¹⁶

¹⁶ Specifically, paragraph 7 of the Commentary states that “income received by impresarios, etc. for arranging the appearance of an entertainer or sportsperson is outside the scope of the Article” but any income they receive on behalf of the entertainer or sportsperson is of course covered by it. Paragraph 11. 4 of the Comments indicates that article 17 “it clearly does not cover the income of all enterprises that are involved in the production of entertainment or sports events”, and in this sense, by way of example, it excludes from the scope of application of paragraph 2 “the income derived by the independent promoter of a concert from the sale of tickets and allocation of advertising space”, which applied to the case

For its part, the judgment of the High Court of Justice of Madrid of 7 July 2016, rec. 1075/2014, is of interest in that while the taxpayer denied the status of artists of non-resident individuals who had travelled to Spain to participate in a music, arts and dance festival (the so-called *World Festival of Music, Arts and Dance*), as it considered that their participation in certain training workshops deprived them of such status, the tax administration understood that they should be considered artists because their participation in certain concerts should prevail, and so it expressed it in the tax assessment: “The workshops organised constitute an element of entertainment, insofar as they make it possible for those attending the event to take part. Their participation cannot be qualified as compulsory, which would distort the action of ‘having fun’ which implies taking part in the workshop. Even if it were only a pastime, it must be understood that the organisation of the workshops incorporates an element of fun and the income paid to the participants must be considered artistic in nature. Furthermore, it should be noted that the participants in the workshops are, for the most part, the same singers/musicians/musical groups who perform at the events and that the payments made to them are paid both for their performance and for their participation in the workshops. Finally, it should be recalled that Article 13 of the TRLIRNR includes among the income obtained in Spanish territory that derived from “any other activity related to such performance”.

The Madrid High Court of Justice ended up aligning itself with the Administration’s position since, after assessing the only evidence in this regard in the proceedings, such as the Festival program, the contracts with the artists and the site plan, it concluded that the artists undertook to perform both concerts and workshops, and that the amounts stated in the settlement were those paid for these two items in relation to the said artists, so that both items should be taxed in Spain in accordance with Article 17 of the applicable Convention.

We are also interested in highlighting the basis for the artists travel and subsistence expenses, which had been borne by the organiser of the event itself. Thus, while the latter denied that there was any evidence to suggest that the artists received any amount in respect of travel expenses (since it was the organisers themselves who were responsible for those expenses by arranging flights and accommodation), the Court held that in any event, given that the costs for those items were in fact borne by the artists themselves, they had been paid by the organisers of the event, given that the costs for these items were borne by the organiser in accordance with the contracts signed with the artists, it should be understood that these were expenses directly related to the service provided by the artists and, as such, should be counted as higher remuneration for their artistic activities.

Turning to the administrative level, we will focus on the latest binding consultations issued by the General Directorate of Taxes in which the possible taxation in Spain of income obtained by certain entities or individuals related to several artistic or sporting performances that take place in Spanish territory has been analysed.

In Binding Consultation V0222-21, dated 10 February 2021, the General Directorate of Taxes considers that the taxpayer, an individual resident in Germany who personally, habitually and directly participates in poker games held in Spain, should be classified as a sportsman for the purposes of the Spanish-German double taxation agreement. For the Directorate, the key point is that Article 17 of the OECD Model Convention requires the existence of an element of entertainment or spectacle before the public, i.e. that the activity is carried out or intended for the public and, in accordance with the above, it is concluded that the participation of the taxpayer in poker events held in Spain is assimilated to what is considered an artistic or sporting performance and, therefore, the possible income derived from these performances must be considered as income of entertainers and sportsmen.

The Binding Consultation V2965-21, of 22 November 2021, sets out the criteria that the General Directorate of Taxes has repeatedly maintained on the taxation of income derived from the

at hand should have led to the exclusion from the scope of application of the provision of income paid for production services such as sound, light, stage, laser and video, and organisation and consultancy services.

organisation and staging of artistic performances (criteria which, as noted above, clashes with the ruling of the High Court of Justice of the Valencian Community of 25 February 2020). Specifically, in the consultation, the interested party asked whether the income received from French and Portuguese companies or associations that invoice performances by musical groups, which include, in addition to the artist's performance itself, other elements such as scenery, transport, lights, sound, etc., are subject to withholding tax in Spain.

In order to determine the taxation of income in cases such as the one in question, the General Directorate of Taxes considers that a distinction must be made between the amounts that remunerate the artist's performance and those that correspond to other elements of production, so that the amounts that remunerate the artist's performance will be subject to taxation in Spain in accordance with Article 17 of the double taxation treaties.

In terms of the amounts that remunerate production elements such as stage, transport of equipment and technical personnel, lighting, sound equipment and technicians, and other production and support activities, reference should be made to paragraph 3 of the Commentary to Article 17, according to which, in principle, such income does not derive from the artist's performance, but corresponds to the remuneration of services that make the artist's performance possible. Paragraph 7 of the Commentary states in the same sense that "income derived by agents, etc., from the organisation of the performances of an entertainers and sportsperson falls outside the scope of the article, although the income they receive on behalf of the entertainers and sportsperson is, of course, covered by the article".

Therefore, in the opinion of the General Directorate of Taxes, such income does not fall within the scope of Article 17 of the applicable Conventions, and consequently, by virtue of Article 7 of the said Conventions, it cannot be taxed in Spain unless the companies carry out their activity in Spain through a permanent establishment located there. However, the ruling concludes by warning that if it is observed that there is no proportionality in the amount of income paid as remuneration for production and support activities in relation to the total income generated by the artists' performance, it could be considered that part of this income corresponds to the artist's performance and, therefore, would be subject to taxation in Spain within the scope of Article 17 of the Conventions.

In Binding Consultation V0572-19 of 18 March 2019, the General Directorate of Taxes resolved a query raised by a Spanish foundation that had entered a contract for the provision of services with a musician and orchestra conductor resident in Latvia to conduct an orchestra that would take place in the premises of the interested party in Spanish territory.

For the General Directorate of Taxes, the fundamental element to support the classification of such income as artistic income is that the musician-conductor was to be hired as the main artist (since his name is highlighted in the advertising, as indicated in the consultation letter) of a single show, the concert to be held in Spain, which means that the scenic aspect of the activity to be carried out in Spain predominates and that there is a direct link between all the income received for his services and the aforementioned performance in Spain. Therefore, it is considered that the income obtained by the orchestra conductor on the concert that would take place in Spanish territory should be understood to fall within the subjective scope of Article 17.

Lastly, in the Binding Consultation V2182-18 of 23 July 2018, the General Directorate of Taxes, faced with a case very similar to the previous one, once again highlights the need to distinguish between the different concepts that are subject to remuneration when an artistic performance takes place in Spain. In this case, the foundation that had contracted the services of a natural person resident in Estonia, as "Artistic and Principal Conductor" of the philharmonic orchestra of that country, had undertaken to pay him, among others, the following amounts: 30,000 euros "for the artistic direction and programming of each season"; 11,000 euros "for each subscription concert"; 4,500 euros "for conducting institutional concerts"; and 8,000 euros "in the event that a record recording is made".

According to the Directing Centre, in accordance with the interpretation of the Commentaries to Article 17 of the OECD Model Convention, the provisions of Article 17 of the Spanish-Estonian Convention would apply, in the first place, to the income obtained for the performance of concerts on Spanish territory, as well as for the rehearsals corresponding to those concerts, that is to say, to the remuneration paid for subscription concerts (EUR 11 000 euros) and for other institutional concerts (EUR 4 500 euros).

Likewise, considering the provisions of the contract attached to the consultation, the General Directorate of Taxes understands that the 8,000 euros that would be paid to him in the event that a recording was made would correspond to the hired conductor's cache. Thus, referring to the definition of the term "*cache*" by The Spanish Royal Academy ("fee of a show business artist or of certain professionals who perform in public"), the General Directorate of Taxes considers that such remuneration in the amount of 8,000 euros would also fall within the scope of the article in cases where it corresponds to the direction of a concert in Spanish territory.

Finally, as regards the remuneration of 30,000 euros corresponding to "the artistic direction and programming of each season", the Centre considers that that income does not represent remuneration for the individual's performance as conductor of a given concert on Spanish territory, but for the artistic direction and programming of each season. Consequently, such income would not fall within the scope of application of Article 17 of the Spanish-Estonian Agreement, but within the scope of application of Article 14 of that Agreement, and would be exempt in Spain, unless the artist had a fixed base in Spain for carrying out his activities.

4. Conclusions

As we have seen throughout this paper, the concept of artist and athlete in Article 17 of the OECD Model Convention has evolved over time. Thus, although in the versions translated into French and Spanish this evolution has not been so evident (as the translation of these terms in these languages hardly varies from one to the other), in the original English version it can be seen more clearly: on the one hand, if at the beginning Article 17 referred to *public entertainers*, later the qualifier *public* was deleted, to refer only to *entertainers*, a change that hinted at what the official Commentaries to the Model Convention would eventually confirm, i.e. that the public nature of artistic performances would no longer be a *sine qua non* condition for the provision to come into play; On the other hand, the term *athletes* was initially replaced by the term *sportsmen*, with the intention of also including people who practised sports modalities that were far removed from those activities classically linked to athletic activities, and later by the term *sportsperson*, in order to embrace a term that would be more inclusive.

This evolution is also perceived if we analyse the modifications and extensions that the official Commentaries to the precept have undergone, so that now it seems to be clear that all those subjects who carry out activities of a scenic nature aimed at the spectacle and entertainment of a certain audience should fall within its subjective scope of application, it being irrelevant whether the activity in question can be included in any of the traditional forms of art or sport and regardless of whether the activity is carried out directly before the public or is going to be broadcast by some communication method.

The foregoing leads us to maintain that there is currently no obstacle preventing the inclusion among the potential addressees of Article 17 of the OECD Model Convention of those subjects (such as influencers, streamers, e-gamers, etc.) whose main occupation consists of creating digital content based on their own personal performance, with the stage factor prevailing in their intervention and with the aim of sharing this content through different digital channels to entertain a specific audience.

However, although we consider that the aforementioned activity is likely to fit in with the current interpretation of the term entertainer (and, where appropriate, sportsperson) that emerges from the Official Comments to the Model Convention, we are also aware that social networks accommodate an

infinite number of different profiles and themes, which makes it really difficult to distinguish when the element of entertainment and spectacle required by Article 17 is present or, by contrast, when the informative, educative or even promotional nature that characterises the activity of many of these professionals should prevail.

Thus, we believe that there are several reasons that make it advisable to update the Commentaries to include certain interpretative guidelines or parameters that help to solve these problems of qualification. Firstly, because these are occupations that are here to stay and which, until now, have received hardly any attention either from the domestic legislator (at least as far as the tax system is concerned) or from the rules of international tax law. Secondly, because it seems clear that these new occupations share certain features with the more classical representations of entertainers and sportsperson, features which at the time justified the appearance of Article 17 of the Model Convention: namely, the ability to obtain large sums of money for performances that take place in short periods of time and a high degree of geographical mobility. Thirdly and lastly, because if we want to avoid the proliferation of situations of double taxation (or, where appropriate, of non-taxation), it is necessary to have a common guiding criterion so that the different States interpret in a uniform manner these new realities which, as we have said, have not yet received specific treatment in most domestic legislations.

Bibliography

- Almudí Cid, José Manuel & Serrano Antón, Fernando, *La fiscalidad internacional de los artistas y deportistas: especial referencia al artículo 17 del MC OCDE*, in *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, 13, 2005.
- Alzaga Ruiz, Iciar, *La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos*, in *Trabajo y Derecho*, 95, 2022.
- Báez Moreno, Andrés, *Un sistema fiscal del siglo XIX frente a un contribuyente del siglo XXI: el irrefrenable éxodo fiscal de los youtubers al Principado de Andorra*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 466, 2022.
- Cobos Gómez, Jose María, *Residencia fiscal de futbolistas: ausencias esporádicas y centro de intereses económicos. Comentario de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020 y 20 de noviembre de 2019*, in *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, 2021.
- Cordewener, A., *Article 17. Entertainers and Sportspersons*, in Reimer, E. & Rust, A. (Eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 2015.
- Cubero Truyo, Antonio & Toribio Bernárdez, Luis, *¿Cuáles son en la actualidad los paraísos fiscales? Inseguridad jurídica por la prolongada vigencia de nuestro listado reglamentario frente a los pronunciamientos de organismos internacionales*, in *Carta Tributaria*, 55, 2019.
- De Los Santos Poveda, Manuel & Rubio Cuadrado, Felipe, *La fiscalidad de los no residentes en España (X): la tributación de las rentas de artistas y deportistas en los Convenios para evitar la Doble Imposición*, in Serrano Antón, Fernando (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Centro de Estudios Financieros, 2016.
- Egea Pérez-Carasa, Íñigo, *Tributación de los influencers: normas tradicionales para nuevos y rentables modelos de negocio de las nuevas generaciones*, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 75, 2021.
- García Prats, Alfredo, *Artículo 17. La tributación de los artistas y deportistas*, in Calderón Carrero, J.M. & Ruiz García, J.R. (Coord.), *Comentarios a los Convenios para evitar la Doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrie de la Maza, 2004.

- García Prats, Alfredo, *La interpretación jurisprudencial como mecanismo para hacer frente a la elusión tributaria*, in *Tribuna Fiscal*, 220, 2009.
- Hernández Galante, Javier, *Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales*, in Serrano Antón, Fernando (Dir.), *Fiscalidad Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2010.
- Kostikidis, Savvas, *Influencer Income and Tax Treaties*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, 6, 2020.
- Lucas Durán, Manuel, *La necesidad de revisar las ideas de “residencia” y “establecimiento permanente” como principales criterios de sujeción de la fiscalidad directa en la era de la economía digital*, in Merino Jara, Isaac (Dir.), *La problemática de la residencia fiscal desde una perspectiva interna e internacional*, Wolters Kluwer, 2018.
- Martín Jiménez, Adolfo, *El artículo 17 MC OCDE y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010 (o sobre cómo no aplicar los Convenios para la eliminación de la doble imposición y por qué el art. 17 MC OCDE debería ser eliminado)*, in *Quincena Fiscal*, 15-16, 2011.
- Merino Jara, Isaac, *El régimen fiscal de los trabajadores transfronterizos: problemas actuales en la legislación interna y los CDIs españoles*, in *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, 7, 2018.
- Molenaar, Dick & Grams, Harald, *Influencer Income and Tax Treaties: A Response*, in *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, 9, 2020.
- Relea Sarabia, Antonio, *El régimen jurídico-tributario de las retribuciones de los futbolistas*, Aranzadi, 2007.
- Ribes Ribes, Aurora, *Límites a la interpretación dinámica de los convenios de doble imposición internacional: el caso ING*, in *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, 1, 2016.
- Plaza Romero, Félix, *Sujeción a tributación en España de las rentas obtenidas por sociedades irlandesas no residentes por la prestación de servicios relativos a la producción de los conciertos en España del grupo musical U2*, in *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, 38, 2013.
- Toribio Bernárdez, Luis, *El resurgimiento de los traslados de residencia a Andorra tras dejar de tener la calificación de paraíso fiscal*, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, 949, 2019.
- Toribio Bernárdez, Luis, *Tributación de futbolistas y clubes de fútbol en los convenios para evitar la doble imposición: Análisis crítico y problemas prácticos*, Aranzadi, 2020.

SULLA NATURA DEL TERMINE PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE DISCIPLINARE

Sara Pini

Dottoranda di Diritto Processuale Civile nell'Università di Bologna

Abstract

Il contributo si propone di indagare la natura del termine per l'esercizio dell'azione del Procuratore federale alla luce delle pronunce del Collegio di Garanzia. In assenza di una espressa previsione all'interno del Codice di Giustizia Sportiva del CONI, le interpretazioni oscillano tra la perentorietà ovvero l'ordinarietà del termine e non sembrano trovare uno stabile equilibrio nemmeno nella recente pronuncia delle sezioni unite del Collegio.

Parole chiave: Termine per l'esercizio dell'azione disciplinare, Giustizia sportiva, Regolamenti federali

Abstract

The paper aims to examine the nature of the time limit for the exercise of the action of the Federal Prosecutor in the light of the decisions of the Collegio di Garanzia. In the lack of an express provision within the CONI Sports Justice Code, the interpretations swing between the peremptory or the ordinary nature of the terms and do not seem to find a stable balance.

Keywords: Time limits for the exercise of the action of the Federal Prosecutor, Sport justice, Federal Regulations

1. L'esercizio dell'azione disciplinare tra Codice di Giustizia Sportiva e Regolamenti federali

Nel processo sportivo l'azione disciplinare è esercitata dal Procuratore federale in conformità ai regolamenti delle federazioni sportive.¹ Tale disciplina trova il proprio minimo comune denominatore nel Codice di Giustizia Sportiva del CONI ("CGS del CONI"), le cui disposizioni sono recepite all'interno dei regolamenti federali.

Ai sensi dell'art. 44, comma 1, del CGS del CONI, il Procuratore federale "esercita in via esclusiva l'azione disciplinare nei confronti di tesserati, affiliati e degli altri soggetti legittimati secondo le

¹ In dottrina, S. Palazzi, *L'avviso di conclusione delle indagini e il deferimento*, in P. Del Vecchio, L. Giacomardo (a cura di), *La giustizia nello sport*, II, Napoli, 2022, p. 962 ss.; M. Sanino, *Giustizia sportiva*, Padova, 2022, p. 310 ss.; A. Blandini, P. Del Vecchio, A. Lepore, *Codice di giustizia sportiva FIGC*, Napoli, 2021, p. 1059 ss.; E. Jacovitti, *Rassegna della giurisprudenza più recente del Collegio di Garanzia dello sport gennaio 2020-dicembre 2021*, in *Riv. dir. sportivo*, II, 2021; L. Santoro, *La giurisprudenza del Collegio di garanzia dello sport nei suoi primi tre anni di attività*, in *Riv. dir. sportivo*, II, 2017; *Questioni al vaglio delle sezioni unite del collegio di garanzia dello sport: natura e decorrenza del termine di cui all'art. 32 ter, comma 4, del codice di giustizia sportiva FIGC nel procedimento disciplinare di deferimento con pluralità di indagati*, in *Riv. dir. sportivo*, I, 2017. V. anche Relazione annuale sulla giurisprudenza del Collegio di Garanzia, Anno 2021, in www.rivistadirittosportivo.coni.it; Relazione annuale sulla giurisprudenza del Collegio di Garanzia, Anno 2020, in www.rivistadirittosportivo.coni.it.

norme di ciascuna Federazione, nelle forme e nei termini da queste previsti, quando non sussistono i presupposti per l'archiviazione".

All'esito dell'attività di indagine, il Procuratore può alternativamente disporre l'archiviazione, ovvero informare l'interessato della propria intenzione di procedere al deferimento (c.d. intendimento di deferimento), assegnando alle stesse un termine per essere sentite o per presentare una memoria. Qualora egli ritenga di dover confermare la propria intenzione, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per l'audizione o per la presentazione della memoria, esercita l'azione disciplinare.²

Dunque, entro trenta giorni dal decorso del predetto termine, il Procuratore, se intende convalidare il proprio convincimento accusatorio, deve formulare l'incolpazione e notificare l'atto di deferimento all'incolpato, al giudice e agli eventuali altri soggetti interessati.

Il descritto procedimento è recepito nei regolamenti federali, come ad esempio all'art. 125 Codice di Giustizia Sportiva della FIGC,³ ovvero all'art. 98, comma 5, del Regolamento di Giustizia FIT, o all'art. 64, comma 4, Regolamento di Giustizia FIBS.⁴

La disciplina di cui all'art. 44 è completata dall'art. 38 del CGS del CONI, in forza del quale l'estinzione del giudizio disciplinare estingue l'azione e determina l'inefficacia di tutti gli atti del procedimento, inclusa ogni eventuale decisione di merito.⁵ Il mancato rispetto del predetto termine preclude l'esercizio dell'azione disciplinare e travolge gli atti compiuti successivamente, ma viene fatta salva la possibilità per l'incolpato di impugnare la dichiarazione di estinzione ai sensi dell'art. 38, comma 7, del CGS del CONI.

Alla luce delle predette disposizioni, il regolare esercizio dell'azione da parte del procuratore federale è subordinato, tanto nell'ambito delle disposizioni contenute nel CGS del CONI, tanto in quelle federali, al rispetto dei requisiti che concernono le modalità e i termini per la formulazione dell'atto di deferimento, la cui inosservanza cagiona l'estinzione del procedimento disciplinare.

In tale quadro, risulta oggetto di discussione il termine per l'esercizio dell'azione disciplinare.⁶

Con la riforma del 2014 del CGS del CONI, il legislatore fissa normativamente un termine pari a trenta giorni per la notificazione dell'atto di deferimento e un termine pari a venti giorni per la comunicazione dell'avviso di conclusione delle indagini.⁷

² Art. 44, comma 4, CGS del CONI.

³ Cfr. art. 125, comma 2, Codice di Giustizia Sportiva della FIGC ("CGS della FIGC"), il quale recita: "L'atto di deferimento di cui al comma 1 deve intervenire entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'art. 123, comma 1. In caso di pluralità di incolpati, il deferimento deve essere adottato entro trenta giorni decorrenti dall'ultimo termine assegnato".

⁴ Cfr. art. 98, comma 5, Regolamento di Giustizia FIT e art. 64, comma 4, Regolamento di Giustizia della FIBS, ove si afferma che: "Qualora il Procuratore Federale ritenga di dover confermare la propria intenzione, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per l'audizione o per la presentazione della memoria, esercita l'azione disciplinare formulando, nei casi previsti dallo Statuto o dalle norme federali, l'incolpazione mediante atto di deferimento a giudizio comunicato all'incolpato e al giudice e agli ulteriori soggetti eventualmente indicati dal presente regolamento o da altri regolamenti federali".

⁵ Collegio di Garanzia, 8 marzo 2018, n. 10, rel. Santoro, ove si afferma, seppure relativamente al termine per la pronuncia di primo grado, che la dichiarazione di estinzione del procedimento disciplinare "travolge tutto il giudizio nella sua interezza". In dottrina, v. M. Zaccheo, *La giustizia in ambito CONI*, in *La giustizia nello sport*, cit., p. 555; V. Ceccarelli, *Procedimento e processo sportivo disciplinare*, in A. Piazza, A. Zimatore (a cura di), *Repertorio ragionato del Collegio di garanzia dello sport*, Napoli, 2020, p. 412.

⁶ Nel quadro della dottrina processualcivile, il termine è il periodo di tempo entro il quale o dopo il quale deve o può compiersi una determinata attività processuale. Nell'ambito di una più ampia attività di classificazione si distingue tra termini perentori e termini ordinatori. Il termine si definisce perentorio laddove, diversamente da quello ordinatorio, la sua decorrenza determina la decadenza dal potere di compiere un atto processuale. In dottrina si v. N. Picardi, *Manuale del processo civile*, IV ed., Milano, 2019, p. 281; S. Costa, *Termini (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 117 ss.; *Codice di Procedura Civile, Commentario*, diretto da C. Consolo, I, sub art. 152, Milano, 2018, p. 1747; B. Brunelli, sub art. 152, in F. Carpi, M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, VII ed., Padova, 2012, p. 661; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, XXVIII ed., Torino, 2022, p. 399.

⁷ Il comma 4 della previgente formulazione recitava: "qualora il Procuratore federale ritenga di dover confermare la propria intenzione, esercita l'azione disciplinare [...]".

La fissazione di termini che regolano la fase precontenziosa del procedimento disciplinare pone dei problemi in ordine alla loro natura perentoria ovvero ordinatoria.⁸ Infatti, in assenza di una specifica qualificazione all'interno del CGS del CONI,⁹ la determinazione è rimessa a ciascuna Federazione sportiva.¹⁰

Si ravvisano dei casi in cui il legislatore ha scelto di esplicitare nei propri regolamenti il carattere perentorio o ordinatorio del termine, come nel caso della FIGC o della FISE, eliminando ogni incertezza in merito alla sua qualificazione.¹¹

Il problema sorge invece laddove non ci sia alcuna espressa statuizione normativa in ordine alla natura del termine e dunque sia rimessa al Collegio di Garanzia la valutazione in merito alla sua perentorietà o ordinarietà, ovvero laddove il legislatore federale scelga di formalizzare a livello normativo la seconda.¹²

2. Tra perentorietà e ordinarietà: il quadro eterogeneo della giurisprudenza del Collegio di Garanzia

L'individuazione della natura del termine per l'esercizio dell'azione del Procuratore federale è stata oggetto di numerose pronunce del Collegio di Garanzia e dei giudici federali, non sempre del medesimo segno. Si fronteggiano due distinti orientamenti giurisprudenziali che concludono l'uno, verso il carattere perentorio del termine, l'altro, verso quello ordinario.¹³

Secondo un primo orientamento, in assenza di una esplicita qualificazione, il termine ha natura perentoria.¹⁴

⁸ Ciò vale, seppure nella diversità di termine, sia per l'avviso di conclusione delle indagini, sia per l'esercizio dell'azione disciplinare. Il tema verrà analizzato congiuntamente, considerando in particolare il termine per l'esercizio dell'azione disciplinare, in merito al quale il Collegio di Garanzia è stato più volte chiamato a pronunciarsi.

⁹ *Contra*, Collegio di Garanzia, sez. IV, 30 giugno 2022, n. 42, rel. Santoro, inedita; Collegio di Garanzia, sez. un., 14 aprile 2022, n. 17, rel. Zimatore, inedita, ove il Collegio ritiene che la perentorietà del termine sarebbe desumibile dal combinato disposto degli artt. 44, comma 4 e 45, primo comma, CGS del CONI. In particolare, si afferma che "la natura perentoria dei termini è confermata anche da quanto espressamente disposto all'art. 45 CGS del CONI, a mente del quale "Il potere di sanzionare i fatti disciplinarmente rilevanti si estingue quando il Procuratore federale non lo eserciti entro i termini previsti dal presente Codice"". Sul punto v. *infra* n. 4.

¹⁰ A titolo esemplificativo, nel senso della perentorietà v. il nuovo CGS della FIGC ha sancito all'art. 44, comma 4, la perentorietà del termine collocando la disposizione nella Parte Seconda, dedicata al "Processo sportivo", Capo I, rubricato "Principi del processo sportivo"; nel senso dell'ordinarietà, v. l'art. 33, primo comma, Regolamento di Giustizia della FISE, ora art. 32, primo comma, prevede che "Salvo diversa previsione che determini l'effetto della relativa inosservanza, tutti i termini previsti dal presente Regolamento sono da intendersi come ordinari"; da ultimo, l'art. 13, comma 1 e 2, Regolamento di Giustizia della FIDAL, in forza del quale "i termini perentori sono espressamente qualificati tali nel presente regolamento" e che "ogni altro termine si intende libero".

¹¹ A titolo esemplificativo, nel senso della perentorietà, v. il nuovo CGS della FIGC che ha sancito all'art. 44, comma 4, la perentorietà del termine collocando la disposizione nella Parte Seconda, dedicata al "Processo sportivo", Capo I, rubricato "Principi del processo sportivo"; nel senso dell'ordinarietà, l'art. 33, comma 1°, RG FISE, ora art. 32, comma 1, prevede che "Salvo diversa previsione che determini l'effetto della relativa inosservanza, tutti i termini previsti dal presente Regolamento sono da intendersi come ordinari".

¹² V. *infra* n. 4.

¹³ Per una ricostruzione complessiva degli orientamenti giurisprudenziali v. da ultimo, Collegio di Garanzia, sez. IV, 30 giugno 2022, n. 42, cit.; Collegio di Garanzia, sez. un., 14 aprile 2022, n. 17, cit.; Collegio di Garanzia, sez. I, 13 ottobre 2021, n. 88. In dottrina M. Sanino, *Giustizia sportiva*, cit., p. 314, spec. nota 6; E. Jacovitti, *Rassegna della giurisprudenza più recente del Collegio di Garanzia dello sport*, cit.; Relazione annuale sulla giurisprudenza del Collegio di Garanzia. Anno 2021, cit., p. 80 ss.; Relazione annuale sulla giurisprudenza del Collegio di Garanzia. Anno 2020, cit., p. 32 ss.

¹⁴ Nel senso della perentorietà del termine, Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23; parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7; Collegio di Garanzia, sez. II, 10 febbraio 2021, n. 13, rel. Martuccelli; Tribunale federale FIBS, 13 luglio 2022, proc. n. 6/2022.

Il Collegio di Garanzia ritiene che la perentorietà del termine non possa essere esclusa per il solo fatto che la norma non lo preveda, in quanto la perentorietà del termine deve essere valutata alla luce dello scopo e della funzione perseguita.¹⁵

La natura perentoria del termine sarebbe nel caso di specie desumibile dalla *ratio* dell'intervento normativo del legislatore sportivo che, modificando il CGS del CONI, ha stabilito il termine entro cui la Procura deve deferire il tesserato ovvero l'affiliata.¹⁶ L'obiettivo perseguito è quello di evitare che il Procuratore sia legittimato a esercitare l'azione disciplinare dopo un lungo lasso di tempo dalla commissione dell'infrazione, con pregiudizio al diritto di difesa dell'incolpato, che resterebbe "assoggettato per un tempo indefinito alle indagini della Procura federale".¹⁷

Ad avviso di questa giurisprudenza,¹⁸ alla norma deve essere assegnato un significato che non svuoti di efficacia la modifica operata dal legislatore, cosa che si verificherebbe laddove non si collegasse al rispetto del termine alcun effetto decadenziale. In tal caso, proprio a fronte del decorso del tempo, il tesserato si vedrebbe contestato un illecito disciplinare rispetto al quale avrebbe perso la possibilità di proporre una prova contraria.¹⁹

Si evidenzia, inoltre, in queste decisioni che l'applicazione dell'art. 152 c.p.c. non sarebbe possibile perché i termini per l'esercizio dell'azione disciplinare attengono ad una fase prodromica all'instaurazione del processo e non agli atti del processo.²⁰

A ciò si aggiunga che – ad avviso della giurisprudenza²¹ – nemmeno l'assenza di una espressa doverosità è tale da escludere la perentorietà.²² La linea di demarcazione tra carattere ordinatorio o meno del termine non discende dalle conseguenze della sua inosservanza, ma dal fatto che, se quest'ultimo è perentorio, la decadenza è un effetto *ope legis*, che si produce *ipso iure* alla sua scadenza, mentre se ordinatorio, la dichiarazione spetta al giudice, all'esito del vaglio in ordine al suo mancato rispetto.²³

¹⁵ V. parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7, rel. Bruno; Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23.

¹⁶ Codice di Giustizia Sportiva del CONI, deliberazione n. 1538 del Consiglio Nazionale del 9 novembre 2015, approvato con decreto Presidenza Consiglio dei Ministri del 16 dicembre 2015.

¹⁷ V. parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7, ove il Collegio afferma che "nel momento endoprocessuale è necessario che i tempi che definiscono gli addebiti a carico degli indagati siano contenuti. Ciò, sia al fine di consentire una pronta definizione della posizione del soggetto interessato, sia nella direzione di assicurare la massima attuazione del diritto di difesa, che potrebbe essere compromesso ove l'azione disciplinare fosse avviata molto tempo dopo la commissione dell'infrazione".

¹⁸ Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23; Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7.

¹⁹ Già Collegio di Garanzia, sez. IV, 11 aprile 2016, n. 17, rel. Russo; Collegio di Garanzia, sez. un., 27 luglio 2016, n. 29, rel. Sanino, ove il Collegio ha statuito, in ordine al lasso di tempo intercorrente tra la acquisizione della notizia dell'episodio e la data di iscrizione nel Registro delle possibili infrazioni, che: "non è possibile che una Procura rimanga indifferente alla notizia di una infrazione e proceda in modo non solerte e a suo piacimento alla iscrizione sul Registro dei fatti perseguibili. È quindi, necessario regolamentare adeguatamente tale segmento del procedimento e anche di ciò si dovrà dar carico la Giunta Nazionale del Coni; attualmente, infatti, mancando una prescrizione in merito, sarebbe arduo far ricorso a criteri di per sé assai discrezionali, quali il 'tempo ragionevole' o il 'periodo di tempo congruo', lasciando però priva di tutela la giusta pretesa a che la procura federale iscriva entro un termine preciso la notizia".

²⁰ Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23.

²¹ Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23. In dottrina, alla tesi maggioritaria che distingue il termine perentorio da quello ordinatorio, in ragione del fatto che il mancato rispetto dei secondi, a differenza dei primi, dà luogo a conseguenze diverse dalla decadenza v. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., p. 395, spec. nota 44.

²² In Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23, la Procura Generale dello Sport riteneva che il termine avesse carattere ordinatorio in quanto la norma (nel caso esaminato, l'art. 98, comma 5, Regolamento di Giustizia della FIT) prevede che il Procuratore federale "eserciti" l'azione disciplinare e non che "debba esercitarla".

²³ Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55.

Da ultimo, secondo il citato orientamento, assoggettare l'azione della Procura al rispetto dei termini previsti nella normativa federale si pone in linea con il principio di celerità e speditezza, che caratterizzano tutto il sistema della giustizia sportiva.²⁴

Pertanto, sulla scorta di tale interpretazione, decorsi trenta giorni dalla scadenza del termine per l'audizione o la presentazione della memoria, la Procura decade dal potere di esercitare l'azione disciplinare.²⁵

Come abbiamo detto, un secondo orientamento ritiene invece che il termine per l'esercizio dell'azione disciplinare abbia natura ordinatoria.²⁶ La *ratio* di tale orientamento che esclude la natura perentoria del termine trova fondamento nella necessità di assicurare il rispetto delle garanzie difensive.

Questa giurisprudenza ritiene che la natura ordinatoria del termine sarebbe in primo luogo desumibile dal dato letterale della norma, in quanto soltanto in presenza di una esplicita previsione il termine può essere qualificato come perentorio.²⁷

In assenza di una specifica statuizione, alla luce del richiamo operato dall'art. 2, comma 6, del CGS del CONI al codice di procedura civile, si ritiene che debba applicarsi l'art. 152 c.p.c. e dunque il termine debba considerarsi ordinario.

In particolare, il Collegio di Garanzia ha affermato che il termine di cui all'art. 44, comma 4, del CGS del CONI non possa definirsi "in alcun modo perentorio"²⁸ poiché tale norma non contiene alcuna esplicita previsione che subordini alla sua mancata osservanza la decadenza della Procura dal potere di esercitare l'azione.

Osserva a tale proposito il Collegio di Garanzia che quando il legislatore sportivo ha voluto attribuire natura perentoria al termine lo ha esplicitamente previsto.²⁹ Ciò emergerebbe dalla lettera dell'art. 152 c.p.c., che prevede che i termini processuali sono ordinari, salvo che la legge stessa li dichiari espressamente perentori.

A ciò si aggiunga che, per la giurisprudenza, l'inserimento di rigidi vincoli temporali si porrebbe in contrasto con il diritto di difesa dell'indagato, in particolare, nei casi in cui, stante la complessità, non

²⁴ Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23; parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7.

²⁵ Collegio di Garanzia, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 23; parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7, avente ad oggetto i termini previsti del Regolamento di Giustizia della FIT. Sul punto anche Collegio di Garanzia, 8 marzo 2018, n. 10, rel. Santoro, in materia di termine per la pronuncia della decisione di primo grado.

²⁶ Si esprimono a favore della natura ordinatoria del termine, Collegio di Garanzia, sez. un., 7 aprile 2017, n. 25, rel. Sanino, Zimatore, Zaccheo, D'Alessio; Collegio di Garanzia, sez. un., 10 luglio 2017, n. 50, rel. Auletta; Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55; Collegio di Garanzia, 8 marzo 2018, n. 11, rel. D'Alessio; Parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 5 marzo 2020, n. 1, rel. Falcone; Corte federale d'appello FIGC, 21 settembre 2020, n. 18.

²⁷ Collegio di Garanzia, sez. un., 7 aprile 2017, n. 25; Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55; Collegio di Garanzia, sez. I, 15 novembre 2017, n. 86, rel. Andreotta. Di recente, nel senso dell'esclusione della perentorietà, anche se relativa al termine di cui all'art. 51, comma 8, Regolamento di Giustizia della FIDAL per la pronuncia della decisione, si è pronunciato il Collegio di Garanzia, sez. I, 22 luglio 2022, n. 51, rel. Maietta. Si evidenzia che, ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, Regolamento di Giustizia della FIDAL, "i termini perentori sono espressamente qualificati tali nel presente regolamento" e che "ogni altro termine si intende libero". Ebbene, i giudici concludono statuendo che "da una siffatta affermazione normativa non ci si può discostare perché si scalfirebbe o, peggio, si abrogerebbe per via giustiziale una norma federale che, per contro, può essere modificata o abrogata unicamente dal legislatore federale". *Contra v.* parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7, rel. Bruno.

²⁸ Parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 5 marzo 2020, n. 1, rel. Falcone; Collegio di Garanzia, sez. un., 7 aprile 2017, n. 25.

²⁹ A titolo esemplificativo, è opportuno richiamare l'art. 48, comma 2, CGS che, in materia di applicazione di sanzioni su richiesta e senza incolpazione, stabilisce che "decorso tale termine, in assenza di osservazioni da parte del Presidente della Federazione, l'accordo acquista efficacia e comporta, in relazione ai fatti relativamente ai quali è stato convenuto, l'improponibilità assoluta della corrispondente azione disciplinare".

si riesca a bilanciare l'accertamento della sua responsabilità con le garanzie che lo stesso può esercitare.³⁰

Tuttavia, alcune decisioni del Collegio di Garanzia hanno escluso che i termini possano definirsi “puramente ordinatori”,³¹ in quanto le esigenze di celerità e speditezza del procedimento disciplinare, portano il giudice federale, seppure escludendo la perentorietà, ad esaminare volta per volta se “il tempo sia stato amministrato dalla Procura Federale *cum grano salis*, nel rispetto, cioè, del delicato equilibrio tra esigenze investigative e garanzie di difesa”.³² La linea di demarcazione deve essere ricercata alla luce dei canoni di ragionevolezza e in chiave di garanzia dell'interessato, così da considerare la diversa gradazione delle esigenze di certezza e di celerità connaturate a ciascun ordinamento giuridico.³³

3. Segue: La decisione delle sezioni unite del Collegio di Garanzia e la scelta della perentorietà

Il problema della natura dei termini che regolano l'azione del Procuratore federale è stato risolto dalle sezioni unite del Collegio di Garanzia, le quali si sono pronunciate a favore della perentorietà del termine,³⁴ dichiarando, in caso di mancato rispetto, la decadenza dal potere di esercizio dell'azione disciplinare e dunque l'inefficacia degli atti compiuti.³⁵

La pronuncia in esame ripercorre le oscillazioni della giurisprudenza del Collegio di Garanzia in ordine alla natura dei termini del procedimento disciplinare, concludendo nel senso della perentorietà dei termini ex artt. 44, comma 4, 45, comma 1, e 47, comma 3, CGS del CONI.

A ben vedere, le sezioni unite introducono, rispetto al passato, un ulteriore elemento a sostegno della perentorietà del termine, laddove affermano che “la natura perentoria dei termini è confermata anche da quanto espressamente disposto all'art. 45 CGS del CONI, a mente del quale ‘il potere di sanzionare i fatti disciplinarmente rilevanti si estingue quando il Procuratore federale non lo eserciti entro i termini previsti dal presente Codice’”.

La perentorietà viene agganciata all'art. 45 CGS del CONI, rubricato “Prescrizione dell'azione”, che è applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 44 CGS del CONI, con l'effetto che, decorso il termine di trenta giorni, il potere del Procuratore di sanzionare i fatti si estingue.³⁶

³⁰ Collegio di Garanzia, sez. un., 7 aprile 2017, n. 25; Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55; parere del Collegio di Garanzia, sez. consultiva, 5 marzo 2020, n. 1, rel. Falcone. V. M. Sanino, *Giustizia sportiva*, cit., p. 317, spec. nota 6.

³¹ Collegio di Garanzia, sez. un., 7 aprile 2017, n. 25; Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55. Sul punto M.P. Pignalosa, *Questioni al vaglio delle sezioni unite del collegio di garanzia dello sport*, cit.; M. Annunziata, *Decorrenza e natura del termine previsto dal codice di giustizia sportiva per l'esercizio dell'azione disciplinare*, in *Riv. dir. sportivo*, 2017, I, p. 159 ss.

³² Collegio di Garanzia, sez. IV, 6 luglio 2017, n. 55.

³³ *Ibidem*.

³⁴ “Ritiene, infatti, la Sezione che l'insieme degli elementi di fatto e di diritto e, nello specifico, le oscillazioni giurisprudenziali riferite all'interpretazione del quadro normativo di riferimento suppongano un chiarimento sistematico da parte dell'Organo nomofilattico in ordine alla natura dei ricordati termini che regolano l'azione del Procuratore Federale”, così Collegio di Garanzia, sez. I, 13 ottobre 2021, n. 88. Sul punto M. Sanino, *Giustizia sportiva*, cit., p. 314, spec. nota 6.

³⁵ Collegio di Garanzia, sez. un., 14 aprile 2022, n. 17, cit. La fattispecie in esame concerne il mancato rispetto del termine per la comunicazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. In particolare, le attività di indagine della Procura federale FIGC si concludevano in data 25 luglio 2019 e solo con atto del 16 gennaio 2020 (ricevuto il 23 gennaio 2020), la Procura inviava agli incolpati la “Comunicazione di conclusione delle indagini”, assegnando il termine per presentare memorie o chiedere di essere sentiti. Seguiva in data 20 febbraio 2020, il deferimento dinanzi al Tribunale Federale dell'incolpato. Il Collegio, dunque, afferma che “il ragionevole bilanciamento tra le ragioni di celerità del procedimento e quelle di ricostruzione della verità dei fatti, di accertamento delle responsabilità dell'indagato e, dunque, di giustizia sostanziale impone di ritenere che i termini ex artt. 44, comma 4, 45, comma 1, e 47, comma 3, CGS del CONI siano perentori e che la loro mancata osservanza determini la decadenza dal potere di esercizio dell'azione disciplinare da parte della Procura Federale e, dunque, l'inefficacia degli atti compiuti”.

³⁶ Ad avviso del Collegio, “siffatta disposizione, per vocazione funzionale, non interessa soltanto le ipotesi contemplate nei commi successivi dello stesso articolo, ma, letto in chiave sistematica, informa anche l'art. 44 con l'effetto che, come nei

La scelta della perentorietà del termine appare condivisibile in quanto coerente con l'assetto normativo che emerge dall'analisi delle norme che regolano il processo sportivo.

Anzitutto, si rileva che la mancata qualificazione del termine come perentorio da parte del legislatore sportivo non rappresenta un indice inequivoco della sua natura ordinatoria.³⁷ Seppure l'art. 152, comma 2, c.p.c. – qui richiamato per effetto del rinvio dell'art. 2, comma 6, del CGS del CONI ai principi e alle norme generali del processo civile³⁸ – preveda che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo espressa dichiarazione in senso contrario, la perentorietà del termine si può desumere dalla funzione in fatto perseguita con le singole previsioni.³⁹

Orbene, l'assenza di una espressa previsione in ordine alla natura del termine non esclude automaticamente il suo carattere perentorio che dovrà invece essere ricercato nello "scopo che persegue e nella funzione che adempie".⁴⁰

Se lo scopo della fissazione dei termini è – nel caso di specie – quello di garantire l'esercizio del diritto di difesa dell'indagato, evitando che questi resti assoggettato per un tempo indeterminato alle indagini della Procura, i tempi in cui si definiscono gli addebiti a carico dei tesserati e/o affiliati devono essere certi, così come le conseguenze dell'inutile decorso degli stessi.⁴¹

La necessità di cadenzare l'attività procedimentale a garanzia delle prerogative dell'incolpato è peraltro conforme al principio di celerità che innerva il sistema di giustizia sportiva. Come ogni attività processuale, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del CGS del CONI, il processo sportivo deve essere ispirato ai principi del giusto processo, tra i quali figura quello della ragionevole durata.⁴²

casi elencati all'art. 45, comma 3, il decorso del termine comporta l'estinzione del procedimento disciplinare". Nello stesso senso v. Tribunale federale FIBS, 13 luglio 2022, proc. n. 6, ove si afferma che "La lettura del combinato disposto dell'art. 64, comma 4, e dell'art. 65, comma 1, il quale prevede che "il potere di sanzionare i fatti disciplinarmente rilevanti si estingue quando il procuratore federale non lo eserciti entro i termini previsti dal presente regolamento", porta questo Collegio ad applicare quest'ultima norma (di portata generale) anche nel caso previsto dall'art. 64, comma 4, con la conseguenza che, come negli altri casi previsti dall'art. 65, il decorso di tale termine comporta l'estinzione del potere di esercitare l'azione disciplinare". *Contra* v. Tribunale federale FISE, 12 maggio 2020, n. 7/2021, ove si afferma che "è la stessa struttura della norma invocata dalla difesa (art. 65, terzo comma) che consente di indagare e condurre a tale esito esegetico, giacché in essa si legge, nel suo incipit, 'fermo quanto previsto dal precedente articolo 64, comma 5, il diritto di sanzionare si prescrive (...)' di talché il legislatore sportivo non ha affatto voluto parificare, quanto agli effetti, l'art. 64, quinto comma, alle fattispecie descritte dal terzo comma dell'art. 65 (cosa che sarebbe stata possibile solo ove il legislatore avesse optato per altra formula lessicale come 'oltre a quanto previsto dal precedente articolo 64, comma 5, il diritto di sanzionare si prescrive'".

³⁷ Parere del Collegio di Garanzia dello Sport, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7, rel. Bruno; da ultimo, Collegio di Garanzia dello Sport, 14 aprile 2022, n. 17, cit.

³⁸ Cfr. art. 2, comma 6, CGS del CONI, che, per ciò che qui rileva, rinvia agli artt. 152-155 c.p.c. Sul punto, v., in dottrina, P. Sandulli, M. Sferrazza, *Il giusto processo sportivo. Il sistema di giustizia sportiva della federazione calcio*, Milano, 2015, pp. 80-81; in giurisprudenza, v. Collegio di Garanzia dello Sport, sez. I, 31 luglio 2018, n. 39, rel. Branca. In senso più ampio, in ordine ai rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, v. S. Terracciano, *Fonti dell'ordinamento sportivo*, in *Repertorio ragionato del Collegio di garanzia dello sport*, cit., p. 253 ss.

³⁹ Parere del Collegio di Garanzia dello Sport, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7. A tale proposito, il requisito di cui all'art. 152 c.p.c. è soddisfatto non solo in presenza di una norma di legge che espressamente attribuisce al termine natura perentoria, ma anche laddove tale qualificazione possa desumersi dall'atto a cui è soggetto o dalla "sua sussunzione sotto una data norma", N. Picardi, R. Martino, *Termini (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 153.

⁴⁰ Cass., 1° luglio 2008, n. 17978, in *Giur. it.*, 2008, p. 1070; Cass., 25 giugno 2007, n. 14692, *ivi*, 2007; Cass., 15 ottobre 2010, n. 21365, 2010, in *Dejure*; Cass., sez. un., 23 settembre 2014, n. 19980, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, ove si afferma che la perentorietà può essere desunta dallo scopo, dal carattere del termine, nonché dagli effetti che "l'inutile decorso di esso produce secondo l'espressa sanzione normativa"; Cass., 31 marzo 2015, n. 6432, in *Riv. es. forz.*, 2015; Cass., 15 marzo 2016, n. 5060, occorre guardare allo "scopo", al "carattere del termine" e agli "effetti che l'inutile decorso di esso produce secondo l'espressa sanzione normativa".

⁴¹ Parere del Collegio di Garanzia dello Sport, sez. consultiva, 29 novembre 2018, n. 7.

⁴² Cfr. V. Ceccarelli, *Procedimento e processo sportivo disciplinare*, in *Repertorio ragionato del Collegio di garanzia dello sport*, cit., p. 411 e ss.; P. Sandulli, *I principi generali del giudizio sportivo "calcistico"*, cit., pp. 983 ss., spec. p. 987; L. Caso, *I poteri degli organi di giustizia sportiva*, in *La giustizia nello sport*, cit., p. 1015.

L'effettiva esplicazione del principio della ragionevole durata presuppone la certezza dei termini processuali, dal momento che una giustizia che non sia anche tempestiva rischia di rivelarsi irrimediabilmente vana.⁴³

Nel quadro del principio di celerità e speditezza, “espressione del dinamismo che conforma l'attività sportiva plasmandone tempi e modalità di organizzazione”,⁴⁴ il termine processuale rappresenta il presidio all'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, evitando che quest'ultimo resti vincolato per un tempo indefinito alla attività di indagine della Procura.

La perentorietà del termine sarebbe peraltro suggerita dall'art. 9, comma 3, del CGS del CONI, laddove si afferma che la parte che dimostri di essere incorsa in una decadenza per causa alla stessa non imputabile può essere rimessa in termini.⁴⁵

La rimessione in termini mira a temperare la rigida scansione temporale dell'attività processuale, consentendo alla parte di porre in essere un'attività dalla quale sarebbe altrimenti decaduta, purché sia data la prova che la decadenza derivi da una causa ad essa non imputabile.

La previsione di un siffatto rimedio, che ricalca sostanzialmente l'art. 153, comma 2, c.p.c.,⁴⁶ postula la perentorietà del termine e consente di avvalorare l'interpretazione che ricollega al mancato rispetto di quest'ultimo la decadenza dal potere di esercizio dell'azione disciplinare.

4. Un equilibrio instabile

Nonostante l'equilibrio raggiunto dalle sezioni unite del Collegio – che ritengo condivisibile –, lo stesso risulta incerto come emerge dalla decisione della quarta sezione del Collegio di Garanzia la quale, intervenuta successivamente rispetto alla predetta pronuncia, si esprime nel senso del carattere ordinatorio del suddetto termine.⁴⁷

In questo caso, i giudici giungono ad attribuire natura ordinatoria al termine aderendo alla lettera dell'art. 33, comma 1, Regolamento di giustizia FISE.⁴⁸

In altri termini, il ragionamento da cui muove il Collegio della quarta sezione sta nel fatto che nonostante vi siano norme nel regolamento CGS del CONI dalle quali sarebbe desumibile la natura

⁴³ Corte federale d'appello FIGC, sez. un., 28 settembre 2020, n. 23/2020/2021.

⁴⁴ Così, Collegio di Garanzia, Lodo n. 9/2022. A tale proposito, v. anche Collegio di Garanzia, sez. I, 6 luglio 2016, n. 27, rel. Andreotta, ove il Collegio, in merito ai termini per il deposito della pronuncia, ha affermato che “nessun dubbio, può esservi, allora, circa la perentorietà di termini come innanzi stabiliti, anche considerando come gli stessi risultino essere in perfetta armonia con i principi generali della Giustizia Sportiva che prevedono, espressamente, la massima restrizione dei tempi per la risoluzione delle controversie sportive, dovendosi la giurisdizione armonizzare all'incalzare di qualificazioni, tornei, campionati ecc.”.

⁴⁵ Cfr. Art. 9, comma 3 del CGS del CONI, il quale recita: “Il giudice non può rinviare la pronuncia né l'udienza se non quando ritenga la questione o la controversia non ancora matura per la decisione, contestualmente disponendo le misure all'uopo necessarie. Può sempre ammettere a parte che dimostri di essere incorsa in decadenza per causa alla stessa non imputabile a compiere attività che le sarebbero precluse”. In ordine all'art. 50 CGS FIGC, il quale ricalca l'art. 9 CGS del CONI, v. A. Blandini, P. Del Vecchio, A. Lepore, *Codice di giustizia sportiva FIGC*, cit., p. 616.

⁴⁶ Per una ricostruzione generale dell'istituto della rimessione in termini nel quadro della dottrina processualcivile si veda R. Caponi, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, *passim*; *Codice di Procedura Civile, Commentario*, diretto da Consolo, I, sub art. 153, cit., p. 1752; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., p. 392 ss.

⁴⁷ Collegio di Garanzia, sez. IV, 30 giugno 2022, n. 42.

⁴⁸ Cfr. Art. 33, primo comma, Regolamento FISE, ora art. 32, comma 1, in forza del quale “Salvo diversa previsione che determini l'effetto della relativa inosservanza, tutti i termini previsti dal presente Regolamento sono da intendersi come ordinatori”. Cfr. Collegio di Garanzia, sez. IV, 30 giugno 2022, n. 42, ove i giudici affermano che “Questo Collegio, facendo proprio l'orientamento delle Sezioni Unite da ultimo richiamate, evidenzia l'impropria divergenza tra il CGS e la regolamentazione delle FISE sui procedimenti di giustizia sportiva, che contrasta con la ratio di uniformità sottesa alla riforma della giustizia sportiva attuata, per l'appunto, con il CGS, giacché, nello specifico, l'art. 33, comma 1, Regolamento di giustizia della FISE (in senso diametralmente opposto all'art. 38 [oggi art. 44, comma 6] del CGS della FIGC) recita: ‘Salvo diversa previsione che determini l'effetto della relativa inosservanza, tutti i termini previsti dal presente Regolamento sono da intendersi come ordinatori’”.

perentoria del termine per l'esercizio dell'azione del Procuratore, risulti preponderante l'applicazione della norma del Regolamento di Giustizia FISE che all'art. 33 prevede che tutti i termini di tale regolamento debbano definirsi ordinatori.

Tale soluzione sarebbe a mio parere coerente dal momento che le disposizioni generali si applicano nel silenzio delle particolari.⁴⁹

Tuttavia, la soluzione adottata dal Collegio non tiene conto del fatto che gli artt. 64 e 65 Regolamento di Giustizia FISE riproducono in maniera pedissequa gli artt. 44 e 45 CGS del CONI che, nell'interpretazione delle sezioni unite, qualificano invece come perentorio il termine per l'esercizio dell'azione disciplinare.

Soluzione di cui il medesimo Collegio di Garanzia tiene conto e ritiene che debba essere sempre applicata salva diversa e (specifica) soluzione normativa regolamentare.

Ecco il cortocircuito motivazionale: da un lato, si adotta la soluzione delle sezioni unite, dall'altro, si fa riferimento ad una norma generale del regolamento federale.

Ciò non è condivisibile in quanto la riserva della normativa federale deve avvenire solo con riferimento alla speciale normativa sull'azione disciplinare, non rinviando a generiche disposizioni generali-regolamentari.

Ben diversa, dunque, a mio parere, avrebbe dovuto essere la soluzione a cui il Collegio sarebbe dovuto approdare, ovvero verso la perentorietà del termine che, nel quadro dei principi enucleati dalla giurisprudenza del Collegio di Garanzia e dalla lettura delle norme che regolano il processo sportivo, si ritiene debba trovare applicazione, salvo il caso in cui vi sia una disposizione specifica in materia di azione disciplinare che si esprima nel senso dell'ordinatorietà.

A ben vedere, dunque, la *quaestio* della natura ordinatoria ovvero perentoria del termine si ricompona solo in presenza di una espressa previsione normativa, peraltro auspicata dal Collegio di Garanzia nella recente pronuncia citata,⁵⁰ non tanto all'interno dei regolamenti federali, quanto all'interno del CGS del CONI.

È infatti evidente che la piena applicazione del principio della perentorietà del termine enucleato dalla giurisprudenza può essere realizzata appieno solamente attraverso una modifica del CGS del CONI, al quale le normative federali dovranno conformarsi.

Lo stato dell'arte evidenzia infatti l'inidoneità della giurisprudenza a garantire l'applicazione di un principio unitario avanti agli organi di giustizia di tutte le federazioni, con il rischio del proliferare di soluzioni normative che condurrebbero ad un sistema incapace di garantire un livello di protezione equivalente a ciascun tesserato e/o affiliata.

⁴⁹ In ordine al rapporto tra CGS del CONI e Regolamenti federali si rileva che ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma 3 e 64, comma 2, del CGS del CONI, ciascuna Federazione provvede a conformare i rispettivi statuti e regolamenti di giustizia alle previsioni contenute all'interno del Codice, restando ferma tuttavia la propria competenza a definire "le fattispecie dei comportamenti rilevanti sul piano disciplinare". Le norme federali sono adottate in conformità ai principi generali dell'ordinamento e hanno natura speciale rispetto al CGS del CONI, al quale si rinvia per tutto quanto non previsto dalla fonte regolamentare. Sul punto, Parere del Collegio di Garanzia dello Sport, sez. consultiva, 30 giugno 2015, n. 5, Rel. Bruno; Collegio di Garanzia dello Sport, sez. IV, 24 giugno 2019, n. 48, rel. Storto, ove il Collegio afferma che l'art. 64, commi 2 e 5 CGS del CONI pone un obbligo di adeguamento degli Statuti e dei Regolamenti di Giustizia federali al Codice di giustizia sportiva del CONI, presidiato dalla sanzione, in caso di mancato adeguamento, della revocabilità delle pronunce endofederali non più impugnabili rese in violazione dei principi inderogabili sull'ordinamento o sullo svolgimento del giudizio posti nelle fonti CONI. Sul punto v. anche Deliberazione n. 1510-1511 del 11 giugno 2014 del Consiglio Nazionale, ove si afferma che "Le Federazioni Sportive Nazionali e le Discipline Sportive Associate devono adeguare i propri statuti e regolamenti ai Principi di Giustizia Sportiva emanati dal Consiglio Nazionale del Coni".

⁵⁰ Collegio di Garanzia, sez. IV, 30 giugno 2022, n. 42, ove si invoca "l'attenzione del legislatore sportivo in ordine alla necessità di provvedere affinché sia garantita l'uniformità tra i regolamenti di giustizia delle singole Federazioni alle norme del CGS del CONI contenute nell'art. 44, alla luce dell'interpretazione datane dalle Sezioni Unite nella richiamata decisione n. 17/2022 e fatta propria da questo Collegio".

5. Considerazioni conclusive

Con la pronuncia a sezioni unite, il Collegio di Garanzia si è espresso a favore della perentorietà del termine, ricollegando all'inosservanza di quest'ultimo la decadenza dal potere di esercizio dell'azione della Procura e, di conseguenza, l'inefficacia degli atti compiuti in violazione delle predette norme.

La perentorietà del termine, ad avviso di chi scrive, deve essere condivisa ed è auspicabile che trovi legittimazione non solo nella giurisprudenza del Collegio di Garanzia ma anche in quella federale. Peraltro, la perentorietà rappresenta la scelta verso la quale la dottrina e la giurisprudenza devono convergere in virtù dei principi enucleati dalle pronunce del Collegio di Garanzia e alla luce di ragioni di ordine sistematico: dal momento che il Procuratore federale è parte del processo – e non giudice –, per effetto del richiamo alle norme del codice di procedura civile, deve essere assoggettato ai termini perentori che scandiscono l'attività processuale della prima.

Tuttavia, la soluzione alla quale è approdata la giurisprudenza sportiva risulta allo stato insoddisfacente, in quanto suscettibile di essere superata ogniqualvolta il legislatore federale decidesse di attribuire natura ordinatoria al termine attraverso una previsione normativa.

Stante l'assenza di una esplicita statuizione nel senso della perentorietà nel CGS del CONI, salvo aderire alla lettera offerta dalle sezioni unite del Collegio, ciascun legislatore federale può infatti adottare una propria disciplina, dando vita ad un sistema non omogeneo che offre diversi livelli di protezione agli incolpati a seconda della federazione alla quale afferiscono.

L'UTILIZZO DEGLI ANIMALI NELLO SPORT

IL D.LGS. 36/2021 LE CRITICITÀ DI UNA NORMATIVA ATTESA E DOVUTA

Tommaso Di Paolo

Funzionario giuridico del Ministero della Salute

Martina Toniato

Dottoressa in Giurisprudenza

Abstract

Il decreto legislativo n. 36 del 28 febbraio 2021 opera un cambiamento cardinale, seppur non inatteso, che ha visto la mano normativa affrontare per la prima volta in modo deciso il ruolo degli animali nello sport. Un'apertura che deriva da conoscenze scientifiche, posizioni europee e interventi di federazioni ed enti di promozione sportiva, che porta con sé alcune sostanziali perplessità sulla concreta attuazione futura. L'elaborato affronta i cambiamenti della dottrina e della normativa di settore alla luce delle nuove conoscenze in ambito di benessere animale, ponendo l'accento sulle problematiche valutative e sulla condizione giuridica dell'animale inteso non solo come *essere senziente* bensì come atleta. Non più una semplice *res*, come peraltro afferma ancor oggi il nostro codice civile, piuttosto il riconoscimento di un soggetto portatore di autonomi interessi che viene considerato aldilà della *longa manus* della persona fisica che lo detiene.

Parole chiave: Benessere animale, Tutela giuridica degli animali nello sport, Federazioni sportive, Cavallo atleta, Regolamenti sportivi

Abstract

The legislative decree n. 36 of 28 February 2021 makes a cardinal change, although not unexpected, which has seen the regulatory hand decisively address the role of animals in sport for the first time. An opening that derives from scientific knowledge, European positions and interventions by federations and sports promotion bodies, which brings with it some substantial doubts about the concrete future implementation. The thesis deals with the changes in the doctrine and in the sector legislation in the light of the new knowledge in the field of animal welfare, placing the emphasis on the evaluation problems and on the legal condition of the animal understood not only as a sentient being but as an athlete. No longer a simple res, as our civil code still affirms today, rather the recognition of a subject with autonomous interests who is considered beyond the longa manus of the natural person who holds it.

Keywords: Animal welfare, Legal protection of animals in sport, Sports federations, Athlete horse, Sports regulations

1. Premessa

Come noto, con decreto legislativo n. 36 del 28 febbraio 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 67 del 18 marzo 2021, in attuazione dell'art. 5 della Legge-delega 8 agosto 2019, n. 86,¹ sono state emanate disposizioni di riordino e riforma in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo. Meno note sono, invece, le disposizioni contenute in 6 articoli del richiamato decreto: si tratta di novità sostanziali per l'impiego di animali nello sport che, complice anche un florido sviluppo di specifiche conoscenze scientifiche e di un riconoscimento normativo di stampo europeo, abbisognava di importanti aggiornamenti.

Infatti, il decreto legislativo contiene, tra gli altri, al Titolo IV, delle disposizioni generali relative all'impiego degli animali nelle discipline sportive (artt. 19-21) e delle disposizioni specifiche relativamente agli sport equestri (artt. 22-24). È una vera e propria novità per il sistema normativo italiano in quanto mai prima d'ora alcuna fonte primaria aveva disciplinato in maniera così puntuale le modalità di pratica dell'attività sportiva, lasciando questa incombenza ai regolamenti di settore.

È curioso che questa necessità sia sorta primariamente per la tutela del benessere degli animali impiegati negli sport.

Tale novità, frutto di una maggiore attenzione all'interno della società del rapporto uomo-animale, è al tempo stesso considerata un atto dovuto in quanto l'ambito sportivo era rimasto l'unico settore di interazione uomo-animale in cui non erano stabiliti dei principi normativi, con il paradosso di avere delle normative puntuali e precise in caso di detenzione di animali da compagnia, di ricerca mediante l'utilizzo degli animali, di allevamento e di produzione degli alimenti e non avere alcuna norma, ad eccezione delle previsioni di cui all'art. 544-*bis* e ss. del c.p., in caso di detenzione di animali per fini sportivi.

2. Il campo di applicazione del decreto legislativo 36/2021 e l'evoluzione della tutela animale negli sport

Al fine di comprendere la portata applicativa del decreto legislativo, si rende necessario esaminarne, in primo luogo, il contenuto.

Una norma di particolare interesse è quella dettata dall'art. 19, rubricato "Benessere degli animali impiegati in attività sportive", il quale al comma 1 stabilisce, con lo scopo di preservare il benessere degli animali impiegati in attività sportive, i precetti di gestione e custodia degli stessi declinandoli in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle esigenze etologiche.²

Urge domandarsi se il concetto di attività sportiva debba intendersi come qualsiasi tipo di attività fisica svolta con gli animali – e quindi accordando una accezione estensiva delle prescrizioni previste dal decreto legislativo – oppure se sia da considerarsi unicamente come attività svolta attraverso affiliazioni e tesseramenti presso le federazioni e gli enti di promozione sportiva, finendo per circoscrivere la portata applicativa del decreto e della conseguente tutela degli animali a situazioni determinate.

È possibile fornire una risposta al quesito di cui sopra a partire dalla lettura organica delle norme successive e in particolare degli articoli 20 e 21. Da queste, infatti, si può desumere che il campo di

¹ In data 2 novembre 2022 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.lgs. 5 ottobre 2022 n. 163 di integrazione e correzione del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36, il quale ad eccezione della modifica apportata all'articolo di delega governativa circa la regolamentazione delle manifestazioni popolari pubbliche e private con impiego di equidi (c.d. palii), non oggetto del presente approfondimento, non ha comportato alcuna modifica sostanziale alle questioni in argomento.

² Comma 1 art. 19 del d.lgs. 36/2021: Coloro che detengono a qualsiasi titolo un animale impiegato in attività sportive, sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle sue esigenze etologiche.

applicazione del decreto sia collegato alle competizioni sportive³ e alle gare che vengono svolte con gli animali, specificando che le federazioni sportive nazionali e agli enti di promozione sportiva debbano necessariamente dotarsi di regolamenti in cui vengano fissate le sanzioni da applicarsi ai soggetti che violino le disposizioni di detti articoli. Fatte salve sempre le conseguenze in termini di responsabilità civile e penale.⁴

Appurato che la lettura del titolo IV, capo I si focalizza sugli aspetti di benessere degli animali utilizzati in ambito sportivo intesa come attività regolata e svolta sotto l'egida delle federazioni sportive ed enti sportivi e quindi regolata dal CONI, è importante capire in concreto a quali attività possa essere applicata.

È fondamentale distinguere, da un lato, l'attività che tradizionalmente viene associata all'attività sportiva con gli animali, ossia, esclusivamente l'attività equestre, alla quale il decreto dedica un capo apposito di tre articoli e, dall'altro lato, le attività sportive svolte con animali regolamentate da un ente che risponde al CONI. È proprio con riferimento a queste ultime che si richiede un'analisi più dettagliata.

Oltre alle già richiamate attività equestri, distinguendo quindi le attività regolamentate e svolte sotto le due federazioni equestri riconosciute dal CONI ovverosia FISE e FITETREC ANTE, ognuna per i propri settori di competenza,⁵ e gli enti di promozione sportiva, nell'immaginario comune possono tornare alla mente le attività, un tempo solo di stampo addestrativo o di selezione delle razze e successivamente di carattere sportivo, che vengono compiute assieme ai cani, nonché l'attività dei colombi viaggiatori da competizione.

Tali attività sono normate e gestite da enti di promozione sportiva e, per quanto attiene ai cani, anche dalla Federazione Italiana Discipline Armi Sportive e da Caccia (FIDASC) riconosciuta dal CONI, mentre per quanto concerne i colombi l'ente di riferimento è la Federazione Colombofila Italiana, che a dispetto del nome è un ente di promozione sociale e sportiva di fatto non riconosciuto dal CONI. Ad ogni modo le predette attività comportano la necessità di possedere disciplinari e regolamenti che dettino parametri e limiti di svolgimento, nonché assicurazioni proprie del mondo di tali enti.

Ma dall'analisi del tenore letterale dell'art. 19 occorre addentrarsi in maniera più profonda all'interno delle attività sportive svolte con gli animali e dare una interpretazione estensiva di quanto ivi contenuto e della tutela da applicare agli animali.

³ Art. 20 del d.lgs. 36/2021 “1. L'ammissione dell'animale ad una manifestazione e competizione sportiva è subordinata all'accertamento, da parte di un veterinario, della sua idoneità a gareggiare, per condizioni di salute, età e genere, e della sua regolare identificazione e registrazione ai sensi della normativa vigente. L'organizzatore di eventi sportivi con animali garantisce la presenza o la reperibilità di un veterinario durante lo svolgimento della manifestazione o gara”.

⁴ Art. 21 (Sanzioni disciplinari) “1. Le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate e gli Enti di Promozione Sportiva che impiegano animali in attività sportive si dotano di appositi regolamenti che fissino, in caso di inosservanza delle disposizioni di cui al presente Capo, sanzioni disciplinari che possono prevedere fino alla revoca dell'affiliazione, per le società e le associazioni sportive, o del tesseramento, per le persone fisiche. Restano comunque ferme le conseguenze in termini di responsabilità civile e penale derivanti dalla trasgressione degli obblighi di cui al presente Capo”.

⁵ Sulla questione si rimanda ai numerosi documenti che provano a delimitare i campi di applicazione delle due federazioni riconosciute in ambito equestre, vista la peculiarità del settore, unico caso in Italia, che vede riconosciute dal CONI due federazioni ognuna per aspetti differenti. La FITETREC ANTE (Federazione Italiana Turismo Equestre e TREC) nello specifico si costituisce a Roma nel 1968 con la denominazione ANTE (Associazione Nazionale Turismo Equestre) e annovera tra i suoi scopi principali l'organizzazione e la diffusione della pratica equestre in campagna e la valorizzazione del cavallo. Nel 1974 insieme con altri organismi europei, fonda la FITE - Federazione Internazionale di Turismo Equestre – a cui FITETREC ANTE è affiliata e dalla quale è riconosciuta come unica rappresentante in Italia. Tale disciplina è stata riconosciuta dal CONI quale disciplina associata alla FISE. A seguito della decisione della giunta CONI n. 476 del 4 giugno 2001, la Federazione ha assunto la denominazione di Federazione Italiana di Turismo Equestre e Tecniche di Ricognizione Equestre Competitiva - ANTE (FITETREC-ANTE, di seguito solo FITETREC), in quanto riunisce le associazioni e gli altri enti che hanno come fine il Turismo Equestre ed il TREC, nonché gli altri scopi ludico-addestrativi, culturali e di volontariato. Nel 2007 FITETREC ha ottenuto il riconoscimento diretto come Federazione da parte del CONI – del quale fa parte come disciplina sportiva associata – e rappresenta in seno al Comitato Olimpico il referente per l'Italia delle discipline agonistiche del TREC, della monta da lavoro, della monta western, del cross e del turismo equestre a livello nazionale e internazionale.

La tutela garantita dalla normativa non è indirizzata solamente agli animali cosiddetti *principali* come il cavallo e il cane nelle casistiche sopra riportate, ma si spinge fino a coprire anche a quegli animali che sono coinvolti nelle attività sportive in modo indiretto. Si pensi, ad esempio, alla caccia alla volpe in cui uomo e cavallo, supportati da una muta di cani, inseguono una volpe (fittizia, come nella maggioranza dei casi ormai, o vera che sia) oppure ad alcune discipline della monta *western* in cui attraverso i cavalli vengono “puntati” alcuni bovini al fine di rinchiuderli in un recinto. Inoltre, si può fare riferimento anche ad altri sport in cui l’uomo funge solo da tecnico e lascia l’attività interamente agli animali; oppure l’uomo è protagonista e l’animale diventa una vittima sacrificale, come le attività della caccia anche mediante l’uso di cani in cui sono utilizzate selvaggine naturali,⁶ quali cinghiali, quaglie, lepri ecc.; o ancora alla pesca, anch’esse ricomprese nei regolamenti di federazioni sportive (Federazione Italiana Discipline Armi Sportive da Caccia e la Federazione Italiana Pesca Sportiva ed Attività Subacquee) ed enti di promozione sportiva riconosciute dal CONI.

Le attività con i cani, quali quelle regolamentate dalla FIDASC, si distinguono, infatti, per l’impiego di diverse razze di cani in eventi rientranti sotto la definizione di sport, inteso come attività regolamentata da un ente riconosciuto dal CONI, dove sono ricreate battute di caccia nei confronti di altri animali provenienti da allevamenti, e quindi in tal caso immessi artificialmente sul terreno della competizione, oppure presenti in natura nei luoghi di svolgimento della manifestazione. In tali prove i cani, spinti dall’istinto naturale, devono seguire le tracce lasciate dalla cacciagione e all’attenzione di precisi comandi dell’addestratore si muovono nel terreno di svolgimento della battuta di caccia al fine di intrappolare l’animale preda. Esempi di altre manifestazioni considerate sportive, regolate invece dalla federazione di pesca sportiva ed attività subacquee, vedono i pesci quali animali al centro delle attività; le discipline sono svariate, ma hanno tutte come scopo finale la cattura coercitiva dei pesci, che seppur, in qualche modo, tenuti in vita e in seguito liberati vengono pescati dai loro habitat naturali.

Discorso a parte merita l’attività coi colombi, le cui discipline sportive che li coinvolgono si basano sulle loro capacità di resistenza in volo e sul loro istinto a tornare nel luogo in cui sono nati. A tal fine sono organizzate competizioni di durata flessibile le cui distanze che i volatili sono chiamati a colmare superano i 700 km.

Ad un primo sguardo, sembrerebbe che la pratica di questi sport sia in totale contrasto con il disposto dell’art. 19 del decreto legislativo in esame. Infatti, il prescritto divieto di utilizzare “qualsiasi metodo di coercizione o costrizione e l’utilizzo di mezzi o dispositivi che possano provocare danni alla salute e al benessere psicofisico dell’animale e comunque provocarne sofferenza”, sembrerebbe adattarsi con difficoltà a molte delle discipline regolamentate dalle federazioni tenuto conto che tale divieto implicherebbe una valutazione della volontà dell’animale partecipante. Risulterebbe complesso, se non pressoché impossibile, attribuire una simile volontà all’animale a meno che il suo rapporto col compagno umano sia tale da generare una soddisfazione dello stesso nell’atto di assecondare con complicità le richieste del padrone. Una simile circostanza può rilevarsi comunemente nell’attività cinofila o in una corretta attività equestre, mentre risulterebbe certamente più arduo individuare lo stesso riscontro in tutte le altre attività che coinvolgono gli animali, tanto da risultare in contrasto con l’obiettivo stesso degli sport riconosciuti da alcune federazioni e quindi dal CONI stesso.

3. La tutela dell’animale impiegato in attività sportive

Il decreto, pertanto, rappresenta un passo evolutivo nel rapporto uomo/animale che risulta essere molto più innovativo rispetto alle discipline sportive stesse fino al punto da far risultare alcuni sport quotidianamente praticati inconciliabili con i precetti normativi.

⁶ Per un approfondimento si veda al link: <http://www.fidasc.it/it/cinofilia/cinofilia-venatoria/regolamenti-cinofilia-venatoria/2022-8.html>.

All'origine del testo normativo qui discusso, vi è il lento e progressivo percorso che ha portato all'introduzione del concetto di senzietà degli animali come da primo introdotto dal Trattato di Lisbona. Con il proliferare della normativa di settore e non, abbiamo assistito al delinarsi di un nuovo equilibrio nel rapporto uomo animale il quale, partendo dai precetti comunitari, ha finito per porre al centro del rapporto le dinamiche etologiche degli animali supportate da validazioni scientifiche raggiunte nel corso dell'ultimo decennio.

Basti guardare ai programmi delle facoltà di veterinaria nei quali, fino a qualche anno fa, non veniva neanche affrontato il concetto di benessere animale. Oggi, invece, la tematica è diventata materia fondamentale di studio e aspetto primario nella attività normativa comunitaria e nazionale.

Nell'ambito del diritto, invece, l'evoluzione a cui stiamo assistendo è quella del passaggio graduale dell'animale da "res" a soggetto cui l'uomo deve garantire specifiche tutele.

La disquisizione che riduttivamente e dispregiativamente viene annoverata come tematica di tendenza, invero, scatena ultimamente importanti riflessioni etiche e giuridiche.⁷ Dell'animale, d'altronde, prima ancora che una definizione giuridica deve procedersi a metterne a fuoco la concezione culturale,⁸ la quale dipende da una visione olistica o meno della vita, dai dogmi religiosi, nonché dalle convinzioni ancestrali difficili da espungere. Ad ogni modo lungi dal voler entrare in una trattazione sull'entità giuridica degli animali, è doveroso piuttosto rilevare come il nostro ordinamento sia ancora lontano da un riconoscimento dei diritti degli animali come soggetti da proteggere autonomamente, invocando sempre la necessaria presenza di un interesse dell'uomo ad agire a loro tutela.⁹

⁷ *ex multis*: G. Pelegatti, *Dignità degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2017, pp. 1-52; mentre tra gli studi precedenti si vedano: D. Cerini, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche*, Torino, 2012, *passim*; Id., voce *Animali (diritto degli)*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, Torino, 2013, pp. 28 ss.; S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. V, Milano, 2012, p. 282 ss.; C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 505 ss.; M. Santoloci, C. Campanaro, *Tutela giuridica degli animali. Aspetti sostanziali e procedurali*, Roma, 2011; F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; D. Nazzaro, *L'animale "essere senziente" quale oggetto di tutela*, in *Il nuovo diritto*, 2004, pp. 117 ss.; F. Tavano, *I diritti degli animali*, Milano, 2003.

⁸ F. Garatti, *La questione animale e le funzioni della responsabilità civile*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2014, p. 748, sottolinea come ridurre la questione animale all'attribuzione o meno di diritti agli animali appare semplicistico e non determina nemmeno quel surplus di tutela. Estendere agli animali la soggettività giuridica non sembra la soluzione ideale rispetto al nodo centrale della riflessione, ossia garantire il momento dell'effettività degli interventi di promozione e tutela. Cfr. sul punto G. Palmeri, *Animali da compagnia e separazione personale dei coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 780 ss. Sull'esigenza di un'analisi della condizione degli animali che non sia svolta esclusivamente attraverso l'impiego delle tradizionali categorie dogmatiche, come quelle della soggettività o della capacità giuridica, che non appaiono appropriate per gli animali, si vedano: G. Martini, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di giuridificazione dell'interesse alla loro proiezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, pp. 35 ss.; F. Chénéde, *La personification de l'animal: un débat inutile?*, in *AJ Famille*, 2012, pp. 72 ss.

⁹ Cfr. F. Rescigno, *I diritti degli animali*, cit., pp. 159- 160, secondo la quale: "è necessario riconoscere che gli animali non possono più essere considerati come 'cose mobili' a disposizione degli esseri umani, bensì quali soggetti di diritto, titolari di specifiche posizioni giuridiche che, pur non potendo qualificarsi quali diritti assoluti, modificano sostanzialmente l'atteggiamento degli ordinamenti giuridici che dovranno preoccuparsi di bilanciare gli interessi animali con quelli umani eventualmente confliggenti". Secondo S. Cotta, *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 1215 ss.: "gli animali non sono autori di pretese e tanto meno di rivendicazione di diritti (i cosiddetti 'diritti degli animali' sono quelli che l'uomo conferisce loro)". Favorevoli al riconoscimento di una vera e propria soggettività agli animali, tra gli altri, L. Lombardi Vallauri, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, cit., pp. 249 ss.; P. Zatti, *La compagnia dell'animale*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, Padova, 2005, pp. 2021 ss.; F. Mantovani, *L'"umanità" dell'animale verso l'uomo e la "disumanità" dell'uomo verso l'animale*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, p. 888; *contra* C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri, *La questione animale*, cit., p. 291, secondo il quale la questione non si risolve necessariamente affermando che gli animali sono soggetti, ma assegnando agli uomini regole rigorose da rispettare. Così anche E. Battelli, *La relazione tra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2018, 1/2, p. 44.

Secondo il Codice civile italiano, infatti, gli animali sono classificabili come beni e quindi quali “cose oggetto di diritti”.¹⁰ Questa impostazione ha chiaramente influenzato la disciplina dei mezzi di tutela nel nostro ordinamento, portando a considerare l’animale, non come soggetto giuridico autonomo titolare di diritti, bensì quale bene tutelabile solo indirettamente mediante le azioni tradizionali che il proprietario, o più genericamente il titolare di diritti reali, può compiere a tutela dei beni che gli appartengono. In generale, è possibile affermare che il nostro ordinamento riconosce una protezione civilistica all’animale indiretta per mezzo del suo proprietario, il quale potrà agire nel caso in cui l’animale di sua proprietà subisca un danno o, diversamente sarà tenuto a rispondere nelle ipotesi in cui lo stesso animale provochi a terzi un danno.¹¹

La concezione giuridica dell’animale quale *res* diverge dalla comune percezione delle persone e dalla loro sensibilità in relazione agli animali che vivono a contatto con l’uomo. Il mondo giuridico legislativo ha di fatto proceduto alla differenziazione che settorializza gli animali in base alle funzioni che svolgono per l’uomo, distinguendo la tutela ad essi concessa e riconoscendo al contempo, per ogni categoria, una soggettività e sensibilità differente. Tale ripartizione si rinviene innanzitutto nella terminologia applicata e ossia dall’uso della preposizione “da”: si parla infatti di animali da laboratorio, da reddito, da compagnia e da ultimo si inseriranno nel novero anche gli animali da sport.

Sulla questione, l’introduzione dell’art. 13 del Trattato di Lisbona, che ha accordato agli animali la qualifica di esseri senzienti, ha rappresentato sicuramente una evoluzione importante, seppure i riferimenti alla sensibilità in alcuni ambiti, come quello della sperimentazione animale, probabilmente a causa della delicatezza del tema, erano già presenti, negli altri ambiti stiamo assistendo all’integrazione all’interno delle normative di settore di questa concezione.

In ambito penale, vale la pena osservare che la normativa, con particolare riguardo alle fattispecie contenute nel codice penale, relega l’animale a mero oggetto materiale della condotta e individua, come interesse giuridico tutelato dalle fattispecie che descrivono condotte commesse a danno di animali, il sentimento di pietà provato dall’uomo nei confronti degli animali e la ripugnanza che certi atti possono suscitare nella comunità umana.

Pertanto, la dottrina ha sempre riconosciuto il carattere mediato che viene assicurato alla protezione degli animali sia in ambito civilistico sia in ambito penalistico.¹² La disciplina in argomento invece riconosce che gli animali impiegati in ambito sportivo sono portatori di autonomi interessi, meritevoli di protezione, ed anzi determina un contenuto chiaro di tutela del benessere, inserendo il concetto di benessere psico-fisico, vietando la provocazione della sofferenza, imponendo di evitare a tutto tondo lesioni, dolore, sofferenze e disagi psico-fisici, riconoscendo la necessità di assicurare il movimento e il riposo sulla base della natura degli animali ed allargando queste tutele a tutti gli ambiti ricollegabili a quello sportivo, come le manifestazioni, il trasporto, le attrezzature e l’addestramento.

¹⁰ In tal senso: art. 623 c.c. (Cose suscettibili di occupazione); art. 924 c.c. (Acquisto di proprietà di sciami d’api); art. 925 c.c. (Acquisto di proprietà di colombe, conigli e pesci); art. 2052 c.c. (Danno cagionato da animali). Circa l’assimilazione degli animali a una *res*, tra i tanti: E. Balocchi, voce *Animali (protezione degli)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.

¹¹ Per una trattazione più approfondita della tutela civilistica si rimanda all’elaborato di G. Spoto, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e Diritti*, 2018, 1/2. Lo stesso autore precisa che “In base ai principi e alle disposizioni del codice civile gli animali possono essere pertinenze, quando sono destinati in modo durevole a servizio o a ornamento di un’altra cosa. I riferimenti agli animali sono molteplici nell’ambito del diritto civile: pensiamo così alla nozione di scorte vive per indicare il bestiame da allevamento e da lavoro in funzione accessoria e strumentale del fondo, ai parti degli animali considerati frutti naturali (art. 820 c.c.) o al fatto che il proprietario di un animale risponde dei danni che ha cagionato ad altri a mente dell’art. 2052 c.c. La concezione antropocentrica della tutela dei diritti rimane quella dominante e a testimonianza di questo aspetto si può ad esempio ricordare come le stesse definizioni di legislazione alimentare e di impresa alimentare, proprie del Regolamento CE n. 178 del 2002, includono la protezione degli alimenti e dei mangimi, limitatamente a quelli destinati ad animali che diventeranno a loro volta alimenti per l’uomo, mentre sono escluse dalle disposizioni a tutela della salute e della sicurezza in materia di diritto alimentare tutti i mangimi utilizzati per gli animali che non hanno nessuna destinazione alimentare o che non servono a produrre alimenti per l’uomo”.

¹² E. Battelli, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e Diritti*, 2018, 2-3, pp. 35-61.

Un altro concetto piuttosto innovativo della normativa in esame riguarda la diversa concezione che viene accordata agli animali. Infatti sempre da un tenore letterale e da un'interpretazione personale della norma sembra riconoscersi una tutela a tutti gli animali impiegati a fini sportivi, siano essi pesci, cani, cinghiali, lepri, cavalli, bovini, senza compiere alcuna distinzione.

Da una semplice analisi del codice penale gli articoli di tutela degli animali rubricati quali “delitti nei confronti del sentimento per gli animali”, ricomprendono nella nozione di animale solo quelli la cui sottoposizione ai contegni tipizzati nel codice sia in grado di offendere il sentimento di compassione degli uomini nei confronti degli stessi.

È difficile, infatti, ritenere che tutti gli esseri biologicamente appartenenti alle specie animali, indipendentemente dalla posizione nel cladogramma occupato, siano ricompresi in questa accezione di cui agli artt. 544-ter e ss. del c.p., in quanto l'accoglimento di tale interpretazione condurrebbe a una applicazione penalisticamente non condivisibile perché si sarebbe indotti a considerare reato anche la semplice uccisione di una formica o di una zanzara o di un pesce, il che sarebbe manifestamente irragionevole.¹³ Allo stato attuale, dunque, la nozione di animale in tal senso può identificarsi con ogni essere vivente appartenente al genere animale, purché sussista una lesione del sentimento dell'uomo per quella specie. Ne deriva quindi, come conseguenza, l'assenza di una predeterminazione del concetto di animale. In tali termini, il contenuto dell'ampia espressione “animali” sarà rinvenibile nel senso comune, ossia nel sentimento che la collettività nutre nei confronti di una determinata specie. Ne consegue che, nell'accezione penalistica, un danno causato a un animale è giudicato in maniera differente a seconda dell'animale interessato.

Invece, dal tenore letterale del decreto legislativo 36/2021, la tutela degli animali non è rapportata direttamente al sentimento degli uomini nei confronti degli animali ma è accordata direttamente agli animali in sé, la cui meritevolezza di tutela è riconosciuta a prescindere dalla specie cui essi appartengono ma per il fatto che vengono utilizzati in ambito sportivo.

Tale presupposto, che da un punto di vista normativo non fa una piega, però espone l'interprete a problematiche di carattere logico, in quanto ad un pesce impiegato in attività sportive, alla luce del decreto legislativo 36/2021, viene accordata una tutela maggiore rispetto ad altre specie ittiche impiegate in altri ambiti.

Probabilmente sono proprio questi i dubbi che hanno portato il legislatore a far slittare l'applicazione del decreto 36/2021 al 1° luglio 2023, in quanto l'inconciliabilità del testo con alcune pratiche sportive risulta troppo evidente, dovuta anche al fatto che il legislatore, presumibilmente, non ha tenuto in debito conto tutte le attività svolte a livello sportivo con alcune specie di animali, soffermandosi probabilmente solo su quelle afferenti agli equidi e su quelle svolte in ambito cinofilo.

4. L'evoluzione del concetto di benessere animale e la sua valutazione

Come sopra ampiamente spiegato, il benessere degli animali è dunque il nuovo punto fondamentale della normativa. Tale concetto ormai abusato funge da ago della bilancia e da elemento dirimente e interpretativo dell'interazione in ambito sportivo tra uomo e animali. Si osserva, altresì, che nel decreto legislativo 36/2021 si assiste a una declinazione del concetto che assurge a comprendere tutti gli ambiti dell'interazione e che quindi dà un'interpretazione volta a coprire ogni aspetto del rapporto uomo-animale, benché, probabilmente, ci sia una mancanza di un codice univoco che possa decifrare tali declinazioni.

Infatti, il comma 1 dell'articolo 19 del decreto in esame recita: “Coloro che detengono a qualsiasi titolo un animale impiegato in attività sportive, sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle sue esigenze etologiche”. Fermo restando che il concetto di “detenzione” comprende, da un punto di vista giuridico, sia i soggetti

¹³ V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1985.

proprietari¹⁴ sia i soggetti utilizzatori¹⁵ del bene animale,¹⁶ risulta opportuno soffermarsi sul significato del termine “benessere”.

Come si può definire e, soprattutto, come si può valutare? È solo assenza di patologie fisiche e cliniche, facilmente ravvisabili tramite un esame veterinario, o afferisce altresì ad una sfera psico-comportamentale la cura della quale potrebbe collidere con i bisogni-diritti sportivi dell'essere umano?

La *vexata quaestio* rimanda, in prima istanza, alla definizione del benessere dell'uomo formulata dall'organizzazione mondiale della sanità (OMS), come *quello stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia*;¹⁷ in seconda istanza, alla definizione di benessere animale elaborata dall'organizzazione mondiale per la salute animale (OIE): “Un animale presenta uno stato di benessere soddisfacente se è sano, comodo, ben nutrito, sicuro, in grado di tenere il comportamento innato (naturale) e se non patisce disagi riconducibili ad esempio a dolore, paura, sofferenza”.¹⁸

Il benessere animale è un tema articolato e interdisciplinare, che coinvolge e attraversa ambiti tra loro diversi, quali quello medico-scientifico, economico, giuridico, psicologico ed etico, e trova le sue radici normative nella filiera delle produzioni, le c.d. attività da reddito.

Nel 1974 viene adottata, a fini economici, la prima legislazione europea sul benessere degli animali, con lo scopo di migliorare la qualità della loro di vita in accordo con le esigenze del mercato.¹⁹

Si tentò di ottenere un bilanciamento tra i diritti degli animali destinati alla filiera alimentare e i diritti dei cittadini di soddisfare i propri bisogni primari.²⁰

Per garantire il concetto di “qualità di vita”, risulta necessario assicurare agli animali almeno il soddisfacimento di quei bisogni considerati essenziali, così come previsto dalla Convenzione Europea sulla protezione degli animali negli allevamenti.

Ma qual è la loro natura? L'Unione Europea, così come il legislatore italiano, ritiene che l'animale sia un *essere senziente*, ossia un essere vivente dotato di una propria sensibilità psico-fisica, ma che non può godere di diritti propri, poiché privo di capacità giuridica, intesa come quell'attitudine a essere titolari di diritti e doveri, che le persone fisiche acquistano con la nascita.

L'animale, dunque, assume la qualifica impropria di beneficiario di una serie di leggi che sono create per tutelare il suo benessere e conseguentemente la qualità della sua vita.

Oltre ad affermare che gli animali sono considerati esseri senzienti anche dal punto di vista giuridico, l'Unione Europea ha ripreso alcuni principi stabiliti dal Farm Animal Welfare Council (FAWC), previsto del governo inglese nel luglio del 1979, e sintetizzato in cinque libertà proprie di ogni animale, quantomeno nella filiera di produzione: libertà dalla fame e dalla sete (avere accesso a risorse congrue e fresche in base alle esigenze del singolo); libertà dallo stress (poter vivere in un riparo adeguato e conforme alle proprie caratteristiche); libertà da dolore, ferimenti e malattie (mantenere un controllo costante per prevenire e in caso agire tempestivamente in situazioni negative); libertà di poter esprimere

¹⁴ Art. 832 c.c. “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico”.

¹⁵ Art. 2052 c.c. “Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito”.

¹⁶ Come sopra analizzato, nel codice civile, l'animale è considerato quale *res* (cosa), si veda a tal proposito la sent. n. 22728/2018 - Corte di Cassazione.

¹⁷ Ministero della Salute, Rapporti Internazionali, Organizzazione Mondiale della Sanità, <https://www.salute.gov.it/portale/rapportiInternazionali/dettaglioContenutiRapportiInternazionali.jsp?area=rapporti&id=1784&lingua=italiano&menu=mondiale#:~:text=Secondo%20la%20Costituzione%20dell'OMS,assenza%20di%20malattie%20o%20infermit%C3%A0%E2%80%9D>.

¹⁸ Corte dei Conti Europea, *Il benessere degli animali nell'UE: colmare il divario tra obiettivi ambiziosi e attuazione pratica*, Art. 1, Relazione Speciale n. 31/2018.

¹⁹ Direttiva 74/577/CEE del Consiglio, del 18 novembre 1974, relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione.

²⁰ Piramide dei bisogni di Maslow, 1954.

un comportamento normale (cercare un ambiente che permetta di palesare le proprie caratteristiche intrinseche); libertà da paura e pericoli (gestire in maniera corretta il rapporto con l'animale).

L'attenzione ad una vita sana e dignitosa dell'animale si è fatta sempre più spazio tra le regole economiche di domanda/offerta e di determinazione del prezzo. Essa tocca aspetti che non sono propri del mercato, così come ricorda un illustre studioso, il professor Broom:

Gli animali hanno sempre goduto della protezione dell'uomo per la tutela del loro benessere, ma sono cambiate le conoscenze che l'uomo ha acquisito sull'argomento.

I concetti umani riguardo a quali azioni debbano essere considerate o meno "moralì" probabilmente non sono molto cambiati nei millenni; tuttavia le convinzioni rispetto a quali 'individui' meritino di ricevere tali attenzioni morali sono cambiate a seguito dell'incremento delle conoscenze sul funzionamento biologico degli umani e degli altri animali e anche grazie all'aumento delle comunicazioni a livello globale.²¹

Il passo in avanti compiuto dal legislatore nella comprensione dell'animale quale essere senziente tiene conto di un lavoro svolto originariamente dalla disciplina etologica, lo studio scientifico del comportamento degli animali nei loro ambienti naturali, la cura e la promozione per una migliore utilizzazione degli stessi, sia individualmente sia collettivamente.²²

Per "comportamento" si intende il mezzo con il quale il soggetto interagisce con il proprio ambiente, animato o inanimato, influenzando e/o facendosi influenzare da persone, fatti e fenomeni.

Gli studiosi ammettono l'esistenza di atteggiamenti innati, congeniti nelle varie specie, e di atteggiamenti frutto di un'acquisizione esperienziale.²³

Altresì, si ritiene non infrequente una manifestazione comportamentale con chiari sintomi di disagio, in presenza di una patologia. Essa induce i professionisti del settore ad esprimersi sull'importanza delle emozioni che spingono l'animale a comunicare con l'ambiente esterno.²⁴

In base a queste considerazioni, gli elementi fondamentali che si evincono dalla nozione di benessere sono inevitabilmente tre, e devono essere preservati in tutte le situazioni, compatibilmente con una valutazione dei fattori circostanti²⁵.

Primo: la presenza di una correlazione tra il livello di benessere e il funzionamento dell'organismo (*biological functioning*); conseguentemente, la valutazione dello stato di salute risulta essere di primaria importanza.

Secondo: la componente psicologica ed emozionale (*affective state*); la valutazione verterà sulla presenza di emozioni negative quali paura, stress e dolore.

Terzo: la capacità dell'animale di riuscire ad esprimere un comportamento innato, proprio della sua natura (*natural living*), che varia da seconda della specie e della razza.

Gli etologi, concordi sull'importanza di osservare il benessere degli animali, riportano il passaggio da un concetto di "welfare" ad uno di "well-being".

Il primo fa riferimento ai bisogni fisici e vitali dell'animale, nonché al rispetto di fattori generali che derivano da una base etica:²⁶

1. uso dell'animale che sia coerente con i principi sia utilitaristici che umanitari stabiliti da una società razionale;
2. equilibrio nell'allevamento generale dell'animale;

²¹ D.M. Broom (1942-), biologo e professore emerito di Animal Welfare presso l'Università di Cambridge. Cfr. D.M. Broom, *The Evolution of Morality and Religion*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2004; D.M. Broom, *Indicators of poor welfare*, in *Br. Vet. J.*, 1986.

²² A. Fraser, *Il comportamento del cavallo*, Bologna, 1998.

²³ E. De Corbigny, *Equitazione etologica. Educazione in libertà, a piedi e a cavallo*, Siena, 2007.

²⁴ Emozioni quali dolore, fame, paura, rabbia, eccitazione ecc. In generale tutto ciò che viene percepito dai sensi.

²⁵ D. Fraser, *A Scientific Conception of Animal Welfare that Reflects Ethical Concerns*, 1997 e *Understanding Animal Welfare*, 2008 e M.A. Von Keyserlingk, *The welfare of dairy cattle-key concepts and the role of science*, 2009.

²⁶ A. Fraser, *Il comportamento del cavallo*, cit.

3. prevenzione e controllo dello stato di sofferenza per un continuo benessere fisico;
4. fornitura di cure individuali in modi specifici;
5. servizi veterinari, incluse le pratiche preventive e attenzione clinica, quando necessarie.

Il livello superiore si raggiunge tramite la cura del well-being, un benessere a tutto tondo, che non mira a soddisfare esclusivamente i bisogni primari dell'animale e ad assicurarsi la sua salute fisica, ma si propone obiettivi più sensibili rispondenti ai bisogni psicologici, sociali e cognitivi.

Essendo l'animale un essere senziente, gli etologi hanno elaborato dei principi bioetici di benessere, spendibili in qualsiasi tipo di allevamento o di utilizzo dell'animale stesso, comprensivo anche nella sfera sportiva; questi sono:

1. provvedere a una cura competente dell'animale, con un allevamento globale appropriato;
2. provvedere a ciascun elemento specifico necessario per il benessere fisico, le funzioni comportamentali fondamentali, la salute dell'animale;
3. fornire prevenzione o sollievo da dolore o sofferenze inutili nell'uso dell'animale;
4. evitare che la vita, che è senziente, venga usata per una ragione non socialmente valida.

Il concetto di benessere assume, dunque, una connotazione completa, la quale abbraccia sia la salute sia le emozioni ed il comportamento.

La letteratura e la giurisprudenza si concentrano maggiormente sullo sport equestre federale, con i suoi 177.787 atleti nel 2021,²⁷ attività dove l'animale non viene utilizzato come mezzo per praticare lo sport ma come parte di un binomio, di una squadra a tutti gli effetti. La federazione italiana, oltre ad aver istituito un dipartimento di salute e benessere del cavallo, recepisce²⁸ il codice di condotta internazionale, stilato dalla FEI, che richiede di *anteporre il benessere dell'animale* senza subordinarlo alle influenze sportive ed economiche.²⁹

Il cavallo coinvolto in eventi FISE, prima di essere ammesso a partecipare, deve essere giudicato in idonea forma fisica e mentale, ovvero privo di patologie in atto, in buona salute e non deve manifestare comportamenti riferibili ad affaticamento o a sostanziale ribellione al conducente con evidenti tentativi di sottrazione all'attività richiestagli.³⁰

A questo proposito interviene altresì il Ministero della Salute,³¹ il quale promuove la tutela degli equidi attraverso l'adozione di misure volte al benessere animale, rendendo responsabili delle trasgressioni i soggetti che operano in questo settore.³²

²⁷ www.fise.it, sezione "I nostri numeri". Centro Studi e Osservatori Statistici per lo Sport CONI, I numeri dello Sport, 2020: FISE 123.981 atleti e le sue 1793 società sportive; a questi vanno aggiunti i dati della FITETREC ANTE, con i suoi 29.656 atleti e 367 società sportive, inoltre, con riferimento all'attività sportiva femminile, i numeri dello Sport del CONI 2019-2020, riportano gli sport equestri federali al terzo posto degli sport più praticati in Italia dalla popolazione femminile. La sua incidenza in percentuale è pari a 8,3%, preceduto solo dalla FGI e dalla FIPAV. Un aumento importante che fino al 2017 lo escludeva dal podio degli sport italiani.

²⁸ Tramite il libro VII Norme generali relative a cavalli e cavalieri (art. 376 inerente al codice di condotta per il benessere del cavallo e art. 377 inerente ai maltrattamenti); altresì nel regolamento veterinario rev. 24 febbraio 2021 e nei regolamenti delle singole discipline con il decalogo dei comportamenti da evitare per non violare il benessere dell'animale.

²⁹ Si richiede l'adesione ai seguenti punti: benessere generale, preparazione per gareggiare, eventi che non devono compromettere il benessere del cavallo, cure umane per il cavallo, educazione degli addetti al settore.

³⁰ Definizione di idoneità del cavallo, Regolamento veterinario FISE, p. 53. A titolo esemplificativo, ma non limitativo, potranno essere giudicati non idonei i cavalli che presentino sanguinamenti, abbiano lesioni cutanee (come per esempio. ferite, dermatiti, dermatosi, etc.), specie se nelle zone delle corone, del pastorale o degli stinchi, animali evidentemente sofferenti o doloranti e soggetti con lesioni giudicate indecorose per la loro dignità.

³¹ Ministero della Salute, Principi di tutela e gestione degli equidi, CONI, CIP, FISE, Comitato scientifico.

³² Corte federale d'appello in funzione di corte sportiva di appello, R.G. C.A.S. 08/16- RG GSN 24/16; Corte federale d'appello in funzione di corte sportiva di appello, R.G. C.A.S. 2/16- RG GSN 4/16; Corte federale d'appello R.G. N. 20/2015, P.A. 137/14; Corte federale d'appello, C.A. 03/16.

Si tratta di una vera e propria svolta delle politiche della salute dell'animale, attraverso il cd. *Codice per la tutela e gestione degli equidi*, dove vengono fissati i parametri essenziali per il corretto mantenimento del soggetto, in tutte le attività in cui esso è coinvolto (sport, addestramento, allevamento, scuderizzazione) nel rispetto dei principi etologici propri della sua specie;³³ questo in ottemperanza anche al Code of conduct for the welfare of the horses, FEI 1991, e ai fondamenti previsti dell'International society for equitation science³⁴.

Così recita il codice:

Il proprietario e il detentore devono considerare le esigenze etologiche e fisiologiche dell'equide provvedendo al suo benessere, alla sua idonea sistemazione, fornendo alimentazione e cure. Gli equidi devono essere accuditi da persone in possesso di adeguate capacità e competenze in qualsiasi contesto; nell'ambito di attività economiche, nell'allevamento e nelle scuderie deve essere previsto personale in numero sufficiente. Deve essere altresì assicurata l'ispezione e la cura degli animali a intervalli adeguati e non meno di una volta al giorno al fine di provvedere ai loro bisogni essenziali.

Devono essere evitate pratiche di allevamento, addestramento e utilizzo che causino agli animali sofferenze o lesioni, che li pongano stato d'ansietà o ne ledano la dignità.

L'alimentazione e la cura sono adeguati se, alla luce delle conoscenze scientifiche di medicina veterinaria, rispondono alle esigenze degli equidi.

Ecco che la federazione prevede degli standard e delle misure di controllo a partire dall'addestramento del cavallo,³⁵ vietando ogni forma di apprendimento tramite punizioni, volte ad infliggere dolore o sofferenza allo stesso, passando per la scuderizzazione con la regolarizzazione degli impianti per la detenzione, la tipologia di impiego e di cure che variano a seconda dell'attività sportiva eseguita, fino ad arrivare alle competizioni agonistiche che recano norme stringenti per potervi accedere.

L'attenzione ai dettagli, nella vita sportiva del cavallo, fa sì che vengano rispettati, almeno sulla carta, quei principi base di cui l'articolo 19 del decreto oggetto di analisi si fa portavoce.

Ne consegue che il diritto dell'uomo di praticare l'attività sportiva soccombe, e deve soccombere, nel momento in cui viene meno il benessere dell'animale, nell'istante in cui viene lesionata la sua condizione psico-fisica di essere senziente.

Come valutare l'effettivo benessere dell'animale?

Alla stregua della definizione di benessere sviluppata dopo un'analisi degli allevamenti destinati alla filiera alimentare, i metodi e i criteri di valutazione si sono potenziati nel medesimo ambito allo scopo di raggiungere livelli di efficienza produttiva e di reddito.

³³ Registrato alla Corte dei Conti il 20 agosto 2010, Ufficio di controllo preventivo sui ministeri dei servizi alla persona e dei beni culturali, registro n. 14, foglio 282. Oltre a questo vi sono stati altri interventi meritevoli di menzione: la *Carta etica per la tutela del cavallo*, ove i rappresentanti del comparto equestre e di quello ippico hanno sottoscritto un impegno a praticare tutte le attività che coinvolgono gli equidi nel rispetto delle loro esigenze etologiche, di benessere e salute, garantendo, anche a fine carriera, una destinazione dignitosa diversa da quella alimentare. Il Centro di referenza nazionale per gli interventi assistiti dagli animali, istituito con decreto ministeriale del 19 giugno 2009, ha lo scopo di legiferare sul fronte delle terapie assistite da animali; l'ordinanza del 3 agosto 2012, in tema di tutela degli equidi impiegati in manifestazioni al di fuori degli impianti e dei percorsi ufficialmente autorizzati; il decreto ministeriale 18 giugno 2009, che ha istituito nell'ambito del rapporto uomo-cavallo circa l'assistenza sanitaria, il Centro di referenza nazionale per gli interventi assistiti dagli animali (Vicenza).

³⁴ La Società Internazionale per l'Equitazione (ISES) è un'organizzazione senza scopo di lucro che mira principalmente a facilitare la ricerca sulla formazione dei cavalli per migliorare il benessere degli stessi e la relazione tra i cavalieri. Essa gestisce conferenze internazionali, usate come piattaforme, in cui le ultime ricerche e la loro applicazione possono essere comunicate e discusse; fornisce altresì un pool di competenze per organismi internazionali e istituzioni accademiche.

³⁵ I dieci principi del training perfezionano gli otto originari descritti da una pubblicazione scientifica peer-reviewed di P.D. McGreevy, A.N. McLean, *Roles of learning theory and ethology in equitation*, in *Journal of Veterinary Behavior*, 2007.

I primi tentativi nascono agli inizi degli anni 2000, con un'attenzione specifica all'ambiente, alle strutture e alle risorse degli allevamenti, perché, secondo il principio di adattamento, l'animale reagisce agli stimoli circostanti con risposte fisiologiche e comportamentali.

Con l'evoluzione del concetto di benessere si è ritenuto manchevole il semplice utilizzo di indicatori legati alle risorse e alla gestione dell'allevamento e si è sviluppata una lista di criteri basati sulle caratteristiche proprie dell'animale (*animal based*),³⁶ protocolli considerati adeguati sia dall'EFSA³⁷ sia dalla Commissione Europea nel 2012.

Nel 2011 è stato finanziato il progetto AWIN (*animal welfare indicators*) con l'obiettivo di migliorare la qualità di vita di pecore, capre, cavalli, asini e tacchini sviluppando e divulgando informazioni sugli indicatori di valutazione del benessere animale.

Nello specifico, il protocollo predispone degli indicatori di benessere del cavallo suddivisi per principi e per criteri, con la descrizione, le modalità di valutazione e attribuzione del punteggio per ciascun indicatore.³⁸

Tali modelli vengono ripresi dagli addetti del settore sportivo, riformulando e ampliando alcuni già stilati in passato.

La federazione italiana sport equestri, oltre a recepire all'interno delle sue normative le linee guida FEI sulla condotta per il benessere del cavallo, sviluppa un'attenzione particolare ai criteri di valutazione.³⁹

Partendo dalle norme di ogni disciplina sportiva, fino ad arrivare al regolamento veterinario FISE e al documento *Principi di tutela e gestione degli equidi*, stilato dal Ministero della Salute con il patrocinio della federazione, del CONI e del CIP, si arriva a declinare il benessere tramite una serie di indicatori valutabili dagli addetti del settore.

Risulta opportuno precisare che solo i veterinari e gli zootecnici possono effettuare una valutazione ufficialmente riconosciuta dall'ordinamento sportivo, anche se ciò non esenta tutti gli addetti del settore, occasionali compresi, a tenere un comportamento rispettoso ed accorto ogni volta che si ha a che fare con un animale e a segnalare eventuali violazioni.⁴⁰

La questione della valutazione, tuttavia, assume una connotazione negativa in riferimento a due ambiti.

Il *primo* riguarda l'assenza di un codice univoco per tutti gli sport che utilizzano gli animali: si pensi, ad esempio, nel solo ambito equestre, alle società sportive affiliate alle discipline sportive associate o enti di promozione sportiva che non rispondono alle norme federali e che, dunque, possono stilare criteri più o meno ampi, o che danno seguito ad interpretazioni estensive con il risultato di non adempiere al pieno rispetto del benessere del cavallo.

Alla luce di ciò, sembrerebbe consigliabile che l'ordinamento sportivo, in particolar modo l'organo del CONI, uniformasse e rendesse obbligatorie queste linee guida per tutti gli operatori che utilizzano l'animale nelle varie attività, non solamente per quelli che lavorano in ambito federale.

Il *secondo* problema concerne la prospettiva soggettiva della valutazione.

Se i criteri sono previsti in maniera asettica (si pensi ad esempio agli indicatori dello stato fisiologico del cavallo con i singoli punteggi e le relative descrizioni)⁴¹ l'analisi operata dal singolo veterinario

³⁶ I primi protocolli di valutazione del benessere, realizzati utilizzando indicatori *animal based*, sono stati sviluppati per diverse specie durante il progetto Welfare Quality (WQ) (suini: Welfare Quality Protocol 2009a; polli: Welfare Quality Protocol 2009b; bovini: Welfare Quality Protocol, 2009c), *Protocollo AWIN di valutazione del benessere dei cavalli*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2018.

³⁷ European Food Safety Authority, *Statement on the use of animal-based measures to assess the welfare of animals. Panel on Animal Health and Welfare (AHAW)*, in *EFSA Journal*, 2012.

³⁸ *Protocollo AWIN*, cit., p. 19 ss.

³⁹ Allegato I, Reg. Veterinario, aggiornato il 24.02.2021.

⁴⁰ Codice di condotta FISE e codice penale.

⁴¹ Metodo Carroll e Huntington, 2013, ripreso dai principi di gestione di tutela degli equidi.

comprende, necessariamente, un aspetto puramente discrezionale, il quale rischia di ledere, a seconda della situazione, il cavallo o il cavaliere.

La risposta alla domanda non è agevole, ma può esprimersi in un concetto base, quale quello del “buon senso”: utilizzare dei parametri scientificamente approvati in base al singolo caso concreto, soppesando le circostanze in cui il fatto avviene, permette la riduzione del margine di errore.

Lasciare, invero, al prudente apprezzamento del veterinario (o dei veterinari in équipe) la valutazione e la successiva rendicontazione permette di non trattare allo stesso modo gli ipotetici fatti illeciti che abbiano ad oggetto la stessa fattispecie giuridicamente rilevante.

Ad oggi questo aspetto appare un ulteriore ostacolo per la concreta applicazione della normativa oggetto del presente esame, la quale oltre ad avere un incerto campo di applicazione, che risulterebbe essere più un impossibile campo di applicazione, stabilisce dei criteri di tutela non facilmente misurabili. Il richiamo agli aspetti cognitivi degli animali, al disagio psico-fisico, alle lesioni non sono misure semplicemente valutabili, tenuto conto che devono esplicitare i loro effetti su settori, come quello sportivo, di per sé molto variegati e basati su una formazione e su concezioni che, ad eccezione di sporadiche eccezioni, difficilmente sono aggiornati ai più recenti studi etologici.

5. Il cavallo atleta

Una svolta connessa allo sviluppo del benessere dell'animale si ottiene con il riconoscimento, da parte dello Stato italiano, del cavallo inteso come “atleta” a tutti gli effetti.

Questa battaglia, portata avanti per anni dalla fazione più garantista degli equidi impiegati in attività sportive all'interno della FISE,⁴² prende le mosse dall'iniziale distinzione che fu effettuata tra equidi destinati a fini alimentari (DPA) ed equidi non destinati a fini alimentari (non-DPA), che distinse, al fine di garantire una tracciabilità delle informazioni connesse ai farmaci utilizzati su un equide e alla conseguente macellazione a fine alimentare, gli equidi che per ragioni sportive potevano avere dei trattamenti terapeutici non allineati alla politica farmaceutica connessa con la destinazione a fine alimentare.

Tale riconoscimento ha trovato luogo nell'art. 22 del decreto oggetto di studio, ove il legislatore prende posizione affermando che il *cavallo è un atleta* se sono poste in essere le seguenti *condizioni*: la registrazione attraverso un documento di identificazione, la dichiarazione di non destinazione alla produzione alimentare e l'iscrizione al “repertorio dei cavalli atleti” prevista dalle Federazioni o dalle altre persone giuridiche che si occupano di sport equestri.

Questo nuovo *status* era già informalmente adottato dalla stessa Federazione, ai sensi dell'art. 34, comma 2, delle norme di attuazione del proprio statuto e ne reclamava il riconoscimento da parte dell'ordinamento statale già da tempo.

In combinato disposto con la normativa italiana ed europea, ogni cavallo che svolge la pratica sportiva deve essere in possesso di un documento di identificazione (*c.d. passaporto*) che riporta i dati anagrafici concernenti le sue caratteristiche;⁴³ dal 2003 deve essere registrato alla banca dati nazionale degli equidi, ai fini della tracciabilità e della sicurezza⁴⁴ e, infine, iscritto ai ruoli federali che, al pari di un tesseramento di una persona fisica praticante l'attività sportiva, ne conferisce lo status di “atleta”.⁴⁵

⁴² A seguito di quanto disposto dall'art. 33 del Regolamento generale, approvato con delibera r. 16 del 15/01/2018 del Consiglio Federale FISE conseguente alla deliberazione n. 545 del 18 dicembre 2017 della Giunta Nazionale del CONI, la Federazione consente di utilizzare nell'attività sportiva svolta sotto la propria egida solo cavalli e/o pony dichiarati non DpA. FISE, Circolare GG/Prot. n. 01214, 19 febbraio 2018.

⁴³ Dati personali quali nascita, provenienza, passaggi di proprietà, segni particolari, adempimenti veterinari ecc., ai sensi delle normative del MIPAAF.

⁴⁴ Da settembre 2021 tale servizio è affidato al Ministero della Salute, secondo i principi imposti dagli articoli 108 e 109 del Regolamento Europeo n. 2016/429, *Animal Health Law*.

⁴⁵ Art. 34, comma 2, norme di attuazione statuto FISE e cap. 8 del Regolamento veterinario FISE.

La stessa *federazione equestre internazionale (FEI)* richiede questi documenti al fine di rilasciare la “Recognition card” volta a permettere la partecipazione a competizioni equestri internazionali (art. 1, Procedura per l’iscrizione dei cavalli ai ruoli FEI, 2019).

Per l’iscrizione ai ruoli federali, si adempie altresì all’altro requisito richiesto dal legislatore, ossia la non destinazione alimentare: il Consiglio FISE in data 30 luglio 2019 ha deliberato che dal 1° gennaio 2020 potranno essere iscritti o rinnovati ai ruoli federali solo i cavalli atleti che sono stati dichiarati dai loro proprietari, e in maniera irreversibile, non destinabili alla produzione alimentare (non DPA).

Le regole stringenti per l’identificazione e la registrazione degli equidi fanno parte di un concetto di cambiamento molto importante nella vita dell’animale: riconoscere, tracciare e seguire la movimentazione dei cavalli permette loro di veder tutelati e garantiti i propri bisogni, così come l’etologia richiede.

Lo stesso vale per il nuovo *status*, una condizione irrevocabile che impedisce al cavallo-atleta di essere destinato ad altri usi che non siano quelli sportivi e ne costituisce garanzia di diritti fondamentali, propri non solo dell’essere animale ma anche dell’essere atleta.

In virtù di ciò, lo Stato italiano, con il decreto legislativo in oggetto, si è limitato ad ufficializzare qualcosa che nella pratica soggiace da molto tempo, grazie in parte alle normative dei singoli ministeri e in parte alle normative dell’ordinamento sportivo nazionale ed internazionale.

Una novità viene introdotta all’art. 23 del medesimo documento e impone una visita di idoneità all’equino cui si intende far svolgere l’attività agonistica; tale controllo spetta solamente ad un veterinario abilitato alla professione che attua anche le profilassi vaccinali prescritte dalla normativa vigente e dai regolamenti della Federazione o degli altri soggetti giuridici dell’ordinamento sportivo.

Al pari dell’atleta umano, anche l’atleta animale deve essere sottoposto ad accertamenti sanitari annuali, attestati tramite un certificato.

Questa introduzione, che si aggiunge ai controlli medico-veterinari già predisposti nelle competizioni nazionali e non, conclude un processo volto ad assicurare il benessere dell’animale.

Viene da chiedersi quali saranno i parametri per considerare idoneo un cavallo alla pratica sportiva: verrà fatto un distinguo tra la semplice attività all’interno del maneggio e l’attività agonistica? Verranno utilizzate le linee guida già presenti nella federazione o si richiederà alla stessa di stilarne altre?

Per quanto questa norma sia stata attesa e voluta da tutti gli operatori del settore, un’ulteriore domanda sorge spontanea: come si rapporta il nuovo *status* di atleta del cavallo con la concezione di *res* che lo inserisce nell’elenco di beni mobili del codice civile?

Se l’attuazione del presente decreto migliora l’attenzione al benessere degli animali utilizzati nella pratica sportiva, altra via dovrà essere percorsa per definire la posizione giuridica, con annesso riconoscimento di determinate tutele di questi nuovi atleti.

6. I garanti del sistema: il problema dei controllori – controllati

Come accennato in precedenza, il legislatore all’art. 21 del decreto legislativo ha riconosciuto un ruolo centrale, alla stregua di un’authority competente, alle Federazioni e agli enti di promozione sportiva.⁴⁶ Questi dovranno dotarsi di appositi regolamenti che fissino delle sanzioni in caso di inosservanza delle disposizioni di tutela degli animali coinvolti nelle attività sportive.

Pertanto, come visto, l’applicazione delle norme di tutela del benessere degli animali è ancorata e vincolata al legame tra ente di promozione, federazione e affiliazione delle società e tesseramento degli

⁴⁶ Art. 21 del d.lgs. 36/2021: “Le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate e gli Enti di Promozione Sportiva che impiegano animali in attività sportive si dotano di appositi regolamenti che fissino, in caso di inosservanza delle disposizioni di cui al presente Capo, sanzioni disciplinari che possono prevedere fino alla revoca dell’affiliazione, per le società e le associazioni sportive, o del tesseramento, per le persone fisiche. Restano comunque ferme le conseguenze in termini di responsabilità civile e penale derivanti dalla trasgressione degli obblighi di cui al presente Capo”.

atleti, in quanto le norme sopra descritte non si possono applicare a soggetti che non rientrano in tale vincolo.

Ulteriore criticità di sistema dell'impianto è rappresentata dal fatto che ad oggi le Federazioni e gli enti di promozione sportiva sono stati i soggetti principali della costruzione di un determinato rapporto tra uomo e animale, creando discipline e disciplinari che sembrano inconciliabili con i forti precetti contenuti agli articoli 19 e ss. del decreto legislativo 36/20121.

È pertanto lecito domandarsi come saranno sostenibili e conciliabili con il divieto di creare disagi psico-fisici agli equidi le pratiche di alcune discipline equestri in cui gli equidi sono spinti a saltare 20 ostacoli nel minor tempo possibile sotto riflettori e tribune rumorose, oppure come sia conciliabile l'attività di sbrancamento di un vitello ad opera di tre cavalli in un'arena con il rispetto del benessere psicofisico dei vitelli stessi e anche dei cavalli ivi impiegati o, ancora, come sia conciliabile il divieto di utilizzo di mezzi di coercizione e costrizione con i disciplinari delle federazioni equestri che permettono l'utilizzo di speroni con lunghezze superiori ai 3 centimetri dotati anche di rotelle.

Queste ed altre problematiche porteranno presumibilmente ad un'applicazione che il legislatore non aveva preventivato ma che la portata letterale delle disposizioni rendono più che cogente. In caso contrario assisteremmo a una mitopoiesi del concetto di rispetto del benessere animale non seguito da alcuna pratica sportiva effettivamente idonea a garantirlo.

Da queste riflessioni appare forse evidente come questi controllori debbano probabilmente essere controllati in quanto portatori di una tradizione che, da quanto disciplinato, non sia conciliabile con i disciplinari ad oggi proposti e risulta altresì comprensibile la necessità di posticiparne l'applicazione.

Il rischio, quindi, che rimanga tutto immutato e che non si compia il tanto atteso passo in avanti verso il pieno riconoscimento delle esigenze etologiche degli animali impiegati nelle attività sportive è concreto.

7. Conclusioni

I contenuti precettivi del decreto legislativo 36/2021, come analizzato, traducono in termini di legge le più recenti e innovative conoscenze scientifiche afferenti al mondo animale. Si può affermare, infatti, che, per una volta, la produzione normativa risulta all'avanguardia rispetto a quanto avviene sul territorio e questa discrasia, se è vero che condurrà ad una miglioria delle pratiche effettive, per alcune pratiche e discipline ad oggi svolte potrebbe decretare la definitiva cessazione delle attività, con conseguenti ripercussioni politiche ed economiche su quelle specifiche filiere sportive.

L'uso del condizionale è d'obbligo perché se è vero che il tenore letterale non conduce ad alcun dubbio circa l'inconciliabilità di alcune pratiche ad oggi in essere, l'attribuzione in capo agli enti sportivi della delega sanzionatoria e regolamentare potrebbe lasciare tutto immutato in quanto, come analizzato, tali enti sono gli stessi che hanno permesso disciplinari e la nascita e crescita di discipline ad oggi non allineati con le disposizioni normative, rischiando quindi di avere dei regolamenti attuativi non conformi alla norma di delega.

Si aggiunga che lo spostamento al 1° luglio 2023 dell'applicazione di questi precetti ha ritardato, però, anche lo sviluppo di un metro di giudizio univoco, volto ad accertare il benessere degli animali impiegati nelle attività sportive e sta, altresì, ritardando lo sviluppo di una formazione specifica degli addetti ai lavori utile a consentire il dovuto aggiornamento delle competenze specifiche in linea con le recenti scoperte etologiche.

