



UNIVERSITÀ DI PARMA

ARCHIVIO DELLA RICERCA

University of Parma Research Repository

Il caso Ursula Pechstein

This is the peer reviewed version of the following article:

Original

Il caso Ursula Pechstein / DI NELLA, Luca. - STAMPA. - I:(2020), pp. 381-405.

Availability:

This version is available at: 11381/2913192 since: 2022-01-20T11:35:18Z

Publisher:

Edizioni Scientifiche Italiane spa

Published

DOI:

Terms of use:

openAccess

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available

Publisher copyright

(Article begins on next page)

SCRITTI IN ONORE
DI
ANTONIO FLAMINI

a cura di
ROCCO FAVALE e LUCIA RUGGERI

TOMO I



Edizioni Scientifiche Italiane

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Camerino,
della Scuola di Giurisprudenza e della Scuola di Specializzazione in diritto civile.

Indice

TOMO I

<i>Prefazione</i> di CLAUDIO PETTINARI	XI
<i>Intervista ad Antonio Flamini</i> di ROCCO FAVALE e LUCIA RUGGERI	XIII
<i>Introduzione</i> di ROCCO FAVALE e LUCIA RUGGERI	XIX
FABIO ADDIS, <i>Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova Direttiva (UE) 2019/771</i>	1
ARIANNA ALPINI, <i>Donazione obbligatoria e preliminare</i>	19
MARCO ANGELONE, <i>La responsabilità delle società calcistiche: considerazioni de iure condito alla luce del nuovo Codice di giustizia sportiva della FIGC</i>	33
ALFREDO ANTONINI, <i>L'esercizio della navigazione marittima: l'armatore ed il proprietario della nave</i>	51
CIRO ASCIONE, <i>La responsabilità degli amministratori di società di capitali per mancata adozione dei modelli di corporate social responsibility</i>	59
VINCENZO BARBA, <i>Reflexiones para una enmienda al artículo 540, párrafo 2, del Código Civil italiano</i>	85
LUCA BARCHIESI, <i>Legato di stipulazione ed autonomia testamentaria</i>	99
ANDREA BARENGHI, <i>Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo</i>	123
FRANCESCO BOTTONI, <i>Osservazioni sull'amministratore di nomina giudiziale per gli edifici condominiali degradati</i>	139
CIRO CACCAVALE, <i>La funzione gestoria nella s.r.l. e codice della crisi</i>	151
ROBERTO CALVO, <i>Condominio e atto oggettivo di consumo</i>	175

FAVALE, Rocco; RUGGERI, Lucia
Scritti in onore di Antonio Flamini - Tomo I
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020
pp. XXII+718; 24 cm
ISBN 978-88-495-4473-2

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

DAIMAR CÁNOVAS GONZÁLEZ, <i>Necesidad de un régimen económico convencional en Cuba. Buscando respuestas en el pasado</i>	185
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, <i>Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?</i>	201
ENRICO CATERINI, <i>Il «germe» dell'intelligenza artificiale</i>	211
MARÍA JOSÉ CAZORLA GONZÁLEZ, <i>Commercio sleale e fissazione dei prezzi: il ruolo delle organizzazioni di produttori nella commercializzazione dei prodotti agricoli nella catena alimentare</i>	233
NICOLA CIPRIANI, <i>La collazione del denaro</i>	253
MICHELE MARIA COMENALE PINTO, <i>Spunti sui contratti di utilizzazione dell'aeromobile</i>	269
ALESSANDRA CORDIANO, <i>La figura del giudice tutelare: natura, funzioni e competenza resa ai sensi dell'art. 337 c.c.</i>	285
ENRICO DAMIANI, <i>Riconsiderazione del problema del contenuto atipico del testamento</i>	307
MARIA CRISTINA DE CICCO, <i>Il danno sociale come nuova tipologia di danno risarcibile</i>	323
TERESA DELGADO VERGARA, <i>Los actos ilícitos en el Código Civil cubano</i>	343
FRANCESCA DELL'ANNA MISURALE, <i>Nuova relazione e perdita dei benefici economici postconiugali</i>	355
ENRICO DEL PRATO, <i>La lacunosa organizzazione d'impresa quale fattore di responsabilità civile</i>	375
LUCA DI NELLA, <i>Il caso Ursula Pechstein</i>	381
DANIELA DI SABATO, <i>I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria</i>	407
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, <i>La responsabilità dei condomini per le obbligazioni del condominio</i>	427
ROCCO FAVALE, <i>Nullità di protezione dei contratti d'investimento mobiliare e l'ascesa del principio di buona fede</i>	439
TOMMASO FEBBRAJO, <i>Assicurazione della responsabilità civile professionale e polizze claims made</i>	455

MANUEL IGNACIO FELIU REY, <i>La Renta Arrendaticia en los centros comerciales</i>	471
FIorenzo FESTI, <i>Effetti sui rapporti contrattuali pendenti della legislazione anticontagio</i>	491
ENRICO GABRIELLI, <i>Rimedi sinallagmatici e concorso dei creditori (una comparazione italo-uruguayana)</i>	511
MARIALUISA GAMBINI, <i>Il danno (patrimoniale e non patrimoniale) da trattamento illecito di dati personali</i>	529
ROBERTO GARETTO, <i>Il contratto d'albergo e la tutela della salute del cliente</i>	551
MANUELA GIOBBI, <i>La gestione alternativa delle controversie nel mercato energetico</i>	571
ATTILIO GORASSINI, <i>Dal danno ingiusto al danno ingesto. Oltre il danno punitivo, senza aspettare Godot</i>	585
CARLO GRANELLI, <i>Responsabilità civile in campo sanitario tra contratto e tort</i>	595
FREDDY ANDRÉS HUNG GIL, <i>La compravendita immobiliare a Cuba: appunti per uno studio della figura</i>	607
MIRIAM LAROCCA, <i>Il turista-consumatore al centro della direttiva in materia di pacchetti turistici: cosa cambia davvero con il d.lg. 21 maggio 2018 n. 62 nei contratti turistici. Profili innovativi di responsabilità per l'esecuzione del pacchetto turistico</i>	627
ANNA LASSO, <i>Diritto al godimento della vacanza e quantificazione del danno al viaggiatore</i>	647
FEDERICA LAZZARELLI, <i>E-commerce e contraente debole (non consumatore). Considerazioni sistematiche a margine dei recenti interventi del legislatore UE e della Corte di Giustizia</i>	667
FRANCESCO LONGOBUCCO, <i>Responsabilità nei rapporti giuridici non vincolanti: il caso del trasporto di cortesia</i>	691
MARTINA LORENZOTTI, <i>L'azione di classe: la disciplina del passato, la riforma del 2019, l'economia processuale</i>	703

TOMO II

AGUSTÍN LUNA SERRANO, <i>Las máximas de experiencia en la jurisprudencia civil</i>	717
ANNA MALOMO, <i>Personalizzazione del danno alla persona e conseguenziale superamento delle strettoie dei criteri tabellari</i>	735
JANÉ MANSO LACHE, <i>La tutela del viajero en situaciones de emergencia, entre regulación del mercado y eficiencia de la Justicia italiana</i>	753
MARIA PAOLA MANTOVANI, <i>Il nuovo statuto risarcitorio del danno alla persona nella responsabilità sanitaria</i>	775
MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ y JOANNA PEREIRA PÉREZ, <i>Accesibilidad y vivienda social en Cuba. Retos para la protección a la discapacidad y la ancianidad, desde una concepción renovadora del hábitat</i>	805
LORENZO MEZZASOMA, <i>Alienante ed acquirente nel secondo decennio del XXI secolo tra recenti interventi normativi</i>	825
EMANUELE MONTAGNA, <i>Profili di responsabilità civile in ambito sportivo: per una gestione consapevole di manifestazioni, impianti sportivi e scuole di formazione per atleti minorenni</i>	845
TIZIANA MONTECCHIARI, <i>L'ascolto del minore tra diritto civile, rappresentazione sociale e contesti di azione</i>	869
FRANCESCO MORANDI, <i>Intermediazione e responsabilità nel nuovo contratto di viaggio</i>	885
FERDINANDO PARENTE, <i>Le disposizioni anticipate di trattamento: politeismo di valori e assetti normativi</i>	909
FEDERICO PASCUCCI, <i>Potere di controllo ed utilizzo dei dati GPS nel rapporto di lavoro dell'autotrasportatore: il caso del cronotachigrafo intelligente</i>	933
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>«App immuni» tra tutela della salute e protezione dei dati personali: un difficile bilanciamento</i>	947
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, <i>Perfil constitucional del Derecho de contratos. Una visión desde el Derecho cubano</i>	957
ANA M ^a PÉREZ VALLEJO, <i>Victimización del menor, proceso de familia y justicia terapéutica: una perspectiva comparada entre España e Italia</i>	987

GIOVANNI PERLINGIERI, <i>Derogabilità del criterio cronologico di riduzione delle donazioni e divieti dei patti successori</i>	1013
PIETRO PERLINGIERI, <i>Argomentazione comparativa</i>	1051
STEFANO POLIDORI, <i>La prima lezione di scrittura giuridica fra chiarezza e metodo</i>	1065
STEFANO POLLASTRELLI, <i>Il contratto di trasporto stradale di passeggeri tra codice civile e normativa comunitaria</i>	1075
ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, <i>La funzione punitivo-deterrente della riparazione del danno «da reato»</i>	1087
FRANCESCO PROSPERI, <i>Principi, clausole generali e legalità costituzionale</i>	1117
RICCARDO RESTUCCIA, <i>Esecutore testamentario e mandato, profili di criticità e soluzioni prospettabili: spunti</i>	1163
FRANCESCO RIZZO, <i>Dalla (ir)responsabilità del provider alla libertà di espressione sul web</i>	1183
VITO RIZZO, <i>Green new Deal e profili di responsabilità civile per i danni ambientali: una riflessione suscitata da un recente libro di Lorenzetti</i>	1193
LUCIA RUGGERI, <i>Comunione dei beni e rapporti con i terzi creditori: profili problematici</i>	1205
FRANCESCO RUSCELLO, <i>Alimenti e cessazione dell'obbligo tra affini</i>	1225
GIOVANNI RUSSO e GERARDO ULLOA BELLORIN, <i>Sostenibilità, mobilità e turismo: un trinomio inscindibile</i>	1239
CAMILLA SBICCA, <i>Il segreto commerciale tra sicurezza informatica e sicurezza negoziale</i>	1257
PASQUALE STANZIONE, <i>Nascita della vita e responsabilità del ginecologo</i>	1277
DANIELE STAZIO, <i>Il sistema della responsabilità nei pacchetti turistici alla luce del d.lg. 21 maggio 2018 n. 62: dal difetto di conformità all'emergenza epidemiologica da Covid-19</i>	1303
CHIARA TINCANI, <i>Le autovetture senza conducente, i diritti nazionali e le sperimentazioni su strada</i>	1321
BRUNO TROISI, <i>Sulla trascrivibilità dell'accordo di conciliazione in tema di usucapione</i>	1341

CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, <i>Acerca de la posible convalidación del negocio jurídico. Especial referencia a la confirmación y la ratificación</i>	1355
ALESSIA VALONGO, <i>Le sperimentazioni cliniche nell'emergenza da Covid-19</i>	1373
GIOVANNI VARANESE, «Nuova legge» e «formante» giurisprudenziale nella responsabilità medica	1389
VINCENZO VERDICCHIO, <i>Permuta ed evizione: l'art. 1553 c.c.</i>	1403
GIUSEPPE VERTUCCI, <i>Dalla generale definizione di successione all'inquadramento della figura del legittimario</i>	1417
ANDREA ZOPPINI, <i>Verso una moderna tutela del consumatore</i>	1433
<i>Gli Autori</i>	1439

LUCA DI NELLA

Il caso Ursula Pechstein

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso Pechstein dinanzi al T.A.S./C.A.S. e al Tribunale federale elvetico. – 3. La decisione del *Landesgericht München I*. – 4. L'*Oberlandesgericht München*. – 5. Il *Bundesgerichtshof*. – 6. Il caso Pechstein dinanzi alla Corte europea di Strasburgo. – 7. Il caso Pechstein alla luce del principio di specificità dello sport. – 8. Conclusioni.

1. Il caso Claudia Pechstein, pattinatrice sul ghiaccio tedesca di alto livello che si mantiene con l'attività sportiva e con i proventi delle sponsorizzazioni e di altre fonti, ha raggiunto oramai una notorietà internazionale per le implicazioni sul sistema di giustizia sportiva nel suo complesso. La vicenda giudiziaria verte principalmente sulla clausola arbitrale e sugli effetti della posizione monopolistica delle federazioni, specie di quelle internazionali, e sul modo in cui è organizzata la giustizia sportiva.

La complessa ed articolata vicenda della pattinatrice tedesca è stata oggetto di numerose decisioni che vanno dal lodo del C.A.S./T.A.S., impugnato per ben due volte dinanzi alla Corte federale svizzera, a quelle dei giudici tedeschi di merito e di Cassazione. E il percorso giudiziario non è ancora chiuso, essendo pendente un giudizio, introdotto con un *Verfassungsbeschwerde*, alla Corte costituzionale tedesca.

Queste sentenze pongono degli interrogativi e dei problemi ai quali è necessario dare una risposta adeguata per garantire, da una parte, l'efficienza del sistema di giustizia sportiva, ma anche, dall'altra, i diritti fondamentali dei soggetti – atleti ed enti – che ad esso devono rivolgersi per risolvere le liti insorte nell'esercizio dell'attività sportiva.

Pertanto, dopo aver esposto le decisioni dei giudici tedeschi, verrà elaborata una valutazione delle questioni poste alla luce del principio di specificità dello sport. Questo porterà a formulare delle considerazioni di chiusura e delle proposte sul tema.

2. Il tutto prende avvio a causa di una presunta violazione del codice antidoping. Nel luglio 2009 la Pechstein veniva squalificata per due anni dalla Commissione disciplinare della Federazione internazionale di pattinaggio (*International Skating Union, ISU*), essendo così preclusa la sua partecipazione

alle future competizioni per tutta la durata dalla squalifica. Informata dell'accaduto, la Federazione nazionale tedesca *Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V.* provvedeva a sua volta ad escludere l'atleta anche dalla partecipazione agli allenamenti federali e della *Verein* per la quale era tesserata, nonché dalla selezione che doveva gareggiare ai Giochi olimpici invernali di Vancouver del 2010.

In virtù della sottoscrizione di diversi accordi con la *ISU* contenenti, tutti, clausole arbitrali, la Pechstein dovette impugnare la decisione dinanzi al T.A.S./C.A.S. di Losanna¹. Per avviare la procedura dovette sottoscrivere anche l'accettazione delle regole procedurali che, tra l'altro, affermavano la competenza del T.A.S./C.A.S. Il *Panel* decise che il provvedimento impugnato era da considerarsi corretto, respingendo pertanto la domanda attorea². La Pechstein si rivolse allora alla Corte federale svizzera, chiedendo la revisione del lodo. Il *Beschwerde* venne respinto con la conferma del lodo sia la prima volta³, sia la seconda, quando la ricorrente propose un altro ricorso alla luce di un ulteriore parere medico a lei favorevole⁴.

3. Terminata la squalifica, la Pechstein tornò con successo a gareggiare. Poiché, a suo avviso, era stata ingiustamente condannata e aveva subito una perdita di 4,4 milioni di Euro, la pattinatrice decise di citare dinanzi al *Landesgericht München I* la Federazione internazionale e quella nazionale, chiedendo che fossero dichiarate responsabili e condannate in solido al risarcimento dei danni patiti. L'attrice assumeva che alla sua richiesta non si poteva opporre l'esperita procedura arbitrale, in quanto la clausola compromissoria non era stata da lei sottoscritta volontariamente.

Il *Landesgericht* ha respinto la domanda, argomentando che con l'accettazione dell'arbitrato dinanzi al T.A.S. era stata validamente rifiutata la giurisdizione ordinaria, non potendosi quindi più lamentare della violazione del diritto di accesso alla giustizia statale. Tuttavia, il *Landesgericht* ha anche ritenuto ricorrere la mancanza di volontà delle sottoscrizioni di siffatte clausole arbitrali e ha palesato dubbi rilevanti sulla effettività terzietà del T.A.S.⁵.

¹ Sul C.A.S./T.A.S. sia consentito rinviare a L. DI NELLA, *L'arbitrato sportivo*, in AA.VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Atti del 10° Convegno internazionale della *SISDiC*, Napoli, 2016, p. 551 ss., ove si rinviene altra bibliografia in argomento.

² Il lodo *Arbitration CAS 2009/A/1912 P. v. International Skating Union (ISU) & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. (DESG) v. International Skating Union (ISU)*, award of 25 November 2009, è pubblicato in <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1912,%201913.pdf>.

³ *Tribunal fédéral*, 10 febbraio 2010, 4A_612/2009, in www.juricaf.org.

⁴ *Tribunal fédéral*, 28 settembre 2010, 4A_144/2010, in www.juricaf.org.

⁵ *LG München I*, in *SchiedsVZ*, 2014, p. 100 ss.; sulla sentenza, v., tra gli altri commenti, quelli di D. MONHEIM, *Das Ende des Schiedszwangs im Sport. Der Fall Pechstein*, in *SpuRt*,

È pertanto interessante analizzare nel prosieguo i passaggi più rilevanti della sentenza.

In via logico giuridica, il primo nodo da sciogliere è quello relativo alla verifica della competenza che il *Landesgericht* ha affermato senza mostrare alcun dubbio. Rispetto alla federazione tedesca la decisione si poggia sul fatto che la sua sede è a Monaco, ciò che radica appunto la competenza territoriale nel relativo tribunale ai sensi del § 17 § 1 *ZPO (Zivilprozessordnung*, codice di procedura civile), che regola il foro generale delle persone giuridiche⁶.

Più complessa è la posizione della federazione internazionale. Rispetto a questa il Tribunale tedesco ha richiamato l'art. 6, n. 1, della Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ai sensi del quale, in caso di pluralità di convenuti appartenenti a Stati «vincolati», la persona domiciliata in un altro Stato può essere convenuta davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione ed una decisione uniche, per evitare il rischio di giungere a pronunciamenti incompatibili in caso di giudizi separati. Anche se questa disposizione è ritenuta di stretta interpretazione, non sembra potersi dubitare che nel caso *de quo* vi sia la richiesta connessione, vertendo la questione in entrambi i casi sulla validità e sull'efficacia della squalifica per *doping*. Doveva dunque essere evitato il rischio di giudicati contraddittori sul medesimo fatto. Pertanto, il *Landesgericht* ha correttamente rigettato l'eccezione di incompetenza sollevata dalla federazione internazionale, la quale sosteneva di essere stata citata esclusivamente per radicare la competenza del giudice tedesco.

Il punto che però ha attirato l'attenzione degli esperti su questa controversia è la statuizione del *Landesgericht* sulla non opponibilità all'attrice della

2014, p. 90 ss.; L. HANDSCHIN e T. SCHÜTZ, *Bemerkungen zum Fall Pechstein*, *ivi*, 2014, p. 179 ss.; T. PFEIFFER, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen - Bemerkungen zum Pechstein-Urteil des Landesgerichts München I vom 26. Februar 2014*, in *SchiedsVZ*, 2014, p. 161 ss.; C. DUVE e K.Ö. RÖSCH, *Der Fall Pechstein: Kein Startschuss für eine Neugestaltung der Sportschiedsgerichtsbarkeit*, *ivi*, 2014, p. 216 ss.; U. SCHERRER, R. MURESAN e K. LUDWIG, "Pechstein" ist kein "Bosman der Sportschiedsgerichtsbarkeit", *ivi*, 2015, p. 161 ss.; T. NIEDERMAIER, *Schiedsvereinbarungen im Bereich des organisierten Sports*, *ivi*, 2014, p. 280 ss.; U. HAAS, *Der Court of Arbitration for Sport im Spiegel der deutschen Rechtsprechung*, in *ZVglRWiss*, 2015, p. 516 ss.

⁶ Secondo il § 1 il foro delle persone giuridiche (comunità, corporazioni, società, fondazioni, cooperative, associazioni ecc.) viene determinato in base alla loro sede: tale è considerata quella in cui viene svolta l'attività amministrativa, se non risulta diversamente. Questo il testo del § 1: «Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Vereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, die als solche verklagt werden können, wird durch ihren Sitz bestimmt. Als Sitz gilt, wenn sich nichts anderes ergibt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird».

giurisdizione arbitrale ai sensi dei §§ 1032, comma 1, e 1025, comma 2, ZPO, poiché le diverse clausole compromissorie sono state considerate inefficaci⁷. Si è certamente dinanzi ad una forte presa di posizione, che trova un precedente nel caso *Körbuch* del 2000. In questa sentenza il BGH ha deciso l'identica questione relativa ad una controversia avente ad oggetto una clausola arbitrale imposta ai membri di un'associazione, ritenendo che un «accordo estorto» (*abgenötigte Vereinbarung*) è nullo per contrasto con il diritto fondamentale all'accesso alla giustizia statale, il quale è considerato violato quando la clausola arbitrale è imposta e non liberamente scelta⁸.

Il *Landesgericht* motiva la sua statuizione osservando che l'atleta non ha sottoscritto volontariamente l'accordo arbitrale, poiché le due federazioni sono in posizione di monopolio nel rispettivo ambito di competenza e senza l'adesione della pattinatrice alla predetta clausola non le sarebbe stato possibile esercitare l'attività professionistica. Da questo dato risulta che le parti dell'accordo si trovano in una posizione di squilibrio strutturale da cui deriva la mancanza di volontarietà dell'accettazione da parte dell'atleta che si trova in una posizione contrattuale debole, la quale non deve essere manifestata esplicitamente, potendo anche risultare dalla concreta situazione. All'argomento che giustifica la clausola compromissoria con la necessità di garantire un'applicazione internazionalmente uniforme delle regole sportive su cui contano tutti gli atleti grazie ad un sistema arbitrale internazionale, il giudice obietta che alla volontaria accettazione degli sportivi ai medesimi regolamenti non corrisponde però anche la volontaria accettazione di un meccanismo arbitrale per risolvere le liti come quello del T.A.S., nell'ambito del quale gli sportivi stessi non hanno alcuna influenza sulla composizione del collegio. Poiché il giudice ordinario costituisce per l'atleta il «giudice di legge»

⁷ Va precisato che la decisione, sul punto, è stata adottata facendo riferimento al diritto tedesco per le clausole arbitrali pattuite con la federazione nazionale, e al diritto svizzero per quelle intercorse con la federazione internazionale.

⁸ BGH, in NJW, 2000, p. 1713: «Das Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten, das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, und das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) haben Verfassungsrang. Zwar ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, die Schiedsgerichtsbarkeit für Sachgebiete zuzulassen, bei denen die streitenden Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand der Rechtsstreitigkeit einen Vergleich zu schließen. Sie ist insoweit Ausfluß des in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Grundrechts der Handlungsfreiheit und Privatautonomie (Achterberg, Bonner Kommentar zum GG, Art. 92 Rdn. 173 ff. m.w.N.; Heyde, HdB des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, S. 1579, 1596; vgl. auch BGHZ 65, 59, 61). Dieses Grundrecht verlangt jedoch, daß die Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsklausel und der damit verbundene Verzicht auf die Entscheidung eines staatlichen Rechtsprechungsorgans grundsätzlich auf dem freien Willen des Betroffenen beruhen. Die Formvorschrift des § 1027 a.F. ZPO soll, indem sie dem Betroffenen die Tragweite seiner Erklärung möglichst nachhaltig und eindringlich vor Augen führt, dementsprechend sicherstellen, daß der Verzicht auf die Entscheidung staatlicher Gerichte und auf den gesetzlichen Richter zugunsten eines privaten Schiedsgerichts bewußt und freiwillig erfolgt».

(*gesetzlicher Richter*) ai sensi dell'art. 101, § 2, del *Grundgesetz*, la rinuncia ad esso può essere fatta validamente soltanto in modo «consapevole e volontario» (*bewusst und freiwillig*) per le suesposte ragioni di diritto costituzionale. Da ciò consegue ulteriormente che la prova della volontarietà dell'accettazione grava sulle federazioni, le quali non sono riuscite a fornirla. Il *Landesgericht* aggiunge in proposito che ai fini della predetta prova sarebbe sufficiente che allo sportivo fosse riconosciuto un effettivo diritto di scelta, come accade esemplarmente nei regolamenti della Federazione tedesca di atletica leggera che consentono di ricorrere ad arbitri indipendenti ed esterni all'organizzazione federale⁹.

La valutazione delle conseguenze della mancanza di volontarietà viene effettuata in base al diritto tedesco e a quello svizzero, corrispondentemente alla nazionalità delle controparti. In forza del primo, la clausola compromissoria imposta è nulla per contrarietà al buon costume ai sensi del § 138 BGB e pertanto inefficace. A sopperire la mancanza di volontà non è ritenuta sufficiente la possibilità riconosciuta dal § 1034, comma 2, ZPO di far fronte allo svantaggio di una parte derivante da una certa composizione del collegio arbitrale, ricorrendo alla sostituzione degli arbitri in forza dell'intervento del giudice ordinario. Per un verso, il giudice sostituito non sarebbe comunque il giudice legale; per l'altro, nel caso concreto una siffatta correzione della composizione non sarebbe effettiva, poiché comunque il giudice subentrante proverrebbe dalla lista chiusa di arbitri del T.A.S., sulla cui composizione l'atleta non ha alcuna influenza. Alla medesima conclusione si giunge se si segue quella letteratura che propone di sottoporre la clausola compromissoria alla *Inhaltskontrolle* ex §§ 242 e 138 BGB, giacché il sistema arbitrale del T.A.S. costituisce una deroga alla garanzia di accesso alla giustizia statale potenzialmente svantaggiosa per la parte che la deve accettare.

Anche applicando il diritto svizzero il *Landesgericht* giunge alla medesima conclusione ai sensi dell'art. 27, comma 2, del codice di procedura civile elvetico. In proposito, vengono richiamati gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU) che, garantendo anch'essi l'accesso alla giustizia statale, non consentono di giudicare come valido un accordo arbitrale non formatosi volontariamente¹⁰. Il giudice tedesco cita a

⁹ In proposito va ricordato che, a partire dal 1° gennaio 2008, il *Deutscher Leichtathletik-Verband* (DLV) sottopone le liti relative ai casi di *doping* che vedono coinvolti atleti selezionati (*Kaderathleten*) minacciati da una squalifica alla *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.* (DIS), un ente privato e indipendente che offre arbitrati amministrati nazionali e internazionali e ADR a chi ne fa richiesta. Con tale scelta, adottata in Germania per la prima volta dalla DLV, si vuole assicurare che le sanzioni non siano più inflitte da arbitrati gestiti dalle Federazioni, bensì da arbitri esperti e neutrali.

¹⁰ Va evidenziato che, sul punto, il *Landesgericht* contraddice l'orientamento del Tribunale federale svizzero. In dottrina U. HAAS, *Internationale Sportgerichtsbarkeit und EMRK*, in *SchiedsVZ*, 2009, p. 80, ritiene che la volontarietà dell'accettazione della clausola arbitrale

supporto della decisione la sentenza emessa nel 2010 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Suda c. Repubblica Ceca, per la quale la scelta dell'arbitrato deve essere «volontaria, lecita e inequivoca»¹¹. Il *Landesgericht* valuta anche la procedura arbitrale sportiva ai sensi della CEDU, ritenendo con risoluta chiarezza che il sistema T.A.S. non offre le garanzie dovute. Questo risulterebbe, tra l'altro, dai seguenti elementi. Gli arbitri vengono scelti da una lista chiusa sulla cui formazione l'atleta non esercita alcuna influenza. Inoltre, il presidente del collegio viene scelto dal Segretario generale con una procedura intransparente che lascia molto a desiderare. Stessa valutazione negativa è fatta, infine, per l'obbligo di presentazione della bozza del lodo al predetto Segretario, ciò che contrasta con la necessità di garantire l'indipendenza del collegio.

Come già detto, il *Landesgericht* ha però rigettato la domanda dell'attrice per le seguenti ragioni. Il giudice osserva che, secondo il § 1061 ZPO e le disposizioni della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, il lodo del CAS/T.A.S. sarebbe inficiato dal fatto di non essere fondato su un valido accordo arbitrale. Tuttavia, in concreto tale lodo è riconoscibile, poiché formalmente presenta tutti i requisiti richiesti dalla legge e l'efficacia dell'accordo arbitrale non potrebbe essere rilevata d'ufficio, essendo un vizio del contenuto valutabile dal giudice soltanto se contestato dalla parte. La pattinatrice in effetti non ha mai negato la competenza del CAS/T.A.S. durante il relativo procedimento. Per questo motivo il lodo può essere riconosciuto, non essendo stata sollevata la questione della competenza e avendo così l'attrice implicitamente rinunciato all'accesso alla giustizia statale. L'argomento utilizzato per rigettare la domanda di risarcimento del danno ai sensi del *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)*, non sembra in realtà convincente, poiché la mancanza di una valida clausola compromissoria inficia inevitabilmente il relativo lodo¹².

4. La Pechstein ha impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al com-

sia necessaria anche ai sensi della CEDU, ma disapplica la sanzione della nullità in ipotesi di ricorso nel caso concreto di ragioni legate ad una «good administration of justice».

¹¹ Corte eur., 28 gennaio 2011, n. 1643/06, Suda c. Repubblica Ceca, §§ 48 e 49, ammette che è valida la scelta di rinunciare al diritto di accesso ad una autorità giurisdizionale statale a favore di un arbitrato nelle materie disponibili dalle parti, ma «à condition qu'une telle renunciation soit libre, licite et sans équivoque», nonché precisa che il deferimento della cognizione ad una giurisdizione arbitrale implica l'applicazione dell'art. 6 CEDU anche a questa (cfr. V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, p. 128 ss., spec. 130).

¹² In proposito, v. D. MONHEIM, *Das Ende des Schiedszwangs im Sport. Der Fall Pechstein*, cit., p. 93, il quale osserva che lo svolgimento regolare della procedura comunque non è in grado di superare il vizio della mancanza di un valido accordo arbitrale.

petente *Oberlandesgericht*, che è giunto a conclusione parzialmente diverse¹³. I giudici di appello hanno confermato la loro competenza nei confronti di entrambe le parti, non avendo l'attrice abusato della normativa *de qua* per motivi riprovevoli. Non si rinvengono neanche ragioni che ostacolano l'impugnazione del lodo arbitrale dinanzi alla giustizia statale.

Anche i giudici dell'*OLG* ritengono che l'accordo arbitrale sia inefficace, giacché viola norme imperative del diritto sui cartelli. Viene infatti riconosciuta la posizione di monopolista della Federazione internazionale di pattinaggio nel mercato delle competizioni internazionali, rispetto alle quali vi è un rilevante interesse degli atleti a parteciparvi per evidenti ragioni, non essendo a questo paragonabile l'interesse alla partecipazione alle gare di livello soltanto nazionale.

A causa della posizione dominante sul mercato sarebbe, infatti, possibile alle imprese imporre condizioni negoziali di qualsiasi tipo che derogino a quelle che sarebbero invece usuali in una situazione di piena concorrenza. Pertanto, la Federazione non potrebbe esigere l'accettazione della clausola compromissoria. L'*OLG* precisa però – in contrasto con il giudice di primo grado – che gli accordi di arbitrato intercorsi tra una federazione internazionale organizzatrice di competizioni e gli atleti che vi prendono parte non sono da ritenere *tout court* invalidi per mancanza di volontà dell'accettazione da parte di questi ultimi¹⁴. In effetti, vi sono fondati motivi oggettivi che de-

¹³ *OLG München*, 15 gennaio 2015, in *SchiedsVZ*, 2015, p. 40 ss., e in *NZKart*, 2015, p. 197 ss.; sulla sentenza v. F.C. HAUS e I. HETZER, *Kartellrecht gegen (Sport-)Schiedsgerichtsbarkeit - 1.0. Zum Urteil des OLG München in der Sache Claudia Pechstein*, *ivi*, 2015, p. 181 ss.; W. HEERMANN, *Zukunft der Sportsgerichtsbarkeit sowie entsprechender Schiedsvereinbarungen im Lichte des Pechstein-Verfahrens sowie des § 11 RegE-AntiDopG*, in *SchiedsVZ*, 2015, p. 78 ss.; Id., *Anmerkung zum Teil-Urteil des OLG München vom 15.1.2015 - U 1110/14 Kart*, in *JZ*, 2015, p. 355 ss.; Id., *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sport (Teil 1)*, in *WRP*, 2015, p. 1047 ss.; R. BLEISTEIN e C. DEGENHART, *Sportschiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht. Schiedsvereinbarungen und Anti-Doping-Gesetzgebung auf dem Prüfstand*, in *NJW*, 2015, p. 1353 ss.; G. BRANDNER e R. KLÄGER, *Ein Sieg über (oder für) das System der Sportschiedsgerichtsbarkeit?*, in *SchiedsVZ*, 2015, p. 112 ss.; U. SCHERRER, R. MURESAN e K. LUDWIG, *"Pechstein" ist kein "Bosman der Sportschiedsgerichtsbarkeit"*, *ivi*, 2015, p. 161 ss.; A. ROMBACH, *The "Pechstein-judgment" of the OLG München: What does it mean for international sports and commercial arbitration?*, *ivi*, 2015, p. 105 ss.; F. GRAF VON WESTPHALEN, *Die Sportschiedsgerichtsbarkeit vor den Schranken der Klausel-Richtlinie 93/13/EWG - Der Fall Pechstein*, in *SpuRt*, 2015 p. 186 ss.; M. NORDMANN e S. FÖRSTER, *Der Fall Pechstein und die Grenzen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots*, in *WRP*, 2016, p. 312 ss. V. altresì la presa di posizione ufficiale sulla sentenza da parte del T.A.S./C.A.S., *Communication du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) à propos du jugement rendu per le Oberlandesgericht München dans l'affaire opposant Claudia Pechstein et la Fédération Internationale de Patinage (ISU)*, in <http://www.tas-cas.org/informations-generales/detail-actualites/article/communication-du-tas-a-propos-du-jugement-rendu-par-le-oberlandesgericht-muenchen-dans-laffaire.html>.

¹⁴ Secondo *OLG München*, cit., «auch Art. 6 Abs. 1 EMRK steht zwar der Anwendung

pongono per la sottoposizione delle liti ad un unico giudice, invece che ai giudici statali di diversi paesi, ciò che potrebbe condurre a giudicati divergenti.

Tuttavia, ricorre nel caso concreto un abuso di potere di mercato da parte della federazione per il fatto che la competenza arbitrale viene riconosciuta a favore del T.A.S., sul cui funzionamento e sulla cui composizione influiscono il C.I.O., le federazioni internazionali e i Comitati olimpici nazionali, ma non gli atleti che l'accettano, poiché altrimenti non possono partecipare alle competizioni internazionali. La composizione del C.I.A.S. e le modalità di scelta degli arbitrati, di fatto determinati principalmente dagli enti sportivi di vertice, pone questi ultimi in una situazione strutturale di forza che pregiudica alla base la neutralità del T.A.S. Inoltre, il presidente del collegio nei procedimenti di appello viene nominato dal Presidente del relativo settore all'interno del C.I.A.S. (Consiglio Internazionale di Arbitrato Sportivo). Per questo non è garantita la terzietà dei collegi arbitrali, essendo questi composti da persone più vicine agli enti di vertice che agli atleti. Una giustificazione oggettiva per questa preponderanza non viene considerata esistente dall'OLG. Agli atleti dovrebbe pertanto essere riconosciuto almeno il diritto di scegliere arbitri al di fuori della lista del T.A.S., magari indicando astratte caratteristiche professionali quali requisiti per la nomina.

Quindi, il fatto che gli atleti accettino la competenza del T.A.S. dipende soltanto dalla posizione di forza delle federazioni. Se a loro fosse offerta la possibilità di rivolgersi anche a strutture arbitrali effettivamente neutrali per risolvere le loro controversie, allora probabilmente a queste sarebbe data la preferenza. Questo aspetto consente dunque di applicare la disciplina sul divieto di abuso di posizione dominante, integrandone la soglia della rilevanza.

Pertanto, l'accordo arbitrale è considerato nullo per violazione del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi del § 134 BGB, che sancisce la nullità dei negozi per violazione di un divieto di legge (*gesetzliches Verbot*).

All'attrice non viene imputato un comportamento contraddittorio che le impedisce di accedere alla giustizia statale. Peraltro, questo non è pregiudicato da altri eventuali accordi arbitrali, perché di relativi alla richiesta del risarcimento del danno non si rinvergono nel caso in esame.

L'OLG ritiene che la domanda dell'attrice non possa essere ritenuta infondata in ragione del riconoscimento del lodo arbitrale. Questo è infatti in contrasto con l'ordine pubblico e, pertanto, non può essere riconosciuto ai sensi

einer Schiedsvereinbarung auf eine Streitigkeit entgegen, der eine der Streitparteien nicht zugestimmt hat (vgl. EGMR, Urt. v. 28. Oktober 2010 - 1643/06, Suda/Tschechische Republik Tz. 52 ff.). Liegt aber tatsächlich eine Zustimmung vor, so führt allein der Umstand, dass diese wirtschaftlich notwendig war, um eine bestimmte berufliche Tätigkeit auszuüben, nicht zu einer Verletzung der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EKoMR, Entsch. v. 13. Juli 1990 - 11960/86 - Axelsson u. a. ./ Schweden; EKoMR, Entsch. v. 5. März 1961 - 1197/61 - X. ./ Bundesrepublik Deutschland)».

del § 1061, comma 1, ZPO e dell'art. 5, comma 2, lett. b, della Convenzione di New York sui lodi stranieri¹⁵. A questo consegue che i tribunali tedeschi non sono vincolati al lodo per valutare la richiesta di risarcimento del danno. Tuttavia, la decisione non è ritenuta matura per la sentenza nella parte relativa al risarcimento, riservandosi l'OLG di decidere tale questione con altro procedimento.

5. Questa decisione è stata a sua volta impugnata dinanzi al BGH, il quale l'ha ribaltata affermando quanto segue¹⁶. I giudici di ultima istanza hanno

¹⁵ Cfr. A. DUVAL, *The Court of Arbitration for Sport and EU Law: Chronicle of an Encounter*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 224 ss., spec. p. 232 ss. Sull'eccezione di ordine pubblico prevista dalla Convenzione di New York, v. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. 3, *International Arbitral Awards*, 2^a ed., Alphen aan den Rijn, 2014, p. 3646 ss.; M. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 222 ss.; R. KREINDLER e K. VON DER LINDEN, *Arbitration, recognition of awards*, in J. v. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI e P. DE MIGUEL ASENSIO (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, p. 123 ss. Nel contenzioso sportivo il tema della violazione dell'ordine pubblico internazionale svizzero era stato trattato nella sentenza del Tribunale federale svizzero del 27 marzo 2012, 4AI 558/2012 (sulla decisione, v. P. GARRAFFA, *Il caso Matuzalem: verso la fine della giustizia sportiva?*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2012, p. 27 ss.). In argomento, C. FRATEA, *I rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e organismi sportivi dopo la sentenza Meca-Medina*, in *Jus-Online*, 2018, 1, p. 162 ss. (<https://jusvitaepensiero.mediabiblos.it/news/allegati/Fascicolo-I—2018-154-179%20Fratea.pdf>), evidenza che, per quanto le disposizioni antitrust UE siano qualificabili come norme di applicazione necessaria all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, nell'arbitrato sportivo «esse non assumono il medesimo valore. Infatti, pur ammettendo in via generale il carattere vincolante anche per gli arbitri delle norme di applicazione necessaria del paese la cui legge essi sono chiamati ad applicare, gli arbitrati amministrati dal TAS, avendo in base al relativo codice sede a Losanna, prevedono, salvo una diversa scelta di legge, l'applicazione della legge svizzera (M. Coccia, A. Malatesta e P. Franzina, *Sezione 15. Disposizioni sull'individuazione delle regole di diritto applicabili al merito della controversia. Decisione secondo equità*, *ivi*, pp. 1004-1026, a p. 1025). Ciò non toglie che, come nel caso» Pechstein, «i giudici dei paesi UE possano agire in via successiva bloccando il riconoscimento del lodo, se contrastante con l'ordine pubblico del foro».

¹⁶ BGH, in *NJW*, 2016, p. 2266 ss.; sulla decisione, v., tra gli altri, A. DALINGER, *Der Vertragsbruch des Berufsfußballspielers und die Rechtsfolgen nach art. 17 FIFA-RSTS*, Baden-Baden, 2017, p. 77 ss.; K. THORN e C. LASTHAUS, *Das Pechstein-Urteil des BGH - ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?*, in *IPRax*, 2016 p. 426 ss.; P.W. HEERMANN, *Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Urteil des BGH*, in *NJW*, 2016, p. 2224 ss.; F. STANCKE, *Die sportkartellrechtliche Bedeutung des "Pechstein"-Entscheidung des BGH*, in *SpuRt*, 2016, p. 230 ss.; S.J.M. LONGRÉE e S. WEDEL, *Die Entscheidung über die Einrede der Schiedsvereinbarung nach § 1032 Abs. 1 ZPO als finaler verfassungs- und europarechtlicher Kontrollgegenstand - (K)ein Ende des Prozessmarathons im Fall Pechstein in Sicht?*, in *SchiedsVZ*, 2016, p. 237 ss.; H. PRÜTTING, *Das Pechstein-Urteil des BGH und die Krise der Sport-Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SpuRt* 2016, p. 143 ss. V. anche la presa di posizione del T.A.S./ C.A.S., *Communication du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) à propos du jugement rendu par le Tribunal fédéral allemand (Bundesgerichtshof) dans le cadre de l'affaire opposant Claudia Pechstein*

ritenuto che la clausola compromissoria sia valida e pertanto ostativa alla richiesta di risarcimento del danno. Il C.A.S./T.A.S. viene considerato un vero e proprio tribunale arbitrale ai sensi dei §§ 1025, comma 2, e 1032, comma 1, ZPO, all'interno del quale non viene riscontrata una posizione di diretto predominio da parte delle federazioni. Si riconosce che un'associazione sportiva internazionale come l'I.S.U. ha una posizione dominante nel mercato delle competizioni relative alla propria disciplina. Tuttavia, quando una federazione sportiva condiziona la partecipazione alle sue gare alla sottoscrizione di una convenzione di arbitrato in favore del C.A.S./T.A.S., conformemente al codice mondiale *antidoping*, questa non abusa della suddetta posizione. In considerazione dell'elenco degli arbitri, composto da più di 200 persone, si ritiene siano garantite l'indipendenza e l'imparzialità del C.A.S./T.A.S. (nonostante la lista chiusa degli arbitri e il fatto che questi siano scelti dal C.I.A.S.). La necessità di una siffatta istituzione arbitrale risulta peraltro dall'interesse alla lotta al *doping* che è comune ad atleti e federazioni: così argomentando, non viene rilevato un conflitto di interessi tra i predetti soggetti e si ritiene che l'accettazione da parte dello sportivo della clausola arbitrale sia effettivamente volontaria.

Con siffatta decisione il BGH ha rilasciato una sorta di «attestazione di nulla osta» al C.A.S./T.A.S. I Giudici di legittimità hanno anche effettuato un bilanciamento di interessi (*Interessenabwägung*) alla luce del diritto *antitrust* tedesco ai sensi della versione allora vigente del § 19 I GWB e, pur se indirettamente, del § 102 TFUE. Così, in considerazione del principio dell'*Ein-Platz-Prinzip* la I.S.U. è considerata una monopolista, giacché le attività sportive sono anche attività economiche e, come tali, sottoposte al diritto sulla concorrenza: viene dunque confermata la controllabilità delle decisioni e degli atti delle federazioni¹⁷. In concreto viene valutato, da una parte, l'interesse dell'atleta ad una decisione emessa da un tribunale arbitrale indipendente, il suo diritto alla tutela giudiziaria e la sua libertà di esercizio di attività professionale, tutelati dall'art. 12 GG. Dall'altra, è stato considerato il diritto alla libertà di associazione ex art. 9 GG della federazione e l'interesse di quest'ultima ad una unitaria regolamentazione delle competizioni e della lotta al *doping* nonché al mantenimento di un sistema arbitrale funzionante di portata mondiale. In tal modo viene evidenziata una comunanza dell'interesse degli atleti e delle federazioni alla lotta al *doping*. Peraltro, il

et la Fédération Internationale de Patinage (ISU), 7 giugno 2016, in <http://www.tas-cas.org/general-information/detail-actualites/article/communication-du-tribunal-arbitral-du-sport-tas-a-propos-du-jugement-rendu-par-le-tribunal-federal-allemand-bundesgerichtshof-dans-le-cadre-de-l'affaire-opposant-claudia-pechstein-et-la-federation-internationale-de-patinage-isu.html>.

¹⁷ In tal senso, v. F. STANCKE, *Die sportkartellrechtliche Bedeutung des "Pechstein"-Entscheidung des BGH*, cit., p. 231; S. HORN, *Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf den Sport*, Berlin, 2016, p. 88 ss.

BGH ha anche ritenuto che l'atleta non sia comunque privo di tutela, giacché può scegliere gli arbitri e comunque impugnare il lodo dinanzi al Tribunale federale svizzero.

In dottrina si osserva criticamente che siffatta impostazione del bilanciamento sia frettolosa e non convincente¹⁸, e che sia stato altresì *tout court* oscurato e aggirato il problema della differente situazione strutturale di forza negoziale tra le predette parti. Anche se nel caso *Pechstein* l'inferiorità della posizione contrattuale dell'atleta non sembra essere così incisiva come a volte viene descritta, è indubbio che permane una forte criticità relativa all'influenza strutturale che esercitano le federazioni sulla formazione del collegio, in particolare sulla nomina del presidente di quest'ultimo da parte del presidente del reparto impugnazioni del C.A.S./T.A.S.¹⁹.

Altro punto considerato debole della decisione è che la stessa non fonda con chiarezza neanche le ragioni per le quali è stata valutata positivamente la neutralità e l'imparzialità del C.A.S./T.A.S., ciò che tiene in realtà aperta una problematica che non va sottovalutata, nonostante la posizione del BGH²⁰.

Oltre a questo, la dottrina critica il BGH per non aver chiesto l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia europea ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, al fine di valutare la compatibilità della clausola arbitrale sportiva con il diritto *antitrust* dell'Unione. Questo, nonostante il richiamo contestuale che il BGH fa al § 19, comma 1, GWB e all'art. 102 TFUE e la portata europea della vicenda che è invece stata totalmente trascurata²¹.

La «guerra» giudiziaria è tutt'altro che conclusa. La Pechstein ha non soltanto fatto ricorso alla Corte di Strasburgo ma ha anche presentato un *Verfassungsbeschwerde* al Tribunale costituzionale, a seguito dell'esito negativo dei precedenti procedimenti²². La sentenza della Corte EDU è stata già pronunciata, Si è dunque in attesa della decisione del Tribunale costituzionale.

¹⁸ A. DALINGER, *Der Vertragsbruch des Berufsfußballspielers und die Rechtsfolgen nach art. 17 FIFA-RSTS*, 2017, cit., p. 80, ove si sottolinea che non basta indicare l'interesse comune alla lotta al *doping*, dovendosi anche analizzare il «come».

¹⁹ B. HESS, *Aktuelle Kontroversen um die Sportschiedsgerichtsbarkeit: Die Urteile Pechstein und SV Wilhelmshaven*, cit., p. 130.

²⁰ P.W. HEERMANN, *Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Urteil des BGH*, cit., p. 2225, il quale discorre in proposito di «blaues Auge» (occhio nero) del C.A.S./T.A.S.; A. DALINGER, o.l.u.c.

²¹ F.C. HAUS, *Das Urteil des BGH in Pechstein/International Skating Union - Ein Schritt vor, zwei Schritte zurück für das Kartellrecht in der Sportschiedsgerichtsbarkeit?*, in NZKart 2016, p. 368 s.

²² Cfr. S. WILSKE, L. MARKERT e L. BRÄUNINGER, *Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2016 und Ausblick auf 2017*, in *SchiedsVZ*, 2017, p. 61; S.J.M. LONGREÉ e D. WEDEL, *Die Entscheidung über die Einrede der Schiedsvereinbarung nach § 1032 Abs. 1 ZPO als finaler verfassungs- und europarechtlicher Kontrollgegenstand - (Kein Ende des Prozessmarathons im Fall Pechstein in Sicht?*, in *SchiedsVZ*, 2016, p. 237; v. anche

6. Come già scritto, la vicenda della Pechstein approda anche dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo a seguito del ricorso presentato contro la Svizzera, che è stato riunito a quello del calciatore Mutu ai sensi dell'art. 42, § 1, del regolamento sulla procedura. La Pechstein lamentava la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 2, CEDU²³, mentre Mutu soltanto dell'art. 6, § 1. La Corte di Strasburgo ha così emesso nel 2018 la decisione *Caso Mutu et Pechstein c. Suisse*²⁴.

Punto di partenza della pronuncia è l'affermazione dell'applicabilità del menzionato art. 6 alle procedure arbitrali sportive, sottolineando la chiara natura «civile» dei diritti in gioco: il carattere patrimoniale del contenzioso legato al rapporto contrattuale fra privati per Mutu; la sospensione dell'attività professionale a seguito di sanzione disciplinare per Pechstein²⁵. Una volta

E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: l'attesa decisione della Corte suprema tedesca nel caso Pechstein*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 148 ss.

²³ Questo il testo dell'art. 6, §§ 1 e 2, CEDU: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata» [v., per una analisi delle predette disposizioni e della relativa applicazione, J.E.S. FAWCETT, *The application of the european convention of human rights*, Oxford, 1987, p. 126 ss.; J.-C. SOYER e M. DE SALVIA, "Article 6", in L.-E. PETTITI, E. DECAUX e P.-H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 239 ss.].

²⁴ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, in www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc; sulla decisione v. L. DALLE DONNE, *L'arbitrato sportivo internazionale visto da Strasburgo*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-arbitrato-sportivo-internazionale-visto-da-strasburgo_04-02-2019.php; C. FRATEA, *I rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e organismi sportivi dopo la sentenza Meca-Medina*, cit., p. 162 ss.

²⁵ L'art. 6 non può ritenersi applicabile a tutti i contenziosi, ma soltanto alle contestazioni sui diritti e le obbligazioni di carattere civile e in materia penale. La giurisprudenza europea, tuttavia, ha operato nel tempo una estensione del campo d'applicazione originario dell'art. 6. Il contenzioso «disciplinare» e il contenzioso «sociale» sono stati integrati nel campo d'applicazione dell'articolo in esame. Stesso discorso vale anche per il contenzioso della funzione pubblica, annoverato nel campo di applicazione della «materia civile». La svolta in tal senso si è registrata quando il giudice europeo nel decidere sul *Caso Pellegrin c. Francia* (Corte EDU, 8 dicembre 1999, Pellegrin c. Francia, in <http://www.dirittiuomo.it/caso-pellegrin-contro-la-francia>) si pronunciò in favore di una interpretazione autonoma della nozione di funzione pubblica, al fine di assicurare un trattamento paritario dei funzionari pubblici ritenendo, inoltre, il «criterio funzionale» della «partecipazione all'esercizio del potere pubblico» come criterio di applicabilità dell'art. 6. La Corte nell'interpretare l'espressione «diritti e ob-

statuita l'applicabilità dell'art. 6, la Corte passa a determinare quali garanzie dell'equo processo si applichino al caso concreto, svolgendo l'analisi delle questioni – sollevate dalla Pechstein – della indipendenza e imparzialità del TAS e della pubblicità dell'udienza.

In merito alla doglianza della violazione dell'indipendenza e imparzialità del T.A.S., la Corte ricorda innanzitutto che il «diritto ad un tribunale» non impone alle parti la sola via delle giurisdizioni «ordinarie», ma anzi riconosce la possibilità di scegliere istanze alternative di tipo arbitrale per dirimere controversie di natura patrimoniale, approccio consolidato per l'arbitrato commerciale, anche nel settore dello sport professionistico. La Corte richiama in tal senso i vantaggi derivanti dalla possibilità di dirimere controversie aventi una dimensione internazionale da parte di una giurisdizione specializzata. Secondo i Giudici il ricorso ad un tribunale arbitrale internazionale, unico e specializzato, favorisce una certa uniformità procedurale e rafforza la certezza del diritto. Ciò è considerato ancora più vero in quanto le sentenze di questo tribunale possono essere impugnate davanti alla giurisdizione suprema di un solo paese, il Tribunale federale svizzero, che decide in ultima istanza²⁶.

La Corte procede poi all'esame della scelta della procedura arbitrale per determinare se questa sia stata imposta o meno ai ricorrenti. A questo proposito, riprende la propria distinzione fra forme di «*arbitrage forcé*» imposto dalla legge e forme di «*arbitrage volontaire*» risultanti dalla libera scelta delle parti. Nel primo caso, le garanzie proprie dell'equo processo si applicano in blocco all'arbitrato, trattandosi di una procedura che s'impone alla volontà delle parti, impedendo loro l'esercizio dell'azione innanzi alle giurisdizioni statali. Nel caso invece di arbitrato «volontario», atteso il consenso delle parti libero, lecito e inequivoco, la Corte accetta che l'accordo fra le

bligazioni di carattere civile» ha ritenuto quindi che essa vada a coprire tutte le procedure il cui fine ha un'incidenza diretta sulla determinazione o sulla effettiva conferma di un diritto o di un obbligo di carattere privato (Corte EDU, 28 giugno 1978, Koning c. Repubblica Federale Tedesca, in www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, e in <https://www.anptes.org/cedu/sentenza/?id=144>, ove è pubblicata la traduzione della sentenza). Essa considera, inoltre, come aventi carattere civile molti contenziosi di diritto pubblico, affermando che bisogna «riferirsi all'essenza e agli effetti di un diritto e non alla sua classificazione giuridica in virtù del diritto interno dello Stato interessato» (Corte EDU, 7 gennaio 2003, Laidin c. Francia, in www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc). Infine, nel campo d'applicazione dell'art. 6 il giudice europeo ha altresì annoverato il contenzioso finanziario, portando parte della dottrina ad affermare che tutto ciò che non è «penale» oggi rientra nella «materia civile» di cui all'art. 6 (v., in proposito, F. SUDRE, *Droit Européen et International des droits de l'homme*, 8^e ed., Paris, 2006, p. 342).

²⁶ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 34: «*Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive*».

parti possa comportare la rinuncia ad alcuni dei diritti propri dell'equo processo, purché il nucleo fondamentale delle garanzie dell'art. 6 sia comunque assicurato²⁷.

Sulla scorta dei suddetti criteri di distinzione degli arbitrati, rispetto alla Pechstein la Corte rileva come l'applicazione delle norme dell'ISU abbia escluso, di fatto, la libera scelta della pattinatrice. In forza della imposizione a tutti gli atleti professionisti del ricorso al T.A.S. per le controversie riguardanti le procedure disciplinari, pena l'esclusione dalle competizioni internazionali, la ricorrente si è trovata di fronte ad un dilemma: accettare la clausola arbitrale e poter esercitare il pattinaggio come professionista o rifiutare la clausola e non poter accedere ad alcuna manifestazione internazionale, rinunciando quindi alla sua carriera sportiva. Secondo la Corte, tale situazione ha inciso irrimediabilmente sulla libertà del consenso della ricorrente, alla quale è stato di fatto imposto l'arbitrato che viene pertanto qualificato come «forcé», dovendo così offrire tutte le garanzie proprie dell'equo processo²⁸.

²⁷ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 33 s.: «S'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention (Suda, précité, § 49) 96. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6. En effet, les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat. En souscrivant une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Une telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle est libre, licite et sans équivoque (Eiffage S.A. et autres, décision précitée, Suda, précité, § 48, R. c. Suisse, no 10881/84, décision de la Commission du 4 mars 1987, 34, Décisions et rapports (DR) no 51, Suvaniemi et autres, décision précitée, Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal (déc.), no 35943/02, 16 décembre 2003, et Tabbane, décision précitée, § 27). De plus, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits protégés par celle-ci doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, § 37, série A no 227, et Tabbane, décision précitée, § 27)».

²⁸ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 37: «En l'occurrence, la Cour considère que le choix qui s'offrait à la requérante n'était pas de participer à une compétition plutôt qu'à une autre, en fonction de son acceptation ou sa non-acceptation d'une clause d'arbitrage. En effet, contrairement au choix offert aux requérants des affaires Tabbane, Eiffage S.A. et autres, et Transportes Fluviais do Sado S.A. (décisions précitées) – qui avaient eu la possibilité de conclure un contrat avec un partenaire commercial plutôt qu'avec un autre –, le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau. 114. Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l'on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque. La Cour en conclut que, bien qu'elle n'ait pas été imposée par la loi mais par la réglementation de l'ISU, l'acceptation de la juridiction du TAS

Accertata quindi la mancanza di «rinuncia» delle garanzie d'indipendenza e d'imparzialità del tribunale, la Corte passa ad analizzare la procedura davanti al T.A.S.²⁹. Claudia Pechstein lamentava, tra l'altro, in particolare un disequilibrio fra atleti e federazioni sportive, a favore di queste ultime, nel meccanismo di nomina degli arbitri vigente all'epoca. La Corte, pur rilevando l'impossibilità per la ricorrente di nominare un arbitro non incluso nella lista elaborata dal Consiglio internazionale dell'arbitrato in materia sportiva (C.I.A.S.), osserva che questa lista all'epoca comprendeva circa 300 persone, offrendo quindi una scelta abbastanza ampia. Inoltre, pur ammettendo

par la requérante doit s'analyser comme un arbitrage "forcé" au sens de sa jurisprudence (voir, a contrario, Tabbane, décision précitée, § 29). Cet arbitrage devait par conséquent offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 95 ci-dessus)».

²⁹ La Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 44, definisce le garanzie di indipendenza e imparzialità in tal modo: «Pour établir si un tribunal peut passer pour "indépendant" aux fins de l'article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (Findlay c. Royaume-Uni, 25 février 1997, § 73, Recueil 1997-I, et Brudnicka et autres c. Pologne, no 54723/00, § 38, CEDH 2005-II). 141. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel en telle occasion, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, Fey c. Autriche, 24 février 1993, §§ 27-28 et 30, série A no 255-A, et Wettstein c. Suisse, no 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII). 142. La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) (Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (Pullar c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, § 32, Recueil 1996-III). 143. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « justice must not only be done, it must also be seen to be done » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables (Oleksandr Volkov c. Ukraine, no 21722/11, § 106, CEDH 2013, et Morice c. France [GC], no 29369/10, § 78, CEDH 2015). 144. Enfin, les concepts d'indépendance et d'impartialité objective sont étroitement liés et, selon les circonstances, peuvent appeler un examen conjoint (Sacilor-Lormines c. France, no 65411/01, § 62, CEDH 2006-XIII)». La Corte precisa poi che «La Cour admet qu'en matière d'arbitrage commercial et d'arbitrage sportif consenti de manière libre, licite et non équivoque les notions d'indépendance et d'impartialité pourraient être interprétées avec souplesse, dans la mesure où l'essence même du système arbitral repose sur la nomination des instances décisionnelles, ou du moins d'une partie d'entre elles, par les parties au litige» (p. 45).

l'influenza delle federazioni sportive nella formazione della lista e quindi il ruolo assunto da tali organizzazioni, suscettibili d'opporsi agli atleti nell'ambito dei litigi portati davanti al T.A.S., la Corte giudica che tale circostanza non sia di per sé stessa, ed in assenza di argomenti *a contrario* presentati dalla ricorrente, suscettibile di mettere in dubbio l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri. Va sottolineato che tale decisione è stata adottata a maggioranza³⁰. Rileva inoltre che la doglianza relativa al potere del Segretario Generale del T.A.S. di modificare i lodi e di attirare l'attenzione degli arbitri sulle questioni di principio dopo la deliberazione non è stata accolta per mancanza di prova dell'effettivo intervento nel caso della Pechstein³¹. Tale problema dunque rimane ancora aperto.

In merito alla doglianza riguardante il diritto alla pubblicità delle udienze – presentata dalla sola Claudia Pechstein – la Corte ricorda in primo luogo come tale garanzia si applichi anche alle procedure disciplinari o deontologiche, la parte potendo tuttavia liberamente rinunciare all'esercizio di tale diritto. La Corte enumera i diversi aspetti che rilevano per la sua decisione: si è in presenza di un «arbitrato forzato»; la ricorrente aveva espressamente chiesto un'udienza pubblica; i fatti all'origine della sanzione disciplinare erano controversi, tant'è che numerosi consulenti erano intervenuti nel corso della procedura; la stessa sanzione era suscettibile di recare pregiudizio all'onorabilità professionale e al prestigio della ricorrente. La Corte considera dunque che l'insieme di queste circostanze giustificava la previsione di un'udienza pubblica e conclude, all'unanimità³², per la violazione dell'art. 6 della Convenzione³³.

³⁰ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 55, «Dit, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant aux griefs des requérants tirés de l'indépendance et l'impartialité du TAS».

³¹ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 47 s.

³² Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 55, «Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le chef de la requérante à raison de l'absence d'une audience publique devant le TAS».

³³ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 52: «182. La Cour considère que les questions débattues dans le cadre de la procédure litigieuse – qui étaient relatives au point de savoir si c'était à juste titre que la requérante avait été sanctionnée pour dopage, et pour la résolution desquelles le TAS a été amené à entendre de nombreux experts – nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public. En effet, la Cour observe qu'il y avait une controverse sur les faits et que la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit (voir, mutatis mutandis, Grande Stevens et autres c. Italie, nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 122, 4 mars 2014). D'ailleurs, malgré sa conclusion quelque peu formaliste, le Tribunal fédéral lui-même, dans son arrêt du 10 février 2010, a expressément reconnu au travers d'un obiter dictum qu'une audience publique devant le TAS aurait été souhaitable. 183. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-publicité des débats devant le TAS. 184. Cette conclusion la dispense d'examiner le grief de la requérante quant à l'absence

La decisione della Corte di Strasburgo contiene elementi interessanti e soprattutto non sembra aver fugato tutti i dubbi sul «sistema» T.A.S.

Per un verso, il riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 6 anche all'arbitrato sportivo consente di ritenere che questo strumento è un mezzo di risoluzione delle controversie alternativo (e non concorrente alla giustizia statale) nonché di riaffermare l'esistenza di un sistema giuridico unitario, negando quindi l'esistenza di un «ordinamento sportivo» autonomo. Inoltre, non si può non condividere la qualificazione di tale arbitrato come «forcé» con la conseguente necessità che siano rispettate tutte le garanzie del giusto processo proprio in ragione di tale sua natura. Parimenti si concorda sulla declinazione dei vantaggi derivanti dall'adozione di una procedura internazionale specializzata, ciò che evoca nella sostanza il principio di specificità dello sport a sostegno della legittimità della relativa clausola compromissoria³⁴. Questo trova conferma nel passaggio in cui la limitazione all'accesso alla giustizia è conciliabile con l'art. 6, soltanto se vi è uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito³⁵.

Per l'altro, restano delle ombre significative che sono ben delineate dall'opinione dissenziente dei giudici Keller e Serghides in cui sono indicate le ragioni da loro addotte a sostegno della tesi secondo cui il T.A.S. non offrirebbe le garanzie d'indipendenza e d'imparzialità proprie dell'art. 6 della Convenzione. Gli elementi che i due giudici evidenziano sono gli stessi presi in considerazione dalla maggioranza, ossia l'effettiva influenza delle federazioni sportive internazionali nei meccanismi di nomina dei membri del C.I.A.S.

d'audience devant la commission disciplinaire de l'ISU, dont le TAS était l'organe de recours disposant de la plénitude de juridiction (paragraphe 169 ci-dessus)».

³⁴ In proposito, v. E. MAIO, *Clausola compromissoria e meritevolezza nel sistema della giustizia sportiva*, Napoli, 2020, pp. 179 e 182, secondo la quale lo sport rappresenta «una delle espressioni più sentite della personalità», «in una visione unitaria della persona, che prescinde dalla territorialità». Affinché questa sia tutelata «allo stesso modo all'interno di un unico contesto nazionale e sovranazionale», l'a. suggerisce in ambito sportivo «una normativa europea più diretta, [grazie alla quale] si potrebbe arrivare a un'omogeneità delle sentenze dei diversi Stati in merito a casi analoghi», possibile «attraverso tecniche di normazione che non lasciano spazio al potere legislativo dei singoli Paesi».

³⁵ Corte edu, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 33: «En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé». Sull'applicabilità dell'art. 6 § 1 Cedu all'arbitrato sportivo, con la conseguenza dell'invalidità della clausola compromissoria sportiva che lo viola, vedi anche Cour d'Appel de Bruxelles, Arrêt, 18 chambre F affaires civiles, 29 agosto 2018, rep. n. 2018/6348, ruolo 2016/AR/2048, Doyen Sports Investments Limited, ASBL Royal Football Club Seraing United et al. c. Union Belge des Sociétés de Football Association ASBL (URSBFA), Fédération International des Footballleurs Professionnels (FIFPRO), in *Rass. dir. econ. sport*, 2010, n. 2, p. 450 ss., con nota di G. ZARRA, *La (in)validità della causa arbitrale FIFA (e UEFA) alla prova delle corti belghe. Il caso Seraing ed i suoi potenziali effetti*.

e l'influenza di quest'ultimo ente nella composizione della lista di arbitri. Sbaglierebbe tuttavia la maggioranza, a parere dei due giudici nel ritenere che la ricorrente non abbia dimostrato le conseguenze di tale influenza *in concreto*, cioè la mancanza d'indipendenza e d'imparzialità per ciascuno degli arbitri del collegio arbitrale o per la maggioranza dei componenti della lista da cui gli arbitri sono scelti di volta in volta, come esplicitato nel paragrafo 157 della sentenza. Ciò perché, ed è questo l'aspetto centrale della lettura dei giudici di minoranza, le critiche della ricorrente sono «oggettivamente giustificate» e mettono in luce le carenze strutturali del T.A.S., sollevano cioè dubbi circa la sua imparzialità oggettiva e la sua indipendenza. Non importa quindi che i singoli giudici siano imparziali, se la struttura in cui operano manca di quell'apparenza d'indipendenza e d'imparzialità centrale nell'architettura dell'art. 6 della Convenzione³⁶. In conclusione, i due

³⁶ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 56 ss.: «*Nous avons voté contre la majorité dans la mesure où nous estimons que les griefs relatifs aux défauts d'indépendance et d'impartialité du TAS soulevés par Mme Pechstein auraient dû être accueillis par la Cour (paragraphe 157 de l'arrêt). En effet, à notre avis, la structure du TAS ne satisfait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention. 6. C'est avant tout et surtout le paragraphe 157 de l'arrêt qui soulève, à nos yeux, plusieurs problèmes. D'une part, la majorité constate que Mme Pechstein n'a contesté la nomination que d'un seul arbitre, celle du président du tribunal arbitral (paragraphe 157 de l'arrêt). D'autre part, elle note ce qui suit: "Si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l'époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations". 7. La majorité semble reconnaître l'"influence" que le CIAS exerce sur la procédure de sélection des arbitres, mais en même temps elle ne considère pas que cette "influence" ait pu avoir un impact sur l'indépendance et/ou l'impartialité des arbitres qui figurent sur la liste à partir de laquelle les formations arbitrales sont composées. De plus, la majorité ne parvient pas à la conclusion que cette "influence" ait pu avoir un impact sur les arbitres qui ont tranché le litige dans la présente espèce. À notre avis, la majorité n'aurait pas dû se contenter de justifier un tel raisonnement en faisant une simple référence à un arrêt du Tribunal fédéral, qui s'était notamment exprimé ainsi: "depuis la réforme de 1994, le système de la liste d'arbitres satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux" (paragraphe 44 et 157 de l'arrêt). En effet, la Cour procède à une interprétation autonome des notions contestées. 8. Toutefois, la majorité semble s'appuyer sur trois de nos prémisses. Premièrement, les organisations qui nomment les arbitres (les Fédérations Internationales (FI), le Comité International Olympique (CIO) et les Comités Nationaux Olympiques (CNO)) représentent toutes une partie à l'arbitrage; en effet, elles représentent les instances sportives et non les athlètes. La majorité elle-même constate que ces organisations sont "susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS" (paragraphe 154 de l'arrêt). Ainsi, la majorité concède qu'il y a divergence d'intérêts entre les organisations d'une part et les athlètes d'autre part. 9. Deuxièmement, la majorité des membres du CIAS et du TAS sont des représentants de ces organisations. Quant au CIAS, douze (c'est-à-dire trois cinquièmes) de ses membres sont nommés par les organisations. Quatre membres additionnels (donc*

giudici dissenzienti affermano che le questioni riguardanti l'indipendenza e

un cinquième de ses membres) sont élus par les douze membres désignés par les organisations. Ces seize membres élisent, à leur tour, les quatre membres restants. Il découle de ce qui précède que les organisations exercent une influence non négligeable sur la composition du CIAS (paragraphe 32, 153 et 154 de l'arrêt). 10. Quant au TAS, à l'époque des faits, le CIAS élisait trois cinquièmes de ses membres sur la base d'une liste, qui lui était directement soumise par les organisations (les mêmes organisations qui ont une influence considérable sur la composition du CIAS). Les deux cinquièmes restants des membres du TAS soit étaient chargés de représenter les intérêts des athlètes (un cinquième) soit étaient des experts indépendants (un cinquième). Un cinquième seulement des membres du TAS pouvait donc passer, au mieux, pour indépendant vis-à-vis de ces organisations, les individus composant ce cinquième étant de surcroît choisis par le CIAS, un organe qui est sous l'influence des organisations précitées. Cette situation remet en cause non seulement l'indépendance et l'impartialité des experts indépendants nommés par le CIAS, mais aussi celles des individus chargés de représenter les intérêts des athlètes. Ce mécanisme de nomination par cinquièmes a d'ailleurs été supprimé en 2012 et remplacé par une formulation plus générale: le CIAS doit désormais "faire appel à des personnalités (...) dont les noms et qualifications sont portés à son attention, notamment par le CIO, les FI et les CNO" (paragraphe 38 de l'arrêt). En d'autres termes, aucune règle ne prévoit aujourd'hui que les athlètes doivent être représentés, ne serait-ce que par un cinquième des membres du CIAS. 11. Enfin, le système de sélection des arbitres procure une "influence" disproportionnée et injustifiée aux organisations (directement et indirectement par le biais du CIAS) sur la procédure de sélection des arbitres, qui sont chargés de trancher les différends entre les organisations et les athlètes. En d'autres termes, ce système de sélection "révèle l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire" (voir paragraphe 154 de l'arrêt et, mutatis mutandis, Gaurtrin et autres c. France, 20 mai 1998, nos 21257/93 et 3 autres, § 59, Recueil des arrêts et décisions 1998-III). Un lien que, pour utiliser le terme exact de l'arrêt Gaurtrin précité, nous considérons comme "troublant". 12. Nous estimons pour notre part que la majorité n'a pas su tirer les conclusions nécessaires des trois prémisses décrites ci-dessus. La majorité semble exiger que cette "influence" soit prouvée "à titre individuel", c'est-à-dire pour chaque arbitre siégeant au sein d'une formation arbitrale ou pour une majorité d'individus, qui figurent sur la liste sur la base de laquelle les arbitres sont choisis (paragraphe 157 de l'arrêt). À notre avis, imposer une telle exigence va au-delà de ce que la Cour exige dans les cas d'"impartialité objective" et d'"indépendance". 13. En vertu de la jurisprudence constante de la Cour, il ne suffit pas que les arbitres soient impartiaux à titre individuel si la structure générale de l'organisation est dépourvue de l'apparence d'indépendance et d'impartialité. Pour déterminer si un tribunal est "indépendant", la Cour "a (...) égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres (...), à l'existence de garanties contre des pressions extérieures (...) et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (...)" (Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, nos 7819/77 et 7878/77, § 78, série A no 80). Lorsque la Cour procède à cette analyse, elle ne doit donc pas nécessairement se pencher sur la question de savoir si un juge en particulier était partial ou dépourvu d'indépendance. Ainsi, si elle était amenée à analyser la composition des conseils de prud'hommes ou celle des tribunaux des baux et loyers, elle veillerait toujours à ce que la composition soit équilibrée. Elle n'accepterait pas un conseil de prud'hommes composé (presque) exclusivement de représentants des employeurs, et ceci même si le représentant dans le cas d'espèce était impartial. À notre avis, rien ne justifie que la Cour n'applique pas ce raisonnement mutatis mutandis en l'espèce. 14. En raison de la manière dont les membres du TAS et du CIAS sont nommés, nous estimons, comme la majorité, que ces deux organes sont sous l'influence des organisations. Toutefois, nous considérons que cette in-

l'imparzialità del TAS sollevano gravi problemi d'interpretazione e di applicazione della Convenzione o comunque un'importante questione di carattere generale³⁷.

7. In tutte le sentenze sopra illustrate, tranne quella della Corte di Strasburgo, si rileva un dato comune: i giudici hanno assunto le decisioni pre-

fluence indirecte des organisations est considérable. D'abord, le CIAS contrôle la stabilité des membres du TAS, c'est-à-dire que même si ces membres sont nommés pour un mandat de quatre ans, ils peuvent être révoqués à tout moment par le CIAS sur la base d'une décision "sommairement motivée" (paragraphe 155 de l'arrêt). De plus, les présidents des deux chambres du TAS sont également membres du CIAS. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, il leur incombe de nommer les présidents des formations arbitrales. Troisièmement, le système dit des "listes fermées" a pour conséquence que les athlètes sont obligés de choisir leur arbitre parmi les personnes sélectionnées par le CIAS. L'argument avancé par le Tribunal fédéral selon lequel "le système [de liste ouverte] comporte le risque qu'il y ait, au sein du tribunal, un ou plusieurs arbitres non spécialisés et enclins à agir comme s'ils étaient les avocats des parties qui les ont désignés" (paragraphe 44 de l'arrêt) ne convainc pas. En effet, dans des domaines beaucoup plus techniques – tels que l'industrie pharmaceutique ou aéronautique – les parties peuvent choisir leur arbitre en toute liberté sans que cela ne pose problème. 15. Contrairement à la majorité, nous estimons qu'il résulte de ces observations que le TAS est dépourvu de l'apparence d'indépendance et que, plus généralement parlant, il n'offre pas les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention. Ce manque d'indépendance était d'ailleurs explicitement reconnu dans le texte même de l'article S14 du code de l'arbitrage, en vigueur à l'époque des faits, qui soulignait que seulement "1/5e des arbitres [devaient être] choisis parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres conformément au présent article") et constitue un problème fondamental de cette institution. À notre avis, la Cour aurait dû procéder à une analyse plus approfondie quant à la crainte légitime des athlètes de se soumettre à la juridiction d'un organisme dépourvu de l'apparence d'indépendance. En effet, comme elle a déjà pu le juger dans d'autres affaires, "l'optique du requérant entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiables" (voir Pescador Valero c. Espagne, 17 juin 2003, no 62435/00, § 23, Recueil 2003-VII, et, dans le même sens, De Cubber c. Belgique, 60 26 octobre 1984, no 9186/80, § 30, série A no 86). Compte tenu de ce qui précède, les appréhensions de la requérante semblent "objectivement justifiables". Dès lors, la requérante n'aurait pas dû être tenue de prouver la partialité et le manque d'indépendance des arbitres ayant statué sur son cas. 16. Eu égard aux problèmes structurels du TAS, nous avons voté en faveur du constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le cas de Mme Pechstein, non seulement en raison de l'absence d'audience publique mais aussi en raison de la partialité et du défaut d'indépendance du TAS. 17. Nous partageons l'avis de nos collègues dans le cas de M. Mutu dans la mesure où celui-ci, contrairement à Mme Pechstein, n'a pas soulevé ce grief devant les autorités nationales ni devant cette Cour. De plus, nous sommes d'accord avec la majorité dans la mesure où celle-ci rejette le grief du requérant quant à la partialité de deux des trois arbitres qui ont statué sur son cas (paragraphe 160 à 168 de l'arrêt)".

³⁷ Secondo, L. DALLE DONNE, *L'arbitrato sportivo internazionale visto da Strasburgo*, cit., con il richiamo all'art. 43, § 2, della Convenzione contenuto a p. 56 della sentenza, «i giudici sembrano voler attirare l'attenzione delle parti sull'opportunità di presentare al Collegio della Grande Camera una domanda di rinvio per permettere alla composizione suprema della Corte di pronunciarsi sul rapporto fra "equo processo" e arbitrato sportivo».

scindendo totalmente dal principio di specificità dello sport, espressamente previsto nell'art. 165, § 1, comma 2, TFUE³⁸ (e, in Italia, nell'art. 1, comma 2, lett. b, d.lg. n. 106 del 2007). Detto articolo, contenuto in una fonte di diritto primario, non può non informare il diritto interno dei Paesi UE, che va pertanto applicato conformemente ad esso, anche secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia (e della Corte costituzionale italiana)³⁹.

Ai fini che qui rilevano, va sottolineato che l'art. 165, § 1, comma 2, TFUE costituisce uno strumento per guidare l'interpretazione degli atti normativi europei e interni da applicare in materia sportiva. Questo assunto si fonda sullo stadio oggi raggiunto dall'integrazione delle fonti europee nel sistema normativo nazionale. Detta influenza si articola in due modi. Per un verso, la previsione del principio di specificità dello sport, di cui al § 1, comma 2⁴⁰, fornisce ai giudici il criterio legale per guidare l'applicazione delle norme giu-

³⁸ Sull'art. 165 TFUE v. L. DI NELLA, *Lo sport nel diritto primario dell'Unione Europea: il nuovo quadro normativo del fenomeno sportivo*, in A. BENAZZI e N. SACCARDO (a cura di), *La tassazione dei calciatori in Italia e all'estero*, Milano, 2011, p. 3 ss.

³⁹ Cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 265 ss.

⁴⁰ Su tale principio sia consentito rinviare a L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, p. 53 ss., e in AA.VV., *Profili evolutivi del diritto dello sport*, Napoli, 2001, p. 103 ss.; ID., *Lo sport. Profili teorici e metodologici*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto dello sport*, Napoli, 2010, p. 54 ss.; v. anche M. COLUCCI, *L'autonomia e la specificità dello sport nell'Unione europea. Alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di «buon senso»*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2006, p. 19 ss. Cfr. anche AGCM, A378, Provvedimento n. 17070 del 19 luglio 2007, in *Rass. dir. econ. sport.*, 2008, p. 231 ss., la quale ha deciso che «le regole sportive relative all'esercizio di una data disciplina possono produrre effetti sull'attività economica dei soggetti coinvolti nella pratica di disciplina e, quindi, sono suscettibili di assumere rilevanza sul piano antitrust. In tal caso devono essere valutate attraverso il c.d. test di proporzionalità, al fine di verificare se l'eventuale restrizione della concorrenza che le stesse cagionano è necessaria al buon funzionamento di una data attività sportiva e se costituiscono il mezzo meno restrittivo della concorrenza per perseguire tale scopo» (p. 236). Il principio di proporzionalità, che detta il modo d'essere delle relazioni tra i principi fondamentali in termini di bilanciamento reciproco e di tutela del loro Wesengehalt, si articola in tre distinte regole: il controllo di meritevolezza dell'interesse perseguito, il dovere di adeguatezza allo scopo e il dovere di necessità che impone l'adozione del mezzo meno aggressivo delle prerogative fondamentali riguardate tra quelli a disposizione. Cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 100, il quale discorre di «Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit (Gebot des mildesten Mittels) und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (eigentliches Abwägungsgebot)» e in nota 84 precisa correttamente che tali singole partizioni vanno qualificate come regole che devono essere rispettate, pena l'invalidità (così, G. HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen, 1983, p. 11, che parla di *subsumtionsfähiger Rechtsatz*): di conseguenza, la proporzionalità non è un principio nel senso da lui adottato in quanto non è soggetta a bilanciamento e perciò è definibile con il termine *Grundsatz*; su questa tripartizione del principio in esame, v. anche L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 25 ss. e 75 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici; M. GENTZ, *Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen*, in *NJW*,

ridiche dell'ordinamento europeo e nazionale ai regolamenti sportivi. Le regole che esprimono valori e scopi specificamente tipici dello sport possono essere riconosciute dall'ordinamento come meritevoli di tutela se conformi a quest'ultimo e pertanto sono sottratte all'applicazione delle norme giuridiche con esse contrastanti, purché dette regole siano conformi nel loro contenuto al principio di proporzionalità, quindi limitino a quanto necessario le prerogative fondamentali dei destinatari delle stesse⁴¹. Questa prima efficacia dell'articolo *de quo* è già stata spiegata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale nel caso Bernard del 2010 lo ha applicato per la prima volta nel senso indicato ad una controversia sportiva⁴². Per l'altro, l'art. 165 TFUE pone dei principi e crea dei diritti soggettivi perfetti a favore degli sportivi i quali rappresentano rispettivamente dei parametri di validità dei regolamenti sportivi e delle posizioni giuridiche protette, quindi direttamente azionabili di fronte alla giurisdizione europea e a quella nazionale a favore dei destinatari delle stesse nei confronti delle istituzioni pubbliche italiane ed europee (rapporti verticali), nonché delle organizzazioni sportive stesse (rapporti orizzon-

1968, p. 1601 ss.; D. MEDICUS, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht*, in *AcP*, 192, 1992, p. 51 s. Nell'ordinamento italiano, v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 379 ss., il quale rileva che «è entrato a far parte dell'ordinamento, specie in materia contrattuale, il principio di proporzionalità. Esso, assecondando e attuando anche principi e valori normativi di rilevanza costituzionale – impegnativi non soltanto per i contratti di impresa dove vige anche il principio del non abuso della posizione dominante, ma per il pieno svolgimento dell'intera autonomia negoziale (quali l'eguaglianza, la solidarietà, la ragionevolezza, ecc.) – è destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che, in tal modo, si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio *pacta sunt servanda*». L'argomento della specificità in materia sportiva sembra evocato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 15 gennaio 1998, adottata nel ricorso n. 35722/97 promosso da M. Azzopardi c. Malta (pubblicata in HUDOC, www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, banca dati on line della Corte): «The Commission notes that the competition is a public event which is organised according to the rules determined by the competent sports authorities. It is the rules of such an event which determine the participants and not the participants who determine the rules. They are not unchangeable and inevitably affect the individual's interests in one way or another».

⁴¹ Il principio di proporzionalità (detto anche principio del giusto mezzo; in argomento sia consentito ancora rinviare a L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 233 ss.) è uno strumento di controllo dei regolamenti federali che pongono limiti ai destinatari e opera su tre livelli: in primo luogo, occorre verificare la meritevolezza di tutela degli scopi (ad esempio, l'equilibrio delle competizioni e l'incertezza dei risultati) e/o dei valori precisi (ad esempio, solidarietà, etica sportiva, composizione delle squadre nazionali quale valore culturale) perseguiti dalle regole sportive; se l'esito è positivo, si controlla se l'attuazione degli stessi poteva essere conseguita con strumenti meno invasivi delle situazioni giuridiche degli sportivi (ad esempio, *moral suasion* o altre tipologie di regole); infine, superato il precedente controllo, si valuta se le disposizioni federali siano proporzionali alla protezione degli interessi in gioco.

⁴² Corte giust., 16 marzo 2010, c. 325/08, Olympique Lyonnais SASP c. Bernard e Newcastle, in *Rass. dir. econ. sport*, 2011, p. 411 ss.

tali), in virtù della efficacia nei confronti dei terzi ascritta ai diritti fondamentali previsti nei Trattati dalla giurisprudenza europea (c.d. *Drittwirkung*)⁴³.

Questo approccio è stato ribadito anche dalla *Recommendation CM/Rec(2011)3 of the Committee of Ministers to member states on the principle of autonomy of sport in Europe*, la quale individua, tra le altre, la seguente caratteristica della autonomia dello sport: «*co-operate with public authorities to clarify the interpretation of the applicable legal framework in order to prevent legal uncertainty and contribute, in consultation with public authorities, to the preparation of sports rules, such as competition rules or club rules of sports NGOs, which are legitimate and proportionate to the achievement of these objectives*»⁴⁴.

Alla luce di quanto esposto, si può tentare di applicare il principio di specificità al caso Pechstein per verificarne i possibili esiti alternativi.

In applicazione del principio alla questione della validità della clausola arbitrale imposta agli atleti per la partecipazione alle competizioni, si può certamente sostenere, insieme all'OLG München, che gli accordi di arbitrato intercorsi tra una federazione internazionale che organizza competizioni e

⁴³ Di questa efficacia sono chiara prova le decisioni emesse in materia sportiva, le quali hanno fatto valere i diritti e le libertà riconosciute nel Trattato di Roma nei confronti delle organizzazioni sportive: sul punto sia permesso rinviare a L. DI NELLA, *La tutela della personalità dell'atleta nell'organizzazione sportiva*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009, p. 68 ss., ove si rinviene ulteriore bibliografia.

⁴⁴ V. la *Recommendation CM/Rec(2011)3 of the Committee of Ministers to member states on the principle of autonomy of sport in Europe*, (Adopted by the Committee of Ministers on 2 February 2011), in <https://rm.coe.int/16805b4d00>, la quale descrive il principio di autonomia dello sport nel seguente modo: il *Committee* «*recognise the following features describing the autonomy of the sports movement: the autonomy of sport is, within the framework of national, European and international law, the possibility for non-governmental non-profit-making sports organisations to: – establish, amend and interpret the “rules of the game” appropriate to their sport freely, without undue political or economic influence; – choose their leaders democratically, without interference by states or third parties; – obtain adequate funds from public or other sources, without disproportionate obligations; – use these funds to achieve objectives and carry out activities chosen without severe external constraints; – co-operate with public authorities to clarify the interpretation of the applicable legal framework in order to prevent legal uncertainty and contribute, in consultation with public authorities, to the preparation of sports rules, such as competition rules or club rules of sports NGOs, which are legitimate and proportionate to the achievement of these objectives*». V. anche lo studio di J.-L. CHAPPELET, *Autonomy of Sport in Europe*, Council of Europe, 2010, p. 49, il quale elabora la seguente definizione di autonomia, richiamando la proporzionalità: «*The autonomy of sport is, within the framework of national, European and international law, the possibility for non-governmental, non-profit-making sports organisations to: 1. establish, amend and interpret rules appropriate to their sport freely, without undue political or economic influence; 2. choose their leaders democratically, without interference by states or third parties; 3. obtain adequate funds from public or other sources, without disproportionate obligations; 4. use these funds to achieve objectives and carry on activities chosen without severe external constraints; 5. draw up, in consultation with the public authorities, legitimate standards proportionate to the fulfilment of these objectives*».

gli sportivi che vi prendono parte non sono da ritenere *tout court* invalidi per mancanza di volontà dell'accettazione di questi ultimi⁴⁵. In effetti, vi sono motivi oggettivi e meritevoli di tutela che depongono a favore della sottoposizione delle liti ad un unico giudice sia per esigenze di rapidità di adozione delle decisioni, sia per evitare di radicare la competenza di giudici statali di diversi paesi, ciò che potrebbe condurre a giudicati divergenti. Siffatti arbitrati possono quindi essere considerati esprimere una specificità dello sport meritevole di tutela.

Quanto invece al tema della scelta dell'arbitrato e dell'indipendenza e imparzialità del giudice, in base alla specificità e soprattutto della proporzionalità delle regole limitative dei diritti degli atleti, l'esito potrebbe essere duplice: o si evita di affidare la competenza arbitrale a favore del T.A.S., sul cui funzionamento e sulla cui composizione influiscono il C.I.O., le federazioni internazionali e i Comitati Olimpici Nazionali, ma non in modo altrettanto significativo gli atleti, individuando una istituzione arbitrale terza; oppure si danno maggiori garanzie in merito alla effettiva indipendenza degli arbitri del C.A.S./T.A.S. In effetti, la composizione del C.I.A.S. e le modalità di scelta degli arbitrati, di fatto determinati principalmente dagli enti sportivi di vertice, pone questi ultimi in una situazione strutturale di forza che pregiudica alla base la neutralità del C.A.S./T.A.S. Inoltre, il presidente del collegio nei procedimenti di appello viene nominato dal Presidente del relativo settore all'interno del C.I.A.S. Per questo non sembra essere pienamente garantita la terzietà dei collegi arbitrali, essendo questi composti da persone più vicine agli enti di vertice che agli atleti. Una giustificazione oggettiva e giuridicamente meritevole di tutela per questa preponderanza non sembra sussistere. Dal punto di vista della proporzionalità si può quindi ritenere che le regole di funzionamento della procedura *de qua* ledono i diritti fondamentali degli sportivi e dovrebbero essere riviste.

Anche l'aspetto del controllo dei lodi arbitrali può avere una risposta positiva in base al principio di specificità dello sport: i diritti fondamentali degli atleti e il principio dell'ordine pubblico non possono essere violati in alcun modo. La specificità di una regola conduce al controllo di proporzionalità della stessa, volto anche ad escludere le violazioni. Correttamente allora l'OLG ritiene che la domanda della Pechstein non possa essere ritenuta

⁴⁵ Secondo l'OLG München, cit., «auch Art. 6 Abs. 1 EMRK steht zwar der Anwendung einer Schiedsvereinbarung auf eine Streitigkeit entgegen, der eine der Streitparteien nicht zugestimmt hat (vgl. EGMR, Urt. v. 28. Oktober 2010 - 1643/06, Suda / Tschechische Republik Tz. 52 ff.). Liegt aber tatsächlich eine Zustimmung vor, so führt allein der Umstand, dass diese wirtschaftlich notwendig war, um eine bestimmte berufliche Tätigkeit auszuüben, nicht zu einer Verletzung der Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. EKoMR, Entsch. v. 13. Juli 1990 - 11960/86 -Axelsson u. a. ./ Schweden; EKoMR, Entsch. v. 5. März 1961 - 1197/61 - X. ./ Bundesrepublik Deutschland)».

infondata in ragione del riconoscimento del lodo arbitrale: questo è, infatti, in contrasto con l'ordine pubblico e pertanto non può essere riconosciuto in virtù del § 1061, comma 1, ZPO e dell'art. 5, comma 2, lett. b, della Convenzione di New York sui lodi stranieri.

8. Nella giustizia sportiva la questione della protezione dei diritti dell'uomo resta per diversi aspetti delicata e purtroppo ancora periferica e rappresenta l'ineliminabile riflesso della reclamata indipendenza e autonomia dello sport, della peculiarità e della tecnicità della «giustizia sportiva» e quindi del limitato intervento della giustizia statale.

Il tempo è oramai maturo per un cambio di rotta⁴⁶, necessario per lo sviluppo dello sport e per la credibilità delle sue istituzioni, di recente posta in crisi da diversi scandali di portata internazionale. L'apertura del sistema sportivo alle istanze fondamentali dell'ordinamento giuridico unitariamente inteso deve essere la via da seguire e non da scartare, come segnalato dalla Svizzera nella sentenza Mutu/Pechstein, ove evoca il rischio che il T.A.S. possa decidere di spostare la propria sede altrove per sottrarsi al sindacato della Corte di Strasburgo⁴⁷, ciò che conferma i dubbi sulla legittimità del relativo «sistema». Peraltro, si tratterebbe di una fuga inutile: la Corte ha precisato che comunque giudicherebbe sulle decisioni che darebbero esecuzione ai lodi del T.A.S. negli ordinamenti degli Stati che hanno sottoscritto la CEDU⁴⁸.

Sulla scorta di quanto sopra illustrato, si deve rilevare come nella giurisprudenza tedesca esaminata vi sia un problema di disallineamento dal diritto europeo nell'approccio di base seguito dai giudici per risolvere le controversie sportive, ciò che conduce ad esiti inevitabilmente contestabili. Siffatta diversità nel contempo sembra riverberarsi anche in violazione del di-

⁴⁶ Cfr. P. CORNU, S. CUENDET e L. VIDAL, *Disciplinary and Arbitration Procedures of the Sport Movement. Good practice handbook - for judicial authorities*, pubblicazione del Consiglio d'Europa, 2017, p. 9 ss.

⁴⁷ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 30: «Enfin, le Gouvernement argue que le TAS pourrait être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe et de soustraire ainsi entièrement les affaires en question à l'examen de la Cour».

⁴⁸ Corte EDU, 2 ottobre 2018, Mutu/Pechstein c. Suisse, cit., p. 34 s., puntuale e stigmatizzante la risposta della Corte: «En revanche, en ce qui concerne le risque, évoqué par le Gouvernement, que le TAS puisse être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe afin de soustraire entièrement le contentieux porté devant lui à l'examen de la Cour (paragraphe 79 ci-dessus), il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer in abstracto sur une telle éventualité. Si une telle hypothèse devait se réaliser, il appartiendrait à la Cour de statuer, au cas par cas, lors de l'examen de requêtes introduites devant elle à la suite du prononcé par les juridictions des États parties à la Convention de décisions donnant force exécutoire aux sentences du TAS dans les ordres juridiques respectifs de ces États».

ritto primario europeo e in un contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si deve pertanto sostenere con forza la necessità di uniformazione dei predetti orientamenti giurisprudenziali al comune quadro normativo europeo in materia.

Pertanto, innanzi tutto, occorre affermare in sintonia con la Corte di Giustizia UE⁴⁹ che tutte le fattispecie relative allo sport sono potenzialmente rilevanti per l'ordinamento giuridico, il quale le lascia in parte disciplinare dai regolamenti federali e dai relativi sistemi di giustizia interna, ma sempre nel rispetto quanto meno delle norme imperative e dei principi dell'ordinamento nazionale-europeo. Fattispecie dunque sempre giustiziabili dalla giurisdizione statale, salvo il preventivo ricorso alla giustizia sportiva se del caso, ogni volta si configuri la lesione di una posizione giuridica che non sia giustificata dal principio di specificità dello sport e/o che discenda dalla scorretta applicazione delle regole sportive.

Da questo deriva che, almeno a livello UE, la giurisprudenza statale e quella arbitrale sono tenute al rispetto del principio di specificità dello sport, che è chiamato a fungere da guida nel dirimere le questioni sportive e a bilanciare l'applicazione del diritto nazionale e dei regolamenti federali, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia e le prescrizioni dell'art. 165, § 1, comma 2, TFUE.

Per concludere, alla luce del principio di specificità la giustizia sportiva va sicuramente riconosciuta e tutelata, ma nella misura in cui sia imparziale ed effettivamente indipendente e risponda ai principi posti a tutela dei diritti fondamentali della persona nel processo⁵⁰. In tal senso, autorevole dottrina auspica una riforma della giustizia arbitrale internazionale⁵¹.

⁴⁹ Corte giust., 18 luglio 2006, c. 519/04, David Meca-Medina e Igor Maicen c. Commissione, in *Rass. dir. econ. sport*, 2007, p. 85 ss., spec. 92 ss., con nota di D. LO VERDE, *Principio di proporzionalità e regolamenti antidoping*.

⁵⁰ P. SCHLOSSER, *sub art. 1025 ZPO*, in F. STEIN e M. JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 10, §§ 1025-1066, 23 ed., München, 2014, p. 8, afferma che tale garanzia deve valere anche per i giudici statali che si occupano di casi relativi allo sport.

⁵¹ Nell'esperienza tedesca auspicano tale riforma, tra gli altri, B. HESS, *Aktuelle Kontroversen um die Sportschiedsgerichtsbarkeit: Die Urteile Pechstein und SV Wilhelmshaven*, cit., p. 130; C. DUVE, *Muss die deutsche Justiz die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts korrigieren?*, in AA.VV., *Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2016. Schiedsgerichtsbarkeit und private Justiz: Rechtspolitische Herausforderungen*, München, 2017, p. 71 ss.; P.W. HEERMANN, *Die Sportschiedsgerichtsbarkeit nach dem Urteil des BGH*, cit., p. 2227; K. THORN e C. LASTHAUS, *Das Pechstein-Urteil des BGH - ein Freibrief für die Sportschiedsgerichtsbarkeit?*, cit., p. 426. Su questo tema, v. anche P. CORNU, S. CUENDET e L. VIDAL, *Disciplinary and Arbitration Procedures of the Sport Movement. Good practice handbook - for judicial authorities*, cit., p. 9 ss.; S.J.M. LONGRÉE e K. PUTZIER, *Schiedsgerichtsbarkeit im Sport*, in *MDR*, 9, p. 391 ss.