



Maria Francesca Serra*

Lex sportiva e lex mercatoria: un confronto**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *lex sportiva*. – 3. La *lex mercatoria*. – 4. Un diritto globale sportivo? – 5. Un problema di legittimazione. – 6. *Lex mercatoria* e *lex sportiva*: un confronto.

1. Premessa

Come noto, gli ultimi decenni del XX secolo e il nuovo millennio sono stati caratterizzati dall'emersione di una pluralità di ordini normativi tesi a regolamentare numerosi rapporti di corporazioni transnazionali che hanno fatto pensare a una riproposizione del pluralismo normativo medievale.

Introducendo nuove prospettive su un corpo ormai consolidato, la globalizzazione sembra aver prodotto significativi effetti anche sull'organizzazione sportiva, che ha cercato di far riferimento al *global legal pluralism*¹ per rafforzare la sua tradizionale autonomia.

Ed è anche comprensibile che, nel discutere sull'autonomia dell'organizzazione internazionale sportiva, continuamente sottoposta a incursioni da parte degli stati nazionali e caratterizzata anche da una mancanza di omogeneità su molti aspetti, ci si volesse avvalere di un riferimento alla *lex mercatoria*, coniando non solo la locuzione *lex sportiva*², ma facendo riferimento a quanto l'organizzazione internazionale dello sport stava ponendo in essere anche grazie ai continui interventi della *Court of Arbitration for Sport* (CAS nella versione inglese, TAS nella versione italiana e francese).

Quando il General Secretary della Court of Arbitration for Sport, sul finire degli anni Novanta, coniò l'espressione *lex sportiva* intendeva probabilmente rivendicare per

* Docente a contratto di Diritto sportivo presso Unicusano- Roma

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Sul punto sia consentito rinviare a M.F. SERRA, *Considerazioni sul global legal pluralism*, in *Nomos*, 1/2018.

² L'espressione *lex sportiva* fu creata da Matthieu Reeb, General Secretary of CAS, all'epoca della pubblicazione del primo Digest of CAS relativo al periodo 1983–1998. Vedi R.H. MCLAREN, *The court of arbitration for sport: an independent arena for the world's sports disputes*, in *Valparaiso University Law Review*, 2001, 381.

l'organizzazione sportiva lo stesso riconoscimento che era stato dato alla *lex mercatoria* con la Convenzione di New York del 1958³.

Questa richiesta fa sorgere non solo una legittima domanda sulle ragioni della rivendicazione di questa analogia ma anche la curiosità di indagarne il fondamento.

2. La *lex sportiva*

Su una definizione di *lex sportiva* non sembra che vi sia un accordo generalizzato⁴. Si possono riscontrare almeno tre tipi di approcci. Il primo, decisamente restrittivo, nega che esista una *lex sportiva* in quanto essa sarebbe un insieme di altri ambiti giuridici applicati alle attività sportive, per cui non avrebbe possibilità di svilupparsi in un ambito giuridico autonomo⁵. Il secondo tipo di approccio, all'opposto, ritiene che questa possibilità esista in ragione della specificità del fenomeno sportivo che richiede approcci diversi rispetto agli altri ambiti. Il terzo approccio, infine, riconosce che la *lex sportiva* è un ambito giuridico indipendente che si basa sulla giurisprudenza e sulla normativa specifica⁶.

È in quest'ultimo approccio che avviene l'incontro con la *lex mercatoria*, ed è su questa convinzione che si gioca la difesa di una *lex sportiva* al fine di fare riconoscere all'ordinamento sportivo una sua piena autonomia e omogeneità e consentirle di giovare della convenzione di New York.

Con la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* condivide sicuramente il duplice aspetto di essere un insieme di regole, ma anche un metodo di giudizio arbitrale. Da cui anche la condivisione del significato di questa autonomia che non può mai sottovalutare il rapporto che viene a crearsi, comunque, con i singoli ordinamenti nazionali, i quali, nei riguardi

³ Come noto, con la Convenzione di New York gli Stati firmatari si impegnavano a garantire l'ottemperanza materiale delle decisioni delle corti arbitrali internazionali (c.d. "exequatur"), sprovviste di ogni potere esecutivo. Da allora anche la giurisprudenza dei vari stati nazionali e dell'Unione europea ha riconosciuto l'importanza della *lex mercatoria*. Si veda, ad es., Cass. Francia, 22 ottobre 1991 (*Rivista Arbitrato*, 1992, 321, con nota di Tommaseo); Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. III, 6 settembre 2011, n. 87/10; Cass. civ., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1579.

⁴ Vedi K. FOSTER, *Is there a global sports law?*, in *Entertainment and Sports Law Journal*, 2003, 1 ss.; ID., *Is there a global sports law?*, in R.C.R. SIEKMANN-J. SOEK (eds.), *Lex sportiva: What is Sports Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2012, 36, propone "a distinction between 'international sports law' and 'global sports law' che assimila alla *lex sportiva*. "International sports law can be applied by national courts. Global sports law by contrast implies a claim of immunity from national law... I argue that *lex sportiva* should be equated to 'global sports law.' To define it thus as 'global sports law' highlights that it is a cloak for continued self-regulation by international sports federations. It is a claim for non-intervention by both national legal systems and by international sports law. It thus opposes a rule of law in regulating international sport". Come precisa L.V.P. DE OLIVEIRA, *Lex sportiva as the contractual governing Law*, in *International Sports Law Journal*, 17, 2017, 105, il CAS "produced a body of law detached from a legal system, grounded on international sports rules, which finds legitimacy by the fact that an arbitral tribunal has issued a decision based on it and such decision has been complied with".

⁵ Sintetizza bene questo aspetto M. PAPALOUKAS, *Policy, European Sports Law and Lex sportiva*, paper at the 14th World I.A.S.L. Congress, 27-29 November 2008, Athens: "Thus, in sports law we can find principles of international law, administrative law, commercial law, civil and criminal law. These principles are not integrated directly into the sports law legal order but as they enter the sports area they are reshaped as either new rules or exceptions to the existing rules".

⁶ Cfr. T. DAVIS, *What is sports law?*, in R.C.R. SIEKMANN-J. SOEK (eds.), cit., 3.

dell'organizzazione internazionale dello sport, hanno assunto e continuano ad assumere atteggiamenti diversi discendenti dai diversi ambiti culturali e politici⁷.

L'organizzazione sportiva internazionale si basa sull'esistenza di un consolidato sistema gerarchico di norme, accompagnato anche dall'esistenza di normative nazionali diverse, che si intrecciano e che hanno completa giurisdizione su chiunque abbia a che fare con lo sport agonistico a livello nazionale e internazionale. C'è da ricordare anche che, molto spesso, le decisioni adottate dalle istituzioni sportive producono effetti ad ampio raggio, con ricadute non solo sugli aderenti, coinvolgendo situazioni giuridiche soggettive tutelate dagli ordinamenti nazionali, oltre che interessi pubblici.

Oltre a rivendicare autonomia, l'ordinamento sportivo rivendica anche una sorta di sovranità funzionale su tutti gli sportivi che compongono un suo 'popolo' transnazionale. Il che, ovviamente, è alla base della pretesa che le regolamentazioni relative ai rapporti con gli sportivi debbano avere la precedenza sulle leggi nazionali e che gli sportivi abbiano l'obbligo primario, che del resto accettano entrando a far parte del mondo sportivo, di rispettare queste regole. Obbligo che nasce su base volontaria, ma necessitata, se si vuole fare sport a livello agonistico, atteso il sistema monopolistico dell'ordinamento sportivo.

Questa posizione monopolistica basa la sua forza vincolante su una sorta di autoreferenzialità che sembra imporsi alle leggi nazionali, per cui essa dipende, da un lato, dal grado maggiore o minore che i singoli ordinamenti giuridici riconoscono all'autonomia contrattuale e anche dall'accettazione del principio del pluralismo giuridico per il quale non tutti i *legal orders*, interni o internazionali, sono creati dagli ordinamenti giuridici nazionali. Ma dipende, dall'altro lato, anche dal grado di convinta adesione dei singoli alla comunità sportiva e alle sue regole.

Si tratta, alla fine, di un ordine giuridico 'parallelo' che rientra nella visione pluralistica secondo la quale vi sarebbe un implicito o esplicito riconoscimento, da parte degli ordinamenti statali, di un regime di 'autonomia', il cui perimetro è tuttavia circoscritto dalla sua specifica funzione, dal momento che i suoi soggetti appartengono non solo all'ordinamento sportivo, ma anche al loro ordinamento nazionale.

⁷ In linea generale si riscontra una vasta gamma di rapporti che vanno da una sorta di acquiescenza - che si verifica quando, in mancanza di atti formali, si realizza, comunque, un tacito riconoscimento dell'ordinamento sportivo - a influenze reciproche, di cooperazione, come avviene, ad esempio, in tema di *antidoping*, dove gli stati, le istituzioni sportive e la comunità internazionale hanno dato vita alla WADA, *World antidoping Agency*, che, "is emblematic of the emergence of new forms of hybrid public-private governance in the global sphere". Ma si trova spesso anche una sottomissione capillare dello sport alle leggi dello stato. Il rapporto può sfociare nel conflitto che sorge sia quando gli stati agiscono in violazione della Carta olimpica o quando il mondo sportivo si muove violando norme statali. La conflittualità più usuale avviene quando la regolamentazione globale dello sport impatta in campi soggetti alla giurisdizione degli Stati, il che avviene, ad esempio, quando le norme sportive sono poste a confronto con i diritti fondamentali o attività economiche garantite o regolate dalla legge. Sul piano concreto possiamo ricordare una famosa disputa avvenuta nel Regno Unito nel 1981 allorché Lord Denning intervenendo nella causa *Reel v. Holder*, affermava: "we are not concerned with international law or with sovereignty". Nel commentare queste affermazioni A. WISE-B. MEYER, *International Sports Law and Business*, vol 3, Kluwer Law International, Cambridge, 1998, concludevano: "It appears that UK courts do not recognise international, continental or national sports governing bodies as having the status of governmental or quasi-governmental organisations. Nor do they recognise them as having or bestow upon them any sovereignty or sovereign or sovereign-like immunity from being sued or from execution against their assets".

In questo panorama di *global legal pluralism*, l'organizzazione sportiva assume caratteristiche peculiari in virtù della specificità dello sport, che è riconosciuta a livello internazionale e che porta ad una regolamentazione speciale che, per molti aspetti anche se entro determinati limiti, tende a rendersi autonoma dalle leggi nazionali, realizzando una *global sports law*.

Questa *global sports law* o *lex sportiva* ha un *corpus* di norme transnazionali generate da regole e pratiche dettate dal CIO e dalle Federazioni sportive internazionali e nazionali, a cui si collega anche la giurisprudenza della Court of Arbitration for Sport che, nel corso della sua attività, ha definito standards e principi. La *lex sportiva* sembra caratterizzarsi anche per essere continuamente *in fieri*, costituita dalle decisioni della Court of Arbitration for Sport.

I fautori della *lex sportiva* ritengono che essa dia vita ad un sistema immune, transnazionale, che opererebbe quasi come una direttiva costituzionale per le corti nazionali dal momento che fa anche riferimento a principi globali che garantiscono autonomia al sistema globale sportivo. In tal senso, collegano la stessa *lex sportiva* all'idea che essa si presenti anche come una sorta di *constitutional body*.

Sulla radicalità di questa posizione si può discutere in quanto essa rimanda comunque alla necessità di specificare i contorni di questa autonomia⁸. Richiede anche che si chiariscano due concetti chiave, vale a dire il concetto di normazione e quello di sovranità. La sovranità sugli sportivi è da intendersi in senso decisamente restrittivo e funzionale, mentre la capacità normativa dell'ordinamento sportivo, anch'essa decisamente di natura funzionale, riguarda regole tipiche dell'ordinamento sportivo che non potrebbero certamente contrastare con i diritti fondamentali, le questioni di ordine pubblico, né con normative specifiche e con i principi costituzionali dei singoli stati nazionali⁹.

La *global sports law*, che tende a realizzarsi come *lex sportiva*, ma che nel suo ambito di applicazione costituisce - è bene precisarlo - un *legal order* indipendente, è creata dalle autorità che governano lo sport, non ha solo legami nazionali in quanto ha un raggio d'azione transnazionale, ha un insieme di principi legali *sui generis*, che sono interpretati e completati dalle corti competenti, per cui deriva da un incrocio tra elementi di contenuto - dettati dal CIO e dalle Federazioni internazionali, dai Comitati olimpici e dalle federazioni nazionali in parte, ma non sempre, in un ordine gerarchico - e elementi definiti dalla Court. E se si può parlare di un ordine giuridico separato e autonomo¹⁰, occorre anche circoscrivere i contorni di questa autonomia, in quanto, avendo la *lex sportiva* a che fare con un popolo condiviso con gli ordinamenti giuridici nazionali, può essere considerata valida

⁸ Sulla considerazione che essa sia anche "constitutionally autonomous from national law" vedi M. BELOFF-T. KERR-M. DEMETRIOU (eds.), *Sports Law*, Hart Publishing Ltd, Oxford and Portland, 2012², 44 ss.

⁹ Per quanto riguarda l'Italia questo punto è ancora tutto da verificare. In molti aspetti regolamentari delle Federazioni si trovano regole che urtano contro i principi costituzionali italiani. Basti pensare al tema del lavoro dei professionisti di fatto (su cui sia consentito rimandare a M.F. SERRA, *Il lavoro 'gratuito' sportivo: una questione ancora aperta*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018), al tema del vincolo sportivo o delle discriminazioni ancora esistenti tra cui quelle di genere (su cui sia consentito rinviare a M.F. SERRA, *La discriminazione di genere: il valore paradigmatico di una discriminazione sui generis*, in *GiustiziaSportiva.it*, 1/2018) per non citarne che alcuni.

¹⁰ Sul punto vedi M. PAPALOUKAS, *Sports Law and Sports Market*, in *Sport Management International Journal*, 2005, 39 ss.; ID., *The Sports Legal Order and the Sports Market*, in *Dikaio Epibeiriseon kai Etairion*, 2007, 56 ss.; ID., *Sports: Case Law of the Court of Justice of the E. C.*, Papaloukas Editions, Athens, 2008. http://works.bepress.com/sports_law/1/.

solo all'interno della propria comunità, che trova una sua identità di carattere funzionale, e del suo micro ordinamento giuridico che la caratterizza. Per essa, come per tutti gli ordinamenti del *global legal pluralism*, resta sempre aperto il problema della sua relazione con gli ordinamenti giuridici statuali.

I problemi teorici che si incontrano quando si parla di *lex sportiva* sembrano essere speculari a quelli ampiamente discussi nella letteratura sulla *lex mercatoria* e riguardano sostanzialmente due punti, vale a dire il ruolo della corte arbitrale - e se essa possa decidere un conflitto sulla base di principi e norme indipendenti da ogni ordinamento giuridico nazionale - e da cosa tragga la corte arbitrale questa forza legale vincolante.

Si tratta di un nodo che non si può sciogliere solo a livello teorico, ma che va guardato sul campo, non solo attraverso le varie normative nazionali sullo sport, ma anche attraverso quello che fanno le Corti nazionali (e, in Europa, anche la Corte di giustizia) a cui spesso si rivolgono gli sportivi.

Sulla base del riconoscimento dell'autonomia contrattuale, principio generalmente riconosciuto a livello transnazionale, le parti possono accordarsi per risolvere le loro controversie attraverso l'arbitrato, ma resta il problema di garantire l'effettività del lodo e questo sembra essere possibile solo attraverso l'intervento di un qualche ordinamento giuridico che, riconoscendo la validità dell'arbitrato, renda effettiva la *lex sportiva* come la *lex mercatoria*, la quale ultima si avvantaggia della Convenzione di New York.

Il secondo punto riguarda il problema della legittimazione, vale a dire da cosa tragga la sua forza vincolante la *lex sportiva*. La questione è se debba essere legittimata da una legge nazionale, attraverso quella che è stata chiamata *international delegation*, o se tragga la sua legittimazione dal consenso generalizzato¹¹.

È importante, a questo punto, ricordare l'importanza e la funzione del contratto e degli aspetti consensualistici in esso presenti che definiscono la sua validità poiché tocca la particolare caratteristica della contrattualità associazionistica sportiva che si palesa ben diversa dal contrattualismo presente nella *lex mercatoria*.

3. La *lex mercatoria*

Toccheremo il tema specifico della *lex mercatoria* soprattutto per quegli aspetti utili alla comprensione del suo rapporto con la *lex sportiva*.

¹¹ Molto probabilmente l'*international delegation* è più supposta che reale per cui la legittimazione basata sulla *delegatory relationship* con gli stati mostra i suoi limiti. Nell'area prettamente giurisdizionale del diritto sportivo, inoltre, è opportuno ricordare che il deferimento di giustizia al CAS non è stato immediato ed automatico, ma ha avuto bisogno di tempo e supporto costante. Il meccanismo, mediato dalle Federazioni, che il diritto internazionale sportivo adotta per vincolarsi ad un organo di giustizia sovranazionale, quale è il CAS, valorizzerebbe al massimo la c.d. *low visibility*. Espressione con la quale si intende il grado di coinvolgimento diretto di uno Stato in un'operazione di delega del potere. Ma l'elemento che serve a misurare la forza di una *international delegation*, è il grado di efficacia che l'ente delegato detiene. Sotto questo profilo è indubbio che la sua forza sta nel garantire un sistema di risoluzione delle controversie veloce, efficace ed efficiente.

Non che vi sia una piena concordanza di vedute anche a proposito della *lex mercatoria*, tra i cui teorici troviamo differenti approcci. Per alcuni essa è un sistema giuridico autonomo basato sul consenso intorno ad alcuni principi derivati da ordinamenti giuridici nazionali, quindi essa è in grado di creare e imporre obblighi solo se gli ordinamenti giuridici nazionali possono riconoscerla. Per altri è un corpo di regole in grado di governare un contratto sulla base della scelta dei contraenti. Altri ancora mettono l'accento sul fatto che essa funzioni attraverso il ricorso agli arbitri. Comunque, dal momento che essa riflette un corpo di usi e principi generali, può essere sinteticamente definita come un *set di regole* e un *sistema di giudizio* che si collegano tra di loro in quanto il secondo tende a creare e completare il primo attraverso una sorta di uniformazione delle varie regole esistenti anche nei vari paesi.

Questo sistema di giudizio e set di regole – o, se si vuole, di *standards* che assumono la funzione di regole - nascono da vari *legal orders* che possono essere considerati come alternativa, ma anche come complementari, rispetto alle regole statali e la cui legittimazione deriva più dall'accettazione da parte di coloro che se ne servono che dal rafforzamento della regola da parte di una autorità. L'opzionalità, che risiede all'origine dell'accettazione dei singoli ordini giuridici, fa sì che essa possa essere applicata a scelta delle parti nelle relazioni contrattuali al posto o in aggiunta alla legge statale.

Una prima analogia tra la *lex sportiva* e la *lex mercatoria* si riscontra nella loro separazione dall'*international legal order*¹². Anche le successive precisazioni di Goldman potevano avere significativa importanza ai fini della rivendicazione dell'autonomia sportiva. Goldmann argomentava, infatti, che la *lex mercatoria* fosse “a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law”. Quindi la *lex mercatoria* andava intesa come un “autonomous legal order independent of state law”¹³.

Qualche problema doveva sorgere nel momento in cui si cominciava a guardare alla *lex mercatoria* come a quella legge applicata nell'arbitrato internazionale, dal momento che, in tal caso, essa si caratterizzava per una grande eterogeneità, per cui sfuggiva ad una definizione esaustiva e il suo contenuto si presentava come un insieme di regole transnazionali derivate da fonti eterogenee. Il che significava che la loro specificità non derivasse dai loro contenuti, ma dalla loro fonte¹⁴. Possiamo qui cominciare a notare che, nel caso della *lex sportiva*, questi due aspetti non possono essere scissi e che, pur realizzandosi un composito sistema di norme non sempre gerarchicamente ordinate, contenuto e fonte sono collegati dal loro oggetto che è il fenomeno sportivo che si presenta come unico settore specifico, al cui

¹² Negli anni Settanta ottanta del secolo scorso troviamo i primi riferimenti alla *lex mercatoria* operati da Clive Schmitthoff e Berthold Goldman i quali facevano emergere, appunto, la separazione della *lex mercatoria* dall'*international legal order*. Vedi C. M. SCHMITTHOFF, *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*, in N. HORN-C.M. SCHMITTHOFF (eds.), *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, Kluwer, Deventer, 1982.

¹³ B. GOLDMAN, *The Applicable Law: General Principles of Law – Lex Mercatoria*, in J.D. M. LEW (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Kluwer Academic, Boston, 1987, 113 ss.

¹⁴ E. GAILLARD, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, in *Arbitration International*, 2001, 61.

interno esiste comunque una diversificazione e frammentazione di normative specifiche che è ben diversa dalla frammentazione presente sulla scena del diritto globale¹⁵.

Come è stato autorevolmente detto, non c'è, in senso stretto, un solo ordine giuridico globale, “bensì tanti ordinamenti settoriali, relativi alle singole materie”¹⁶, che realizzano un ordine giuridico che va oltre il diritto internazionale in quanto non solo ha propri organi produttori di norme, ma dispone anche di “propri apparati chiamati ad attuare le norme o a valutare la loro attuazione, propri organi di soluzione delle controversie”¹⁷.

Si metteva, comunque, già in evidenza come la *lex mercatoria* realizzasse un processo decisionale che in parte era applicazione di regole ma in parte anche processo creativo¹⁸. Proprio la natura aperta, o parziale, del contenuto sostanziale della *lex mercatoria* non sembrava, quindi, inficiare la decisione arbitrale dal momento che il processo abilitava gli arbitri a costruire e completare le regole sostantive applicabili. E anche questo può essere un elemento a favore della rivendicazione della analogia da parte della Court of Arbitration for Sport che, da sempre, ha avuto come obiettivo anche quello non solo di riconoscere e di interpretare, ma anche di completare le normative esistenti tendendo realizzare unitarie norme sostantive.

Per quanto riguarda la *lex mercatoria*, al di là dei pur fondamentali riferimenti alle discussioni internazionali, è d'obbligo ricordare quanto scriveva Galgano, in un ormai risalente scritto, tuttora comunque utile in quanto già da quel tempo coglieva bene le caratteristiche della *lex mercatoria*, legge a suo tempo creata dai mercanti le cui fonti erano “the statutes of powerful trade-guilds, the customary laws of merchants, and the case law of the *curiae mercatorum*”. Si trattava di una legge che agiva “within a world where markets are politically divided into many states” e doveva quindi superare le diversità giuridiche create da questa divisione attraverso la realizzazione di regole internazionali uniformi prodotte dalla “international diffusion of contractual practices in the world of business,

¹⁵ Sulla frammentazione molto si è scritto. Cfr. J.L. DUNOFF-J.P. TRACHTMAN, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in J.L. DUNOFF-J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; C. WALTER, *Constitutionalizing (Inter)national Governance. Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook of International Law*, 44, 2001, 188, il quale, dopo aver esaminato i mutamenti del diritto internazionale, osserva “that not only the state as central entity of the Westphalian Temple is disaggregating but that, along with it, international law becomes sectorialised or decentralised”. Per un giudizio positivo sulla frammentazione e distinzione, che sarebbe altrettanto importante dell'unità, vedi M. KOSKENNIEMI, *The Subjective Dangers of Projects of World Community*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; N. KRISCH, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, in *LSE Legal Studies Working Paper* No. 10/2009. R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *AIC*, 4/2014, individua i problemi fondamentali della frammentazione e sottopone a vaglio le varie e contrastanti interpretazioni.

¹⁶ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, 132. Sulle opinioni di Cassese con riferimento a *La democrazia e i suoi limiti*, cfr. G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017. Un dialogo con Cassese sull'argomento del diritto amministrativo globale si trova in A. GUILMEIN, *Du droit cosmopolitique au droit global: pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique*, in *Revue québécoise de droit international*, 26, 2013, 2.

¹⁷ S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., 133.

¹⁸ Si veda anche O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International and Comparative Law Quarterly*, 1985, 47 ss. Vedi anche ID., *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in *Arbitration International*, 1986, 107, per il quale una caratteristica della *lex mercatoria* sta nel fatto che gli arbitri devono assumere un ruolo creativo quando devono trovare una soluzione per un problema legale per il quale la *lex mercatoria* offra solo risposte parziali o insoddisfacenti. Sotto questo punto di vista la soluzione trovata diventa un precedente che crea la regola.

trade usages, and awards of international arbitral chamber”. Si è realizzato, così, un corpo di *regulae iuris* “that the business community is induced to observe on the basis of the expectation that, in case of a dispute, these rules will be applied”, “a legal system, created by the mercantile *societas*, which is separate from the statutory legal system”¹⁹.

In anni più recenti Galgano è tornato sul tema²⁰, ma già dal primo risalente scritto aveva posto l'accento sulla natura contrattuale della *lex mercatoria*²¹. Si tratta di un aspetto che risulta utile anche per comprendere il perché della rivendicazione dell'analogia da parte della Court, anche se occorre sottolineare, come vedremo, che le caratteristiche peculiari della natura contrattuale della organizzazione sportiva potrebbero suscitare qualche dubbio sul riconoscimento di una piena analogia. Il che coinvolge anche le varie normative sull'autonomia contrattuale e quindi l'atteggiamento delle legislazioni nazionali in merito ad essa.

Metteva in evidenza ancora Galgano come la vocazione del nostro tempo per la universalità del diritto non ripetesse più la illuministica invocazione del primato della legge. Dove la legge, chiusa nei confini dello stato, non può arrivare, arrivano gli *international legal standards*, forti della condivisione di cui godono su scala internazionale e forti, se si tratta della *lex mercatoria*, della *opinio iuris atque necessitatis*. E ancora: “Quale che sia la più adatta qualificazione teorica delle sopra esaminate forme di regolazione dei mercati internazionali, se fonti normative della *business community*, o altra qualificazione ancora da esplorare, un punto può darsi per certo: la società globale è, in larga misura, una *societas sine lege*, ma non *societas sine iure*”²².

La precisazione di Galgano sull'importanza del mutato rapporto contratto-legge e sulla distanza che separa legge e diritto coinvolge il tema dell'autonomia degli ordini normativi transnazionali, ai quali senza dubbio, ma con tutta la sua specificità, appartiene anche lo sport, ma evidenzia anche la necessità di tener conto del rapporto di questi ordini giuridici con la *lex* dei singoli stati.

¹⁹ F. GALGANO, *The New Lex Mercatoria*, cit., 103.

²⁰ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 93 ss.; ID., *Diritto ed economia alle soglie del terzo millennio*, cit. Ma più recentemente vedi ID., *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e impresa*, 2010, 353 (commento alla normativa).

²¹ ID., *The New Lex Mercatoria*, cit., 103: “The contract is taking the place of the law, even in the organization of society... In our times neither the international conventions which are uniform laws nor the directives issued for the harmonization of the law in European Community countries dominate the legal scene. Rather, the dominant factor is the circulation of uniform contractual models”.

²² F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del terzo millennio*, cit. L'*opinio iuris atque necessitatis* porterebbe a ricondurre la *lex mercatoria* alla consuetudine e talvolta anche in sede giurisprudenziale questo collegamento è stato fatto. N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, facendo il punto su alcune criticità proprie della *lex mercatoria*, nota come questo tentativo di ricondurre la *lex mercatoria* ad un criterio assimilabile alla consuetudine appaia “ancora legato alla forza attrattiva delle vecchie categorie rispetto alle novità dell'esperienza. Se invece, come è facilmente riscontrabile in chiave di effettività, la *lex mercatoria* non è riconducibile ad un consenso generalizzato, ma semmai a determinazioni unilaterali (ovvero concordate in ambiti soggettivi limitati), espressioni di poteri di conformazione dei quali sono muniti soltanto alcuni privati in ragione della loro posizione di forza economica, si pone il problema degli strumenti giuridici diretti a compensare la sperequazione e volti concretamente a realizzare il principio di eguaglianza”. In dottrina vedi, G. ALPA, *Il diritto commerciale tra lex mercatoria e modelli di armonizzazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, 86; F. GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, ivi, 353 (commento alla normativa).

Quello che caratterizza il pluralismo giuridico globale dei nostri giorni è che, con esso, si fa riferimento ad un ordine normativo di natura contrattuale non più necessariamente legato ai soli ambiti commerciali, bensì ad ambiti con finalità diverse organizzative di alcuni aspetti dei rapporti transnazionali, e molto spesso anche umanitari, che hanno spinto ad allargare gli orizzonti della discussione.

In questo contesto, su sollecitazione di Sabino Cassese, anche in Italia si è cominciato a parlare del diritto globale sportivo²³, soprattutto con riferimento all'ambito amministrativo²⁴. In questa realtà, il diritto sportivo – intendendo con esso l'ordinamento sportivo internazionale con tutte le sue ricadute a livello statale, che si suggerisce di denominare unitariamente *lex sportiva* - assume aspetti particolari in quanto è, a suo modo, non solo fondato su una peculiare base 'contrattuale', ma è anche una sorta di diritto posto, con un suo apparato giudicante che tende a fargli acquistare una sua autonomia nei confronti degli Stati, il cui intervento rimarrebbe limitato (come avviene, ad es. anche in Italia ma non solo) alle sole ipotesi in cui dovessero rinvenirsi discrasie con irrinunciabili normative nazionali, dovessero essere violati principi e norme dell'ordinamento statale, o vi fossero lesioni di diritto per la non corretta applicazione della norma o per il mancato rispetto dei diritti processuali, della cui protezione in Italia si occupa la L. 280/2003²⁵.

Lo sport, quindi, sarebbe uno dei tanti ordinamenti settoriali al cui interno spetta oggi alla Court of Arbitration for Sport comparare le diversità nazionali delle varie regolamentazioni sportive, componendole in un corpo di regole standard collegate a principi generali, e operare una sintesi tra monismo e pluralismo.

4. Un diritto globale sportivo?

Con riferimento al mondo globalizzato, l'autonomia del fenomeno sportivo è fondata sulla capacità - ma anche sulla libertà - che settori basilari della società hanno di autogovernarsi al di là delle frontiere statali, per cui gli stati dovrebbero assumere il dato dell'autonomia sportiva internazionale, come assumono nella realtà le molteplici strutture

²³ L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, cit., p. 2, riconosce che "la globalizzazione ha ulteriormente accelerato la crescita sociale ed economica di un fenomeno già di per sé a carattere universale come quello sportivo". Vedi anche ID., *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, in C.R. SIEKMANN-J. SOECK, *Lex sportiva*, cit., 149 ss.

²⁴ Il riferimento alla scuola della *Global Administrative Law* (GAL) pone l'accento sull'importanza e varietà delle pratiche amministrative nella implementazione dei *regulatory regimes* internazionali. Sul diritto amministrativo globale cfr. B. KINGSBURY-N. KRISCH, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *European Journal of International Law*, 2006.

²⁵ I principi procedurali sui quali l'ordinamento statale non può transigere sono il diritto ad essere sentiti, il diritto ad un equo processo, il principio *ne bis in idem*, il principio dell'irretroattività delle norme, della proporzionalità delle sanzioni, della terzietà del giudice e del requisito di una motivazione scritta delle decisioni. Sulla giustizia sportiva, *ex plurimis*, cfr. P. SANDULLI, *Brevi note in tema di giustizia sportiva*, in *RDES*, 1/2015, 69 ss; G. SORICELLI, *Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice sportivo dopo il nuovo Codice di 'giustizia sportiva': alla ricerca della tutela degli interessi giuridicamente rilevanti*, in M.F. SERRA (a cura di), *Responsibility in Sports Activities*, Atti del 23° Convegno IASL, Roma, 4-6 ottobre 2017, in *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, 2/2018.

organizzative transnazionali, come un apriori da coordinare con altre autonomie e con altre istituzioni.

Nasce qui il problema di una riformulazione del tema delle fonti del diritto data la progressiva rilevanza di una esperienza giuridica alternativa di fonte negoziale, che è anche indicativa del fatto che la struttura legale dei singoli stati, troppo rigida, si rivela spesso “inadeguata rispetto alle complesse domande di regole flessibili e di governo poste da un mercato e da una società sempre più articolati”²⁶. E si rivela inadeguata anche a fronte di una serie di problemi che non possono essere più risolti a livello statale o a livello di rapporti tra stati.

Si va evidentemente nella direzione di quell’approfondimento, su cui si è soffermato Galgano, del rapporto diritto-legge.

Il pluralismo giuridico globale, per il quale si fa riferimento alla *lex mercatoria*, cui si collega la *lex sportiva*, impone di riformulare e rivisitare il problema della legittimazione della regolamentazione non statale²⁷.

5. Un problema di legittimazione

La legittimazione della regolamentazione non statale trae le sue ragioni anche dal riconoscersi in una sorta di organizzazione, sia essa comunità, o semplicemente associazione di natura utilitaria, alla quale si consente e si obbedisce per varie ragioni che possono andare dal senso di appartenenza ai benefici che se ne possono ricavare ma, anche, alla convinzione di cogenza per timore delle sanzioni.

Il concetto di legittimazione è multidimensionale e, con riferimento al *global legal pluralism*, è stato variamente definito dalla letteratura internazionale nella quale spesso si intrecciano dimensione sociologica e dimensione normativa. Va da sé che, se anche occorre tenere ben presente la distinzione tra le due dimensioni nell’ambito del *global legal pluralism*, la dimensione sociologica non può essere sottovalutata anche perché la stessa dimensione normativa si confronta con l’elemento consensuale dell’accettazione dell’autorità²⁸. Non è un caso, peraltro, che, proprio negli anni 90, il tema della legittimazione sia stato affrontato in termini non limitati all’ambito giuridico formale.

Possiamo qui ricordare, se pure fugacemente, che in quegli anni la letteratura ha dato sul tema indicazioni ben diverse da quelle che fanno riferimento a un approccio rigidamente formalistico giuridico. In queste discussioni - chiaramente toccate dall’emersione del diritto dei *private systems* e, quindi, del predominio del sociale nei confronti dell’ordinamento giuridico - validità e legittimità sono strettamente interconnesse. Per alcuni studiosi “validity

²⁶ N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 727.

²⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria e legittimazione*, in *Soc. dir.*, 2-3/2005, 179 ss. Il numero della rivista è dedicato interamente al tema della *lex mercatoria*. In particolare, vedi il saggio di U. MORELLO, *L’efficacia della lex mercatoria nel sistema italiano: tendenze e prospettive*, ivi, 287 ss.

²⁸ K. DINGWERTH, *The New Transnationalism. Transnational Governance and Democratic Legitimacy*, Palgrave Mac Millan, Basingstoke, 2007, opera una distinzione tra accettazione sociale dell’autorità, e accettabilità dell’autorità.

simply means that something is considered valid”, mentre la legittimità “as an analytical category is concerned with the foundations, functions and consequences of the validity of social order as rightful. Treating legitimacy as a dependent variable, we may ask under what conditions social systems are considered valid; treating it as an independent variable we may explore what the consequences of such validity are”²⁹. Secondo questa definizione, validità tautologicamente significherebbe che qualcosa è considerata valida. Ora la *social validity* mette l’accento sulla dimensione sociale del concetto di legittimità, mentre la *social validity as rightful* sottolinea la sua dimensione normativa, per cui la validità sociale avrebbe la caratteristica di essere normativamente potenziata e giustificata.

Possiamo ricordare anche una seconda importante distinzione operata da quegli autori che tracciano una linea tra *input legitimacy* – generata dal consenso dei destinatari - e *output legitimacy*, che si fonda sulla qualità sostantiva della decisione, vale a dire sulla sua potenzialità di rafforzare il bene o l’interesse comune³⁰. Altri hanno parlato anche di una terza dimensione concettuale della legittimazione che si riferirebbe “to the procedural fairness of the process by which input is transformed into output; it can relate both to decision-making within and beyond the state”³¹.

Con riferimento alla *lex mercatoria* e alla *lex sportiva*, il problema della legittimazione assume, quindi, contorni particolari che non possono essere sottovalutati e, soprattutto, richiedono, in ambito globale, il superamento di una distinzione troppo netta, tipica della tradizione giuridica formalistica, tra validità e legittimità in quanto il tema della validità assume, nella sfera globale, un significato, se pure caratterizzato da tautologismo, decisamente più ampio e meno formale di quello previsto nei regimi di *civil law*. Anche se su questo punto, comunque, si trovano interpretazioni non sempre concordanti. È anche vero che, con riferimento ai numerosi ordini normativi esistenti a livello transazionale, esso è generalmente collegato al concetto di comunità e, nel caso della *lex sportiva*, alla comunità dello sport alla quale ci si sentirebbe legati per un forte senso di appartenenza e di condivisione di ideali³². Il che non sempre si verifica come testimonia anche il contenzioso che si riversa sui singoli ordinamenti statali.

Perché una regola sia legittima, e quindi sia accettata, essa deve, in ogni caso, far riferimento a quegli standard di una comunità che assumono la caratteristica di norme anche se non codificate. Occorre, quindi, individuare parametri diversi. Da qui anche la necessità di individuare eventuali indicatori della legittimazione.

²⁹ P. GRAF von KIELMANNSEGG, *Legitimationsprobleme in moderne Staat*, in ID. (ed.), *Legitimationsprobleme in politischer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1976, 370.

³⁰ F. SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999. Su cui vedi C.S. STERNBERG, *Political legitimacy between democracy and effectiveness: trade-offs, interdependencies, and discursive constructions by the EU institutions interdependencies, and discursive constructions by the EU institutions*, Cambridge University Press, on line, 10 dicembre 2014. L.’A. distingue anche tra “political legitimacy arising from a link with the ‘will of the people’, and political legitimacy arising from beneficial consequences for them”.

³¹ M. ZÜRN, *Regieren jenseits des Nationalstaates Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Surkhamp, Frankfurt am Mein, 1998, 233.

³² È, questa, l’opinione, tra gli altri, di L.V.P. DE OLIVEIRA, *Lex sportiva as the contractual governing Law*, cit., 108 ss.

Sul punto, generalmente, si concorda nel considerare tali la chiarezza delle disposizioni, la validità simbolica, la coerenza e l'aderenza³³. Si tratta, più che altro, di aspetti utili ai fini della realizzazione del consenso, quindi utili per verificare la validità-legittimità di un ordine normativo. Bisogna infatti tener conto, all'interno del sistema sportivo, del fatto che le decisioni adottate dalle istituzioni sportive, come si è già detto, producono effetti ad ampio raggio e coinvolgono situazioni giuridiche soggettive tutelate dagli ordinamenti nazionali, oltre che interessi pubblici. Il che impone necessariamente di impostare il tema della legittimazione in senso più ampio rispetto a quanto richiesto nel caso di una adesione volontaria - se pure necessitata - all'ordinamento sportivo³⁴.

In ambito sportivo, aspetti simbolici, utilitaristici e identitari si intrecciano, ma al contempo si complicano anche a causa della posizione monopolistica dell'organizzazione sportiva. Se la validità simbolica fa riferimento ad un concetto di autorità³⁵ e non di sovranità e fa riferimento ad una serie di principi di carattere generale collegati al tema dei diritti, anche l'aspetto utilitaristico non è di scarso rilievo, in quanto esso mette l'accento su un'aspettativa garantita del rispetto del principio dell'eguaglianza di fronte alla legge, e, quindi, dall'aspettativa che la regola 'whatever its content, be applied uniformly in every similar and applicable instance'³⁶.

La *lex sportiva* tende a comporre, alla fine, aspetti identitari, simbolici e utilitaristici e si presenta, data la progressiva opera della Court, come *lex ferenda* tendente a realizzare uniformità e a superare, o meglio completare, un ordine normativo che nasce su una particolare base contrattuale e associativa. Si tende a realizzare una vera e propria *lex*, anche se non definitivamente codificata, ma che tende a diventare tale attraverso l'opera, anche normativa, della *Court of Arbitration for Sport*. E qui si palesa un'altra differenza con la *lex mercatoria*. Nella quale, negli ultimi tempi, l'aspetto contrattualistico si acuisce in quanto, "a differenza della tradizionale *lex mercatoria*, che era il risultato di sedimentazioni gradualì, le regole create dai nuovi 'mercanti del diritto' si affermano a colpi di schemi contrattuali sempre pronti a essere modificati, in un processo di adeguamento serrato e veloce, secondo le mutevoli esigenze delle imprese predisponenti"³⁷.

A questo punto, come accennato, in relazione alla *lex sportiva*, sorge il problema, di fondamentale importanza, della sua caratterizzazione monopolistica che si riscontra in tutte le pieghe della sua organizzazione e che si ripete anche nella posizione della Court of Arbitration for sport.

³³ T.M. FRANCK, *Fairness in international law and institutions*, Oxford University Press, Oxford, 1997, 30.

³⁴ Sul punto R.B. STEWART, *Accountability, Participation and the Problem of Disregard in Contemporary Global Governance*, Vedi anche N. KRISCH, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, cit.

³⁵ Su cui utili indicazioni danno A. von BOGDANDY-R. WOLFRUM-J. von BERNSTOFF-P. DANN-M. GOLDMANN (eds.), *The exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institution Law*, Springer, Berlin Heidelberg, 2010.

³⁶ T.M. FRANCK, *Fairness in international law and institutions*, cit., 34 ss.

³⁷ V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1085. Sul punto vedi anche il citato numero di *Soc. dir.* e, in particolare, M.R. FERRARESE, *La lex mercatoria tra storia e attualità da diritto dei mercanti lex per tutti*, in *Soc. dir.*, 2005, 157 ss.

6. *Lex mercatoria* e *lex sportiva*: un confronto

Il riferimento alla *lex mercatoria*, utilizzato ai fini del rafforzamento della *lex sportiva*, strumentalmente utile, anche se non ha prodotto il risultato sperato non deve comunque far sorvolare sulle differenze esistenti tra i due fenomeni. Per cui possiamo trovare le ragioni di questa rivendicazione di analogia principalmente nella sua funzione strumentale ai fini della possibilità di far entrare l'arbitrato sportivo nelle disposizioni della Convenzione di New York.

Una prima differenza, che non sembra essere stata sufficientemente sottolineata, e sulla quale comunque non tutti sembrano concordare, riguarda il modo in cui il set di regole della *lex mercatoria* si è formato, che non pare essere del tutto assimilabile alla realizzazione dell'insieme delle norme sportive, che si sono formate nel tempo in maniera composita, non sempre su base contrattuale e non sempre con la partecipazione del popolo sportivo attraverso l'intervento di numerosi organi. Inoltre, alcune di esse – le regole del gioco, ad es. - sono costitutive e non possono chiaramente dipendere da volontà diverse rispetto a quelle che governano gli sport. Si tratta di regole stabilite dalle federazioni internazionali e che non possono essere contestate nel corso del gioco.

Se prendiamo in considerazione innanzitutto gli sviluppi iniziali e le loro conseguenze dobbiamo rilevare che la *lex mercatoria*, sviluppatasi dalle prassi commerciali, che si è estesa alle attività e alle istituzioni commerciali internazionali, si avvale di un insieme di usi ed è riconosciuta in settori sia pubblici che privati “having a claim in some legal systems to authority as public law”³⁸. Se la *lex mercatoria* ha la sua precondizione nella formazione di una classe di mercanti, il cui numero si è incrementato attraverso il tempo, lo sviluppo della *lex sportiva* dipende da un insieme di regole create dalle istituzioni sportive costituite, a suo tempo, su base associazionistica dagli sportivi e dagli sport clubs che godono dell'autonomia dello sport, ma successivamente estesa a tutti gli sportivi.

Quindi, la distanza tra le due *leges* è basata soprattutto sulla distanza che separa la innegabile natura contrattuale della *lex mercatoria*³⁹, riconosciuta a livello mondiale, dalla particolare natura contrattuale associativa della seconda. Per la *lex sportiva* si tratta, con eccezioni degli organi originari centrali, per lo più di un associazionismo per adesione a regole espresse e poste da un nucleo originario che il mondo dello sport in tutte la sua varietà ha accettato.

Il punto discriminante resta, in ogni caso, nella particolare natura associativa tipica dell'ambito sportivo, nel fatto che le regole sono state poste e continuano ad essere poste senza la partecipazione degli sportivi che agli organismi nazionali internazionali si sono associati per poter fare attività agonistica, e che restano privi, comunque, di ogni potere

³⁸ J.A.R. NAFZIGER, *Lex sportiva*, in C.R. SIEKMANN-J. SOECK, *Lex sportiva*, cit., 54.

³⁹ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del terzo millennio*, cit., ricorda, comunque, che non sempre la *lex mercatoria* è riconducibile a un consenso generalizzato quanto piuttosto a decisioni prese unilateralmente in relazione ad una posizione economica di forza per cui da varie parti si è messa in evidenza la necessità di trovare strumenti giuridici in grado di realizzare una tutela civile contro il potere privato, in modo da riequilibrare il sistema.

decisionale. Emerge, quindi, una differenza profonda consistente nella mancanza di democraticità dell'organizzazione sportiva⁴⁰.

Sotto questo punto di vista, l'analogia della *lex sportiva* con la *lex mercatoria* potrebbe essere una falsa analogia in quanto, mentre la seconda si giustifica per il fatto di essere “a private autonomous global law because it rests on contract”, la prima è senz'altro una *autonomous global law*, ma essa si basa su un contratto che può essere ed è stato considerato di natura fittizia⁴¹. Si basa anche sulle decisioni dei molteplici organi di governo e sulle decisioni del CAS. La posizione monopolistica realizza, inoltre, una relazione asimmetrica che, se non ha impedito di usare strumentalmente la *lex mercatoria* ai fini del rafforzamento della *lex sportiva*, tuttavia richiede la precisazione delle differenze esistenti tra le due. Se non impedisce di parlare di natura contrattuale in ambito sportivo, esige un chiarimento sul significato di questa sua natura contrattuale, dal momento che lo stesso istituto contrattuale assume nello sport aspetti innumerevoli.

Quindi, malgrado il rapporto che si viene a creare tra il CIO, le Federazioni internazionali e nazionali e lo sportivo sia considerato associativo e quindi contrattuale, la lettura della realtà presenta una situazione molto articolata, che si ritrova in molti ambiti statali, di un associazionismo non solo del tutto particolare, ma anche regolamentato in maniera diversa nei singoli ordinamenti⁴².

Proprio come per la *lex mercatoria*, la cui uniformità nei vari paesi non fu un processo immediato ma avvenne gradualmente, anche l'armonizzazione della regolamentazione sportiva attuale si presenta sempre *in progress*, anche se non attraverso pratiche contrattuali, ma attraverso l'operato continuo della Court of Arbitration for Sport. Si tratta, quindi, di una somiglianza apparente in quanto la differenza più rilevante sta proprio nella particolarità della Court of Arbitration for Sport, che si presenta come unica abilitata a giudicare sulle controversie, dal momento che gli sportivi si obbligano a ricorrere ad essa in caso di controversie. Si tratta di un tribunale arbitrale privato, del tutto *sui generis*, e che, pur non essendo una corte istituzionalizzata, tende a comportarsi come tale.

Nello sport si realizza un policentrismo normativo nel quale coesistono anche vari livelli giurisdizionali che hanno competenza sulle attività sportive, ma la Court of Arbitration for

⁴⁰ Su questo punto si rimanda a B. KOLEV, *Lex Sportiva and Lex Mercatoria*, in *Sports Law Journal*, 1-2/2008, 57 ss. Anche in C.R. SIEKMANN-J. SOECK, *Lex sportiva*, cit., 228: “Although sportsmen formed a community, in fact, their voice is still not heard in the rulemaking process. In other words *lex sportiva* cannot achieve the structural coherence, of which Berman spoke in the context of *lex mercatoria*, unless the rule-making in sport becomes a result of a transparent and democratic process representing, safeguarding and balancing the interests of all stakeholders”.

⁴¹ K. FOSTER, *What is sports Law*, in C.R. SIEKMANN-J. SOECK, *Lex sportiva*, cit., 50.

⁴² Fa notare B. KOLEV, *Lex sportiva and lex mercatoria*, cit., 228, la grande varietà di regolamentazioni nello sport che crea una sorta di giungla: “From the point of view of national laws the rules of international sport organizations are rules established on the basis of freedom of association and therefore, constitute association law subordinated to the national law. This is the basic reason why national football authorities have found themselves in a ‘legal jungle’ as to which acts they have to apply—the law of international federations, national law or the EU law. CAS is not internationally recognized court, but simply arbitration system for dispute settlement, which awards are subject to the conditions for recognition and enforcement of arbitral awards. The matter is further complicated when the state apply interventionist approach and regulate sport in a diverse way”

Sport ha l'esclusiva giurisdizione sulle controversie sportive transnazionali e dispone di un sistema di sanzioni vincolanti per quanto riguarda la loro efficacia e applicazione.

Al di là delle analogie, le differenze tra *lex mercatoria* e *lex sportiva* non sono sottovalutabili sia, come abbiamo visto, per quanto riguarda la loro genesi, che ne pregiudica la piena consensualità, sia per quanto riguarda i loro destinatari che sono non solo tutti coloro che per svolgere attività agonistica devono inserirsi nell'organizzazione, ma anche tutti coloro che vengono a contatto col mondo sportivo. Ribadiamo che, mentre la *lex mercatoria* era una legge “approved by the authority of all kingdoms and commonwealths and not a law established by the sovereignty of any prince”, la *lex sportiva* “is a transnational law which is not approved by national states similarly to the EU law in order to have supremacy over national laws. From the point of view of national laws the rules of international sport organizations are rules established on the basis of freedom of association and therefore, constitute association law subordinated to the national law”⁴³.

Inoltre, diversamente dalla *lex mercatoria*, che fa largo uso di istituti mutuati dal diritto privato dei contratti, la *lex sportiva* si sofferma con maggiore interesse sugli aspetti pubblicistici del diritto amministrativo e di quello penale.

Malgrado la pretesa di una analogia ai fini dell'accettazione della *lex sportiva* da parte degli ordinamenti nazionali, una differenza significativa resta nel fatto che le leggi nazionali non hanno mai incorporato la *lex sportiva*. Per cui occorre scendere sul concreto e fare attenzione alla casistica dei tribunali nazionali, ai quali continuano a rivolgersi gli sportivi dopo aver adito i vari gradi della giustizia domestica, per disposizioni accettate direttamente o indirettamente associandosi per poter partecipare alle competizioni. Se si confrontano le decisioni della Court of Arbitration for Sport con le decisioni dei tribunali nazionali aditi dagli stessi sportivi molto spesso si riscontrano decisioni opposte.

L'operato della Court, sin dall'inizio, è stato, in ogni caso, costretto a confrontarsi con gli interventi degli organi giurisdizionali nazionali, i quali, aditi dagli sportivi stessi, sono stati chiamati a intervenire nelle controversie sulla base delle differenti normative nazionali, tra cui, generalmente, hanno assunto importanza quelle riguardanti l'associazionismo e la posizione monopolistica, il tema della giustizia, le normative sul lavoro, ma soprattutto le varie normative sull'arbitrato⁴⁴.

⁴³ B. KOLEV, *Lex Sportiva and Lex Mercatoria*, cit., 228.

⁴⁴ Sulle criticità che emergono dalle clausole di arbitrato obbligatorio in ambito internazionale cfr. LI BAOQING, *The Jurisdiction Expansion of Arbitration of Court of Arbitration for Sport*, in K.-Y. YEUN (ed.) *Scritti in onore di Kee-Young Yeun*, Seoul, 2018, 375 ss. Per un'analisi comparata dell'arbitrato vedi G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, a cura di T. E. FROSINI, Cedam, Padova, 2014; G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studi di diritto italiano e comparato*, Jovene, Napoli, 2012. In particolare, il capitolo secondo, *Profili di diritto comparato: la natura e gli effetti del lodo arbitrale in Francia, Belgio, Spagna e Brasile*, pp. 67 ss. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: una better alternative*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1/2016, 281 ss, analizza il tema dell'arbitrato in Italia anche con riferimento all'attività della Court of Arbitration for Sport e riconosce all'arbitrato una alternativa migliore rispetto alla giustizia statale. Sull'arbitrato sportivo vedi T.E. FROSINI, *L'arbitrato sportivo. Teoria e prassi*, in *Rassegna forense*, 3/2010; ID., *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22/2018. Sull'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio in Italia si vedano, tra gli altri, E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2005, 3 ss.; E. ODORISIO, *Arbitrato obbligatorio*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato. ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, 35 ss. Come nota L. PRIMICERIO, *Il Tribunale arbitrale dello sport e la creazione di una lex sportiva*, in

Le decisioni della Court of Arbitration for Sport vengono appellate spesso di fronte ai giudici ordinari anche per la presenza di specifiche regolamentazioni nazionali, o anche comunitarie⁴⁵. Il contenzioso sportivo è particolarmente complesso e ogni singolo caso richiede preliminarmente una decisione sulle competenze che, in ogni caso, fa riferimento alle normative nazionali. A puro titolo esemplificativo possiamo ricordare alcuni casi ormai famosi quali il caso Pechstein, per il quale il giudice tedesco adito aveva affermato che la convenzione arbitrale, stipulata da Claudia Pechstein con la International Skating Union, dovesse ritenersi nulla a causa della posizione monopolistica delle federazioni che precludeva all'atleta che volesse gareggiare in competizioni internazionali qualsiasi scelta diversa dall'arbitrato⁴⁶. Possiamo ricordare anche il caso Wilhelmshaven. A ragione della celerità ed efficienza della Court of Arbitration for Sport, infatti, bisogna ricordare che, pur avendo i giudici della BGH bloccato l'esecuzione della sanzione inflitta al Wilhelmshaven, la sentenza era stata resa superflua perché nel frattempo il Wilhelmshaven era già stato retrocesso nei campionati inferiori. Ovviamente, restava in piedi la possibilità che il Wilhelmshaven chiedesse il risarcimento danni⁴⁷. O anche il caso Seraing⁴⁸: la Corte d'Appello di Bruxelles, adita dopo l'esperimento dei gradi di giustizia domestica, il 28 agosto 2018 ha sentenziato che le clausole arbitrali contenute negli statuti FIFA e UEFA sono incompatibili col diritto comunitario in quanto violano l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (equo processo) e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (diritto al giudice imparziale).

L'esistenza di un contenzioso testimonia sia la distanza che separa la *lex mercatoria* dalla *lex sportiva*, sia il fatto che le relazioni sportive non sempre sono basate su un rapporto di fiducia che possa risolvere il tema della legittimazione in termini di piena consensualità come sembra accadere per la *lex mercatoria*. Se la *lex mercatoria* può avvalersi di tradizioni comuni e di rapporti di fiducia, altrettanto non può dirsi per lo sport, caratterizzato oggi da una forte commercializzazione che richiede protezione per interessi spesso in conflitto tra di loro. In questo contesto, il ruolo della Court è decisamente importante e la sua capacità di risolvere le controversie in maniera celere ed efficace contribuisce a darle credibilità e a far pensare che almeno in futuro si possa creare un corpo indipendente di leggi in grado di

RDES, 2/2017, 51: “la giustizia domestica, l'effettività della scelta, in capo alle parti, tra arbitro e le corti nazionali dipende dal *favor* con cui gli ordinamenti recepiscono la disciplina arbitrale nei codici di procedura”.

⁴⁵ A titolo esemplificativo possiamo ricordare che in Germania il ricorso all'arbitrato non è possibile in questioni di diritto privato e per le controversie di lavoro, per cui il potere di controllo da parte del giudice statale diventa un limite importante nei confronti dell'associazione. In ambito di *common law*, in mancanza di una regolamentazione diretta dello sport, spetta ai tribunali identificare i contenuti delle normative sportive. Per quanto riguarda la Francia il tema della giustizia sportiva si caratterizza per l'esistenza della procedura obbligatoria di conciliazione che rientra in quello che è stato chiamato “pluralismo giuridico complementare”. Del tutto diversa, e caratterizzata da particolari autonomie rispetto all'organizzazione sportiva internazionale, la situazione degli Stati Uniti.

⁴⁶ Ma, dopo aver ottenuto questi primi riconoscimenti, in seguito al ricorso della ISU alla Suprema Corte, la *Bundesgerichtshof* ha rovesciato la sentenza. Sulla sentenza si soffermano a lungo, tra gli altri, L. PASTORE-L. SMACCHIA, *The Court of Arbitration for Sport. Time for a Reform*, in RDES, 3/2018, 92 ss.; L. PRIMICERIO, *Il tribunale arbitrario dello sport*, cit., 64 ss.

⁴⁷ Su cui vedi L. DI NELLA, *Giustizia sportiva nazionale e internazionale e principio di specificità dello sport. Problemi e prospettive*, in M.F. SERRA (a cura di), *Responsibility in Sports Activities*, cit., 675 ss.

⁴⁸ Su cui vedi, sempre, L. PASTORE-L. SMACCHIA, *The Court of Arbitration for Sport*, cit., 102 ss.; D. RAPACCILO, *Good Governance and the Multiple Challenge to the Domestic Legal Order of sports organizations*, in RDES, 3/2018, 73 ss.

mantenere la giustizia in ambito sportivo, ma questo non potrà impedire che gli stati nazionali non continuino ad avere un loro ruolo.

Fino a quando gli sportivi riterranno che i loro interessi possono essere meglio difesi sulla base delle leggi nazionali, le quali pur adeguandosi molto spesso alle decisioni della Court of Arbitration for Sport, non hanno incorporato la *lex sportiva*, le controversie saranno sempre decise sulla base di queste.

ABSTRACT

Il saggio si propone di operare un confronto tra la *lex sportiva* e la *lex mercatoria*. La *lex sportiva* può essere considerata quell'insieme di standard e principi messi insieme dalla Court of Arbitration for Sport al fine di creare una regolamentazione unitaria a fronte della frammentazione delle regolamentazioni sullo sport a livello dei singoli ordinamenti sportivi e nazionali. Il confronto tra la *lex sportiva* e la *lex mercatoria* evidenzia similitudini ma anche differenze. Determinanti sono, a riguardo, il tema dell'arbitrato, che nello sport diventa obbligatorio e soggiace alla posizione monopolistica dell'organizzazione sportiva, e la particolare posizione della Court of Arbitration for Sport.

The essay aims to compare *lex sportiva* and *lex mercatoria*. *Lex sportiva* can be considered as a set of standards and principles put together by Court of Arbitration for sport. The Court aims to create a set of rules in the face of the fragmentation of sports regulations. The comparison between *lex sportiva* and *lex mercatoria* shows similarities but also differences. Decisive in this regard are the issue of arbitration, which in sport is compulsory and subject to the monopolistic position of the sports organization, and the particular position of the Court of Arbitration for sport.

PAROLE CHIAVE: Lex sportiva e lex mercatoria, Arbitrato, Court of Arbitration for Sport

KEYWORDS: Lex sportiva and lex mercatoria, Arbitration, Court of Arbitration for Sport.