

STUDI DEDICATI A DIEGO CORAPI

PERSONA
E ATTIVITÀ ECONOMICA
TRA LIBERTÀ E REGOLA

Studi dedicati a Diego Corapi

a cura di

Barbara De Donno Federico Pernazza
Raffaele Torino Gianluca Scarchillo Domenico Benincasa

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Gli Studi sono stati pubblicati con il contributo del Master *B&C Law - Business and Company Law. European and International Perspectives* (LUISS School of Law).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2016 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-937-4

INDICE

VOLUME I

<i>Presentazione</i>	XV
<i>“Incontri di Diego Corapi”. Intervista di Barbara De Donno</i>	XVII

SISTEMI E TEORIE GENERALI

ALPA Guido, <i>I principi generali e il ruolo della comparazione nella costruzione del diritto privato europeo</i>	3
CAPOGROSSI Luigi, <i>L'autonomia delle logiche giuridiche</i>	13
COSTANTINI Cristina, <i>Esotismi, ideologie geostoriche, eterodossie culturali. Un lettura tematica della relazione genealogica tra French Theory e comparazione giuridica</i>	29
GUARNIERI Attilio, <i>Comparazione e scibile giuridico: un rapporto fruttuoso</i>	55
HORSMANS Guy, <i>Des rêves, des idées et des défis de juristes enthousiastes</i>	67
IRTI Natalino, <i>Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie</i>	101
LIPARI Nicolò, <i>Onestà e sistema politico</i>	107
MARELLA Maria Rosaria, <i>The Geopolitics of Law in Latin America. The Case of the Social Function of Property</i>	115
MARINI Giovanni, <i>Comparazione e critica: The legacies of eterodoxy</i>	127
MOCCIA Luigi, <i>Diritto comunitario e diritto europeo</i>	149
MONATERI Giuseppe, <i>The United States Supreme Court as an Incarnation of the «Original Voice»</i>	165
POZZO Barbara, <i>Le lingue del diritto</i>	183
PROCIDA MIRABELLI DI LAURO Antonino, <i>Storia e comparazione nell'era della globalizzazione</i>	199
RESTA Eligio, <i>La comunità fragile e la sua infanzia</i>	223
SERIO Mario, <i>Brevi osservazioni su rule of law e sviluppi della teoria di Albert Venn Dicey</i>	233
SIRENA Pietro, <i>Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo</i>	247
TEPEDINO Gustavo, <i>Libertà tecnologia e teoria dell'interpretazione nell'esperienza brasiliana</i>	263
ZOPPINI Andrea, <i>Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»</i>	285

TUTELA DELLA PERSONA E DIRITTI FONDAMENTALI

AUTORINO Gabriella, <i>Diritti fondamentali e “cross fertilization”: il ruolo delle Corti supreme</i>	299
DIURNI Amalia, <i>I diritti collettivi dei pazienti nel panorama europeo</i>	319
PESSI Roberto, <i>Libertà e diritto del lavoro</i>	351
RESCIGNO Pietro, <i>Il ‘vocabolario’ e gli ‘aggiornamenti’: la durata della tutela</i>	365
RESTA Giorgio, <i>Anonimato, responsabilità e identificazione nei rapporti online: prospettive di diritto comparato</i>	373
SANTONASTASO Felice, <i>Tutela della salute, tutela dell’ambiente ed evoluzione della “governance” nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva); un’applicazione dell’art. 41 Cost. per uno “statuto d’impresa?”</i>	409
SICA Salvatore, <i>Internet 2.0: molte regole e poco diritto</i>	455
SMORTO Guido, <i>Dall’impresa gerarchica alla comunità distribuita. Il diritto e le nuove forme di produzione collaborativa</i>	463
ZENO ZENCOVICH Vincenzo, <i>Law, Beauty and Wrinkles. Firm Points and Open Issues After the EU Cosmetics Regulation</i>	505

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

ARROYO Ignacio, <i>Proteccion de la parte debil frente a las clausulas de jurisdiccion internacional en el transporte maritimo</i>	521
BUSSANI Mauro, <i>EU Consumer Law and the Policy Paradox</i>	585
CASABONA Salvatore, <i>Online gambling contracts as new frontier of international consumer transactions</i>	597
COLAIORI Roberta, <i>Comunione coniugale e vantaggio mutualistico</i>	613
DE CUEVILLAS MATOZZI Ignacio - FAVALE Rocco, <i>La aceptación contractual en la propuesta de reglamento opcional sobre una normativa común de compraventa europea. Uno estudio</i>	639
FEOLA Maria, <i>Il risarcimento del danno da nascita «malformata»</i>	717
FRIGNANI Aldo, <i>Le nuove norme sui ritardi nei pagamenti ed i crediti delle imprese verso la p.a. (dalla direttiva europea alla legge italiana)</i>	747
GABRIELLI Enrico, <i>Causa, tipo y teoría del contrato</i>	759
GALLO Paolo, <i>Le obbligazioni pecuniarie</i>	805
GAMBINO Francesco, <i>L’usura «sopravvenuta» e l’indigenza del dato positivo</i>	823
GIORGIANNI Michaela, <i>La Partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio</i>	837
MAZZONI Alberto, <i>The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and their importance for the development of global legal standards and contract practice</i>	895

VOLUME II

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

(Segue)

MOSCATI Laura, <i>L'imprévision alla luce dell'avant-projet d'ordonnance di riforma del diritto dei contratti</i>	915
PALMIERI Alessandro, <i>Reverse payment patent settlements e ricadute sul consumer welfare. Coincidenze e convergenze (apparenti e reali) tra antitrust europeo e statunitense</i>	929
PELEGGI Roberta, <i>Il progetto di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: una breve analisi nell'ottica dell'applicazione ai rapporti tra imprese</i>	945
PODDIGHE Elena, <i>Il danno da obesità tra responsabilità civile e 'paternalismo alimentare'</i>	967
PONZANELLI Giulio, <i>L'imperialismo della responsabilità civile</i>	1003
PROSPERETTI Giulio, <i>L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti</i>	1009
PROSPERETTI Marco, <i>Regole di comportamento dell'assicuratore e "bad faith"</i>	1027
TULLIO Leopoldo, <i>La prova liberatoria del vettore consistente nelle misure per evitare il danno</i>	1037
VILLANI Ugo, <i>La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel Regolamento Roma I</i>	1051

PROCESSO E ARBITRATO

BENATTI Francesco, <i>La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: divagazioni più pratiche che teoriche</i>	1077
BONATO Giovanni, <i>Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva</i>	1087
BRIGUGLIO Antonio, <i>Class Action Arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini</i>	1107
CALABRESI Carlotta, <i>Riflessioni sul contributo della comparazione in vivo nell'arbitrato commerciale internazionale allo sviluppo di una cultura giuridica condivisa, comune ai paesi della Western Legal Tradition e ai paesi emergenti</i>	1119
CHIARLONI Sergio, <i>Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo</i>	1145
COCCIA Massimo, <i>La giurisprudenza del tribunale federale svizzero sull'impugnazione per nullità dei lodi arbitrali internazionali del TAS</i>	1165
DRAETTA Ugo, <i>What does "ethics in arbitration" really mean?</i>	1227
FUMAGALLI Luigi, <i>Arbitrato in Italia e tutela cautelare nella dimensione transnazionale: note a margine di una questione tormentata</i>	1243

MANCALEONI Anna Maria, <i>Sugli effetti processuali delle clausole ADR in Italia, Francia e Inghilterra</i>	1259
MOURRE Alexis, <i>L'espropriazione giudiziale: espropriazione o diniego di giustizia?</i>	1285
PASA Barbara, <i>Libertà di circolazione dei "documenti pubblici" in Europa: "autenticità" e "valore probatorio ufficiale" secondo una recente Proposta di Regolamento</i>	1297
RUBINO SAMMARTANO Mauro, <i>La rivoluzione tecnologica e la soluzione delle controversie</i>	1335
SALVI Cesare, <i>Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice</i>	1353
SONENSHEIN David, <i>Justice or Legalized Blackmail? The Class Action and a Comparison of Rule 23 to the Recently Introduced Italian Statute</i>	1367
STALTERI Marcello, <i>Epitome multi-livello intorno alla tobacco litigation</i>	1401
ZAMBRANO Virginia, <i>Giudice amministrativo, democratizzazione dell'ordinamento e itinerari di tutela del cittadino sullo sfondo dell'art. 2 Cost.</i>	1423

DIRITTO SOCIETARIO

ANGELICI Carlo, <i>La revocatoria della scissione nella giurisprudenza</i>	1445
BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO Danilo, <i>Um modelo de regulação baseado na governança dos grupos de sociedades: da doutrina Rozenblum até a disciplina italiana</i>	1457
BRIOLINI Federico, <i>I poteri di rappresentanza degli amministratori nella società a responsabilità limitata. Appunti sull'art. 2475-bis c.c.</i>	1481
BRUNO Sabrina, <i>La catena di intermediazione nella detenzione di strumenti finanziari: share ownership ed obblighi fiduciari. Dal Kay Review britannico alla Proposta di modifica della Direttiva n. 2007/36/CE</i>	1495
DE ANGELIS Lorenzo, <i>Le operazioni di trasformazione e di fusione. In particolare, le fusioni con indebitamento e la nuova disciplina in materia di assistenza finanziaria</i>	1525
DI MAJO Alessandro, <i>La successione delle società estinte. Profili sostanziali</i>	1561
FRANCIOSI Laura Maria, <i>Il cash pooling: attività di impresa e contratto in un mercato globalizzato</i>	1573
GAMBINO Agostino, <i>A dieci anni dalla riforma delle società di capitali</i>	1593
GIAMPAOLINO Carlo Felice, <i>Clausola arbitrale in statuto di società e natura extracontrattuale dell'azione ex art. 2394 e 2394-bis c.c.</i>	1603
HOPT Klaus J., <i>Die Haftung für Kapitalmarktinformationen - Rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen</i>	1615
IBBA Carlo, <i>Una cooperativa di produzione e lavoro di donne Masai</i>	1645

MASSA FELSANI Fabiana - BLANDINI Antonio, <i>Dell'equilibrio tra i generi: principi di fondo e "adattamenti" del diritto societario</i>	1649
MICCOLI Mauro, <i>Riflessioni in merito alla vincolatività delle direttive impartite dalla capogruppo alle società eterodirette</i>	1673
MONTAGNANI Caterina, <i>Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale</i>	1693
NAZZICONE Loredana, <i>Il gruppo contrattuale: appunti di un'indagine</i>	1711
NICCOLINI Giuseppe, <i>A margine di un decreto in tema di cancellazione della cancellazione di società di capitali per mancata approvazione del bilancio finale (con una postilla sulla "sopravvivenza fiscale" della società cancellata)</i>	1747
PERNAZZA Federico, <i>La mobilità delle società in Europa da Daily Mail a Fiat Chrysler Automobiles</i>	1781

VOLUME III

DIRITTO SOCIETARIO

(Segue)

RACUGNO Gabriele, <i>La tutela dei creditori nella s.r.l.</i>	1825
RAFFAELE Federico, <i>Who said that directors always owe fiduciary duties to stockholders? The curious case of preferred shareholders</i>	1845
RORDORF Renato, <i>La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.</i>	1877
SALAFIA Vincenzo, <i>Storia dell'art. 2357 ter secondo comma</i>	1893
SALAMONE Luigi, <i>I patrimoni destinati ad uno specifico affare, dalla società per azioni alla sussidiarietà orizzontale</i>	1899
SCARCHILLO Gianluca, <i>Dalla Golden Share al Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato</i>	1917
SCARPA Dario, <i>Diritti particolari del socio di s.r.l. tra tipizzazione, adeguatezza ed eguaglianza</i>	1961
SMACCHI Matteo - AGOSTI Filippo, <i>Riflessioni sui rimedi alla polverizzazione del capitale sociale nelle società non quotate</i>	2001
STELLA RICHTER jr Mario, <i>Note sulla clausola compromissoria statutaria</i>	1999
SWENSSON JOPERT Luana F., <i>The new "single-member limited liability enterprise" in the brazilian legal system: creditor protection in a comparative perspective</i>	2025
TORINO Raffaele, <i>La Société par Actions Simplifiée venti anni dopo. Semplificazione dei modelli societari e libertà contrattuale in Francia e in Italia (con particolare riferimento alla s.r.l.)</i>	2053
TRAISCI Francesco Paolo, <i>Clausole di continuazione societaria e diritto concessorio</i>	2077

VENTURA Livia, <i>Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative</i>	2091
WALD Arnoldo, <i>La liberté et la régulation en droit des sociétés</i>	2123

DIRITTO INDUSTRIALE, DEI MERCATI E DELLA CONCORRENZA

AMODIO Claudia, <i>Qui contrôle les contrôleurs? Regards croisés sur le droit italien et le droit français en matière de pouvoir d'inspection des Autorités de concurrence</i>	2135
BIAMONTI Luigi, <i>Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust</i>	2155
CLARIZIA Renato, <i>Il rispetto delle regole e la dignità della persona nell'attuale contesto socio finanziario</i>	2167
D'ANTONIO Virgilio, <i>Logiche e principi ispiratori dei programmi di clemenza in diritto antitrust?</i>	2179
ENRIQUES Luca - GARGANTINI Matteo, <i>Form and Function in Doing Business Rankings: Is Investor Protection in Italy Still So Bad?</i>	2225
FOSCHINI Marcello, <i>Alcune meditazioni sulla rilevanza nel mercato dell'impresa finanziaria di investimento e sulla costante evoluzione del diritto dei mercati finanziari</i>	2257
FRANCESCHELLI Vincenzo, <i>L'esaurimento dei diritti di proprietà industriale e il caso Oracle</i>	2269
FUSARO Andrea, <i>La pubblicità degli avvocati. Linee di un'analisi comparata</i>	2283
GUACCERO Andrea, <i>I comportamenti irrazionali nelle offerte pubbliche e le risposte del diritto positivo</i>	2311
LENER Raffaele, <i>The «alternative funds» under Italian law</i>	2321
LIBERTINI Mario, <i>Concorrenza e coesione sociale</i>	2343
MARASÀ Giorgio, <i>La pubblicità dei contratti di rete</i>	2367
PALMIERI Filippo, <i>La Legal Profession e l'«affondo» del legislatore inglese: l'avvento delle Alternative Business Structures</i>	2381
PINELLI Cesare, <i>Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa</i>	2411
SANINO Mario, <i>L'approdo della esperienza delle Autorità Indipendenti a venti anni dalla loro istituzione</i>	2425
SILVESTRO Paolo, <i>Il tempo di un'impresa</i>	2489
SOMMA Alessandro, <i>Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali</i>	2497
SPOLIDORO Marco Saverio, <i>Reti di imprese e diritti di proprietà industriale</i>	2519
TIMOTEO Marina, <i>La riforma della legge cinese sui marchi. Un nuovo contesto per i «China Well-known Trademarks»</i>	2539
UBERTAZZI Luigi Carlo, <i>Marchi difensivi e diritto UE</i>	2555

DIRITTO CONCORSUALE

BENINCASA Domenico, <i>Crisi dei gruppi transfrontalieri e regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza. Prassi, giurisprudenza e progetti di riforma per consentire una complicata convivenza tra fenomeni economici e soluzioni giuridiche</i>	2565
GIORGIANNI Francesco, <i>Riflessioni in tema di fallimento dell'“affidatario” e di “credito” della società operativa “subentrata” nell'esecuzione unitaria dei lavori pubblici appaltati ad un raggruppamento temporaneo di imprese</i>	2583
INZITARI Bruno, <i>Interessi postfallimentari ed endofallimentari: responsabilità del debitore, imputazione dei pagamenti ricevuti dai creditori concorsuali</i>	2599
SANTORO Vittorio, <i>Prevenzione e “risoluzione” della crisi delle banche</i>	2611
TAMPONI Michele, <i>La composizione della crisi da sovraindebitamento</i>	2625
TERRANOVA Giuseppe, <i>Enti ecclesiastici e procedure concorsuali</i>	2637

MASSIMO COCCIA

LA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE FEDERALE SVIZZERO
SULLA IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEI LODI ARBITRALI
INTERNAZIONALI DEL TAS

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Oggetto dell'analisi. – 2.1. La impugnazione dei lodi internazionali del TAS. – 2.2. La revisione dei lodi internazionali del TAS. – 2.3. Recente messa in discussione del ruolo del Tribunale federale rispetto alle controversie sportive internazionali. – 3. Considerazioni preliminari sulla impugnazione per nullità dei lodi internazionali del TAS. – 3.1. L'accordo di rinuncia all'impugnazione per nullità dei lodi TAS. – 3.2. Impugnabilità dei soli lodi arbitrali che definiscono una o più questioni controverse. – 3.3. Le cause di nullità e il limitato ambito di riesame del Tribunale federale. – 4. Nomina o costituzione irregolare del tribunale arbitrale. – 4.1. L'indipendenza del TAS rispetto alle istituzioni sportive. – 4.2. Il difetto di indipendenza e imparzialità degli arbitri. – 4.3. Il sistema della cosiddetta «lista chiusa» di arbitri. – 4.4. L'applicazione delle Linee guida IBA sui conflitti di interesse. – 4.5. Standard di indipendenza e imparzialità per gli arbitri nominati dalle parti. – 4.6. Rilevanza dei rapporti di amicizia o della comune appartenenza a un'associazione. – 4.7. Nomine plurime di uno stesso arbitro. – 5. Erronea decisione degli arbitri sulla propria competenza. – 5.1. Competenza o ammissibilità? – 5.2. Convenzione di arbitrato *per relationem*. – 5.3. Clausole compromissorie patologiche. – 6. Lodo arbitrale *ultra, extra o infra petita*. – 6.1. Statuizione *ultra petita* o *extra petita*. – 6.2. Statuizione *infra petita*. – 7. Violazione del principio del giusto processo. – 7.1. Diritto alla parità di trattamento. – 7.2. Diritto di essere ascoltati in contraddittorio. – 7.2.1. Diritto di presentare prove e argomenti. – 7.2.2. Mancata considerazione di prove o argomenti rilevanti. – 7.2.3. Motivi imprevedibili che prendono le parti di sorpresa. – 7.2.4. Cosa non è garantito dal diritto di essere ascoltati. – 8. Violazione dell'ordine pubblico. – 8.1. Ordine pubblico procedurale. – 8.2. Ordine pubblico sostanziale. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il Tribunale Arbitrale dello Sport («TAS» o «CAS»)¹ è una istituzione arbitrale internazionale che, pur amministrando unicamente arbitrati relativi a controversie insorte nell'ambito del settore sportivo, ha gradualmente acquisito una posizione di notevole rilievo nel panorama generale

¹ L'acronimo «TAS» corrisponde alla denominazione ufficiale francese *Tribunal Arbitral du Sport* mentre «CAS» corrisponde alla denominazione ufficiale inglese *Court of Arbitration for Sport*; in questo lavoro verrà usato soprattutto l'acronimo francese, ma quello inglese verrà rinvenuto in diverse citazioni.

dell'arbitrato internazionale². Ciò è avvenuto sia per i ragguardevoli interessi economici e mediatici legati allo sport di alto livello sia per i particolari problemi giuridici inerenti al complesso assetto del settore sportivo, organizzato autonomamente e transnazionalmente con proprie istituzioni e regole³.

Il TAS, talora caratterizzato come una sorta di corte suprema dello sport mondiale⁴, opera sotto l'egida della fondazione svizzera denominata Consiglio internazionale dell'arbitrato in materia di sport o «CIAS»⁵, amministrando un sistema di giustizia arbitrale che, per un verso, non è così dissimile dai meccanismi tipici dell'arbitrato commerciale internazionale e, per altro verso, ha caratteristiche peculiari derivanti dalla specificità del

² Il crescente rilievo del TAS tra le istituzioni arbitrali internazionali è stato già da tempo segnalato da P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 127. La letteratura sul TAS è molto ampia; sia permesso perciò di rinviare unicamente ai seguenti lavori in lingua italiana e alle bibliografie ivi contenute: L. FUMAGALLI, *L'arbitrato e lo sport. La giustizia sportiva*, in M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il Diritto dell'arbitrato*, vol. II, 6^a ed., Padova, 2010, 1603-1627; A. RIGOZZI, *Arbitrati e Tribunale internazionale sportivo*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione* (opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO), Bologna, 2009, 1123-1162; V. Vigoriti, *Il «Tribunal Arbitral du Sport»: struttura, funzioni, esperienze*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, 425-435. Tra i contributi in lingua inglese si veda da ultimo, anche per riferimenti bibliografici, A. RIGOZZI, E. HASLER, M. NOTH, *Introduction to the CAS Code and Commentary on the CAS Procedural Rules*, in M. ARROYO (ed.), *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide*, The Hague, 2013, 885-894 and 909-1083; sia consentito rinviare anche a M. COCCIA, *International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport*, in M. COLUCCI, K. JONES (eds.), *International and Comparative Sports Justice*, in *The European Sports Law and Policy Bulletin*, Issue 1-2013, Sports Law and Policy Center, Bracciano, 2013, 23-76.

³ Come è noto, la scienza giuridica italiana ha sempre citato lo sport come esempio di settore dove i gruppi sociali si auto-organizzano e determinano la esistenza di veri e propri ordinamenti giuridici originari. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, 1381 ss. (ristampato in *Rivista di diritto sportivo*, 1969, 359 ss.); M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1949, 10 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, 671 ss. Più recentemente, nella diversa prospettiva di un diritto amministrativo globale, cfr. L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

⁴ Così lo ha descritto il Tribunale federale svizzero con formula più sociologica che tecnico-giuridica, richiamando una espressione utilizzata dal noto dirigente sportivo Juan Antonio Samaranch; sentenza 4P.267/2002 del 27 maggio 2003, ATF 129 III 445, *Lazutina-Danilova*, par. 3.3.3.3: «Véritable “Cour suprême du sport mondial”, selon l'expression utilisée par Juan Antonio Samaranch, ex-Président du CIO [...]».

⁵ Il CIAS è composto da 20 membri, i quali devono essere giuristi di alto livello – per menzionare qualche specialista dell'arbitrato internazionale, ne hanno ad esempio fatto parte Robert Briner e Gabrielle Kaufmann-Kohler – e hanno un mandato quadriennale rinnovabile. Per maggiori dettagli sul CIAS si vedano L. FUMAGALLI, *L'arbitrato e lo sport. La giustizia sportiva*, cit., 1606 s.; A. RIGOZZI, *Arbitrati e Tribunale internazionale sportivo*, cit., 1126 ss.

fenomeno sportivo⁶. In particolare, nel regolamento arbitrale del TAS, denominato Codice dell'arbitrato in materia di sport (in seguito «Codice TAS»), sono disciplinati due diversi tipi di procedimenti arbitrali, quello «ordinario» e quello di «appello»⁷. Mentre l'arbitrato TAS ordinario è molto simile ai normali arbitrati commerciali, essendo basato su clausole compromissorie inserite in contratti stipulati dalle parti ed essendo volto per lo più a risolvere controversie di carattere patrimoniale, l'arbitrato TAS di appello tende a differenziarsi dall'arbitrato commerciale per essere basato su clausole compromissorie inserite in statuti o regolamenti di istituzioni sportive (quali comitati olimpici, federazioni e leghe, nazionali e internazionali) e per essere volto a riesaminare le decisioni – sovente di tipo disciplinare – emesse da organi di tali istituzioni al termine di procedimenti endoassociativi nei confronti di persone fisiche o giuridiche obbligate a sottostarvi sulla base di un vincolo associativo. Per non parlare poi dell'arbitrato TAS cosiddetto «olimpico», che è ancora più peculiare di quello di appello per essere caratterizzato dal contesto temporale e materiale dei Giochi Olimpici e da una inusitata celerità procedimentale (il lodo va normalmente pronunciato entro ventiquattro ore dall'atto introduttivo dell'arbitrato)⁸.

Si possono poi menzionare, quali esempi di elementi distintivi dell'arbitrato TAS generalmente non presenti nell'arbitrato commerciale internazionale, la «lista chiusa» da cui vanno obbligatoriamente tratti gli arbitri nominati in ciascun procedimento arbitrale⁹ e la formazione ad opera degli arbitri del TAS di una vera e propria giurisprudenza basata sul rispetto del precedente¹⁰ (con il conseguente effetto nomofilattico di tale giurisprudenza presso gli organi di giustizia sportiva contemplati dagli sta-

⁶ La «specificità» («specific nature» nella versione inglese) dello sport è significativamente riconosciuta dall'art. 165 par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁷ Gli articoli da R27 a R37 e da R63 a R70 del Codice TAS si applicano ad entrambe le procedure arbitrali, mentre gli articoli da R38 a R46 e da R47 a R59 si applicano rispettivamente alla sola procedura ordinaria o alla sola procedura di appello; inoltre, alcune delle regole relative alla procedura ordinaria si applicano anche alla procedura di appello grazie ad alcune norme di rinvio. Sulla differenza tra i diversi tipi di procedimenti arbitrali TAS si vedano L. FUMAGALLI, *L'arbitrato e lo sport. La giustizia sportiva*, cit., 1612 ss.; M. COCCIA, *International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport*, cit., 31 ss.

⁸ L'arbitrato olimpico è basato su un regolamento arbitrale ad hoc (le «CAS Arbitration Rules For The Olympic Games») ed è amministrato da una Camera *ad hoc* olimpica del TAS. Si veda G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitration at the Olympics. Issues of Fast-Track Dispute Resolution and Sports Law*, L'Aia, 2001.

⁹ La lista comprende attualmente circa 350 arbitri, i quali vengono scelti dal CIAS, con nomina quadriennale rinnovabile, tra «personalities with appropriate legal training, recognized competence with regard to sports law and/or international arbitration, a good knowledge of sport in general and a good command of at least one CAS working language» (art. S14 del Codice dell'arbitrato in materia di sport o «Codice TAS»).

¹⁰ Si veda G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, 2007, 365 ss.

tuti e regolamenti delle tante organizzazioni sportive nazionali e internazionali¹¹).

Un altro degli aspetti peculiari del TAS consiste nella circostanza che il Codice TAS prevede che tutti gli arbitrati da esso amministrati debbano avere sede in Losanna, e dunque in Svizzera¹². Una ipotetica convenzione di arbitrato che scelga il TAS come istituzione arbitrale competente ma che indichi una diversa sede per l'arbitrato resterebbe inefficace, giacché il TAS non potrebbe accettare di amministrare un siffatto arbitrato in contrasto con una norma fondamentale del proprio regolamento arbitrale. Ovviamente, visto che la nozione di «sede» di un arbitrato è da considerarsi essenzialmente una *fictio iuris*¹³, la localizzazione giuridica in Losanna non impedisce che, in punto di fatto, le attività processuali (in particolare le udienze e le riunioni degli arbitri) possano svolgersi altrove¹⁴.

Una importante conseguenza della obbligatoria sede in Losanna di tutti gli arbitrati TAS è la circostanza che i lodi emessi da organi arbitrali del TAS sono lodi «svizzeri» ai sensi dell'ordinamento elvetico e, in quanto tali, possono essere oggetto di impugnazione per nullità dinanzi alle corti svizzere e, segnatamente, dinanzi alla suprema corte svizzera, il «Tribunale federale»¹⁵.

L'accentramento in un solo organo giurisdizionale statale della funzione di controllo della legittimità di tutte le sentenze rese dagli arbitri del TAS è un aspetto degno di nota, che ha determinato lo sviluppo di una

¹¹ Sulla distinzione tra l'arbitrato in materia sportiva e la giustizia sportiva interna alle organizzazioni sportive, si veda L. FUMAGALLI, *L'arbitrato e lo sport. La giustizia sportiva*, cit., 1598 s., nonché, dello stesso Autore, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1999, 245 ss; sulla funzione nomofilattica del TAS sia consentito rinviare a M. COCCIA, *La giurisprudenza del TAS in materia di doping*, in J. TOGNON (a cura di), *Diritto comunitario dello sport*, Torino, 2009, 242 ss.

¹² La prima frase dell'art. R28 del Codice TAS così recita: «The seat of CAS and of each Arbitration Panel ("Panel") is Lausanne, Switzerland».

¹³ Si veda il Titolo IV (ad opera di A. GARDELLA) della Parte II di M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 686, dove viene correttamente sottolineato che «la sede dell'arbitrato è considerata dalla dottrina maggioritaria una *finzione giuridica*, avente unicamente conseguenze sul piano del diritto» (enfasi nell'originale). Con riferimento alla Svizzera, cfr. C. PONCET, *When is a "Swiss" "Award" appealable?*, in *The Paris Journal of International Arbitration*, 2012, n. 1, 135-155.

¹⁴ In effetti, la seconda frase dell'art. R28 del Codice TAS prevede (pleonasticamente) che, dopo aver consultato le parti, il presidente del collegio arbitrale (o l'arbitro unico) possa decider di tenere una udienza altrove: «should circumstances so warrant, and after consultation with all parties, the President of the Panel may decide to hold a hearing in another place and may issue the appropriate directions related to such hearing».

¹⁵ Tutta la giurisprudenza del Tribunale federale citata in questo articolo può essere reperita in lingua originale nel sito dello stesso Tribunale www.bger.ch nonché, con traduzione in inglese e brevi commenti, nell'utilissimo sito curato da Charles Poncet www.swissarbitrationdecisions.com.

specifica giurisprudenza del Tribunale federale in materia di «arbitrati sportivi», con alcuni aspetti che la caratterizzano rispetto alla generale giurisprudenza del Tribunale federale relativa ai ricorsi contro i lodi arbitrali commerciali. Il Tribunale federale ha in effetti rappresentato in più di una occasione l'arbitrato sportivo, segnatamente l'arbitrato TAS di appello, come un «arbitrato atipico», diverso da quello commerciale. Il Tribunale federale definisce l'arbitrato commerciale internazionale quale «arbitrage typique ou usuel, qui prend sa source dans une relation contractuelle et se caractérise par l'existence d'une clause arbitrale»¹⁶ ed è volto a risolvere controversie «lesquels opposent deux ou plusieurs parties qui chargent la juridiction arbitrale désignée par elles de liquider leur différend en tant qu'instance unique»¹⁷, contrapponendolo allo «arbitrage atypique, tel l'arbitrage sportif, et qu'il envisage en particulier l'hypothèse dans laquelle la compétence du tribunal arbitral résulte du renvoi aux statuts d'une fédération sportive prévoyant une procédure d'arbitrage pour régler les litiges de nature disciplinaire»¹⁸, nonché sottolineando le «particularités inhérentes à l'arbitrage en matière de sport, singulièrement à la mise en oeuvre du TAS par la voie d'un appel visant une décision prise par une fédération sportive»¹⁹.

Ciò che precede giustifica ampiamente, da un punto di vista scientifico, uno studio dedicato specificamente alla giurisprudenza del Tribunale federale svizzero sulla impugnativa per nullità dei lodi arbitrali TAS²⁰ anche se, evidentemente, una buona parte dell'analisi giurisprudenziale qui esposta sarà pienamente traslabile alla impugnazione dei lodi emessi nell'ambito di normali arbitrati commerciali internazionali con sede in Svizzera.

2. Oggetto dell'analisi

2.1. La impugnazione dei lodi internazionali del TAS

Il presente lavoro ha dunque per oggetto la giurisprudenza del Tribunale federale sulla impugnazione per nullità dei lodi arbitrali emessi all'esito di arbitrati amministrati dal TAS, occupandosi in particolare delle

¹⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizotti*, par. 4.3.1.

¹⁷ Tribunale federale, sentenza 4A_6/2014 del 28 agosto 2014, *Birmingham City FC*, par. 2.2.1.

¹⁸ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizotti*, par. 4.3.1.

¹⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_6/2014 del 28 agosto 2014, *Birmingham City FC*, par. 2.2.1 (citazioni omesse).

²⁰ Molti lodi arbitrali del TAS possono essere reperiti nel sito *www.tas-cas.org*; gli altri lodi TAS citati in questo lavoro che non siano eventualmente reperibili in tale sito sono presenti nell'archivio dell'autore.

cause di nullità dei lodi cosiddetti «internazionali» del TAS²¹. L'ordinamento elvetico distingue infatti gli arbitrati con sede in Svizzera tra «interni» e «internazionali», a seconda del domicilio o della residenza delle parti dell'arbitrato.

Ai sensi della legge svizzera, un arbitrato (e dunque un lodo) è considerato «interno» quando tutte le parti in causa sono domiciliate o hanno la residenza abituale in Svizzera. Di converso, un arbitrato con sede in Svizzera è considerato «internazionale», ed è dunque sottoposto alla disciplina dettata dal Capitolo 12 della Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (la «LDIP»), allorché almeno una delle parti dell'arbitrato, al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato, difetti del domicilio o della residenza abituale in Svizzera (art. 176 comma 1 LDIP)²².

L'interesse dell'analisi rivolta specificamente alla giurisprudenza sui casi di nullità dei lodi internazionali TAS, nel senso sopra indicato, scaturisce dal fatto che nell'ambito del TAS gli arbitrati internazionali sono di gran lunga prevalenti rispetto a quelli meramente interni. In effetti, sebbene la gran parte delle organizzazioni sportive internazionali abbia sede in Svizzera, nella prassi del TAS non sono stati molti gli arbitrati che hanno visto coinvolte solo parti residenti o domiciliate in Svizzera e ancor meno, tra di essi, i casi di una certa importanza giuridica o mediatica²³.

Va peraltro notato che il Tribunale federale ha competenza sulla impugnazione per nullità tanto dei lodi emessi nell'ambito di un arbitrato svizzero internazionale quanto di quelli emessi nel contesto di un arbitrato svizzero interno. I primi sono impugnabili davanti al Tribunale federale ai sensi dell'art. 191 LDIP²⁴, mentre i secondi lo sono ai sensi dell'art. 389 del Codice federale svizzero di procedura civile del 19 dicembre 2008, entrato in vigore il 1° gennaio 2011 (il «cod. proc. civ. svizzero»)²⁵, salvo che le parti dell'arbitrato abbiano concordato espressamente che il lodo vada impugnato dinanzi a una corte cantonale (art. 390 cod. proc. civ. svizzero).

²¹ Cfr. A. RIGOZZI, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, vol. 1, n. 1, 217-265; D. AKIKOL, *Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Tribunal*, in C. MÜLLER, A. RIGOZZI (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Zurigo, 2011, 119-175.

²² L'art. 176 comma 1 LDIP così recita, nella versione ufficiale italiana: «Le disposizioni del presente capitolo si applicano ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera sempreché, al momento della stipulazione del patto di arbitrato, almeno una parte non fosse domiciliata né dimorasse abitualmente in Svizzera».

²³ Uno dei rari arbitrati TAS meramente «interni» di notevole rilievo è stato il caso CAS 2011/O/2574 UEFA v. *Olympique des Alpes SA/FC Sion*.

²⁴ L'art. 191 LDIP così recita: «L'unica autorità di ricorso è il Tribunale federale. La procedura è retta dall'articolo 77 della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale».

²⁵ L'art. 389 cod. proc. civ. svizzero così stabilisce: «1 Il lodo è impugnabile mediante ricorso al Tribunale federale. 2 La procedura è retta dalle disposizioni della legge del 17 giugno 2005⁸¹ sul Tribunale federale, salvo che il presente capitolo disponga altrimenti».

Di conseguenza, il Tribunale federale svizzero non è solo la corte statale avente giurisdizione primaria a conoscere le impugnazioni di nullità dei lodi *internazionali* emessi nel contesto di arbitrati TAS²⁶, ma può essere anche qualificata come la corte che esercita una giurisdizione di controllo su *tutti* i lodi TAS, dunque la vera ultima istanza giudiziaria dello sport mondiale²⁷.

2.2. La revisione dei lodi internazionali del TAS

Va poi segnalato incidentalmente che la impugnazione per nullità dei lodi internazionali del TAS – oggetto del presente contributo – non è l'unica possibilità offerta alle parti dall'ordinamento svizzero per rimettere in discussione l'esito di un arbitrato internazionale con sede in Svizzera. Il Tribunale federale, in effetti, colmando una lacuna della LDIP, ha ammesso per via pretoria la possibilità della cosiddetta «revisione» dei lodi internazionali²⁸.

Si tratta di un mezzo d'impugnazione straordinario, paragonabile alla «revocazione» nell'ordinamento italiano, il quale consente eccezionalmente di agire dinanzi alla suprema corte elvetica per porre nel nulla un lodo arbitrale quando questo non sia più impugnabile²⁹. In particolare, chi domanda la revisione di un lodo internazionale può invocare in via analogica le ipotesi previste dall'art. 123 della Legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 («LTF») per la revisione delle sentenze del Tribunale federale

²⁶ Cfr. W.M. REISMAN, B. RICHARDSON, *Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*, in A.J. VAN DEN BERG (Ed.), *Arbitration - The Next Fifty Years*, ICCA congress series n. 16, Alphen aan den Rijn, 2012, 17-65, secondo i quali i tribunali di uno Stato in cui vi è la sede di arbitrato hanno il diritto e il dovere di esercitare una «giurisdizione primaria» su tutti i lodi arbitrali emessi nell'ambito di arbitrati internazionali che si svolgono nel loro territorio, anche se vi sono anche altre posizioni dottrinali al riguardo; cfr. il contributo di L. RADICATI DI BROZOLO citato *infra* nella nota 38, 74-102, in particolare a 84.

²⁷ Anche se, in ultima analisi, tale ruolo potrebbe essere raccolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, stante il fatto che alcuni atleti (la cui impugnazione di un lodo TAS sfavorevole è stata rigettata dal Tribunale federale) hanno agito davanti ad essa contro lo Stato svizzero lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo da parte del Tribunale federale (e dunque da parte della Confederazione elvetica) per non aver annullato il lodo TAS adottato in pretesa violazione di loro diritti fondamentali; si vedano i ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo n. 40575/10 del 13 luglio 2010, *Mutu c. Svizzera*, e n. 67474/10 dell'11 Novembre 2010, *Pechstein c. Svizzera*, entrambi pendenti, in *www.echr.coe.int*.

²⁸ Tribunale federale, sentenza 11 marzo 1992, ATF 118 II 199.

²⁹ Sul tema si possono vedere C. PONCET, *Obtaining Revision of "Swiss" International Arbitral Awards: Whence After Thalès?*, in *Stockholm International Arbitration Review*, 2009, n. 2, 39-53; A. RIGOZZI, M. SCHÖLL, *Die Revision von Schiedssprüchen nach dem 12. Kapitel des IPRG*, Basilea, 2002; A. RIGOZZI, *Arbitrati e Tribunale internazionale sportivo*, cit., 1161 s.; V.E. LEIMBACHER, A. RIGOZZI, *The Swiss Supreme Court Refits the Frigates*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 27, n. 3, giugno 2010, 307-316.

stesso, e cioè (i) se sull'esito dell'arbitrato abbia influito «un crimine o un delitto a pregiudizio dell'istante» (ad esempio, un caso di corruzione), o (ii) se dopo la pronuncia del lodo si siano conosciuti «fatti rilevanti» o «mezzi di prova decisivi» già esistenti ma che non si siano potuti addurre nel procedimento arbitrale.

L'azione di revisione è esperibile anche molto tempo dopo la pronuncia del lodo arbitrale ma, in ogni caso, deve essere proposta entro novanta giorni dalla scoperta delle circostanze giustificabili la revisione³⁰. Il Tribunale federale si occupa unicamente della fase rescindente in quanto, nell'ipotesi di accoglimento della domanda di revisione, ai fini della fase rescissoria il caso viene rimesso agli stessi arbitri ovvero, ove ciò non sia possibile, ad un tribunale arbitrale costituito *ex novo*.

La giurisprudenza del Tribunale federale in tema di revisione non rientra nell'oggetto del presente articolo ma, in ogni caso, si tratta di un mezzo di impugnazione straordinaria che è stato raramente usato nei confronti dei lodi TAS e nei confronti del quale il Tribunale federale mantiene un atteggiamento molto restrittivo.

In particolare, in sede di giudizio di revisione il Tribunale federale, da un lato, non permette che si adducano fatti o mezzi di prova venuti ad esistenza dopo la fine dell'arbitrato e, dall'altro, ammette quelli già esistenti durante l'arbitrato (ma ovviamente non conosciuti) solo se la parte ricorrente, pur esercitando la debita diligenza, non avrebbe potuto scovarli e solo se la loro considerazione da parte degli arbitri avrebbe potuto determinare un esito diverso dell'arbitrato.

In particolare, in sede di giudizio di revisione il Tribunale federale, da un lato, non permette che si adducano fatti o mezzi di prova venuti ad esistenza dopo la fine dell'arbitrato e, dall'altro, ammette quelli già esistenti durante l'arbitrato (ma ovviamente non conosciuti) solo se la parte ricorrente, pur esercitando la debita diligenza, non avrebbe potuto scovarli e solo se la loro considerazione da parte degli arbitri avrebbe potuto determinare un esito diverso dell'arbitrato³¹.

³⁰ Si veda Tribunale federale, sentenza 4A_222/2011 del 22 agosto 2011, che ha rigettato una domanda di revisione avverso un lodo TAS per tardività, applicando analogicamente il termine di 90 giorni previsto dall'art. 124 comma 1(d) LTF.

³¹ Si veda Tribunale federale, sentenza 4A_528/2007 del 4 aprile 2008, *Ittibad c. Vitória*, par. 2.5.1: «kann die Revision verlangt werden, wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie in früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss von Tatsachen und Beweismitteln, die erst nach dem Entscheid entstanden sind. Die neuen Tatsachen müssen erheblich sein, das heisst sie müssen geeignet sein, die tatsächliche Grundlage des angefochtenen Urteils zu verändern, so dass sie bei zutreffender rechtlicher Würdigung zu einer anderen Entscheidung führen können»; Tribunale federale, sentenza 4A_144/2010 del 28 settembre 2010, *Pechstein c. ISU*, par. 2.3: «Entsprechend hat der Gesuchsteller im Revisionsgesuch darzutun, dass er die Beweismittel im früheren Verfahren trotz hinreichender Sorgfalt nicht beibringen konnte».

2.3. *Recente messa in discussione del ruolo del Tribunale federale rispetto alle controversie sportive internazionali*

Il sopra citato ruolo del Tribunale federale svizzero quale ultima istanza giudiziaria dello sport mondiale è stato, a ben vedere, recentemente messo in discussione sotto due profili.

Da un lato, alcuni atleti risultati soccombenti sia in sede arbitrale TAS sia di fronte al Tribunale federale hanno agito (dando prova di grande resilienza in campo giudiziario oltre che atletico) contro lo Stato svizzero dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo³². Tali atleti hanno lamentato la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³³ da parte del Tribunale federale (e dunque da parte della Confederazione elvetica) per non aver annullato lodi TAS pronunciati in pretesa violazione di loro diritti procedurali fondamentali. Evidentemente, l'eventuale accoglimento di tali ricorsi comporterà il necessario adeguamento della giurisprudenza del Tribunale federale a quanto statuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dall'altro lato, sia un'atleta tedesca sanzionata per doping dalla federazione internazionale di pattinaggio su ghiaccio (ISU) sia un club calcistico tedesco condannato dalla federazione internazionale di calcio (FIFA) a pagare una indennità di formazione a un club argentino, entrambi soccombenti nei rispettivi arbitrati TAS, hanno recentemente ottenuto dall'Alta corte regionale di Monaco di Baviera e dall'Alta corte regionale anseatica di Brema – ai sensi dell'art. V comma 2(b) della Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere («Convenzione di New York del 1958») – il diniego del riconoscimento in Germania dei rispettivi lodi TAS per violazione di norme dell'Unione europea considerate parti integranti dell'ordine pubblico tedesco.

Al fine di rilevare la violazione dell'ordine pubblico, la Corte di Monaco di Baviera ha statuito che l'ISU avrebbe perpetrato un abuso di posizione dominante consistente nell'imporre all'atleta la clausola compromissoria in favore di un'istituzione arbitrale quale il TAS, che a suo dire non presenterebbe sufficienti garanzie di indipendenza e di eguale trattamento degli atleti rispetto alle organizzazioni sportive internazionali (tralasciando di considerare che le organizzazioni sportive che perseguono le infrazioni alle

³² Si vedano i ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo n. 40575/10 del 13 luglio 2010, *Mutu c. Svizzera*, e n. 67474/10 dell'11 Novembre 2010, *Pechstein c. Svizzera*, entrambi pendenti, in www.echr.coe.int.

³³ Oberlandesgericht München, sentenza del 15 gennaio 2015, Az. U 1110/14 Kart, *Pechstein c. ISU*, in <https://openjur.de/u/756385.html>; Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, sentenza del 30 dicembre 2014, 2 U 67/14, *SV Wilhelmsbaven e.V. c. Norddeutscher Fußball-Verband e.V.*, in <http://www.oberlandesgericht.bremen.de/sixcms/media.php/13/2-U-14-067%20anonym.pdf>.

norme sul doping tutelano anche gli interessi degli atleti che gareggiano senza assumere sostanze dopanti), mentre la Corte di Brema ha sancito la contrarietà alle norme dell'Unione europea sulla libera circolazione dei lavoratori delle regole FIFA sui trasferimenti internazionali dei calciatori (non dando peso al fatto che quelle regole sono frutto di un accordo del marzo 2001 tra la FIFA e la Commissione europea con cui si è chiuso un procedimento di infrazione).

È evidente che queste iniziative giudiziarie tendono a inibire o eludere la giurisprudenza della suprema corte elvetica, ritenuta, a torto o a ragione, troppo deferente rispetto al TAS e ai suoi lodi arbitrali. Allo stato è prematuro dire se questi casi indurranno, o addirittura costringeranno, il Tribunale federale a modificare il suo atteggiamento nei confronti dei lodi del TAS, anche perché i due casi portati all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo sono tuttora pendenti, mentre le due sentenze tedesche non sono definitive per essere state appellate alla Corte federale di giustizia (*Bundesgerichtshof*).

3. Considerazioni preliminari sulla impugnazione per nullità dei lodi internazionali del TAS

Sotto il profilo del diritto processuale elvetico, l'impugnazione per nullità avverso un lodo arbitrale internazionale assume la forma di «ricorso in materia civile», il quale è sottoposto (oltre che alla LDIP) alla disciplina legislativa contenuta nella già citata LTF. Ai sensi dell'art. 100 comma 1 LTF, l'impugnazione per nullità si propone nel termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo completo delle motivazioni, nella sua versione cartacea originale sottoscritta dagli arbitri.

La anticipazione immediata della sentenza arbitrale alle parti per fax, abituale nella prassi del TAS (e spesso necessaria per la esigenza di grande celerità che caratterizza il settore sportivo, dove il calendario delle competizioni incombe e dove le decisioni degli organi arbitrali del TAS sono spesso determinanti per la partecipazione alle gare di atleti o squadre), non fa dunque decorrere il detto termine di impugnazione³⁴.

³⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_392/2010 del 12 gennaio 2011, *FC Sion*, par. 2.3: «la notification par fax d'une sentence du TAS en matière d'arbitrage international ne fait pas courir le délai de l'art. 100 al. 1 LTF: d'une part, la signature manuscrite ne saurait être remplacée par la signature de l'original de l'acte dont une copie est faxée aux destinataires de la sentence; d'autre part, le fax n'est généralement pas un moyen permettant la preuve de la notification» (citazioni omesse).

3.1. L'accordo di rinuncia all'impugnazione per nullità dei lodi TAS

In linea di principio, ai sensi dell'art. 192 comma 1 LDIP, le parti di una convenzione di arbitrato (purché non residenti, domiciliate o dimoranti in Svizzera) possono, con dichiarazione espressa nella convenzione di arbitrato o in un successivo accordo scritto, concordare di rinunciare totalmente o parzialmente al loro diritto di impugnare per nullità il lodo arbitrale³⁵.

Tuttavia, nella sentenza *Cañas* del 22 marzo 2007, il Tribunale federale ha opportunamente precisato che un simile «accordo di rinuncia all'impugnazione», se inserito nei regolamenti di un'organizzazione sportiva, non è utilizzabile in relazione alle cosiddette «controversie verticali» – vale a dire, le controversie tra le organizzazioni sportive e i soggetti con esse tesserati o affiliati, quali in particolare gli atleti – dato che, a giudizio del Tribunale federale, il consenso dell'atleta a rinunciare ad ogni forma d'impugnazione avverso un futuro lodo TAS, non sarebbe prestato sulla base di una scelta del tutto libera (visto che per gareggiare si devono inevitabilmente accettare tutte le regole adottate, anche *per relationem*, dalla pertinente organizzazione sportiva)³⁶.

Come ha riconosciuto lo stesso Tribunale federale, questa posizione potrebbe sembrare *prime facie* illogica³⁷, se si considera che il Tribunale federale ha in diverse occasioni statuito che una clausola compromissoria in favore del TAS contenuta in un regolamento sportivo è perfettamente legittima anche nei confronti degli atleti, i quali devono necessariamente aderirvi se intendono gareggiare ad alto livello (e dunque senza alcuna vera possibilità di scelta)³⁸. Tuttavia, il Tribunale federale ha precisato che tale differenziazione è logica in quanto consente la soluzione rapida e specializzata delle controversie in materia sportiva da parte di una istituzione arbitrale sufficientemente indipendente ed imparziale, quale il TAS, sotto il controllo della competente corte suprema statale: «en dépit des apparences, ce traitement différencié obéit à une logique qui consiste, d'une part, à favoriser la liquidation rapide des litiges, notamment en matière de sport, par des tribunaux arbitraux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tout en veillant, d'autre part, à ce

³⁵ Art. 192 comma 1 LDIP: «Qualora non abbiano il domicilio, la dimora abituale o una stabile organizzazione in Svizzera le parti possono, con dichiarazione espressa nel patto di arbitrato o in un successivo accordo scritto, escludere completamente l'impugnabilità delle decisioni arbitrali; possono anche escludere soltanto alcune delle impugnative previste nell'articolo 190 capoverso 2».

³⁶ Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007, *Cañas*, par. 4.3.2.2.

³⁷ *Ibidem*, par. 4.3.2.3: «Qu'il y ait un certain illogisme, en théorie, à traiter de manière différente la convention d'arbitrage et la renonciation conventionnelle au recours, sous les rapports de la forme et du consentement, est sans doute vrai».

³⁸ Si veda anche *infra* al punto 5.2.

que les parties, et singulièrement les sportifs professionnels, ne renoncent pas à la légère à leur droit d'attaquer les sentences de la dernière instance arbitrale devant l'autorité judiciaire suprême de l'Etat du siège du tribunal arbitral. Exprimée d'une autre façon, cette logique veut que le maintien d'une possibilité de recours constitue un contrepoids à la "bienveillance" avec laquelle il convient d'examiner le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive»³⁹.

Questa giurisprudenza che non consente alle organizzazioni sportive di escludere per via regolamentare il controllo del Tribunale federale sui lodi TAS è tanto più opportuna se si considera che un'impugnazione per nullità di un lodo TAS proposta davanti a una corte di un altro Stato dovrebbe in linea di principio (anche se non necessariamente) portare a un rigetto per difetto di giurisdizione⁴⁰, come è avvenuto nel caso *Raguz*, in cui una corte australiana – la «Supreme Court of the New South Wales Court of Appeal» – si è dichiarata incompetente a pronunciarsi sulla nullità di un lodo TAS, nonostante tutti gli elementi del procedimento arbitrale (tranne la sede dell'arbitrato) fossero strettamente connessi proprio all'Australia⁴¹.

3.2. *Impugnabilità dei soli lodi arbitrali che definiscono una o più questioni controverse*

Non tutte le decisioni prese dagli arbitri nell'ambito di un procedimento TAS sono qualificabili quali lodi arbitrali ai sensi del diritto svizzero.

³⁹ *Ibidem* (citazioni omesse); tradotto in italiano: «nonostante le apparenze, questo trattamento differenziato è logico in quanto, da un lato, favorisce la rapida definizione delle controversie in materia sportiva da parte di tribunali arbitrali specializzati che offrono sufficienti garanzie d'indipendenza e imparzialità e, d'altro lato, vigila affinché le parti, e in particolare gli atleti professionisti, non rinuncino con leggerezza al loro diritto di impugnare i lodi arbitrali di ultima istanza dinanzi alla suprema autorità giudiziaria dello Stato in cui vi è la sede dell'arbitrato. In altre parole, questa logica si basa sulla preservazione della possibilità di un'impugnazione che costituisca un contrappeso alla "benevolenza" con la quale è opportuno valutare il carattere consensuale del ricorso all'arbitrato in materia di sport».

⁴⁰ Dato che la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere né richiede né impedisce che quel controllo venga esercitato da un determinato Stato, potrebbe accadere che la giurisdizione ad annullare un lodo venga esercitata dalla corte di uno Stato diverso da quello in cui vi è la sede di arbitramento; si veda L. RADICATI DI BROZOLO, *The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's 'Architecture of International Commercial Arbitration'*, in *Arbitration - The Next Fifty Years*, *supra* nota 26, 74-102, a 84, nota 25: «Whist annulment jurisdiction is usually exercised by the seat State, there are instances where courts of a State other than that of the seat entertain setting aside actions in relation to awards purportedly having certain links to that State».

⁴¹ Nel caso *Raguz* le parti, i loro difensori e gli arbitri erano tutti cittadini australiani che risiedevano in Australia, l'udienza si era tenuta a Sidney ed il procedimento era seguito dall'ufficio del TAS di Sydney. Cfr. *Angela Raguz v Rebecca Sullivan & ORS*, [2000] NSWCA 240; la sentenza è stata ristampata in G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitration at the Olympics. Issues of Fast-Track Dispute Resolution and Sports Law*, L'Aia, 2001, 51-78.

Pertanto, una parte che intenda impugnare una decisione emanata nel contesto di un arbitrato TAS dovrebbe prima valutare se quella decisione, indipendentemente dal *nomen juris* attribuitole dagli arbitri, sia un vero e proprio lodo che statuisce in modo definitivo su alcune o su tutte le questioni controverse e se sia dunque suscettibile di essere impugnata dinanzi al Tribunale federale⁴².

In particolare, secondo la terminologia adottata dal Tribunale federale, possono essere impugnati sia i «lodi finali», che chiudono l'arbitrato, sia i «lodi parziali», che decidono definitivamente su una parte delle pretese avanzate o su una porzione di una pretesa, sia i «lodi incidentali», che definiscono una o più questioni preliminari di procedura o di merito: «L'acte attaquant peut être une sentence finale, qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure, une sentence partielle, qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause, voire une sentence préjudicielle ou incidente, qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure»⁴³. La distinzione adottata dal Tribunale federale tra i vari tipi di lodi non è chiarissima e comporta molti dubbi nella pratica, con conseguenze di non lieve momento se si considera che nel sistema svizzero non è possibile riservarsi di impugnare i lodi non definitivi insieme al lodo che mette fine al procedimento arbitrale⁴⁴.

Non sono invece impugnabili davanti al Tribunale federale le mere ordinanze procedurali – definite dal Tribunale federale quali «ordonnance[s] de procédure *stricto sensu*»⁴⁵ – le quali non definiscono una questione controversa, neanche implicitamente (l'ipotesi di una questione definita implicitamente potrebbe essere, ad esempio, quella di un'ordinanza procedurale che, in presenza di un'eccezione d'incompetenza, implicitamente affermi la competenza dell'organo arbitrale⁴⁶).

⁴² Si veda C. PONCET, *When is a "Swiss" "Award" appealable?*, in *The Paris Journal of International Arbitration*, 2012, n. 1, 135-155.

⁴³ Tribunale federale, sentenza 4A_614/2010 del 6 aprile 2011, par. 2.1.

⁴⁴ C. PONCET, *When is a "Swiss" "Award" appealable?*, cit., 144: «The important point to bear in mind is that if an "interim and partial" award gets it wrong, it *must* be appealed forthwith. Swiss law does not afford a litigant the *choice* of appealing it together with the final award, If it qualifies as an "interim and partial" award – *i.e.* disposing of at least one substantive issue in the arbitration – failure to appeal immediately will result in the party's total forfeiture of the right to have the same issues reviewed by the FT *at all*» (corsivi nell'originale).

⁴⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_614/2010 del 6 aprile 2011, par. 2.4. Si veda C. PONCET, *When is a "Swiss" "Award" appealable?*, cit., 143.

⁴⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_614/2010 del 6 aprile 2011, par. 2.1: «Les décisions du tribunal arbitral relatives à la suspension provisoire de la procédure arbitrale constituent des ordonnances de procédure non sujettes à recours; elles peuvent néanmoins être déférées au Tribunal fédéral lorsque le tribunal arbitral, en les prononçant, a statué de manière implicite sur sa compétence».

In effetti, le mere ordinanze procedurali sono tutte quelle decisioni degli arbitri su questioni procedurali che possono essere riviste e decise in altro modo nel corso del procedimento arbitrale (ad esempio, una decisione sulla sospensione del procedimento): «une simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance n'est pas susceptible de recours»⁴⁷.

3.3. *Le cause di nullità e il limitato ambito di riesame del Tribunale Federale*

Vi è un numero limitato ed esclusivo di circostanze in base alle quali una parte può tentare di ottenere la dichiarazione di nullità di un lodo internazionale del TAS che l'ha vista soccombere. Invero, l'art. 190 comma 2 LDIP prevede tassativamente cinque ipotesi:

«Il lodo può essere impugnato soltanto se:

- a. l'arbitro unico è stato nominato irregolarmente o il tribunale arbitrale è stato costituito irregolarmente;
- b. il tribunale arbitrale si è dichiarato, a torto, competente o incompetente;
- c. il tribunale arbitrale ha deciso punti litigiosi che non gli erano stati sottoposti o ha omesso di giudicare determinate conclusioni;
- d. è stato violato il principio della parità di trattamento delle parti o il loro diritto di essere sentite;
- e. è incompatibile con l'ordine pubblico»⁴⁸.

La giurisprudenza del Tribunale federale relativa ai diversi casi di nullità del lodo arbitrale sarà qui di seguito trattata estesamente. Tuttavia, è fondamentale rilevare a titolo preliminare che, nel giudizio sulla possibile nullità di un lodo, il Tribunale federale non riesamina la controversia nel merito, ma si limita ad esaminare la fondatezza o meno degli argomenti adottati a sostegno dell'impugnazione⁴⁹. Si tratta dunque di un mezzo

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Nel testo è riportata la versione ufficiale italiana; la versione ufficiale francese presenta qualche lieve difformità e merita di essere qui trascritta:

«Elle ne peut être attaquée que:

- a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé;
- b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent;
- c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande;
- d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté;
- e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public».

⁴⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 2.2; in questa sentenza, il Tribunale federale ha esplicitamente rifiutato di sposare le tesi dottrinali – in particolare quella di S. BESSON, *Le recours contre la sentence arbitrale internationale*

d'impugnazione a critica vincolata e non libera. In particolare, è fondamentale tenere presente che il Tribunale federale emana le sue decisioni solo sulla base dei fatti come sono stati stabiliti nel lodo arbitrale e non corregge né integra l'accertamento effettuato dagli arbitri, anche quando i fatti sono stati stabiliti in un modo manifestamente inesatto o in violazione della legge⁵⁰.

In altri termini, il giudizio fattuale si cristallizza ad opera degli arbitri e non può essere rimesso in discussione davanti al Tribunale federale, la cui missione nell'esaminare una impugnazione per nullità di un lodo internazionale «ne consiste pas à refaire le procès, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant dans le dossier de l'arbitrage»⁵¹.

Nondimeno, il Tribunale federale mantiene la possibilità di riesaminare gli accertamenti di fatto sui quali il lodo impugnato si fonda se una delle cause di nullità elencate all'art. 190 comma 2 LDIP viene sollevata proprio contro le risultanze fattuali – ad esempio, se un determinato fatto è stato accertato in violazione del principio del contraddittorio – o quando fatti o elementi di prova sopravvenuti vengono, in via eccezionale, presi in considerazione nell'ambito di un ricorso in materia civile⁵². Pertanto, nella quasi totalità dei casi è assolutamente inutile addurre dinanzi al Tribunale federale fatti che non sono stati menzionati nel lodo impugnato o provare a ricostruirli in modo difforme da come sono stati descritti dagli arbitri.

È poi importante segnalare, sempre in via preliminare, che il Tribunale federale si limita ad un giudizio rescindente, in quanto o rigetta il ricorso o dichiara la nullità del lodo impugnato (ovvero di parti dello stesso) ma non

selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux), in *ASA Bulletin*, 2007 2-35, a 27 – tendenti ad allargare le maglie del riesame dei fatti in sede di impugnazione.

⁵⁰ *Ibidem*, 2.1. Ciò avviene in base all'articolo 77 comma 2 LTF, che esclude l'applicabilità dell'articolo 105 comma 2 LTF.

⁵¹ Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 2.2; il passaggio in questione, tradotto in italiano, sarebbe: «La missione del Tribunale federale, quando è investito di un ricorso in materia civile avverso una sentenza arbitrale internazionale, consiste non nel rifare il processo, come se fosse una giurisdizione d'appello, ma unicamente nell'esaminare se le doglianze ammissibili formulate nei confronti di tale sentenza siano fondate o non. Permettere alle parti di allegare fatti diversi da quelli che sono stati accertati dal tribunale arbitrale, al di fuori dei casi eccezionali enucleati dalla giurisprudenza, non sarebbe compatibile con una simile missione, anche se tali fatti fossero stabiliti sulla base degli elementi di prova presenti nel fascicolo dell'arbitrato».

⁵² Ciò può accadere in base all'articolo 99 LTF. Cfr. Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 2.2; cfr. anche Tribunale federale, sentenza 4A_456/2009 del 3 maggio 2010, *Thys*, par. 2.5.2.

procede in alcun caso ad emettere una pronuncia rescissoria. In effetti, in caso di dichiarazione di nullità, il Tribunale federale rimette la causa agli arbitri affinché emettano un nuovo lodo, con l'ovvia eccezione dei casi in cui viene dichiarata l'incompetenza del tribunale arbitrale⁵³; in alternativa, una delle parti o l'istituzione arbitrale possono riavviare il procedimento arbitrale⁵⁴. In pratica, ciò significa che la parte che ha impugnato un lodo arbitrale TAS può ottenere un esito favorevole nella fase rescindente dinanzi al Tribunale federale per poi risultare nuovamente soccombente nella fase rescissoria di fronte agli arbitri TAS. Questi ultimi, infatti, potrebbero semplicemente sanare i profili procedurali che avevano determinato la nullità del lodo impugnato ed emettere un nuovo lodo – dallo stesso esito nel merito – immune dai vizi rilevati dal Tribunale federale⁵⁵.

Un'ultima questione da segnalare in via preliminare è quella per la quale la parte ricorrente deve impugnare separatamente, a pena di inammissibilità del ricorso, tutte le motivazioni sulle quali il lodo impugnato ha basato le sue conclusioni, nella misura in cui tali motivazioni sarebbero di per sé sufficienti a giustificare le conclusioni degli arbitri: «Lorsque la décision attaquée se fonde sur plusieurs motivations indépendantes, alternatives ou subsidiaires, toutes suffisantes, chacune doit, sous peine d'irrecevabilité, être attaquée avec le moyen ou le motif de recours approprié»⁵⁶.

4. *Nomina o costituzione irregolare del Tribunale arbitrale*

Ai sensi dell'art. 190 comma 2(a) LDIP, un lodo TAS può essere dichiarato nullo se l'arbitro unico è stato nominato irregolarmente ovvero, nella ipotesi in cui l'arbitrato sia stato deferito a un collegio arbitrale (un «panel», secondo la denominazione inglese di cui al Codice TAS), se quest'ultimo è stato costituito in modo irregolare. Tale motivo di nullità può essere invocato se si allega (i) che non sia stata rispettata la procedura di nomina prevista dalla convenzione di arbitrato o dal regolamento arbitrale applicabile, ovvero (ii) che un arbitro non rispetti i requisiti di indipendenza e imparzialità.

Per quanto attiene al TAS, il caso *sub* (i) è essenzialmente una ipotesi di scuola, essendo assai improbabile che nell'ambito di un procedimento arbitrale TAS gli arbitri vengano nominati senza rispettare le chiare procedu-

⁵³ Cfr. D. AKIKOL, *Review of the Recent Case Law of the Swiss Federal Tribunal*, cit., 163.

⁵⁴ Si veda G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^a ed., Berna, 2010, 483-485.

⁵⁵ Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso *Cañas* (Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007).

⁵⁶ Tribunale federale, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Ten-sacciai*, par. 1.2.2.

re di nomina previste dal Codice TAS e dal «Regolamento arbitrale per i Giochi olimpici»⁵⁷. Tali procedure di nomina sono differenziate a seconda che si tratti di un arbitrato TAS ordinario (nel qual caso, le parti nominano ciascuna un arbitro e i due arbitri nominano il presidente), di un arbitrato TAS di appello (nel qual caso, le parti nominano ciascuna un arbitro e il presidente è nominato dal componente del CIAS che presiede la camera di appello del TAS) o di un arbitrato TAS olimpico (dove l'intero collegio arbitrale, o l'arbitro unico, è nominato dal componente del CIAS che presiede la Camera *ad hoc* olimpica)⁵⁸.

Pertanto, anche in considerazione del fatto che non esiste alcuna prassi o giurisprudenza di cui discutere rispetto alla ipotesi *sub* (i), in questa sede ci concentreremo esclusivamente sull'analisi della ipotesi *sub* (ii). In effetti, molti lodi TAS sono stati impugnati davanti al Tribunale federale invocando proprio la mancanza d'indipendenza o d'imparzialità degli arbitri, anche se, fino ad oggi, nessun lodo TAS è stato dichiarato nullo per questo motivo.

4.1. *La indipendenza del TAS rispetto alle istituzioni sportive*

Prima ancora di affrontare il tema della indipendenza e imparzialità degli arbitri del TAS, occorre chiedersi se lo stesso TAS, nella sua qualità di istituzione arbitrale, possa ritenersi indipendente rispetto al Comitato Internazionale Olimpico (CIO), che lo ha fondato e tuttora si accolla una parte del suo finanziamento, oltre che rispetto alle altre organizzazioni sportive (federazioni internazionali e comitati nazionali olimpici) che contribuiscono a finanziarlo. In effetti, diverse impugnazioni di lodi TAS hanno avanzato proprio questo argomento per ottenere la declaratoria di nullità del lodo. È evidente che se si dovesse ritenere carente di indipendenza la

⁵⁷ I testi del Codice TAS e del Regolamento di arbitrato per i Giochi Olimpici sono reperibili in www.tas-cas.org.

⁵⁸ Come già ricordato nel testo, l'arbitrato TAS «ordinario» è quello più vicino al normale arbitrato commerciale, basandosi su di una clausola compromissoria inserita in un contratto o su una successiva convenzione di arbitrato che consente all'organo arbitrale di decidere una controversia, in genere di tipo economico-commerciale, tra le parti contraenti (e dunque di decidere una controversia che potremmo definire di tipo «orizzontale»). L'arbitrato TAS «d'appello» è basato su una clausola compromissoria inserita negli statuti o regolamenti di un'organizzazione sportiva (o comunque su di un patto di arbitrato) che consente all'organo arbitrale del TAS di rivedere una decisione, disciplinare o di altro tipo, adottata da tale organizzazione sportiva nei confronti di un soggetto che ne fa parte (e dunque, nei casi disciplinari, di decidere una controversia che potremmo definire di tipo «verticale»). L'arbitrato «olimpico» è caratterizzato dall'estrema celerità del procedimento e ed è basato su di una clausola compromissoria inserita nella Carta Olimpica e nel modulo di iscrizione ai Giochi Olimpici che tutti i partecipanti (atleti, Comitati nazionali olimpici, ecc.) devono sottoscrivere.

istituzione TAS in quanto tale, tutti i lodi arbitrali emessi in occasione di procedimenti arbitrali TAS potrebbero risultare viziati in radice.

Il Tribunale federale ha affrontato tale questione per la prima volta nel 1993 quando ancora il TAS operava sotto l'egida diretta del CIO. Nella sentenza *Gundel*⁵⁹, originata dalla impugnazione per nullità di un lodo TAS con il quale era stata confermata la decisione della Federazione equestre internazionale (FEI) di sanzionare un cavaliere a causa delle sostanze dopanti riscontrate nelle urine del suo cavallo, il Tribunale federale riconobbe la piena indipendenza del TAS rispetto alla FEI: «on peut admettre que le TAS présente les garanties d'indépendance auxquelles le droit suisse subordonne l'exclusion valable de la voie judiciaire ordinaire»⁶⁰. Tuttavia, il Tribunale federale statui in un importante *obiter dictum* che la stessa indipendenza non sarebbe stata riconosciuta al TAS nei confronti del CIO a causa dei «liens organiques et économiques existant entre le TAS et le CIO»⁶¹.

A seguito di tale sentenza, il TAS fu riformato e fu affidato alla gestione della già menzionata fondazione svizzera denominata CIAS⁶². La nuova struttura del TAS è stata poi esaminata dal Tribunale federale nel 2003 in occasione del caso *Lazutina-Danilova*⁶³, scaturente dalla sanzione per doping imposta da un collegio TAS a due sciatrici di fondo russe trovate positive per uso di Eritropoietina ricombinante. Nella impugnazione al Tribunale federale le due sciatrici sostennero che la creazione del CIAS non aveva in realtà reso veramente indipendente il TAS rispetto al CIO perché (i) il finanziamento del CIAS, e dunque del TAS, dipendeva ancora dal CIO (mediante un meccanismo automatico pattuito nell'atto istitutivo del CIAS⁶⁴ e legato al versamento periodico di una piccola percentuale dei proventi dei diritti televisivi sui Giochi Olimpici), (ii) diversi membri del CIAS erano allo stesso tempo anche membri del CIO e (iii) il sistema della lista chiusa di arbitri rendeva molto limitata la scelta per un atleta che volesse nominare un arbitro della propria lingua, della propria nazionalità e con esperienza della disciplina sportiva pertinente⁶⁵.

⁵⁹ Tribunale federale, sentenza 15 marzo 1993, ATF 119 II 271, *Gundel*.

⁶⁰ *Ibidem*, 280.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Si veda *supra* la nota 5 e il testo corrispondente.

⁶³ Tribunale federale, sentenza 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002, 4P.270/2002/ech del 27 maggio 2003, *Lazutina-Danilova*, ATF 129 III 445.

⁶⁴ La Convenzione di Parigi del 22 giugno 1994, sulla quale si può rinviare a M. COCCIA, *International Sports Justice: The Court of Arbitration for Sport*, cit., 25-26.

⁶⁵ Tribunale federale, sentenza 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002, 4P.270/2002/ech del 27 maggio 2003, *Lazutina-Danilova*, ATF 129 III 445, par. 3.3.3.1. Cfr. C. PONCET, *The independence of the Court of Arbitration for Sport*, in *European International Arbitration Review*, 2012, vol. 1, 31-56, a 46.

Il Tribunale federale ha rigettato tali argomenti⁶⁶.

In primo luogo, quanto al finanziamento del TAS, dopo aver ricordato che il finanziamento del CIO ammonta in realtà solo a un terzo del totale e che non deve essere richiesto anno per anno dal CIAS in quanto è obbligatorio e automatico, il Tribunale federale ha sottolineato che, vista la tipologia disciplinare di molti casi TAS e la sproporzione di risorse economiche tra le organizzazioni sportive sanzionanti e gli atleti sanzionati, il sistema attuale va a vantaggio degli atleti, dato che non sarebbe realistico avere un sistema di finanziamento paritario affidato solo ai contributi delle parti (come avviene normalmente per gli arbitrati commerciali) in quanto ciò precluderebbe di fatto l'accesso al TAS agli atleti meno abbienti: «si un financement paritaire s'impose logiquement lorsqu'il s'agit de soumettre à un tribunal arbitral un litige issu d'une relation contractuelle, ... il n'en va pas de même lorsqu'un tribunal arbitral est appelé à examiner la validité d'une sanction prise par l'organe factier d'une fédération sportive à l'égard de l'un de ses membres, parce que, dans cette dernière hypothèse, la capacité contributive des parties antagonistes (la fédération et l'athlète sanctionné) est par trop inégale (à de rares exceptions près), et ce au préjudice de la personne se trouvant au bas de la pyramide, c'est-à-dire l'athlète»⁶⁷. Inoltre, ad avviso della suprema corte elvetica, il modo di finanziamento non implica una necessaria correlazione con l'indipendenza degli arbitri chiamati a giudicare i singoli casi.

In secondo luogo, quanto alla composizione del CIAS, il Tribunale federale ha rilevato come all'epoca solo tre dei venti membri del CIAS fossero anche membri del CIO, con ciò avendo una influenza necessariamente limitata e, comunque, non potendo aver alcun ruolo di arbitro o di avvocato negli arbitrati TAS (art. S5 del Codice TAS) e dovendo astenersi dal partecipare a qualsiasi deliberazione del CIAS riguardante casi in cui il CIO fosse parte (art. S11 del Codice TAS).

In terzo luogo, quanto al sistema della «lista chiusa» di arbitri (sul quale si ritornerà più avanti), dopo aver ricordato che tale sistema era già stato in passato ritenuto legittimo in riferimento ad altre istituzioni arbitrali⁶⁸, il Tribunale Federale ha segnalato che tale sistema consente di avere arbitri specializzati a un costo contenuto e una certa uniformità nelle decisioni: «Dans le sport de compétition, en particulier aux Jeux Olympiques, un règlement rapide, simple, souple et peu onéreux des litiges, par des spécialistes au bénéfice de connaissances à la fois juridiques et sportives, est indispensable tant pour les athlètes que pour le bon déroulement des compétitions. Le système de la liste d'arbitres, pratiqué par le TAS, est propre à

⁶⁶ Tribunale federale, sentenza 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002, 4P.270/2002/ech del 27 maggio 2003, *Lazutina-Danilova*, ATF 129 III 445, par. 3.3.3.2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Si vedano le seguenti sentenze del Tribunale federale: ATF 107 Ia 155, par. 3b; ATF 93 I 265, par. 3c; ATF 84 I 39, par. 6a.

favoriser la poursuite de ces objectifs. Grâce, notamment, à la constitution de Chambres ad hoc, il permet aux parties intéressées d'obtenir à bref délai une décision de justice prise en connaissance de cause par des personnes ayant une formation juridique et une compétence reconnue en matière de sport, tout en sauvegardant leur droit d'être entendues. Les arbitres du TAS étant régulièrement informés de l'évolution du droit du sport et de la jurisprudence de ce tribunal arbitral, le système en question, qui remédie aussi aux inconvénients liés au caractère fréquemment international des litiges sportifs, a encore le mérite d'assurer une certaine unité de doctrine dans les décisions rendues. Tel qu'il a été aménagé 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»⁶⁹.

Infine, con una considerazione ben poco giuridica ma indubbiamente di grande peso psicologico nel far pendere la bilancia dalla parte della indipendenza e imparzialità del TAS rispetto al CIO, il Tribunale federale ha rilevato come il CIO avesse perso in ben quattro dei dodici casi nei quali era stato convenuto dinanzi al TAS: «Sans doute cette statistique n'a-t-elle qu'une valeur indicative. Elle n'en constitue pas moins un indice concret de l'indépendance et de la liberté d'action dont jouit le TAS envers quelque partie que ce soit, y compris le CIO»⁷⁰.

Il Tribunale federale ha così conferito al TAS nel 2003 la «patente» di indipendenza rispetto al CIO e al Movimento olimpico, addirittura descrivendolo come una «Cour suprême du sport mondial»⁷¹, e ha poi confermato tale giurisprudenza negli anni successivi, anche di fronte ad attacchi frontali da parte di alcune società sportive⁷² e di alcuni atleti di alto livello⁷³. Tutto lascia prevedere che il Tribunale federale non cambierà tale giurisprudenza, a meno che non vi sia costretto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale, come già accennato, si sono rivolti alcuni atleti sostenendo che lo Stato elvetico avrebbe violato l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella misura in cui il Tribunale federale non ha annullato lodi TAS adottati in pretesa violazione di alcuni diritti procedurali fondamentali⁷⁴.

⁶⁹ Tribunale federale, sentenza 4P.267/2002, 4P.268/2002, 4P.269/2002, 4P.270/2002/ech del 27 maggio 2003, *Lazutina-Danilova*, ATF 129 III 445, par. 3.3.3.2.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 3.3.3.3.

⁷¹ Si veda *supra* la nota 4.

⁷² Tribunale federale, sentenza 4A_392/2010 del 12 gennaio 2011, *FC Sion*.

⁷³ Si vedano le seguenti decisioni del Tribunale federale: sentenza 4P.105/2006 del 4 agosto 2006, *Hazza*; sentenza 4A_612-2009 del 10 febbraio 2010, *Pechstein*; sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*; sentenza 4A_386-2010 del 3 gennaio 2011, *Valverde II*.

⁷⁴ Si vedano in *www.echr.coe.int* i ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo n. 40575/10 del 13 luglio 2010, *Mutu c. Svizzera*, e n. 67474/10 dell'11 Novembre 2010, *Pechstein c. Svizzera*, entrambi pendenti.

Va peraltro segnalato come il Tribunale federale, nella sentenza *Lazutina-Danilova* del 2003, pur avallando (come si è visto) il sistema della lista chiusa del TAS, abbia auspicato un miglioramento della trasparenza di tale lista mediante la indicazione per ciascun nominativo ivi presente della eventuale organizzazione sportiva che lo avesse proposto al CIAS⁷⁵. Tale auspicio non è stato finora seguito dal CIAS, il quale ha mantenuto la lista degli arbitri del TAS nello stesso modo, senza cioè la indicazione della loro eventuale «provenienza». Va in effetti notato come una indicazione di tale genere, certamente desiderabile sotto il profilo della trasparenza, potrebbe lasciare a intendere che alcuni arbitri non siano indipendenti rispetto alla organizzazione sportiva che li ha originariamente segnalati al CIAS per l'inclusione nella lista, e ciò in contrasto con la solenne dichiarazione di indipendenza e imparzialità che essi devono sottoscrivere sia al momento di tale inclusione⁷⁶ sia per ogni singolo procedimento nel quale sono chiamati ad essere arbitri⁷⁷.

Ciò che, invece, sarebbe veramente auspicabile che cambiasse è l'attuale composizione del CIAS, ai fini di (i) aumentare i «gradi di separazione» del TAS rispetto alle istituzioni del Movimento olimpico, (ii) aumentare la rappresentatività del CIAS rispetto agli atleti e alle società sportive professionistiche (vale a dire rispetto alle categorie più numerose di utenti degli arbitrati TAS) e, conseguentemente, (iii) migliorare l'immagine del TAS quale istituzione arbitrale *super partes* agli occhi della opinione pubblica. Ciò andrebbe fatto sia in termini di regole, diminuendo il numero di coloro che sono nominati dal CIO o da organizzazioni facenti parte del Movimento olimpico (attualmente dodici su venti)⁷⁸, sia in punto di fatto, nel senso di azzerare (o almeno diminuire) il numero di membri del CIAS che sono al contempo membri del CIO – al momento di scrivere questo contributo, tale coincidenza di cariche occorre per quattro membri del CIAS su venti, incluso il presidente – o di altre organizzazioni appartenenti al Movimento olimpico⁷⁹.

De lege ferenda, ai fini di una riforma della composizione del CIAS (art. S4 del Codice TAS), si potrebbe prevedere sia di stabilire una incompatibilità tra le cariche nelle istituzioni sportive (CIO, federazioni internazionali e comitati olimpici nazionali) e la qualità di membro del CIAS, sia che un certo numero di membri del CIAS vengano nominati (i) da istituzioni autorevoli nel mondo dell'arbitrato internazionale quali, ad esempio, la Corte

⁷⁵ *Ibidem*, par. 3.3.3.2.

⁷⁶ L'art. S18, secondo comma, del Codice TAS così recita: «Upon their appointment, CAS arbitrators and mediators shall sign an official declaration undertaking to exercise their functions personally with total objectivity, independence and impartiality, and in conformity with the provisions of this Code».

⁷⁷ Art. R33 del Codice TAS.

⁷⁸ Si veda l'art. S4 del Codice TAS.

⁷⁹ Si veda www.tas-cas.org/icas-members, visitato nel novembre 2014.

internazionale di arbitrato della Camera di commercio internazionale o la Corte permanente di arbitrato dell'Aja, (ii) da sindacati di atleti o (visto che in molti sport non esistono rappresentanze sindacali o associazioni di atleti) da assemblee di delegati di atleti riunite in occasione di grandi eventi internazionali quali i Giochi Olimpici o i campionati mondiali degli sport più significativi, nonché (iii) da leghe di club professionistici dei maggiori sport di squadra. Lo stesso tipo di riforma sarebbe auspicabile anche in riferimento ai soggetti legittimati, sebbene non in via esclusiva, a proporre al CIAS i nominativi da selezionare per la lista di arbitri (art. S14 del Codice TAS).

La ipotesi di riforma sopra indicata potrebbe peraltro indurre a un ripensamento le corti tedesche che, come già ricordato, hanno recentemente ritenuto non riconoscibili in Germania due lodi arbitrali TAS per violazione dell'ordine pubblico ai sensi della Convenzione di New York del 1958.

4.2. *Il difetto di indipendenza e imparzialità degli arbitri*

La differenza tra la nozione d'indipendenza e quella d'imparzialità dell'arbitro è stata spesso oggetto di discussione in dottrina. La mancanza di *indipendenza* è in genere riferita al profilo delle relazioni personali o professionali dell'arbitro con le parti o i difensori presenti nell'arbitrato, mentre la mancanza di *imparzialità* è generalmente riferita all'ipotesi di un pregiudizio o preconcetto dell'arbitro rispetto alla controversia o alle questioni da aggiudicare. Tuttavia, nessuna convincente distinzione tra le due nozioni sembra essere stata avanzata in dottrina⁸⁰ e, invero, la giurisprudenza del Tribunale federale «ne fait pas de distinction stricte entre les notions d'indépendance et d'impartialité»⁸¹. Pertanto, in questa sede le due nozioni verranno trattate congiuntamente alla stregua di un'endiadi.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, un'impugnazione fondata su un'asserita mancanza d'indipendenza e imparzialità di uno o più arbitri è ammissibile solo se il motivo d'impugnazione è stato tempestivamente dedotto durante il procedimento arbitrale. Ciò è dovuto, secondo il Tribunale federale, al principio di buona fede e al divieto di abuso del diritto fondati sull'art. 2 del codice civile svizzero («cod. civ. svizzero»), per cui non è consentito a una parte, dopo un esito sfavorevole dell'arbitrato, invocare eccezioni di tipo formale o procedurale che avrebbe potuto e dovuto dedurre già nel corso del procedimento arbitrale⁸². In

⁸⁰ Cfr. C. PONCET, *The independence of the Court of Arbitration for Sport*, in *European International Arbitration Review*, 2012, vol. 1, 31-56, a 40.

⁸¹ Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 3.3.1.

⁸² Tribunale federale, sentenza 4A.528/2007 del 4 aprile 2008, *Ittibad v. Vitória*, par. 2.5.1: «Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmiss-

particolare, la parte che «entend récuser un arbitre doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance. Cette règle jurisprudentielle vise aussi bien les motifs de récusation que la partie intéressée connaissait effectivement que ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue, étant précisé que choisir de rester dans l'ignorance peut être regardé, suivant les cas, comme une manoeuvre abusive comparable au fait de différer l'annonce d'une demande de récusation. La règle en question constitue une application, au domaine de la procédure arbitrale, du principe de la bonne foi. En vertu de ce principe, le droit d'invoquer le moyen tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral se périmé si la partie ne le fait pas valoir immédiatement, car celle-ci ne saurait le garder en réserve pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale»⁸³.

Pertanto, una parte di un arbitrato TAS non può sollevare la questione della mancanza d'indipendenza e imparzialità di un arbitro dinanzi al Tribunale federale se non ha già ricusato tale arbitro nel corso del procedimento arbitrale, entro il termine di sette giorni previsto dall'articolo R34 del Codice TAS⁸⁴, a meno che l'istante non abbia scoperto la mancanza d'indipendenza e imparzialità dell'arbitro contestato in un momento successivo all'emissione del lodo e a condizione che non avrebbe potuto conoscerla prima. È sulla parte istante che il Tribunale federale pone il notevole onere di verificare in modo approfondito e scoprire in pochi giorni gli eventuali conflitti d'interesse o le altre possibili circostanze idonee a ricusare un arbitro. Nel fare ciò, la parte interessata deve esercitare una sufficiente attenzione («hinreichender Sorgfalt»)⁸⁵ e la vigilanza appropriata («gehöriger Aufmerksamkeit»)⁸⁶, che non sono tali se l'istante ha scoperto nuovi fatti o prove mediante indagini che avrebbe potuto e dovuto svolgere nel corso dell'arbitrato⁸⁷.

brauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang noch später vorzubringen».

⁸³ Tribunale federale, sentenza 4A.234/2008 del 14 agosto 2008, *Heiderscheid c. Ribéry*, in ASA Bulletin, 2009, n. 29, 512 ss., par. 2.2.1.

⁸⁴ Art. R34 primo comma del Codice TAS: «An arbitrator may be challenged if the circumstances give rise to legitimate doubts over his independence or over his impartiality. The challenge shall be brought within seven days after the ground for the challenge has become known».

⁸⁵ Tribunale federale, sentenza 4A.528/2007 del 4 aprile 2008, *Ittihad v. Vitória*, par. 2.5.2.2.

⁸⁶ Tribunale federale, sentenza 4P.105/2006 del 4 agosto 2006, *Hazza c. Lissarague, FEI*, par. 4.

⁸⁷ Tribunale federale, sentenza 4A.528/2007 del 4 aprile 2008, *Ittihad v. Vitória*, par. 2.5.2.2: «An genügender Sorgfalt mangelt es, wenn die Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel auf Nachforschungen zurückzuführen ist, die bereits im früheren Verfahren hätten angestellt werden können und müssen».

4.3. *Il sistema della cosiddetta «lista chiusa» di arbitri*

Nell'arbitrato internazionale vi è una comunità relativamente ristretta di giuristi che sono frequentemente coinvolti nei vari procedimenti arbitrali, alcune volte collaborando o contrapponendosi in qualità di avvocati e altre volte – beninteso in casi diversi – trovandosi a giudicare in qualità di arbitri. Il Tribunale federale ha riconosciuto che ciò non significa che quei giuristi difettino automaticamente di indipendenza o imparzialità quando svolgono il ruolo di arbitri: «De fait, le milieu de l'arbitrage international est étroit et il est inévitable que, après quelques années de pratique arbitrale, les arbitres, souvent eux-mêmes avocats, aient eu l'occasion de collaborer dans d'autres arbitrages avec l'un ou l'autre de leurs collègues ou avec l'un ou l'autre des conseils. Il n'en résultera pas automatiquement une perte d'indépendance»⁸⁸.

Ovviamente, nell'arbitrato internazionale in materia di sport il numero di arbitri coinvolti è ancora più esiguo che nell'arbitrato internazionale commerciale, sia perché gli specialisti sono meno numerosi sia perché il TAS si avvale del già menzionato meccanismo della cosiddetta lista chiusa di arbitri. A quest'ultimo riguardo va precisato che, in realtà, la lista di arbitri del TAS – comprendente attualmente oltre trecento nominativi – non è affatto «chiusa» nel senso di *numerus clausus*, cioè di un numero massimo prestabilito di persone ammesse a farne parte; in effetti, essa andrebbe più correttamente definita quale «lista vincolata» in quanto, da un lato, non ha un tetto massimo di arbitri che possono farne parte ma solo una soglia minima (ormai abbondantemente superata)⁸⁹ e, dall'altro, la sua vera caratteristica è quella di vincolare la scelta degli arbitri per i singoli procedimenti solo nel suo ambito. Tuttavia, stante il fatto che il Tribunale federale la caratterizza quale «liste fermée»⁹⁰, si prescinderebbe dalle questioni definitorie e si seguirebbe ad usare la locuzione tradizionale di «lista chiusa».

Va detto che il sistema della lista chiusa incontra sia detrattori⁹¹ che so-

⁸⁸ Cfr. Tribunale federale, sentenza 4P.267/2002 del 27 maggio 2003, 129 III 445, *Lazutina-Danilova*; tradotto in italiano il brano in questione così reciterebbe: «L'arbitrato internazionale costituisce effettivamente un ambito ristretto ed è inevitabile che, dopo pochi anni nel circuito, gli arbitri, molti dei quali sono loro stessi avvocati, conosceranno casi nei quali o un collega arbitro o uno dei difensori ha ricoperto insieme a loro la veste di arbitro in un precedente collegio. Ciò non significa automaticamente che questi non siano più indipendenti».

⁸⁹ Art. S13, secondo comma, del Codice TAS: «There shall be not less than one hundred fifty arbitrators».

⁹⁰ Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 3.3.3; sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, par. 3.1.1.

⁹¹ Si veda ad es. A.A. SANTENS, *The Move Away from Closed-List Arbitrator Appointments: Happy Ending or a Trend to Be Reversed?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 28 giugno 2011, <http://kluwerarbitrationblog.com>.

stenitori⁹². Secondo alcuni autori, si tratta di un sistema che rende necessario adottare standard più severi nel valutare la indipendenza e imparzialità degli arbitri del TAS⁹³, soprattutto alla luce della significativa influenza che hanno le organizzazioni che fanno parte del Movimento olimpico sulla composizione del CIAS e sulla selezione degli arbitri che entrano a far parte della lista⁹⁴.

Tuttavia, secondo il Tribunale federale, il ricorso da parte del TAS a una lista chiusa di arbitri non giustifica di per sé l'utilizzo di criteri di valutazione differenti rispetto a quelli impiegati normalmente per l'arbitrato commerciale internazionale⁹⁵. La giurisprudenza del Tribunale federale conferma invero che, sebbene l'arbitrato TAS presenti alcune specificità, non vi è necessità di adottare per gli arbitri del TAS – i quali sono spesso anche noti specialisti dell'arbitrato commerciale internazionale – una valutazione particolarmente blanda o rigorosa della loro indipendenza e imparzialità: «l'arbitrage sportif institué par le TAS présente des spécificités, comme la liste fermée d'arbitres, dont on ne saurait faire abstraction, même si elles ne justifient pas en soi de se montrer moins exigeant pour l'arbitrage sportif que pour l'arbitrage commercial. En d'autres termes, le respect des garanties d'indépendance et d'impartialité exigées de tout arbitre doit être examiné à la même aune dans l'un et l'autre domaine. Aussi ne se justifie-t-il pas de réserver un traitement spécial aux arbitres du TAS, c'est-à-dire de se montrer particulièrement strict dans l'examen de leur indépendance et de leur impartialité»⁹⁶.

In ogni caso, il Tribunale federale ha sottolineato che l'indipendenza e imparzialità degli arbitri vanno sempre analizzate di volta in volta alla luce delle circostanze del caso concreto: «Quoi qu'il en soit, dire si la Formation considérée offrait de telles garanties dépendra toujours de l'analyse des circonstances du cas concret, de sorte qu'il serait vain de vouloir énoncer en ce domaine des principes immuables»⁹⁷.

Occorre aggiungere che, come si è già ricordato, il Codice TAS prevede all'art. S18 l'obbligo per gli arbitri di sottoscrivere al momento della nomina una dichiarazione di impegno a svolgere le loro funzioni con «tota-

⁹² Si veda ad es. J. PAULSSON, *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, in *Transnational Dispute Management*, 2011, 2, www.transnational-dispute-management.com, 11-12.

⁹³ Cfr. A. RIGOZZI, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, cit., 239; A. RIGOZZI, E. HASLER, M. NOTH, *Introduction to the CAS Code*, cit., 887 ss.

⁹⁴ Si vedano gli articoli S4 e S14 del Codice TAS. Cfr. A. RIGOZZI, E. HASLER, M. NOTH, *Introduction to the CAS Code*, cit., 888 ss.

⁹⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, par. 3.1.1.

⁹⁶ Cfr. Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 3.3.3.

⁹⁷ *Ibidem*.

le obiettività ed indipendenza»⁹⁸ e all'art. R33 un obbligo di *disclosure* in relazione a qualsiasi circostanza che possa condizionare la loro indipendenza e imparzialità rispetto alle parti⁹⁹. Inoltre, al fine di favorire l'indipendenza e imparzialità degli arbitri inseriti nella lista, il Codice TAS prevede (sulla base di un emendamento del 2010) che gli arbitri TAS non possano agire in qualità di avvocati di una parte in alcun procedimento TAS¹⁰⁰, in tal modo evitando l'interscambio di ruoli tra arbitro e avvocato che talvolta ha luogo negli arbitrati commerciali¹⁰¹. In sostanza, uno specialista dell'arbitrato TAS deve fare una definitiva scelta di campo: o svolge il ruolo di arbitro o agisce quale avvocato (questa incompatibilità non si estende però agli studi legali di cui fanno parte gli arbitri TAS, cosicché in uno studio dove è presente un arbitro TAS possono esserci, ovviamente in procedimenti diversi, uno o più colleghi che rappresentino parti in arbitrati TAS).

4.4. *L'applicazione delle Linee guida IBA sui conflitti di interesse*

Al fine di valutare l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri, la giurisprudenza del Tribunale federale ha preso come riferimento le Linee guida dell'International Bar Association sui conflitti d'interesse nell'arbitrato internazionale (le «Linee guida IBA»)¹⁰². Le Linee guida IBA enunciano regole che non sono vincolanti in quanto tali ma che costituiscono un insieme di criteri di comportamento e valutazione ampiamente accettati nel mondo dell'arbitrato internazionale. Le Linee guida IBA stabiliscono alcuni «principi generali» e includono, pragmaticamente, tre liste esemplificative di situazioni specifiche che possono o non dare adito, da un punto di

⁹⁸ Art. S18, secondo comma, del Codice TAS: «Upon their appointment, the CAS arbitrators and mediators sign a declaration undertaking to exercise their functions personally with total objectivity and independence, and in conformity with the provisions of this Code».

⁹⁹ Art. R33 del Codice TAS: «Every arbitrator shall be and remain impartial and independent of the parties and shall immediately disclose any circumstances which may affect his independence with respect to any of the parties».

¹⁰⁰ Art. S18, terzo comma, del Codice TAS: «CAS arbitrators and mediators may not act as counsel for a party before the CAS».

¹⁰¹ Si veda J.R. BRUBAKER, M.W. KULIKOWSKY, *A Sporting Chance? The Court of Arbitration for Sport Regulates Arbitrator-Counsel Role Switching*, in *Virginia Sports & Entertainment Law Journal*, 2010, vol. 10, 1 ss.

¹⁰² Tribunale federale, sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, par. 3.3.2.2: «Pour vérifier l'indépendance de leurs arbitres, les parties peuvent également se référer aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association». Le «IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration» sono state approvate il 22 maggio 2004 dal Consiglio dell'IBA e possono essere trovate nel sito www.ibanet.org, dove sono anche presenti le traduzioni in varie lingue, tra cui l'italiano.

vista oggettivo, a legittimi sospetti circa l'imparzialità e l'indipendenza di un arbitro.

Vi è innanzi tutto una «lista rossa» la quale delinea una serie di situazioni di conflitto d'interessi particolarmente serie, in cui l'arbitro è tenuto a rinunciare alla nomina; nella lista rossa è però inclusa anche una sottocategoria di situazioni nelle quali le parti potrebbero concordemente esonerare l'arbitro dal dovere di rinuncia¹⁰³. Vi è poi una «lista arancione», nella quale sono elencate situazioni di potenziale conflitto d'interessi che l'arbitro interessato ha il dovere di palesare alle parti – al momento dell'accettazione della nomina o comunque subito dopo aver appreso i fatti rilevanti – ma senza dover automaticamente rinunciare alla nomina; la situazione dovrà essere valutata caso per caso sulla base di tutte le circostanze rilevanti¹⁰⁴. Infine, vi è una «lista verde», che elenca situazioni nelle quali non si ravvisa la presenza di alcun effettivo conflitto d'interessi e per le quali non sorge alcun obbligo di *disclosure*¹⁰⁵.

Nel valutare l'indipendenza e l'imparzialità di un arbitro, il Tribunale federale ha statuito che le Linee guida IBA, sebbene non siano vincolati, costituiscono un prezioso strumento di lavoro («instrument de travail précieux») in grado di influenzare la prassi delle istituzioni e dei tribunali arbitrali e, pertanto, di contribuire all'armonizzazione e all'unificazione dei criteri applicati in merito alla sussistenza di conflitti d'interessi negli arbitrati internazionali¹⁰⁶.

¹⁰³ Sezione II, par. 2. delle Linee guida IBA: «La Lista Rossa irrinunciabile contiene situazioni derivanti dal principio inderogabile secondo cui nessuno può essere giudice di sé stesso. Pertanto, la dichiarazione di tali situazioni non sana il conflitto. La Lista Rossa rinunciabile contiene invece situazioni serie, ma non altrettanto gravi. Per la loro serietà, a differenza delle circostanze descritte nella Lista Arancione, queste situazioni sono rinunciabili solo se le parti, essendo a conoscenza del conflitto d'interessi, esprimono nondimeno espressamente la volontà che tale persona agisca come arbitro, secondo quanto previsto dal Principio Generale 4(c)».

¹⁰⁴ Sezione II, par. 3, delle Linee guida IBA: «La Lista Arancione è un elenco non esaustivo di situazioni specifiche che, a seconda delle circostanze del caso concreto, agli occhi delle parti possono dare origine a dubbi giustificati sull'imparzialità o l'indipendenza dell'arbitro. La Lista Arancione riflette quindi le situazioni che ricadrebbero nel Principio Generale 3(a), e che, di conseguenza, l'arbitro ha l'obbligo di dichiararle. In tutti questi casi si considera che le parti abbiano accettato l'arbitro se, dopo la dichiarazione, non è stata sollevata tempestiva eccezione (Principio Generale 4(a))».

¹⁰⁵ Sezione II, par. 6, delle Linee guida IBA: «La Lista Verde contiene un elenco non esaustivo di situazioni specifiche in cui non si riscontra, secondo la prospettiva rilevante, ossia quella oggettiva, alcun conflitto di interessi apparente o effettivo. Pertanto, l'arbitro non ha alcun obbligo di dichiarare le situazioni che ricadono nella Lista Verde».

¹⁰⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, par. 3.3.2.2: «Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux» (citazioni omesse).

Si può affermare che se gli arbitri TAS si conformano alle Linee guida IBA, pur se «les circonstances du cas concret resteront toujours décisives pour trancher la question du conflit d'intérêts»¹⁰⁷, in linea di principio non dovrebbe esserci spazio per una ricasazione (sulla quale, ai sensi degli articoli S6 e R34 del Codice TAS, ha competenza a decidere il CIAS) o per una successiva impugnazione del lodo fondata sulla mancanza d'indipendenza o imparzialità. Al riguardo, va notato che la decisione con la quale il CIAS rigetta l'istanza di ricasazione di un arbitro non è immediatamente impugnabile davanti al Tribunale federale e un eventuale ricorso contro tale decisione è da considerarsi inammissibile (analogamente a quanto avviene, negli arbitrati commerciali con sede in Svizzera, per le decisioni in tema di ricasazione adottate della Corte internazionale di arbitro della Camera di commercio internazionale)¹⁰⁸; la parte interessata deve dunque attendere l'esito dell'arbitrato TAS e poi, eventualmente, impugnare il lodo sfavorevole invocando come motivo di nullità la mancanza d'indipendenza o imparzialità di un arbitro.

4.5. *Standard di indipendenza e imparzialità per gli arbitri nominati dalle parti*

Ai sensi degli articoli R40.2, R40.3, R53 e R54 del Codice TAS, un collegio TAS di tre membri è composto da due arbitri nominati dalle parti, la cui nomina deve essere confermata dal presidente della pertinente camera del TAS (che verifica *prima facie* se essi soddisfino i requisiti fissati dall'articolo R33 del Codice TAS), e un presidente, che viene scelto dagli arbitri nominati dalle parti nella «procedura arbitrale ordinaria» ovvero dal presidente della divisione d'appello nella «procedura arbitrale d'appello».

In dottrina si è talvolta sostenuto – con un approccio che si può definire di tipo pragmatico – che gli standard d'indipendenza e imparzialità degli arbitri nominati dalle parti possano essere meno rigorosi di quelli richiesti

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Tribunale federale, sentenza 4A_644/2009 del 13 aprile 2010, *Valverde c. CONI, UCI, AMA*, par. 1: «De jurisprudence constante, la décision prise par un organisme privé, telle la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), au sujet d'une demande de récusation d'un arbitre, ne peut pas faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral. Le CIAS est une fondation de droit privé soumise au droit suisse. En vertu des art. S6 ch. 4 et R34 du Code de l'arbitrage en matière de sport, la récusation d'un arbitre est de la compétence exclusive de cet organisme privé qui peut exercer cette fonction par l'intermédiaire de son Bureau. Conformément à la jurisprudence précitée, les décisions prises par le CIAS sur demandes de récusation ne peuvent donc pas être attaquées directement devant le Tribunal fédéral. Elles ne pourront être revues que dans le cadre d'un recours dirigé contre la sentence, motif pris de la composition irrégulière du tribunal arbitral ... Le présent recours, qui vise la décision prise par le CIAS sur une demande de récusation d'un arbitre, est dès lors irrecevable» (citazioni omesse).

al presidente del collegio arbitrale o all'arbitro unico¹⁰⁹. Il Tribunale federale non ha condiviso questa opinione; al contrario, ha ritenuto che gli stessi standard debbano essere applicati a tutti gli arbitri, pur essendo consapevole che sarebbe utopistico chiedere che l'arbitro nominato da una parte dimostri lo stesso identico distacco richiesto al giudice ordinario: «l'indépendance et l'impartialité requises des membres d'un tribunal arbitral s'imposent aussi bien aux arbitres désignés par les parties qu'au président du tribunal arbitral. En énonçant ce principe, le Tribunal fédéral est certes conscient qu'une indépendance absolue de tous les arbitres constitue un idéal qui ne correspondra que rarement à la réalité. Aussi bien, le mode de désignation des membres du tribunal arbitral crée, qu'on le veuille ou non, un lien objectif, si tenu soit-il, entre l'arbitre et la partie qui l'a désigné, puisque celui-là, à l'inverse du juge étatique, ne tient son pouvoir et sa place que de la volonté de celle-ci. Il s'agit là toutefois d'une conséquence inhérente à la procédure arbitrale, dont il faut s'accommoder. Elle implique qu'un arbitre ne puisse pas être récusé du seul fait qu'il a été choisi par l'une des parties en litige. Doit être exclu, en revanche, le système dit de l'arbitre partie dans lequel l'arbitre désigné par chacune des parties ne serait pas astreint à la même indépendance et à la même impartialité que l'arbitre appelé à présider le tribunal arbitral. L'idée que l'arbitre puisse n'être que l'avocat de "sa" partie au sein du tribunal arbitral doit être résolument écartée sous peine de mettre en péril l'institution de l'arbitrage comme telle»¹¹⁰.

Il Tribunale federale ribadisce dunque con forza come non sia assolutamente accettabile che un arbitro nominato da una parte si comporti da

¹⁰⁹ Cfr. R. COULSON, *An American Critique of the IBA's Ethics for International Arbitrators*, in *Journal of International Arbitration*, 1987, vol. 4, n. 2, 103; P. LALIVE, *Sur l'impartialité de l'arbitre international en Suisse*, in *La Semaine Judiciaire*, 1990, vol. 112, 362-371.

¹¹⁰ Cfr. Tribunale federale, sentenza 4A_234/2010 del 29 ottobre 2010, *Valverde I*, par. 3.3.1: tradotto in italiano: «l'indipendenza e l'imparzialità richieste ai componenti di un tribunale arbitrale si estendono agli arbitri nominati dalle parti così come al presidente del tribunale arbitrale. Affermando questo principio, il Tribunale federale è pienamente consapevole che l'assoluta indipendenza da parte di tutti gli arbitri rappresenta un ideale che solo raramente trova corrispondenza nella realtà dei fatti. Infatti, lo si voglia o meno, le modalità di nomina dei membri di un tribunale arbitrale creano un legame oggettivo, sottile quanto si vuole, tra l'arbitro e la parte che lo nomina, in quanto il primo, al contrario del giudice statale, deriva il proprio potere e la sua collocazione esclusivamente dalla volontà del secondo. Certo, questa è una conseguenza inerente alla procedura arbitrale con cui si deve convivere. Ciò implica che un arbitro non possa essere ricusato solamente perché è stato scelto da una delle parti in causa. Tuttavia, il cosiddetto sistema dell'arbitro nominato dalla parte, nel quale l'arbitro nominato dalla parte non sarebbe soggetto agli stessi requisiti d'indipendenza e imparzialità come il presidente del tribunale arbitrale, deve essere escluso. L'idea che l'arbitro possa essere semplicemente l'avvocato della 'sua' parte all'interno del tribunale arbitrale deve essere categoricamente rigettata, in caso contrario lo stesso istituto dell'arbitrato sarebbe messo a repentaglio».

avvocato per tale parte all'interno del collegio arbitrale. Si può aggiungere che alcuni elementi che emergono dalla prassi del TAS sembrano dimostrare che il meccanismo della c.d. lista chiusa effettivamente induca gli arbitri nominati dalle parti – in particolare quelli che vengono frequentemente nominati anche come presidenti – ad essere particolarmente imparziali e indipendenti nei confronti della parte che li ha designati. Al riguardo, si possono menzionare come significativi esempi in tal senso sia il fatto che quasi tutte le decisioni TAS vengono prese all'unanimità sia il fatto che non sono mancati casi in cui il presidente del collegio si è trovato in minoranza nella deliberazione del lodo.

4.6. Rilevanza dei rapporti di amicizia o della comune appartenenza a un'associazione

Il Tribunale federale ha analizzato in qualche sentenza se le relazioni di amicizia tra due arbitri o tra un arbitro e l'avvocato di una delle parti, ovvero la comune appartenenza ad una associazione, possano costituire di per sé una condizione sufficiente per ravvisare una mancanza d'indipendenza o imparzialità. Si tratta di una questione importante in riferimento al mondo dello sport, dove i rapporti associativi sono particolarmente ricorrenti, e in particolare in riferimento al TAS, dove il numero limitato di specialisti e il sistema della lista chiusa comportano il frequente incontro degli stessi arbitri e avvocati e il formarsi di relazioni amichevoli tra di loro.

La giurisprudenza del Tribunale federale indica che, in termini generali, una relazione di amicizia non comporta necessariamente che un arbitro difetti del requisito della indipendenza e imparzialità. In effetti, secondo le Linee guida IBA, ricorre una situazione contemplata nella lista arancione solo quando sussista «tra un arbitro e un difensore di una parte un'amicizia personale stretta (ad esempio se l'arbitro ed il difensore trascorrono regolarmente insieme un tempo significativo non legato ad impegni professionali o alle attività di associazioni professionali o organismi sociali)»¹¹¹. Alla luce di questa previsione delle Linee guida IBA, si può ritenere che solo una minima parte dei rapporti amichevoli intrattenuti tra gli specialisti dell'arbitrato TAS possa rientrare in una «amicizia personale stretta». In ogni caso, come dianzi visto, la lista arancione si limita a richiedere all'arbitro di rendere nota la situazione di potenziale conflitto di interesse,

¹¹¹ Linee guida IBA, Sezione II, par. 3.3.6. Ovviamente, le associazioni professionali cui si riferisce questa disposizione delle Linee guida IBA sono (ad esempio) le associazioni di avvocati tipo l'IBA stessa e non le «associazioni professionali» nel senso dell'ordinamento italiano, vale a dire gli studi legali (e/o di commercialisti) costituiti in forma associativa. Per gli studi legali la forma in cui sono costituiti è irrilevante e, in ogni caso, si applicano loro le regole delle Linee guida IBA relative all'appartenenza ad uno stesso studio legale (Sezione II, paragrafi 2.3.3 e 3.3.1).

ma non gli impedisce di per sé di ricoprire il ruolo di arbitro¹¹². Come è stato spiegato da alcuni estensori delle Linee guida IBA, lo scopo della *disclosure* è meramente «to reveal information that can begin a dialogue about whether a conflict exists and whether an arbitrator can act independently and impartially»¹¹³. Infatti, si ritiene che le parti abbiano accettato la nomina di un arbitro se non presentano tempestivamente obiezioni dopo che l'arbitro ha reso nota la situazione menzionata nella lista arancione.

Il Tribunale federale ha rilevato che il fatto che in un procedimento arbitrale due arbitri, oppure un arbitro e un difensore di una delle parti, siano membri di una stessa associazione, ad esempio di tipo accademico o sociale¹¹⁴, non determina la mancanza d'indipendenza e imparzialità¹¹⁵. Questa situazione è invero annoverata nella lista verde delle più volte menzionate Linee guida IBA e, pertanto, non deve essere resa nota.¹¹⁶ Va inoltre tenuto presente che la giurisprudenza del Tribunale federale ha sempre espresso una certa fiducia nella capacità degli arbitri di non farsi condizionare dagli eventuali rapporti con gli avvocati delle parti: «il y a lieu de présumer la capacité des membres d'un tribunal de s'élever au-dessus des contingences liées à leur désignation lorsqu'ils sont appelés à rendre des décisions concrètes dans l'exercice de leur char»¹¹⁷.

In sostanza, solo circostanze ulteriori rispetto ai meri rapporti di amicizia o all'appartenenza ad una medesima associazione di tipo accademico o professionale potrebbero giustificare una diversa valutazione della situazione da parte del Tribunale federale.

4.7. *Nomine plurime di uno stesso arbitro*

Un sistema arbitrale fondato su una lista chiusa di arbitri può favorire nomine plurime dello stesso arbitro ad opera di una data parte o di un dato avvocato o studio legale. Le Linee guida IBA prevedono nella lista arancione che le seguenti situazioni possano dar luogo a dubbi circa la imparzialità e indipendenza dell'arbitro e debbano pertanto essere rese note: (a) se una parte o una sua affiliata ha nominato lo stesso arbitro due o più volte negli ultimi tre anni (sez. II, par. 3.1.3); (b) quando lo stesso difensore o studio legale ha nominato più di tre volte lo stesso arbitro negli ultimi tre anni (sez. II, par. 3.3.7).

¹¹² Si veda *supra* la nota 100.

¹¹³ O.L.O. DE WITT WIJNEN, N. VOSER, N. RAO, *Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, in *Business Law International*, 2004, vol. 5, 454.

¹¹⁴ Con riguardo alle associazioni professionali, si veda la precedente nota 107.

¹¹⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, paragrafo 3.3.2.2; v. anche sentenza 4A_528/2007 del 4 aprile 2008.

¹¹⁶ Si veda *supra* la nota 101.

¹¹⁷ Tribunale federale, sentenza 4A_506/2007 del 20 marzo 2008, *Biolley*, 3.3.2.2.

Il dovere degli arbitri TAS di dichiarare qualsiasi situazione di nomine plurime è pacifico in base alle Linee guida IBA. Va tuttavia precisato al riguardo che la nozione di «affiliate of one of the parties» contenuta nel par. 3.1.3 è stata chiaramente pensata in riferimento all'arbitrato commerciale e ai gruppi di società – nei quali, notoriamente, le società affiliate hanno limitata autonomia rispetto alla società capogruppo, nonostante sussista una formale *corporate separateness* – e a tali situazioni deve esclusivamente riferirsi. In effetti, se si applicasse superficialmente tale nozione all'arbitrato TAS, potrebbe ritenersi essere «affiliata» qualsiasi federazione continentale o nazionale rispetto alla rispettiva federazione internazionale e qualsiasi società sportiva rispetto alla federazione internazionale, continentale e nazionale di appartenenza. Tuttavia, trattandosi qui dell'affiliazione a mere associazioni ed avendo tutti tali soggetti una relevantissima autonomia (ed anzi ponendosi sovente in conflitto tra loro), una simile interpretazione estensiva sarebbe irragionevole e renderebbe il dovere di *disclosure* eccessivamente pervasivo – se ad esempio si pensa al calcio, ogni arbitro TAS dovrebbe praticamente elencare ogni volta tutti gli arbitrati in cui è stato nominato dalla FIFA, dalla UEFA, da una federazione nazionale o da un club – con il risultato (controproducente) che verrebbero offuscate le situazioni nelle quali è invece realmente opportuno che l'arbitro renda note le precedenti nomine da parte dello stesso soggetto.

Tale interpretazione restrittiva del termine «affiliate» in riferimento all'arbitrato TAS sembra essere in linea con la giurisprudenza del Tribunale federale, il quale ha comunque attenuato il dovere di *disclosure* degli arbitri attribuendo alle parti e ai loro difensori il gravoso onere di investigare in modo approfondito gli eventuali conflitti di interesse e di porre i giusti quesiti all'arbitro che non abbia reso spontaneamente nota la potenziale situazione di conflitto¹¹⁸.

Occorre aggiungere al riguardo che le Linee guida IBA includono in una nota a piè di pagina una eccezione che rende non necessaria la *disclosure* di nomine plurime in certi specifici tipi di arbitrato specializzato in cui gli arbitri vengono scelti all'interno di un numero ristretto di specialisti, menzionando specificamente proprio il settore sportivo¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. *supra* le note 82-85 e il testo corrispondente. Si veda poi Tribunale federale, sentenza 4A_110/2012 del 9 ottobre 2012, *Paulisson*. Questa decisione è stata aspramente criticata da H. STUTZER, *Multiple Appointments of an Arbitrator: Does the Swiss Federal Supreme Court Really See No Limit?*, del 14 novembre 2012 www.thouvenin.com/arbitration/arbitration_newsletter_switzerland71.pdf.

¹¹⁹ Nota 5: «Può accadere che nella prassi di specifiche tipologie di arbitrato, quali l'arbitrato marittimo o merceologico, gli arbitri vengano nominati all'interno di una cerchia ristretta di specialisti. Ove sia prassi comune e condivisa in questi settori che le parti nominino ripetutamente lo stesso arbitro in casi diversi, non vige l'obbligo per l'arbitro di dichiarare il fatto ove tutte le parti in arbitrato debbano essere di fatto a conoscenza di detti usi e costumi».

Si può dunque sostenere che tale eccezione sia utilizzabile proprio nell'arbitrato TAS, dove alcune parti – ad esempio, la World Antidoping Agency o alcune federazioni internazionali – hanno decine di procedimenti arbitrali ogni anno e dove si annoverano nella lista alcuni arbitri altamente specializzati che sono frequentemente nominati dalle parti.

Il Tribunale federale non si è ancora pronunciato sulla possibile applicazione di tale eccezione in riferimento all'arbitrato TAS. In attesa di una precisa indicazione giurisprudenziale, dato che la lista degli arbitri TAS attualmente include oltre trecento nomi e consente una vasta scelta, si può ritenere che la detta eccezione possa giustificare unicamente, in termini di mancata *disclosure*, un limitato «sforamento» dei tetti indicati dalle Linee guide IBA ma non un alto numero di nomine di uno stesso arbitro ad opera di una parte o di un difensore.

5. Erronea decisione degli arbitri sulla propria competenza

Ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP, una parte può impugnare per nullità un lodo se ritiene che l'organo arbitrale si sia erroneamente dichiarato competente o incompetente. In applicazione di tale disposizione, il Tribunale federale ha finora riscontrato la nullità parziale o totale di lodi TAS nei seguenti quattro casi¹²⁰: CAS 2008/A/1564 *WADA v. Busch & IIHF*¹²¹, CAS 2009/A/1767 *Thys v. ASA*¹²², CAS 2010/O/2197 *Scolari v. FC Bunyodkor*¹²³ e CAS 2012/A/2915 *CA Boca Juniors v. Birmingham City FC*¹²⁴.

In tutti i richiamati procedimenti arbitrali, il Tribunale federale ha dichiarato che l'organo arbitrale del TAS aveva errato a dichiararsi competente sulla intera controversia o su un aspetto di essa. In effetti, le impugnazioni davanti al Tribunale federale ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP riguardano in gran parte casi nei quali l'organo arbitrale TAS si era

¹²⁰ Benché fuoriesca dall'oggetto di questo contributo in quanto si è trattato di un ricorso contro un lodo TAS emesso in un arbitrato nazionale (in quanto tutte le parti erano residenti o domiciliate in Svizzera), va segnalato per completezza anche un quinto caso: Tribunale federale, sentenza 4A_627/2011 dell'8 marzo 2012, *IIHF*, con cui è stata dichiarata la nullità del lodo CAS 2010/O/2250 *SCB Eishockey AG v. IIHF*.

¹²¹ Nullità dichiarata dal Tribunale federale con sentenza 4A_358/2009 del 6 novembre 2009, *Busch*.

¹²² Nullità dichiarata dal Tribunale federale con sentenza 4A_456/2009 del 3 maggio 2010, *Thys*.

¹²³ Nullità dichiarata dal Tribunale federale con sentenza 4A_244/2012 del 17 gennaio 2013, *FC Bunyodkor*.

¹²⁴ Nullità dichiarata dal Tribunale federale con sentenza 4A_6/2014 del 28 agosto 2014, *Birmingham City FC*.

ritenuto competente nonostante fosse stata sollevata un'eccezione d'incompetenza da una delle parti¹²⁵.

Tuttavia, non sono mancate alcune impugnazioni avverso lodi con cui l'organo arbitrale del TAS si era dichiarato incompetente, finora tutte rigettate dal Tribunale federale; si è trattato, in particolare, di casi nei quali una parte aveva tentato di appellare dinanzi al TAS una decisione presa da un'organizzazione sportiva sulla base di una clausola compromissoria in favore del TAS contenuta nelle regole di tale organizzazione solo per alcune categorie di controversie, tra le quali non rientrava, a giudizio degli arbitri, quella in questione¹²⁶.

Un lodo può essere impugnato per una questione di competenza solo se la relativa eccezione è stata puntualmente sollevata all'inizio del procedimento arbitrale. In effetti, il Tribunale federale ha ribadito in varie decisioni che l'eccezione d'incompetenza deve essere sollevata prima di ogni altra difesa, come espressamente stabilito dall'art. 186 comma 2 LDIP¹²⁷. Secondo la suprema corte elvetica, tale esigenza costituisce un corollario del principio di buona fede, per cui il convenuto che nella sua prima difesa argomenti nel merito omettendo di sollevare subito una eccezione di incompetenza determina il radicamento della competenza arbitrale per accettazione tacita, con la correlativa perdita del diritto di sollevare l'eccezione d'incompetenza prima davanti allo stesso organo arbitrale e poi in sede di impugnazione del lodo. D'altronde, come ricorda lo stesso Tribunale federale, il convenuto può facilmente evitare una simile preclusione prendendo posizione nel merito solo in via gradata rispetto alla eccezione di incompetenza sollevata in via principale, senza così accettare tacitamente la competenza arbitrale¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. ad es. Tribunale federale, sentenza 4A_460/2008 del 9 gennaio 2009, *Dodô*, che ha rigettato l'impugnazione proposta contro il lodo CAS 2007/A/1370-1376 *FIFA & WADA v. STJDF, CBF & Ricardo Lucas Dodô*.

¹²⁶ Si veda, ad es. Tribunale federale, sentenza 4A_404/2010 del 19 aprile 2011, *Riza*, che ha rigettato l'impugnazione del calciatore Omer Riza avverso il lodo CAS 2009/A/1996 *Omer Riza v. Trabzonspor KD & TFF*, con il quale il collegio arbitrale del TAS aveva accolto la eccezione di incompetenza sollevata dalla convenuta Federazione calcistica turca in quanto la convenzione di arbitrato in favore del TAS contenuta nei regolamenti della stessa Federazione era limitata alle «controversie di dimensione internazionale» e la controversia sottopostagli era insorta tra un club turco e un giocatore turco (sebbene in possesso anche di cittadinanza britannica).

¹²⁷ L'art. 186 comma 2 LDIP così recita: «L'eccezione d'incompetenza dev'essere proposta prima di qualsiasi atto difensivo nel merito».

¹²⁸ Si veda Tribunale federale, sentenza 4A_386-2010 del 3 gennaio 2011, *Valverde II*, par. 5.2: «Aux termes de l'art. 186 al. 2 LDIP, l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense au fond. Il s'agit là d'un cas d'application du principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, qui régit l'ensemble des domaines du droit, y compris la procédure civile. Énoncée différemment, la règle posée à l'art. 186 al. 2 LDIP implique que le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. Dès lors, celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans

È importante segnalare che, diversamente dalle altre cause di nullità, il Tribunale federale esercita un riesame completo delle doglianze relative alla competenza o incompetenza arbitrale, potendo anche esaminare le questioni preliminari di diritto sostanziale da cui dipende la determinazione della competenza¹²⁹. Tuttavia, nemmeno in una impugnazione concernente la *potestas iudicandi* degli arbitri il Tribunale federale può procedere a riesaminare i fatti esposti nel lodo, dal momento che non può integrare o rettificare le risultanze fattuali così come accertate dall'organo arbitrale¹³⁰.

Nel procedere al detto riesame completo della questione giurisdizionale, il Tribunale federale non si limita a verificare le motivazioni enunciate dagli arbitri per dichiarare la propria competenza o incompetenza, bensì procede ad esaminare liberamente – in applicazione del principio *jura novit curia* – tutti gli elementi che potrebbero portarlo a ritenere sussistente o non la competenza dell'organo arbitrale sulla base di un altro motivo rispetto a quello accolto nel lodo sotto esame (purché, beninteso, i fatti accertati dall'organo arbitrale siano sufficienti a giustificare tale diversa soluzione)¹³¹. Può pertanto accadere che il Tribunale federale confermi la decisione degli arbitri circa la sussistenza della loro competenza o incompetenza, e dunque rigetti il ricorso, per un motivo diverso da quello accolto nel lodo arbitrale impugnato¹³².

D'altro canto, il Tribunale federale non esamina *ex officio* tutti gli argomenti che potrebbero giustificare l'accoglimento o il rigetto della impugnazione per nullità basata sulla competenza o incompetenza dell'organo arbitrale; al contrario, è onere della parte ricorrente e di quella resistente richiamare l'attenzione del Tribunale federale su tutti i motivi che possano

une procédure arbitrale contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Toutefois, le défendeur peut se déterminer à titre éventuel sur le fond, pour le cas où l'exception d'incompétence ne serait pas admise, sans que pareil comportement vaille acceptation tacite de la compétence du tribunal arbitral».

¹²⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_460/2008 del 9 gennaio 2009, *Dodô*, par. 5.1: «Das Bundesgericht prüft die Zuständigkeitsrüge nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG in rechtlicher Hinsicht frei, einschliesslich materiellrechtliche Vorfragen, von deren Beantwortung die Zuständigkeit abhängt».

¹³⁰ Tribunale federale, sentenza 4A_627/2011 dell'8 marzo 2012, *IIHF*, par. 3.1.

¹³¹ Tribunale federale, sentenza 4A_392/2008 del 22 dicembre 2008, *UEFA*, par. 3.2: «Lorsqu'il est saisi du grief d'incompétence et que celui-ci est dûment motivé, le Tribunal fédéral en examine librement tous les aspects juridiques (*jura novit curia*), ce qui peut le conduire, le cas échéant, à rejeter le grief en question sur la base d'un autre motif que celui qui est indiqué dans la sentence entreprise, pour peu que les faits retenus par le tribunal arbitral suffisent à justifier cette substitution de motif».

¹³² Tribunale federale, sentenza 4A_388/2012 del 18 marzo 2013, *Markov*, par. 3.1: «Wird im Beschwerdeverfahren die Rüge der Unzuständigkeit erhoben und ist diese hinreichend begründet, prüft das Bundesgericht sämtliche rechtlichen Gesichtspunkte frei (*iura novit curia*), womit es gegebenenfalls veranlasst wird, die erhobene Rüge mit einer anderen Begründung zu verwerfen als die im angefochtenen Schiedsentscheid aufgeführten».

indurlo a dichiarare o non la nullità del lodo arbitrale per violazione dell'art. 190 comma 2(b) LDIP¹³³.

5.1. *Competenza o ammissibilità?*

Una parte che abbia intenzione di impugnare un lodo TAS ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP dovrebbe in primo luogo valutare se la doglianza che intende sollevare verrà considerata dal Tribunale federale alla stregua di un'autentica questione di competenza, anziché alla stregua di una questione di ammissibilità. In effetti, le questioni di ammissibilità vengono considerate dalla giurisprudenza svizzera quali questioni riguardanti il merito della controversia, dunque non esaminabili in relazione a questa causa di nullità.

Le questioni più ricorrenti che nella prassi del TAS hanno dato adito a dubbi circa il loro inquadramento quali questioni di competenza o di ammissibilità sono state l'arbitrabilità, il previo esaurimento dei ricorsi interni, la legittimazione attiva ed interesse ad agire, nonché il rispetto del termine per appellare al TAS.

Per quanto riguarda l'arbitrabilità oggettiva della controversia (vale a dire, il determinare se l'oggetto di una controversia possa essere deferito alla competenza di arbitri), il Tribunale federale ha statuito che le questioni inerenti l'arbitrabilità vadano considerate questioni giurisdizionali, dunque da esso indubbiamente esaminabili sotto il profilo della impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP¹³⁴. Peraltro, se si considera che l'art. 177 comma 1 LDIP contiene una cosiddetta norma materiale di diritto internazionale privato («Può essere oggetto di arbitrato qualsiasi pretesa patrimoniale») e che la nozione di arbitrabilità accolta dal Tribunale federale è molto ampia (venendo considerata di natura patrimoniale qualsiasi questione che, per almeno una delle parti, abbia un qualche valore pecuniario ovvero possa essere apprezzata economicamente¹³⁵), appare difficile che, in pratica, un lodo TAS venga annullato per carenza di arbitrabilità, posto che nello sport di alto livello (quello che viene all'attenzione del TAS) anche le questioni disciplinari o relative ai risultati di gare presen-

¹³³ Tribunale federale, sentenza 4A_548/2009 del 20 gennaio 2010, *El Hadary I*, par. 3.1: «Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. Il n'en devient pas pour autant une cour d'appel. Aussi ne lui incombe-t-il pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. C'est bien plutôt au recourant qu'il appartient d'attirer son attention sur eux».

¹³⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_388/20121 del 18 marzo 2013, *Markov*, par. 3.1: «Die Voraussetzung der Schiedsfähigkeit der Streitsache ist im Rahmen der Zuständigkeitsbeschwerde (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG) zu prüfen».

¹³⁵ Tribunale federale, sentenza del 23 giugno 1992, ATF 118 II 353, *Fincantieri*, par. 3(b).

tano sempre un qualche risvolto economico conseguente alla decisione della controversia in un senso o nell'altro¹³⁶.

Quanto al «previo esaurimento dei ricorsi interni» nell'ambito della organizzazione sportiva che ha adottato la decisione contestata, richiesto dall'art. R47 del Codice TAS quale condizione per incardinare un arbitrato di appello davanti al TAS¹³⁷, il Tribunale federale ritiene che si tratti di una questione di competenza e non di ammissibilità. Infatti, secondo il Tribunale federale, un lodo TAS può essere dichiarato nullo per incompetenza se l'organo arbitrale ha proceduto ad esaminare la controversia malgrado il mancato esperimento di tutti i procedimenti di ricorso interni all'istituzione sportiva che ha emanato la decisione appellata al TAS¹³⁸.

D'altro canto, la suprema corte svizzera ha ritenuto che le questioni relative alla legittimazione attiva o all'interesse ad agire non siano questioni di competenza ma di ammissibilità e, dunque, che il lodo TAS che decida su di esse non sia impugnabile ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP¹³⁹. Il Tribunale federale si è pronunciato molto chiaramente in questo senso nell'ambito di un giudizio riguardante due lodi TAS emessi in occasione dei Giochi Olimpici di Pechino 2008, nei quali il collegio arbitrale aveva ritenuto che gli istanti non avessero legittimazione attiva né interesse ad agire davanti al TAS¹⁴⁰. Il Tribunale federale ha rigettato l'impugnazione dei due lodi in quanto i ricorrenti avrebbero tentato non di contestare la competenza arbitrale del TAS bensì, in effetti, di avanzare una critica in merito all'interpretazione data dal TAS alle regole della federazione internazionale relative alla legittimazione ad agire degli istanti¹⁴¹.

¹³⁶ Sia consentito rinviare a M. COCCIA, *Questioni in tema di arbitrato sportivo internazionale e norme antidoping*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2001, 781-783.

¹³⁷ L'art. R47 del Codice TAS prevede quanto segue: «An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and *if the Appellant has exhausted the legal remedies available to him prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body*» (corsivo aggiunto).

¹³⁸ Tribunale federale, sentenza 4P.149/2003 del 31 ottobre 2003, *Roux*, par. 2.2.

¹³⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_424/2008 del 22 gennaio 2009, *Azerbaijan Field Hockey*, par. 3.3: «Ob eine Partei zur Anfechtung des Beschlusses des Vereinsorgans der Beschwerdegegnerin nach den anwendbaren statutarischen und gesetzlichen Bestimmungen legitimiert ist, betrifft nicht die Zuständigkeit des für die Streiterledigung vorgesehenen Schiedsgerichts, sondern die Frage der Aktivlegitimation».

¹⁴⁰ CAS Ad Hoc Division OG 2008/001 del 2 agosto 2008, *Azerbaijan Field Hockey Federation et al. v. Federation Internationale de Hockey (FIH) et al.*, paragrafi 3.5-3.15; CAS Ad Hoc Division OG 2008/005 dell'8 agosto 2008, *Azerbaijan Field Hockey Federation et al. v. Federation Internationale de Hockey (FIH) et al.*, paragrafi 4.5-4.20.

¹⁴¹ Tribunale federale, sentenza 4A_424/2008 del 22 gennaio 2009, *Azerbaijan Field Hockey*, par. 3.3: «Was die Beschwerdeführerin unter dem Deckmantel einer Rüge nach Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG gegen die angefochtenen Entscheide vorbringt, ist richtig besenen appellatorische Kritik an der vom TAS vorgenommenen Auslegung von Art. 11 und

In occasione del caso *Pellizotti* – un caso di doping riguardante il «passaporto biologico dell'atleta»¹⁴² – il Tribunale federale ha affrontato, poi, la questione se il mancato rispetto del termine per appellare di fronte al TAS una decisione di un'organizzazione sportiva determini l'incompetenza del TAS o la mera inammissibilità (e dunque il rigetto nel merito) dell'appello, riconoscendo trattarsi di questione delicata: «Savoir si la tardiveté du dépôt de l'appel entraîne l'incompétence du TAS ou simplement l'irrecevabilité, voire le rejet, de ce moyen de droit est une question délicate»¹⁴³.

Il Tribunale federale ha riconosciuto che nell'arbitrato commerciale la questione della scadenza o non del termine di efficacia di una convenzione d'arbitrato riguarda la competenza, segnatamente quella *ratione temporis*, dell'organo arbitrale; ne consegue che sarebbe certamente possibile una impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 190 comma 2(b) LDIP del lodo che abbia deciso su tale punto¹⁴⁴. Tuttavia, come già accennato, il Tribunale federale ha altresì statuito che la procedura arbitrale d'appello del TAS non può essere equiparata ad un tipico arbitrato commerciale ma costituisce un «arbitrato atipico», nel quale la competenza arbitrale deriva dalle regole di un'organizzazione sportiva che preveda l'arbitrato come modo di risoluzione delle controversie relative alle sue decisioni, in particolare in materia disciplinare¹⁴⁵.

Al riguardo, il Tribunale federale ha indicato che ritiene «*prima facie* convincente»¹⁴⁶ l'opinione dottrinale volta a considerare il termine per proporre appello al TAS alla stregua di un termine processuale che, se non rispettato, comporta l'inammissibilità dell'appello piuttosto che l'incompetenza dell'organo arbitrale, trattandosi pertanto di una questione di merito non sottoponibile al Tribunale federale nell'ambito di una impugnazione per nullità basata sull'art. 190 comma 2(b) LDIP¹⁴⁷. Il Tribunale federale ha osservato che, se la tardività nella proposizione di un appello al TAS comportasse l'incompetenza, una parte – ad esempio, un atleta o un club – che intendesse impugnare una decisione adottata da un'organizzazione sportiva potrebbe semplicemente attendere la scadenza del termine per l'appello al TAS (in genere di 21 giorni) e portare poi la questione di-

13.2 der FIH Anti-Doping Policy, welche die Voraussetzungen einer Anfechtung von Verbandsentscheiden im Zusammenhang mit Dopingvergehen regeln».

¹⁴² Al riguardo, sia consentito rinviare a M. COCCIA, *The Athlete Biological Passport: Legal and Scientific Aspects*, in *International Sports Law Review*, 2013, no. 1, 9-26; ID., *Il passaporto biologico dell'atleta: aspetti giuridici e scientifici*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2012, n. 3, 33-80.

¹⁴³ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizotti*, par. 4.3.1.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ A. RIGOZZI, *Le délai d'appel devant le Tribunal arbitral du sport: quelques considérations à la lumière de la pratique récente*, in *Le temps et le droit*, 2008, 255.

nanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. In particolare, nei confronti delle tante federazioni sportive internazionali aventi sede in Svizzera, ciò sarebbe possibile ai sensi dell'art. 75 cod. civ. svizzero entro il termine di un mese dalla conoscenza della decisione¹⁴⁸; ciò comporterebbe il risultato paradossale, evidentemente non gradito al Tribunale federale, che «cette parties serait en mesure de court-circuiter la juridiction arbitrale sportive par sa seule inaction»¹⁴⁹.

Pertanto, appare assai probabile che nell'ipotesi di future impugnazioni di lodi TAS fondate su questo punto, il Tribunale federale tenderà a ritenere la scadenza del termine per presentare appello al TAS quale una questione di merito, non esaminabile sotto il profilo della nullità per incompetenza dell'organo arbitrale. Nondimeno, il Tribunale federale ha lasciato la questione aperta perché, avendo valutato che la scadenza per l'appello al TAS fosse stata comunque rispettata nel caso di specie, ha ritenuto che non fosse «nécessaire de trancher ici définitivement la question de savoir si le non-respect du délai d'appel met ou non en cause la compétence du TAS»¹⁵⁰.

5.2. *Convenzione di arbitrato per relationem*

L'art. 178 comma 1 LDIP richiede la forma scritta *ad probationem* per una convenzione di arbitrato che attribuisca la competenza a un tribunale arbitrale con sede in Svizzera¹⁵¹; un patto compromissorio in favore del TAS va dunque provato mediante un testo scritto.

Il problema che sovente si pone in campo sportivo è se, al fine di provare il consenso degli atleti e dei club a deferire in arbitri la controversia, sia sufficiente che la convenzione di arbitrato sia stipulata *per relationem*, se cioè sia sufficiente che gli atleti e i club, mediante il tesseramento o l'affiliazione con una federazione sportiva, accettino complessivamente tutte le regole sportive di tale federazione, le quali effettuino un rinvio ad ul-

¹⁴⁸ L'art. 75 cod. civ. svizzero così recita: «Ogni socio ha, per legge, il diritto di contestare davanti al giudice le risoluzioni contrarie alla legge od agli statuti ch'egli non abbia consentite, entro un mese da quando ne ha avuto conoscenza».

¹⁴⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizzotti*, par. 4.3.1.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Art. 178 LDIP: «1 Il patto di arbitrato dev'essere fatto per scritto, per telegramma, telex, facsimile o altro mezzo di trasmissione che ne consenta la prova per testo. 2 Il patto è materialmente valido se conforme al diritto scelto dalle parti, al diritto applicabile all'oggetto litigioso, segnatamente a quello applicabile al contratto principale, o al diritto svizzero. 3 Contro il patto di arbitrato non può essere eccepita la nullità del contratto principale od il fatto ch'esso si riferisca a una lite non ancora sorta».

teriori regole sportive, le quali contengano una convenzione di arbitrato in favore del TAS¹⁵².

A tale riguardo, va notato che il Tribunale federale ha adottato un atteggiamento assai «liberale» o «benevolo» verso l'arbitrato TAS, ritenendo che le caratteristiche stesse di rapidità e specializzazione di tale istituzione arbitrale siano sufficienti a giustificare le convenzioni di arbitrato *per relationem*: «le Tribunal fédéral examine toutefois avec “bienveillance” le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive, dans le but de favoriser la liquidation rapide des litiges par des tribunaux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tel le TAS. Le libéralisme qui caractérise sa jurisprudence en ce domaine se manifeste notamment dans la souplesse avec laquelle cette jurisprudence traite le problème de la clause arbitrale par référence»¹⁵³.

Come conseguenza di questa «benevolenza», il Tribunale federale ha ritenuto opportuno dare un peso considerevole al comportamento tenuto dalle parti nel valutare se i requisiti di cui al richiamato art. 178 comma 1 LDIP siano soddisfatti. Il Tribunale federale ha in effetti statuito che, «suivant les circonstances, un comportement donné peut suppléer, en vertu des règles de la bonne foi, à l'observation d'une prescription de forme»¹⁵⁴.

Il Tribunale federale ha così avallato che gli organi arbitrali TAS si dichiarino competenti sulla base dell'accettazione da parte di un atleta o di un club di regole sportive nazionali che includano un rinvio a statuti o regolamenti di federazioni internazionali nei quali sia presente una clausola compromissoria in favore del TAS.

Ad esempio, il Tribunale federale ha rigettato l'impugnazione del lodo *Dodô*¹⁵⁵, nel quale il collegio arbitrale aveva accertato che, poiché lo statuto della Confederazione Brasiliana di Calcio («CBF»), con la quale il giocatore Ricardo Lucas (soprannominato Dodô) era tesserato, prevedeva che tutti gli atleti fossero tenuti a rispettare le regole FIFA, il giocatore era vincolato dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto FIFA volta a consentire alla stessa FIFA e all'Agenzia mondiale antidoping («WADA») di impugnare decisioni in materia di doping adottate da federazioni nazionali¹⁵⁶. Il Tribunale federale ha sottolineato come il lodo *Dodô* fosse in li-

¹⁵² Si veda S. NETZLE, *Arbitration Agreements by Reference to Regulations of Sports Organisations*, in *Arbitration of Sports-Related Disputes*, ASA Special Series No. 11, Basilea, 1998, 45-58.

¹⁵³ Tribunale federale, sentenza 4A_428/2011 del 13 febbraio 2012, *Wickmayer/Malisse*, par. 3.2.3 (citazioni omesse); si veda anche Tribunale federale, sentenza 4A_246/2011 del 7 novembre 2011, *Mondialvas*, par. 2.2.2.

¹⁵⁴ Cfr. Tribunale federale, sentenza 4A_428/2011 del 13 febbraio 2012, *Wickmayer/Malisse*, par. 3.2.3.

¹⁵⁵ Lodo CAS 2007/A/1370-1376 *FIFA & WADA v. STJDF, CBF & Ricardo Lucas Dodô*.

¹⁵⁶ Cfr. Tribunale federale, sentenza 4A_460/2008 del 9 gennaio 2009, *Dodô*, par. 6.2: «Art. 1 Abs. 2 der Statuten des CBF sieht unter anderem vor, dass die dem CBF angehö-

nea con quella giurisprudenza che ritiene valido il consenso ad arbitrare determinato mediante un rinvio generale a una clausola compromissoria contenuta negli statuti di un'associazione¹⁵⁷. Questa opinione è conforme al precedente caso *Roberts*, nel quale il Tribunale federale aveva statuito che il rinvio non deve citare esplicitamente la clausola compromissoria, ma può essere un rinvio generale ad un documento contenente una tale clausola, considerando che si può presumere che uno sportivo conosca le regole della federazione cui appartiene¹⁵⁸.

Tuttavia, il Tribunale federale non avalla qualsiasi tipo di patto compromissorio *per relationem*. Un esempio di ciò è la sentenza con la quale il Tribunale federale ha dichiarato nullo il lodo *Busch*, con il quale un collegio TAS aveva sanzionato per doping un giocatore tedesco di hockey su ghiaccio¹⁵⁹. In quel caso, al fine di partecipare con la sua nazionale a diversi tornei di hockey su ghiaccio (Coppa del mondo e altri eventi) organizzati dalla federazione internazionale di hockey su ghiaccio («IIHF»), l'atleta aveva sottoscritto a più riprese un modulo di ammissione (*Player Entry Form*) predisposto dalla IIHF e contenente una clausola compromissoria in favore del TAS, ma la violazione antidoping di cui era accusato non era stata commessa in occasione di un evento organizzato dall'IIHF. Il Tribunale federale ha ritenuto che, indipendentemente dalla formulazione della clausola compromissoria (nella fattispecie, invero, piuttosto ampia), non si può ritenere che un atleta che abbia firmato un *Player Entry Form* (con clausola compromissoria in favore del TAS) per uno specifico evento organizzato da una federazione sportiva possa avere accettato la competenza del TAS per ogni genere di controversia con tale federazione senza un preciso collegamento a quell'evento¹⁶⁰.

Potrebbe sembrare che con le sentenze *Dodô* e *Busch* il Tribunale federale si sia contraddetto, ma non è così. Nel caso *Dodô*, il giocatore era tesserato presso la CBF e aveva stipulato un contratto di lavoro con il suo club dove aveva dichiarato di conoscere e si era impegnato a rispettare tutte le regole della CBF, le quali prevedevano che i tesserati dovessero attenersi a tutte le regole FIFA; a sua volta, lo statuto FIFA prevedeva esplicitamente che la WADA e la FIFA avessero il diritto d'impugnare davanti al TAS le decisioni delle federazioni nazionali in materia di doping. Pertanto,

renden Sportler die Regeln der FIFA beachten müssen. Dieser globale Verweis auf die FIFA-Regeln und damit auf das in den FIFA-Statuten vorgesehene Berufungsrecht der FIFA und der WADA an das TAS genügt, um die Zuständigkeit des TAS im Lichte von R47 des TAS-Code zu begründen».

¹⁵⁷ *Ibidem*: «dies in Anlehnung an die Rechtsprechung, die einen globalen Verweis auf eine in Verbandsstatuten enthaltene Schiedsklausel als gültig erachtet».

¹⁵⁸ Tribunale federale, sentenza 4P.230/2000 del 7 febbraio 2001, *Roberts*, par. 2.a.

¹⁵⁹ Lodo CAS 2008/A/1564 *WADA v. Busch & IIHF*, dichiarato nullo dal Tribunale federale, sentenza 4A_358/2009 del 6 novembre 2009, *Busch*.

¹⁶⁰ Tribunale federale, sentenza 4A_358/2009 del 6 novembre 2009, *Busch*, par. 3.2.3.

il collegio arbitrale del TAS ha giudicato che esistesse una valida clausola compromissoria *per relationem* e il Tribunale federale ha confermato tale giudizio.

Al contrario, nel caso *Busch*, oltre al fatto che il collegio TAS aveva ritenuto la sua competenza solo sulla base del *Player Entry Form* sottoscritto dal giocatore (e ciò, come detto, nonostante la violazione delle norme anti-doping non fosse avvenuta durante un evento IIHF), nessun contratto di lavoro del giocatore o regola della sua federazione nazionale prevedeva che l'atleta dovesse rispettare le regole IIHF e nessuna regola della federazione nazionale o dell'IIHF prevedeva che la WADA o la IIHF potessero impugnare davanti al TAS le decisioni in materia di doping adottate dalla federazione nazionale. Queste notevoli differenze in punto di fatto e di diritto rispetto al caso *Dodô* hanno portato il Tribunale federale a ritenere nullo il lodo *Busch*.

5.3. Clausole compromissorie patologiche

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, una volta che venga accertata l'esistenza della volontà delle parti di compromettere in arbitri, la portata applicativa della clausola compromissoria deve essere interpretata estensivamente¹⁶¹. Il Tribunale federale ricorre in effetti al principio interpretativo dell'effetto utile quando dice che «l'impossibilità di costituire il tribunale arbitrale così come stabilito nel regolamento sottoscritto dalle parti non implica necessariamente la nullità della clausola compromissoria qualora da questa emerga chiara la volontà delle parti di sottoporre le loro controversie ad una giurisdizione arbitrale privata. Se tale è il caso, il cosiddetto *Utilitätsgedanken* impone infatti d'interpretare la clausola in modo tale da lasciarla sussistere»¹⁶².

In particolare, il Tribunale federale si dimostra molto liberale nei confronti delle clausole compromissorie cosiddette «patologiche», vale a dire redatte in modo incompleto, oscuro o incoerente¹⁶³: «Una clausola che contiene un'indicazione imprecisa, incompleta, contraddittoria o sbagliata del tribunale arbitrale – ovvero sia una cosiddetta clausola patologica – non conduce dunque all'invalidità del patto d'arbitrato, qualora mediante interpretazione sia possibile determinare quale fosse il tribunale arbitrale auspicato dalle parti»¹⁶⁴. In effetti, ad avviso del Tribunale federale, nella misura in cui le lacune redazionali di una convenzione di arbitrato non ri-

¹⁶¹ Tribunale federale, sentenza 4A_103/2011 del 20 settembre 2011, *AIBA*, par. 3.2.1.

¹⁶² Tribunale federale, sentenza 4A_376/2008 del 5 dicembre 2008, par. 7.1 (citazioni omesse), riprodotta in *ASA Bulletin*, 2009, vol. 27, 745.

¹⁶³ Si può vedere al riguardo H. SCALBERT, L. MARVILLE, *Les clauses compromissoires pathologiques*, in *Revue de l'arbitrage*, 1988, 117-135.

¹⁶⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_376/2008 del 5 dicembre 2008, par. 7.1 (citazioni omesse), riprodotta in *ASA Bulletin*, 2009, vol. 27, 745.

guardino elementi essenziali quali, segnatamente, la chiara esclusione della giurisdizione statale e il deferimento obbligatorio della controversia a un tribunale arbitrale, tali lacune non portano necessariamente all'invalidità e inefficacia della clausola compromissoria in questione; piuttosto, occorre trovare una soluzione tramite un'operazione ermeneutica, anche integrando la formulazione pattizia in base alle regole sulla interpretazione dei contratti, con il fine di rispettare la fondamentale volontà delle parti di sottoporre la controversia a un organo giudicante privato¹⁶⁵.

Questo atteggiamento del Tribunale federale verso le clausole compromissorie patologiche è particolarmente importante per gli arbitrati TAS, in quanto frequentemente i contratti conclusi nel mondo dello sport, e in particolare quelli relativi al trasferimento internazionale di calciatori, sono assai lacunosi dal punto di vista redazionale e presentano non di rado clausole per la soluzione delle controversie redatte in modo bislacco (nonostante, com'è noto, si tratti talora di operazioni di notevole rilievo economico e mediatico).

Un esempio di ciò è una sentenza del Tribunale federale di conferma della validità di un lodo TAS del 2011¹⁶⁶, in cui il collegio arbitrale si era dichiarato competente sulla base di una clausola compromissoria patologica. In quella controversia tra un club e una società operante quale agente di un calciatore, relativa al trasferimento di quest'ultimo, il contratto tra le parti includeva la seguente clausola di risoluzione delle controversie: «The competent instance in case of a dispute concerning this Agreement is the FIFA Commission, or the UEFA Commission, which will have to decide the dispute that could arise between the club and the agent»¹⁶⁷. I tentativi delle parti di sottoporre la loro controversia alla FIFA o a un arbitro nominato dal Tribunale di Zurigo non ebbero esito positivo in quanto ambedue si dichiararono incompetenti, mentre la UEFA non disponeva di alcun organo o procedimento deputato alla risoluzione delle controversie economiche relative al trasferimento di giocatori. Quando il TAS è stato infine investito della questione, il collegio arbitrale¹⁶⁸ ha ritenuto che il TAS fosse l'istituzione più appropriata per trattare la controversia e si è ritenuto competente, basandosi in sostanza sulle considerazioni (i) che la clausola sopra citata esprimeva chiaramente la volontà delle parti di escludere la competenza dei giudici statali e di sottoporre invece le loro controversie ad una procedura di tipo arbitrale amministrata da un'istituzione con sede in Svizzera ed esperta di controversie relative al trasferimento di calciatori, e

¹⁶⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_246-2011 del 7 novembre 2011, *Mondialvas*, 138 BGE III 29, par. 2.2.3, riprodotta in *ASA Bulletin*, 2012, vol. 30, 157.

¹⁶⁶ Lodo preliminare CAS 2010/O/2129 del 17 marzo 2011, *Mondialvas Sàrl v. FK Crevna Zvezda Beograd*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, par. 3.3.

¹⁶⁸ Si trattava di un collegio arbitrale assai autorevole, composto dai professori Luigi Fumagalli (presidente), Pierre Lalive e Ulrich Haas.

(ii) che il TAS era in ogni caso competente a conoscere gli appelli promossi contro le decisioni prese dalla FIFA in tale materia¹⁶⁹.

Il Tribunale federale ha confermato il lodo TAS, statuendo che la detta clausola compromissoria patologica avrebbe dovuto essere sanata, per quanto possibile, integrando il contratto sulla base della ipotetica volontà delle parti e che, dunque, il collegio TAS aveva correttamente accertato che «le Parti volevano sottoporre la loro controversia a un tribunale arbitrale con sede in Svizzera, che conoscesse il diritto sportivo in maniera particolarmente approfondita. La designazione della FIFA, così come della UEFA, suggerisce che le Parti volevano che fosse un ente sportivo a decidere le loro eventuali controversie relative al contratto di trasferimento, un ente che avesse dimestichezza nel trattare i trasferimenti nell'ambito del business del calcio internazionale. Occorre notare, in particolare, che il TAS può esaminare in sede d'impugnazione le decisioni della FIFA che riguardano il trasferimento di giocatori e lo stesso Appellante riconosce che avverso la decisione della Commissione FIFA per lo Status dei Calciatori – se si fosse dichiarata competente nel caso in questione – sarebbe stato possibile appellare al TAS»¹⁷⁰.

6. *Lodo arbitrale ultra, extra o infra petita*

L'art. 190 comma 2(c) LDIP consente a una parte d'impugnare un lodo se ritiene che gli arbitri si siano pronunciati *ultra petita*, *extra petita* o *infra petita*, se cioè abbiano deciso al di là, al di fuori o su meno di quanto richiesto dalle parti: «un lodo può essere impugnato se il tribunale arbitrale ha deciso punti litigiosi che non gli erano stati sottoposti o ha ommesso di giudicare determinate conclusioni»¹⁷¹. Peraltro, ad oggi, nessun lodo TAS è stato annullato per questa ragione.

Al fine di esaminare questa causa di nullità, si deve tener conto del fatto che la pronuncia dell'organo arbitrale deve essere confrontata soltanto con ciò che le parti hanno effettivamente richiesto quale *petitum* nelle loro

¹⁶⁹ *Ibidem*, paragrafi 6.12-6.24.

¹⁷⁰ Tribunale federale, sentenza 4A_246-2011 del 7 novembre 2011, *Mondialvas*, 138 BGE III 29, par. 2.3.3, in *ASA Bulletin*, 2012, vol. 30, 157, tradotto dall'originale tedesco: «die Parteien hätten ihren Streit einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz unterbreiten wollen, das sich im Bereich des Sportrechts besonders auskennt. Die Bezeichnung der FIFA sowie der UEFA weist darauf hin, dass die Parteien eine Sportorganisation über allfällige Streitigkeiten aus ihrem Transfervertrag entscheiden lassen wollten, die mit dem Transferwesen im internationalen Fussballgeschäft vertraut ist. Zu beachten ist insbesondere, dass das TAS Entscheidungen der FIFA betreffend Spielertransfers auf Berufung hin überprüfen kann, und der Beschwerdeführer selbst anerkennt, dass gegen einen Entscheid der FIFA-Kommission für den Status von Spielern – falls sie ihre Zuständigkeit im konkreten Fall bejaht hätte – ein Rechtsmittel an das TAS zulässig gewesen wäre».

¹⁷¹ Tribunale federale, sentenza 4A_635/2012 del 10 dicembre 2012, par. 4.2.

conclusioni (nelle cosiddette *prayers for relief*) e non con gli argomenti e ragionamenti giuridici che le stesse parti hanno addotto a fondamento delle loro domande. Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza del Tribunale federale, i tribunali arbitrali ben possono, in base al principio *jura novit curia*, rifarsi a considerazioni giuridiche differenti rispetto a quelle prospettate dalle parti senza violare in tal modo il divieto di giudicare *ultra* o *extra petita*: «en vertu du principe “*jura novit curia*”, dès l’instant où une conclusion est motivée de manière suffisante, le juge – quel qu’il soit – est tenu d’appliquer le droit d’office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Par conséquent, il ne statue pas *ultra* ou *extra petita* s’il retient des moyens de droit qui n’ont pas été invoqués, car il ne procède, dans une telle hypothèse, qu’à une nouvelle qualification des faits de la cause»¹⁷².

6.1. Statuizione *ultra petita* o *extra petita*

Pertanto, una parte che intenda impugnare un lodo TAS lamentando una statuizione *ultra petita* o *extra petita* deve dimostrare che il *decisum* degli arbitri sia andato oltre, o al di fuori di, quanto richiesto nelle conclusioni rassegnate dalle parti.

Per esempio, nel caso *Antic* il Tribunale federale non ha accolto l’argomento del ricorrente che l’attore nell’arbitrato TAS (un noto allenatore di calcio di origine serba) avesse ottenuto di più (o qualcosa di diverso) rispetto a ciò che aveva chiesto¹⁷³. In quel caso, il collegio arbitrale del TAS aveva riconosciuto *inter alia* quale dovuta all’allenatore, in base al contratto che questi aveva concluso con una federazione calcistica nazionale, la somma di Euro 300.000 quale compenso per prestazioni di tipo pubblicitario¹⁷⁴. In effetti, l’allenatore aveva chiesto nel suo *petitum* che gli fosse bensì riconosciuto il detto compenso in Euro ma chiedendo che gli fosse corrisposto al valore corrispondente in Dinari serbi; pertanto, la federazione condannata a pagare l’allenatore sosteneva che il lodo fosse da ritenere *ultra petita*. Il Tribunale federale ha rigettato questo argomento, osservando che il collegio TAS aveva correttamente considerato che il richiamato compenso pubblicitario, in base al contratto tra le parti, era dovuto ed era pagabile in Euro, con ciò rendendo non necessaria una conversione nella valuta nazionale serba. Dal momento che l’allenatore aveva effettivamente richiesto il pagamento di Euro 300.000, seppur da convertire in Dinari al momento del pagamento, il collegio TAS non gli aveva assegnato più di quanto questi aveva richiesto nelle sue conclusioni¹⁷⁵.

¹⁷² Tribunale federale, sentenza del 19 aprile 1994 AFT 120 II 172 *Westland Helicopters*, alla 175.

¹⁷³ Tribunale federale, sentenza 4A_654/2011 del 23 maggio 2012, *Antic*, 5.2.

¹⁷⁴ Cfr. Lodo CAS 2010/O/2237 del 12 settembre 2011, *Radomir Antic v. Football Association of Serbia*.

¹⁷⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_654/2011 of 23 May 2012, *Antic*, par. 5.2.

6.2. Statuizione *infra petita*

L'altra causa di nullità ai sensi dell'art. 190 comma 2(c) LDIP è la violazione del divieto di pronunciare *infra petita*, che si ha quando gli arbitri non si pronunciano, senza motivarlo, su una delle domande incluse nelle conclusioni rassegnate dalle parti.

Secondo il Tribunale federale, l'omissione da parte degli arbitri di giudicare su una domanda costituisce «un caso di diniego di giustizia formale. Essa si riferisce all'eventualità in cui la sentenza è incompleta perché il collegio arbitrale non ha statuito su delle conclusioni che gli sono state sottoposte»¹⁷⁶.

Tuttavia, il Tribunale federale avverte come sia sufficiente, al fine di evitare che un lodo arbitrale sia viziato per *infra petita*, che l'organo arbitrale includa nel dispositivo del lodo una frase di chiusura con la quale dichiara che tutte le altre domande delle parti sono respinte anche se il lodo non rigetta esplicitamente una data domanda: «Quando [il collegio arbitrale] emana una decisione in cui respinge ogni – altra – conclusione delle parti, la censura in discussione è esclusa»¹⁷⁷.

Il Tribunale federale ha invero spesso ricordato che è sufficiente per gli arbitri rigettare, anche genericamente, una domanda delle parti, senza che sussista un obbligo di motivare puntualmente la decisione, statuendo che «nell'ambito della giurisdizione arbitrale internazionale non esiste un obbligo di motivare la decisione, ragione per cui è irrilevante che dalla motivazione del lodo non risulti la trattazione della domanda che ritiene essere stata ignorata»¹⁷⁸.

Ciò non deve essere confuso con il requisito che gli arbitri, al fine di rispettare il diritto delle parti ad un giusto processo, considerino nel lodo, o almeno menzionino, gli argomenti adottati dalle parti che siano rilevanti per l'esito della controversia, come si vedrà tra poco¹⁷⁹.

7. Violazione del principio del giusto processo

Ai sensi dell'articolo 190 comma 2(d), le parti possono impugnare un lodo TAS se «è stato violato il principio della parità di trattamento delle parti o il loro diritto di essere sentite». Questa disposizione protegge i diritti procedurali delle parti di cui all'articolo 182.3 LDIP («il tribunale arbitrale deve garantire in ogni caso la parità di trattamento delle parti, nonché il loro diritto d'essere sentite in contraddittorio»), consentendo al Tribunale federale di dichiarare nullo un lodo se durante il procedimento arbitrale

¹⁷⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_635/2012 del 10 dicembre 2012, par. 4.2.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem* (citazioni omesse).

¹⁷⁹ Si veda *infra* al punto 7.2.2.

gli arbitri hanno violato il principio del giusto processo. Ad oggi, il Tribunale federale ha dichiarato la nullità di tre lodi TAS per violazione di tale garanzia procedurale: CAS 2005/A/951 *Cañas v. ATP*,¹⁸⁰ CAS 2007/A/1371 *Urquijo Goitia v. da Silva Muñiz*¹⁸¹, e CAS 2010/O/2166 *FFE, DSB, SSB, FSU, USCF and Karpov 2010 v. Fédération Internationale des Echecs*.¹⁸²

È importante ricordare che, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il principio di buona fede impone alle parti di sollevare senza indugio già nel corso dell'arbitrato qualsiasi allegazione di una violazione dei loro diritti procedurali; in caso contrario, la violazione viene sanata e non si può più impugnare il lodo davanti al Tribunale federale per questo motivo: «la partie qui s'estime victime d'une violation de son droit d'être entendue ou d'un autre vice de procédure doit l'invoquer d'emblée dans la procédure arbitrale, sous peine de forclusion. En effet, il est contraire à la bonne foi de n'invoquer un vice de procédure que dans le cadre du recours dirigé contre la sentence arbitrale, alors que le vice aurait pu être signalé en cours de procédure»¹⁸³.

7.1. Diritto alla parità di trattamento

Un diritto procedurale fondamentale sancito dall'articolo 182 comma 3 LDIP e tutelato dall'articolo 190 comma 2(d) LDIP è il principio della parità di trattamento. In base a tale principio, a tutte le parti devono essere date durante il procedimento arbitrale le medesime opportunità di esporre i fatti e le ragioni in diritto; per rispettare tale dovere, essenzialmente, il Tribunale federale richiede che gli arbitri trattino le parti in modo simile in ogni stadio del procedimento arbitrale: «L'égalité des parties implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens. En vertu de ce principe, le tribunal arbitral doit traiter les parties de manière semblable à toutes les étapes de la procédure»¹⁸⁴.

Tuttavia, gli arbitri non sono obbligati a trattare le parti in un modo assolutamente identico. Ad esempio, talvolta nei procedimenti arbitrali può accadere che una parte chieda una proroga del termine per presentare una memoria quando l'altra ha già puntualmente rispettato la propria scadenza;

¹⁸⁰ Annullato del Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007, *Cañas*.

¹⁸¹ Annullato del Tribunale federale, sentenza 4A_400/2008 del 9 febbraio 2009, *Urquijo Goitia*.

¹⁸² Annullato del Tribunale federale, sentenza 4A_600/2010 del 17 marzo 2011, *Chess Federations*.

¹⁸³ Tribunale federale, sentenza 4A_530/2011 del 3 ottobre 2011, par. 2.2; si veda anche Tribunale federale, sentenza 4A_198/2012 del 14 dicembre 2012, par. 3.2.1.

¹⁸⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizzotti*, par. 4.4.1.

secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, concedere alla parte richiedente una tale proroga (e dunque accordare ad una parte un termine più lungo dell'altra per presentare una memoria) non costituisce di per sé una violazione del diritto alla parità di trattamento se tutte le regole del procedimento arbitrale (quali il regolamento arbitrale o le regole *ad hoc* concordate dalle parti) vengono rispettate. Secondo il Tribunale federale, persino se una parte deposita la sua memoria due giorni dopo la scadenza mentre l'altra parte ha rispettato il proprio termine, ed entrambe le memorie sono ammesse, gli arbitri non violano il diritto alla parità di trattamento; la questione della disparità di trattamento potrebbe sorgere solamente nell'ipotesi in cui le regole applicabili all'arbitrato stabiliscano espressamente l'inammissibilità per le produzioni tardive ovvero nell'ipotesi in cui entrambe le parti abbiano mancato le rispettive scadenze e solo la memoria di una delle parti sia stata esclusa¹⁸⁵.

7.2. *Diritto di essere ascoltati in contraddittorio*

Il secondo elemento del principio del giusto processo garantito dalla LDIP è il diritto di essere ascoltati in contraddittorio: ognuna delle parti ha il diritto di esporre i fatti e gli elementi di diritto, di presentare mezzi di prova rilevanti per il giudizio, di prendere parte alle udienze e di avere accesso al fascicolo dell'arbitrato, nonché il diritto di esaminare e confutare i mezzi di prova e gli argomenti presentati dall'altra parte¹⁸⁶.

7.2.1. *Diritto di presentare prove e argomenti*

Come detto, nell'arbitrato ogni parte ha «le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique,

¹⁸⁵ Tribunale federale, sentenza 4A.244/2007 del 22 gennaio 2008, par. 6.3: «Die Beschwerdeführerinnen sehen eine Verletzung von Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG darin, dass das Schiedsgericht zwei Rechtsschriften der Beschwerdegegnerin nicht aus dem Recht wies, die diese je einen Tag verspätet dem Schiedsgericht eingereicht hatte. Der Beschwerde ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die Parteien in der von ihnen vereinbarten Verfahrensregelung (Terms of Reference) die Rechtsfolge vorgesehen hätten, dass die Nichteinhaltung von Fristen zur Nichtberücksichtigung der entsprechenden Eingaben durch das Schiedsgericht führen müsse. Ist aber die von den Beschwerdeführerinnen befürwortete Rechtsfolge nicht vorgesehen, so ist nicht erkennbar, inwiefern das Schiedsgericht die Parteien im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG ungleich behandelt haben könnte, wenn es dem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerinnen nicht statt gab. Denn dass die Beschwerdeführerinnen selbst ebenfalls Fristen nicht eingehalten hätten und das Schiedsgericht in dieser Situation die von ihnen als Sanktion befürworteten verfahrensrechtlichen Massnahmen ihnen gegenüber tatsächlich ergriffen hätten, bringen sie nicht vor. Dass sie sich selbst ihrerseits an die vereinbarten Fristen gehalten haben, vermag jedenfalls eine Ungleichbehandlung der Parteien durch das Schiedsgericht nicht auszuweisen. Die Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist unbegründet».

¹⁸⁶ Tribunale federale, sentenza 4P.105/2006 del 4 agosto 2006, *Sheikh Hazza*, par. 7.1.

de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral»¹⁸⁷. Tuttavia, non si tratta di un diritto assoluto, in quanto una parte che intende presentare mezzi di prova ed esporre i fatti e gli elementi di diritto deve farlo tempestivamente e in conformità con le norme procedurali applicabili¹⁸⁸.

In effetti, il Tribunale federale ha sottolineato che le parti non hanno il diritto di presentare nuove domande e nuovi mezzi di prova in ogni momento e senza alcuna limitazione, e che non costituisce una violazione del diritto di essere ascoltati il fatto che, ai sensi dell'art. R56 del Codice TAS, ciascuna parte abbia diritto a presentare una sola memoria scritta, visto che comunque nel corso della udienza le parti possono discutere oralmente tutte le questioni controverse¹⁸⁹.

Inoltre, anche quando i mezzi di prova vengono debitamente richiesti, l'organo arbitrale può rifiutarsi di autorizzarli senza per ciò violare il diritto delle parti ad essere ascoltate, nelle seguenti ipotesi individuate dal Tribunale federale:

- (a) se la prova non è idonea a provare il fatto o a formare il convincimento del giudice,
- (b) se il fatto da provare è stato già stabilito sulla base di altre prove,
- (c) se il fatto da provare risulta essere irrilevante,
- (d) se il tribunale arbitrale, in base a una sua precedente valutazione delle prove, giunge alla conclusione di essere già convinto e che il mezzo istruttorio richiesto non potrà modificare la sua convinzione¹⁹⁰.

7.2.2. Mancata considerazione di argomenti o prove rilevanti

Secondo il Tribunale federale, il diritto di essere ascoltati è violato se, per una svista o per la mancata comprensione di una questione, il tribunale arbitrale omette di prendere in considerazione pretese, argomenti o mezzi di prova presentati da una delle parti e rilevanti ai fini della decisione da prendere¹⁹¹. In effetti, il «diritto di essere sentito nella procedura contraddittoria ai sensi dell'art. 190 cpv. 2 lett. d LDIP non esige che una sentenza arbitrale sia motivata. Esso impone tuttavia agli arbitri un dovere minimo

¹⁸⁷ Tribunale federale, sentenza 4A_600-2010 del 17 marzo 2011, *Chess Federations*, par. 4.1.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_612-2009 del 10 febbraio 2010 *Pechstein*, par. 5.3.

¹⁹⁰ Tribunale federale, sentenze 4A_600-2010 del 17 marzo 2011, *Chess Federations*, par. 4.1, e 4A_312/2012 del 1° ottobre 2012, par. 4.1: «Le tribunal arbitral peut refuser d'administrer une preuve, sans violer le droit d'être entendu, si le moyen de preuve est inapte à fonder une conviction, si le fait à prouver est déjà établi, s'il est sans pertinence ou encore si le tribunal, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, parvient à la conclusion que sa conviction est déjà faite et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée ne peut plus la modifier».

¹⁹¹ Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007, *Cañas*, par. 5.2.

di esaminare e trattare i problemi pertinenti. Questo obbligo è violato se a causa di un'inavvertenza o di un equivoco il tribunale arbitrale non prende in considerazione allegati, argomenti, prove e offerte di prove presentati dalle parti e rilevanti per la decisione. Gli arbitri non hanno tuttavia l'obbligo di discutere tutti gli argomenti invocati dalle parti, di modo che non può essere loro rimproverato, prevalendosi di una violazione del diritto di essere sentito, di non aver confutato – almeno implicitamente – un argomento del tutto irrilevante per il giudizio»¹⁹².

Affinché l'impugnazione *de qua* possa essere accolta, la parte ricorrente dinanzi al Tribunale federale deve dimostrare non solo che l'organo arbitrale ha ommesso di esaminare certi elementi di fatto o di diritto o certi mezzi di prova, ma anche che questi elementi o mezzi avrebbero verosimilmente portato a un diverso esito della controversia: «C'est à elle d'établir, d'une part, que le tribunal arbitral n'a pas examiné certains des éléments de fait, de preuve ou de droit qu'elle avait régulièrement avancés à l'appui de ses conclusions et, d'autre part, que ces éléments étaient de nature à influer sur le sort du litige»¹⁹³.

Nel caso *Cañas*¹⁹⁴, l'atleta aveva dedicato ben dodici pagine della sua memoria ad argomenti riguardanti la compatibilità delle regole antidoping a lui applicabili con la legge del Delaware e con le norme antitrust europee e statunitensi che, se accolti, avrebbero determinato un diverso esito della controversia; tuttavia, il collegio arbitrale TAS ignorò tali argomenti nel suo lodo. Il Tribunale federale, pertanto, annullò il lodo spiegando che gli arbitri avrebbero dovuto quanto meno indicare, sia pure solo brevemente, le ragioni per le quali, a loro avviso, le regole cui il ricorrente aveva fatto riferimento non fossero applicabili al caso di specie: «les arbitres auraient-ils dû indiquer, à tout le moins, pourquoi ils considéraient que la réglementation invoquée par le recourant n'était pas applicable en l'espèce»¹⁹⁵.

Il Tribunale federale ha anche precisato che la clausola di salvaguardia formulata in molti lodi arbitrali TAS, con la quale gli arbitri precisano di aver comunque preso in esame tutte le argomentazioni e le prove delle parti anche se non menzionate esplicitamente nelle motivazioni del lodo, è una mera clausola di stile, insufficiente a escludere il rischio della nullità del lodo se in concreto non si sono considerati argomenti o mezzi di prova rilevanti: «une formule stéréotypée que l'on retrouve dans la plupart des sentences du TAS et qui n'a pas plus de valeur qu'une clause de style»¹⁹⁶.

¹⁹² Tribunale federale, sentenza 4A_93/2013 del 29 ottobre 2013, par. 5.2 (citazioni omesse).

¹⁹³ Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007, *Cañas*, par. 5.2.

¹⁹⁴ Lodo CAS 2005/A/951 *Cañas v. ATP*.

¹⁹⁵ Tribunale federale, sentenza 4P.172/2006 del 22 marzo 2007, *Cañas*, par. 5.3.

¹⁹⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_730/2012 del 29 aprile 2013, par. 3.3.2.

7.2.3. *Motivi imprevedibili che prendono le parti di sorpresa*

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, un organo arbitrale deve fondare la propria decisione solo sulle questioni intorno alle quali le parti hanno avuto l'opportunità di discutere. Mentre il principio *jura novit curia* – più correttamente, *iura novit arbiter*¹⁹⁷ – è applicabile al procedimento arbitrale e consente agli arbitri di rinvenire e applicare il diritto *ex officio*¹⁹⁸, con la conseguenza che gli arbitri «peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties»¹⁹⁹, agli arbitri non è consentito prendere le parti di sorpresa. Un organo arbitrale non può dunque fondare la sua decisione su norme o argomenti che non siano stati discussi durante il procedimento e che le parti non avrebbero potuto ragionevolmente immaginare che fossero rilevanti²⁰⁰.

Per esempio, nel caso *Urquijo Goitia*,²⁰¹ il collegio arbitrale TAS ha applicato a sorpresa, senza che fosse stata invocata o discussa nel corso del procedimento, la legge svizzera sul collocamento (la «Legge federale sul collocamento e il personale a prestito») in una controversia tra un agente spagnolo domiciliato in Spagna e un giocatore brasiliano ingaggiato da una squadra portoghese. Il Tribunale federale ha osservato che, sebbene il diritto svizzero fosse in linea di principio applicabile a titolo suppletivo alla controversia – ciò in quanto le regole FIFA prevedono che nelle controversie in materia di trasferimento dei calciatori si applichi in via primaria la normativa FIFA e, in via sussidiaria, il diritto svizzero – (i) nessuna delle parti aveva invocato la legge svizzera sul collocamento, (ii) la legge svizzera sul collocamento si applicava per sua stessa indicazione solo in territorio elvetico e, (iii) data la mancanza di qualsiasi collegamento con la Svizzera della operazione di trasferimento del calciatore, la parte ricorrente non avrebbe potuto prevedere che il TAS avrebbe fondato la propria motivazione su una disposizione evidentemente inapplicabile della legge svizzera sul collocamento²⁰².

Al fine di evitare che si verifichi una situazione simile a quella appena descritta è dunque necessario che gli arbitri TAS invitino le parti a esprimere la loro posizione, in udienza o con memorie scritte, su qualsiasi que-

¹⁹⁷ Cfr. G. KAUFMANN-KOHLER, «*Iura novit arbiter*» – *Est-ce bien raisonnable?*, in A. HÉRITIER LACHAT, L. HIRSCH (a cura di), *De Lege Ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Ginevra, 2004, 71-78.

¹⁹⁸ Tribunale federale, sentenza 4P_114/2001 del 19 dicembre 2001, par. 3a.

¹⁹⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_400/2008 del 9 febbraio 2009, *Urquijo Goitia*, par. 3.1.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Lodo CAS 2007/A/1371 *Urquijo Goitia v. da Silva Muñiz*.

²⁰² Tribunale federale, sentenza 4A_400/2008 del 9 febbraio 2009, *Urquijo Goitia*, par. 3.2.

stione giuridica essi intendano trattare nel lodo e che non sia già stata invocata o discussa dalle parti.

7.2.4. Cosa non è garantito dal diritto ad essere ascoltati

Mentre il diritto ad essere ascoltati protegge le parti nelle situazioni di cui sopra, è importante sottolineare cosa, secondo il Tribunale federale, non è garantito da tale diritto.

In particolare, il diritto ad essere ascoltati non garantisce che gli accertamenti effettuati da un organo arbitrale TAS siano corretti e non siano in contraddizione con le prove; in altri termini, non c'è alcun diritto ad un lodo sensato e coerente. A tale riguardo, il Tribunale federale ritiene che anche un accertamento evidentemente sbagliato e in contraddizione con le prove non sia di per sé sufficiente per annullare un lodo arbitrale, in quanto il diritto ad essere ascoltati non implica il diritto ad avere una decisione materialmente corretta²⁰³.

In secondo luogo, il diritto ad essere ascoltati non conferisce alle parti il diritto di richiedere che un lodo arbitrale indichi le motivazioni complete della decisione presa, anche se, come si è detto, sussiste il requisito minimo di trattare, anche brevemente, le questioni rilevanti per la decisione²⁰⁴.

In terzo luogo, il diritto ad essere ascoltati non implica il diritto ad avere un'udienza pubblica. Infatti, nel caso *Pechstein*, il Tribunale federale ha affermato che, di norma, le udienze negli arbitrati internazionali non sono pubbliche²⁰⁵. Tuttavia, il Tribunale federale ha riconosciuto in un *obiter dictum* che negli arbitrati TAS, dietro richiesta dell'atleta coinvolto, sarebbe a volte auspicabile tenere udienze pubbliche in considerazione dell'importanza di questo foro arbitrale in campo sportivo e della opportunità di infondere fiducia circa l'indipendenza e la correttezza del processo decisionale²⁰⁶. È evidente come tale auspicio del Tribunale federale possa essere accolto solo parzialmente con riguardo alla tenuta di udienze alla presenza del pubblico. Infatti, anche senza tener conto dei problemi logistici, in diverse occasioni una pubblica udienza al TAS potrebbe porre seri problemi di sicurezza, in considerazione del fatto che spesso le parti sono società sportive o atleti con numerosi tifosi o sostenitori e che gli arbitri (a differenza dei giudici statali) non dispongono di ufficiali giudiziari o di for-

²⁰³ Tribunale federale, sentenza 4P.105/2006 del 4 agosto 2006, *Sheikh Hazza*, par. 7.4: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht eine offensichtlich falsche oder aktenwidrige Feststellung für sich allein nicht aus, um einen internationalen Schiedsentscheid aufzuheben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör enthält keinen Anspruch auf einen materiell richtigen Entscheid».

²⁰⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_162/2011 del 20 luglio 2011, *Milutinovic*, par. 2.1.2.

²⁰⁵ Tribunale federale, sentenza 4A_612-2009 del 10 febbraio 2010 *Pechstein*, par. 4.1.

²⁰⁶ *Ibidem*.

ze dell'ordine che possano garantire il mantenimento dell'ordine e della sicurezza nell'aula di udienza.

Sarebbe invece certamente possibile, ed anzi opportuno, che con l'accordo delle parti (e, nei casi disciplinari, su richiesta della sola parte accusata) le udienze TAS vengano trasmesse via internet in *streaming*. Ciò verrebbe incontro al richiamato *obiter dictum* del Tribunale federale e renderebbe probabilmente irrilevante la doglianza sollevata davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo dall'atleta tedesca Claudia Pechstein circa la violazione da parte della Svizzera dell'articolo 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per l'assenza di una udienza pubblica nei procedimenti TAS²⁰⁷. Secondo la prospettazione dell'atleta, la Svizzera sarebbe responsabile del fatto che la sua suprema corte non ha dichiarato nullo il lodo TAS che l'aveva sanzionata a seguito di un procedimento arbitrale senza una pubblica udienza²⁰⁸.

8. *Violazione dell'ordine pubblico*

L'ultima causa di nullità prevista dall'art. 190 comma 2 LPID riguarda l'ipotesi che un lodo arbitrale violi l'ordine pubblico. Nella prassi, è piuttosto raro che il Tribunale federale riscontri questa ipotesi di nullità. In effetti, i due soli casi nei quali il Tribunale federale ha dichiarato la nullità di lodi TAS per violazione dell'ordine pubblico sono stati anche la prima volta dall'entrata in vigore della LDIP – 1° gennaio 1989 – che il Tribunale federale ha accertato che un lodo arbitrale internazionale ha violato l'ordine pubblico, rispettivamente procedurale (il caso CAS 2009/A/1765 *Benfica Lisboa v. Atlético Madrid & FIFA*²⁰⁹) e sostanziale (il caso CAS 2010/A/2261-2263 *Matuzalem & Real Zaragoza v. FIFA*²¹⁰).

La violazione dell'ordine pubblico è l'unico motivo di nullità che può, in qualche misura, consentire al Tribunale federale un riesame nel merito del lodo impugnato. Tuttavia, tale riesame è evidentemente «limitato alla questione della sua compatibilità con l'ordine pubblico»²¹¹; inoltre, per accertare l'incompatibilità di un lodo arbitrale con l'ordine pubblico «non basta un apprezzamento delle prove sbagliato, un accertamento di fatto

²⁰⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 67474/10, *Claudia Pechstein c. Svizzera*, presentato l'11 novembre 2010 e tuttora pendente; si veda *supra* alle note 27 e 72.

²⁰⁸ Lodo CAS 2009/A/1912 & 2009/A/1913 *Claudia Pechstein & Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft v. International Skating Union*, confermato da Tribunale federale, sentenza 4A_612-2009 del 10 febbraio 2010 *Pechstein*.

²⁰⁹ Annullato dal Tribunale federale, sentenza 4A_490/2009 del 13 aprile 2010, *Atlético/Benfica*.

²¹⁰ Annullato dal Tribunale federale, sentenza 4A_558/2011 del 27 marzo 2012, *Matuzalem*.

²¹¹ Tribunale federale, sentenza 4A_4/2010 del 10 marzo 2010, par. 3.1, riprodotta in *ASA Bulletin*, 2010, vol. 28, 848.

manifestamente errato o la chiara violazione di una norma di diritto applicabile»²¹².

Secondo il Tribunale federale, la nozione di ordine pubblico non mira a proteggere in senso stretto l'ordinamento svizzero ma presenta un carattere transnazionale, sebbene filtrato attraverso i valori e la sensibilità dei giudici svizzeri: «une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique»²¹³.

In effetti, da una parte il limite dell'ordine pubblico ha una «funzione sopranazionale» e si estende oltre i confini del sistema giuridico svizzero, in quanto si tratta di una sorta di «valvola di sicurezza» che, mediante il controllo dei lodi arbitrati, tutela i principi fondamentali di cui ogni Stato dovrebbe assicurare il rispetto: «D'un côté, l'on a affaire à une soupape de sécurité qui sert à préserver des principes cardinaux dont tout Etat – dans l'idéal – devrait assurer le respect en sanctionnant, au besoin, une sentence pourtant conforme à la procédure et au droit applicables; c'est la fonction supranationale de la réserve de l'ordre public».²¹⁴

Dall'altra parte, il limite dell'ordine pubblico ha necessariamente un «tratto elvetico» in quanto deve essere applicato dal giudice svizzero, il quale necessariamente privilegerà certi valori civili, sociali e culturali rispetto ad altri ed identificherà i principi fondamentali inderogabili da un lodo arbitrale sulla base della propria sensibilità e dei valori essenziali dei quali è impregnata la comunità nella quale vive: «D'un autre côté, le juge suisse, qui ne vit pas dans un *no man's land* mais dans un pays se rattachant à une civilisation donnée où l'on privilégie certaines valeurs par rapport à d'autres, est amené à identifier lesdits principes en fonction de sa propre sensibilité et des valeurs essentielles dont est empreinte cette civilisation; c'est le trait helvétique de la réserve de l'ordre public»²¹⁵.

Pertanto, il Tribunale federale procede a dichiarare un lodo arbitrale incompatibile con l'ordine pubblico, e dunque nullo, «quando – e ciò sia nella motivazione che nell'esito – misconosce quei valori essenziali e largamente riconosciuti che, secondo la concezione predominante in Svizzera, dovrebbero costituire il fondamento di ogni ordinamento giuridico»²¹⁶.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Tribunale federale, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai*, par. 2.2.2.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_4/2010 del 10 marzo 2010, par. 3.1, riprodotta in *ASA Bulletin*, 2010, vol. 28, 848; in termini identici, in francese, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai*, par. 2.2.3: «on pourrait dire qu'une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique».

La concreta applicazione di tale nozione di ordine pubblico è tutt'altro che agevole e tende a dare poche certezze ai tribunali arbitrali con sede in Svizzera (e dunque a tutti gli organi arbitrali TAS) al momento di deliberare un lodo. Infatti, il Tribunale federale ha segnalato in più di un'occasione che l'ordine pubblico è un concetto giuridico indeterminato, difficile da valutare e da definire univocamente, e che l'essenza, la natura e i contorni dell'ordine pubblico restano sfuggenti: «Notion juridique indéterminée, l'ordre public est difficile à cerner et ne se prête guère à une définition passe-partout. ... L'essence, la nature et les contours de l'ordre public restent encore fuyants. ... Le caractère insaisissable de l'ordre public est peut-être inhérent à cette notion même, étant donné sa trop grande généralité»²¹⁷.

Come già accennato, la giurisprudenza del Tribunale federale distingue tra la nozione di «ordine pubblico procedurale» e quella di «ordine pubblico sostanziale».

8.1. *Ordine pubblico procedurale*

L'ordine pubblico procedurale costituisce una garanzia accessoria e residuale, in quanto questo motivo di nullità può essere invocato solo quando nessuna delle altre violazioni procedurali previste dall'art. 190 comma 2 LDIP – irregolare nomina o costituzione del tribunale arbitrale, erronea decisione sulla competenza arbitrale, decisione *ultra, infra* o *extra petita*, violazione del diritto a un giusto processo – possono essere invocate. In altre parole, questa ipotesi di nullità riguarda essenzialmente violazioni procedurali che il legislatore non aveva in mente e non ha esplicitamente menzionato quando ha redatto l'art. 190 comma 2 LDIP²¹⁸.

Secondo il Tribunale federale, l'ordine pubblico procedurale tutela principi procedurali fondamentali e generalmente riconosciuti, la cui violazione da parte di un lodo arbitrale contraddice il senso di giustizia in maniera intollerabile, rendendo tale lodo incompatibile con i valori e l'ordinamento giuridico di uno Stato di diritto²¹⁹.

²¹⁷ *Ibidem*, par. 2.1, citazioni omesse.

²¹⁸ Tribunale federale, sentenza 4A_488/2011 del 18 giugno 2012, *Pellizotti*, par. 4.5: «Selon une jurisprudence constante, l'ordre public procédural, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est qu'une garantie subsidiaire ne pouvant être invoquée que si aucun des moyens prévus à l'art. 190 al. 2 let. a à d LDIP n'entre en ligne de compte. Ainsi conçue, cette garantie constitue une norme de précaution pour les vices de procédure auxquels le législateur n'aurait pas songé en adoptant les autres lettres de l'art. 190 al. 2 LDIP. Elle n'a nullement pour but de permettre à une partie de soulever un moyen entrant dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 let. a à d LDIP, mais irrecevable pour une autre raison».

²¹⁹ Tribunale federale, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai*, par. 2.2.1: «il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit».

Ad esempio, se un tribunale arbitrale ignora il principio della *res iudicata* e decide una questione che era stata già decisa dallo stesso o da un altro tribunale arbitrale, ovvero da un giudice statale, commette una chiara violazione dell'ordine pubblico procedurale, in quanto non tiene conto degli effetti definitivi e preclusivi (positivi e negativi) ricollegati alla *res iudicata*²²⁰. Il Tribunale federale precisa, tuttavia, che gli effetti della *res iudicata* sono limitati al dispositivo della precedente sentenza statale o arbitrale e non si estendono alle motivazioni, dal momento che queste ultime sono rilevanti solo per chiarire il dispositivo²²¹.

Il lodo TAS *Atlético/Benfica*²²² è stato dichiarato nullo dal Tribunale federale proprio perché il collegio arbitrale non aveva tenuto conto di una precedente sentenza del Tribunale commerciale di Zurigo riguardante la stessa questione e resa su una impugnazione di una decisione FIFA presentata ai sensi dell'art. 75 cod. civ. svizzero. Il Tribunale federale ha considerato che, sebbene le parti del procedimento TAS non coincidessero perfettamente con quelle davanti al giudice statale (nel processo davanti al Tribunale commerciale di Zurigo il club portoghese Benfica non era parte), il principio della *res iudicata* fosse comunque violato perché una sentenza di annullamento di una decisione di un'associazione ai sensi dell'art. 75 cod. civ. svizzero ha valore *erga omnes* per tutti i membri dell'associazione e, pertanto, preclude ad ogni altro membro dell'associazione stessa di agire nuovamente in giudizio sulla medesima questione, tanto davanti ad un tribunale arbitrale quanto davanti all'autorità giudiziaria ordinaria²²³.

8.2. Ordine pubblico sostanziale

Secondo il Tribunale federale, un lodo arbitrale viola l'ordine pubblico sostanziale quando contraddice alcuni principi giuridici fondamentali di diritto materiale, al punto da non poter essere compatibile con il sistema di valori primari che dovrebbero costituire la base di ogni ordinamento giuridico secondo le opinioni prevalenti in Svizzera²²⁴.

²²⁰ Cfr. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Res Judicata and Arbitration*, Rapporto dell'International Commercial Arbitration Committee alla XXI Conferenza ILA, Toronto, 2006, in www.ila-bq.org/en/committees/index.cfm/cid/19.

²²¹ Tribunale federale, sentenza 4A_490/2009 del 13 aprile 2010, *Atlético/Benfica*, par. 2.1: «Die Rechtskraftwirkung beschränkt sich auf das Urteilsdispositiv. Die Urteilsbegründung wird davon nicht erfasst. Die Urteilerwägungen haben in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung, sind aber gegebenenfalls zur Klärung der Tragweite des Urteilsdispositivs beizuziehen».

²²² CAS 2009/A/1765 *Benfica Lisboa v. Atlético Madrid & FIFA*.

²²³ Tribunale federale, sentenza 4A_490/2009 del 13 aprile 2010, *Atlético/Benfica*, par. 2.2.2.

²²⁴ Tribunale federale, sentenza 4A_558/2011 del 27 marzo 2012, *Matuzalem*, par. 4.1: «Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streitigen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verkennt und daher mit der wesentlichen,

Il Tribunale federale è solito elencare tra i principi di ordine pubblico sostanziale la norma *pacta sunt servanda*, il divieto di abuso del diritto, il canone di buona fede, il divieto di esproprio senza indennizzo, il divieto di discriminazione e la protezione dei minori e degli altri soggetti che difettano della capacità di agire²²⁵.

Il Tribunale federale ripete costantemente questo elenco senza particolari variazioni, ma lo fa sempre a titolo meramente esemplificativo²²⁶. Ad esempio, sebbene si tratti di un'ipotesi non menzionata in tal elenco, non vi può essere alcun dubbio che il Tribunale federale dichiarerebbe nullo per violazione dell'ordine pubblico sostanziale un lodo arbitrale che condannasse una parte a pagare una tangente prevista da un contratto²²⁷.

Un altro esempio paradigmatico di violazione dell'ordine pubblico sostanziale si ha nell'ipotesi in cui un lodo arbitrale si ponga in contrasto con gli articoli 27 e 28 cod. civ. svizzero, vale a dire le norme che proteggono nell'ordinamento elvetico i diritti della personalità, identificati con i diritti fondamentali di un individuo che sono inerenti alla persona per il solo fatto di esistere. Nel caso *Matuzalem*, il Tribunale federale ha ritenuto che la sanzione imposta al giocatore dalla FIFA, e confermata dal TAS²²⁸, consistente in una squalifica *sine die* per non aver pagato un indennizzo al suo precedente club, violava il divieto di impegni eccessivi previsto dall'art. 27.2 cod. civ. svizzero²²⁹. Secondo il Tribunale federale, una sanzione sportiva che comporta la squalifica a livello mondiale di un giocatore professionista in relazione a tutte le attività calcistiche, fino a quando questi non sia in grado di pagare un importo enorme a titolo di indennizzo (più di 11 milioni di Euro, oltre a un interesse annuo del 5%), determina una violazione dei suoi diritti della personalità e, pertanto, una violazione dell'ordine pubblico sostanziale, in quanto, di fatto, la sanzione lo priverebbe per sempre della possibilità di guadagnare a sufficienza per consentirgli di onorare il suo debito²³⁰.

Qualche cautela è necessaria con riguardo al principio *pacta sunt servanda*, che il Tribunale federale, pur riconoscendolo come facente parte

weitgehend anerkannten Wertordnung schlechthin unvereinbar ist, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte».

²²⁵ Tribunale federale, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai*, par. 2.2.1: «au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables».

²²⁶ Tribunale federale, sentenza 4A_458/2009 del 10 giugno 2010, par. 4.1.

²²⁷ Si veda Tribunale federale, sentenza 4P_208/2004 del 14 dicembre 2004, par. 6.1. Cfr. A.T. MARTIN, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, in *Transnational Dispute Management*, 2004, vol. I, n. 2, 1-55, segnatamente 4-6.

²²⁸ CAS 2010/A/2261-2263 *Matuzalem & Real Zaragoza v. FIFA*.

²²⁹ Tribunale federale, sentenza 4A_558/2011 del 27 marzo 2012, *Matuzalem*, par. 4.3.5.

²³⁰ *Ibidem*, par. 4.3.4.

dell'ordine pubblico sostanziale, interpreta in modo così restrittivo da potersi ritenere che, in concreto, sarà ben difficile che un lodo arbitrale venga *mai* dichiarato nullo per violazione di tale principio.

Invero, secondo il Tribunale federale, quand'anche un lodo arbitrale esponga una interpretazione di un contratto palesemente errata o irragionevole, tale principio non sarebbe comunque violato: «Il principio *pacta sunt servanda*, nel senso restrittivo attribuitogli dalla giurisprudenza relativa all'art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP, è violato solamente qualora l'arbitro rifiuti di applicare una clausola contrattuale dopo averne ammesso il carattere vincolante, oppure, al contrario, qualora imponga alle parti il rispetto di una clausola che ha dichiarato inapplicabile. In altre parole, l'autorità arbitrale deve aver applicato o rifiutato di applicare una disposizione contrattuale ponendosi in contraddizione con il risultato della propria interpretazione in merito all'esistenza e/o al contenuto dell'atto giuridico litigioso. Né il processo d'interpretazione delle pattuizioni contrattuali né il suo risultato rientrano, per contro, nel campo di applicazione del principio della lealtà contrattuale – e, quindi, dell'art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP – di modo ch'essi sfuggono all'esame del Tribunale federale. È già stato d'altro canto evidenziato a più riprese che la quasi totalità del contenzioso fondato sulla violazione del contratto è esclusa dal campo di protezione del principio *pacta sunt servanda*»²³¹.

9. Osservazioni conclusive

Negli ultimi venti anni il Tribunale federale ha attentamente esaminato molti lodi arbitrali internazionali emessi da organi arbitrali TAS e, sino ad oggi, ha annullato non più di una decina di lodi. Considerando che il numero di impugnazioni contro lodi TAS è aumentato in modo esponenziale, al punto che negli ultimi anni circa la metà delle impugnazioni al Tribunale federale di lodi arbitrali internazionali riguardano lodi TAS²³², il numero dei lodi TAS annullati appare statisticamente in linea con gli annullamenti dei lodi arbitrali commerciali²³³.

In considerazione di ciò, non sembra esserci un particolare problema di qualità dei lodi TAS (per lo meno, non maggiore del più generale problema della qualità dei lodi arbitrali internazionali). In ogni caso, gli arbitri

²³¹ Tribunale federale, sentenza 4A_4/2010 del 10 marzo 2010, par. 3.1; riprodotta in *ASA Bulletin*, vol. 28, 2010, 848; cfr. anche Tribunale federale, sentenza 4A_176/2008 del 23 settembre 2008, *Bouza/Lavalle*, par. 5.2.

²³² A. RIGOZZI, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, cit. *supra* nota 29, 1.

²³³ Cfr. H. STUTZER, M. BÖSCH, *Federal Supreme Court overturns a CAS Award for lack of jurisdiction – has the CAS a quality issue? No!*, in *Arbitration Newsletter Switzerland*, 3 aprile 2013.

TAS dovrebbero fare uno sforzo ulteriore per emettere lodi di maggiore qualità e, in particolare, dovrebbero analizzare attentamente la giurisprudenza del Tribunale federale al fine di evitare di emettere lodi che successivamente potrebbero essere annullati.

In effetti, la funzione fondamentale che assunto il Tribunale federale nel campo della giustizia sportiva internazionale è proprio quella di esercitare un'attenta supervisione dei lodi arbitrati del TAS. Tale controllo funge certamente da deterrente a comportamenti non rispettosi dei diritti delle parti da parte degli arbitri del TAS, anche se l'atteggiamento magnanimo del Tribunale federale nei confronti dell'istituto dell'arbitrato in generale, e del TAS in particolare, rende passibili di annullamento solo i lodi nei quali la violazione dell'art. 190 comma 2 LDIP sia stata alquanto evidente.

Alla luce del detto atteggiamento del Tribunale federale e dell'esiguo numero di lodi TAS che sono stati annullati, le parti e i loro difensori dovrebbero analizzare attentamente la giurisprudenza del Tribunale federale ed essere consapevoli che le possibilità di ottenere che un lodo TAS venga dichiarato nullo sono modeste, mentre i costi non sono trascurabili. Invero, si può agevolmente constatare, leggendo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa ai lodi TAS, che molte impugnazioni per nullità vengono intraprese nonostante siano assolutamente senza speranza. Il motivo di tali impugnazioni con scarsissime probabilità di successo va ricondotto a due peculiari situazioni del settore sportivo, che non trovano eguali nell'arbitrato commerciale.

Da un lato, molti lodi TAS riguardano sanzioni disciplinari di squalifica di atleti professionisti da ogni attività sportiva per periodi anche pluriennali (ad esempio, sanzioni dovute a doping o a scommesse illecite). In tale situazione, vista la brevità della carriera sportiva, un atleta di alto livello tenta comunque tutte prima di accettare una sanzione che può, di fatto, porre termine alla sua carriera agonistica, o comunque pregiudicarla notevolmente, e che in ogni caso proietta il danno d'immagine anche sul suo futuro (con evidenti ricadute sulle eventuali successive attività di tipo tecnico, dirigenziale, giornalistico o promo-pubblicitario).

Dall'altro lato, molti lodi TAS riguardano società calcistiche (nonché di altri sport) con numerosi tifosi e appassionati e, a causa della pressione dell'opinione pubblica, è molto difficile per i dirigenti e proprietari del club accettare un lodo TAS sfavorevole senza tentare tutte le strade per ribaltarlo.

Insomma, il contenzioso TAS riguarda spesso persone fisiche e giuridiche che, di fatto, non hanno il lusso di poter analizzare la situazione giuridica e valutare freddamente i potenziali costi e benefici di un'impugnazione davanti al Tribunale federale, come invece normalmente avverrebbe per una impresa soccombente in un arbitrato commerciale. Ciò può spiegare la grande quantità di impugnazioni di lodi TAS cui si è assistito negli ultimi anni.

Lo stesso tipo di motivazioni psicologiche da parte dei ricorrenti è probabilmente alla base delle ulteriori azioni amministrative o giudiziarie che alcuni atleti hanno tentato quando l'arbitrato TAS e il successivo giudizio del Tribunale federale non sono andati nel senso sperato. È questo il caso sia delle denunce presentate da alcuni atleti alla Commissione dell'Unione europea lamentando la violazione del diritto europeo della concorrenza²³⁴, sia dei ricorsi presentati da alcuni atleti, sia dei tentativi di alcuni atleti e società sportive di negare efficacia ai lodi TAS in altri Stati facendo ricorso all'eccezione di ordine pubblico prevista dalla Convenzione di New York del 1958²³⁵ contro lo Stato elvetico alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dei loro diritti umani²³⁶.

È evidente che se alcune di queste ulteriori azioni avranno successo, il Tribunale federale potrebbe vedersi costretto a mutare la propria giurisprudenza con riguardo ai lodi TAS.

Ciò avverrebbe certamente nel caso in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo dovesse accogliere uno dei ricorsi contro la Svizzera relativi proprio ad alcuni profili dell'attuale giurisprudenza del Tribunale federale rispetto al TAS (in particolare, la giurisprudenza sull'ammissibilità delle clausole compromissorie vincolanti gli atleti *per relationem*, incisivamente criticata in un lunghissimo *obiter dictum* dal Tribunale distrettuale di Monaco di Baviera²³⁷).

Sarebbe invece ben più difficile che ciò avvenga se la Commissione europea dovesse riscontrare che alcune regole di organizzazioni sportive violano le norme europee sulla concorrenza; in effetti, il Tribunale federale ha detto nella sentenza *Tensacciai* che le norme antitrust non sono da considerarsi parte dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 190 comma 2(e) e che, pertanto, la loro violazione da parte di un tribunale arbitrale con sede in Sviz-

²³⁴ Si veda in particolare il caso *Meca-Medina* con le decisioni della Commissione europea (decisione 1° agosto 2002, caso COMP/38158 *Meca-Medina et Majcen c. CIO*), del Tribunale dell'Unione europea (sentenza 30 settembre 2004, causa T-313/02, *Meca-Medina & Majcen*, in *Raccolta*, 2004, II-03291) e della Corte di giustizia (sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04, *Meca-Medina & Majcen*, in *Raccolta*, 2006, I-06991). Si vedano i seguenti commenti: M. COCCIA, *Applicable law in CAS proceedings: what to do with EU law?*, in M. BERNASCONI, A. RIGOZZI (a cura di), *Sport Governance, Football Disputes, Doping and CAS Arbitration*, Berna, 2009, 75-85; R. SUBIOTTO, *How a Lack of Analytical Rigour has Resulted in an Overbroad Application of EC Competition Law in the Sports Sector*, in *International Sports Law Review*, 2009, vol. 9, n. 2, 21-29.

²³⁵ Si vedano le due sentenze dell'Oberlandesgericht München e dell'Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen citate *supra* alla nota 34.

²³⁶ Si vedano i già citati ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo n. 40575/10 del 13 luglio 2010, *Mutu c. Svizzera*, e n. 67474/10 dell'11 Novembre 2010, *Pechstein c. Svizzera*, tuttora pendenti; v. *supra* nota 27.

²³⁷ Landesgericht München I, sentenza 26 febbraio 2014, caso n. 37 O 28331/12, in <http://openjur.de/u/678775.html>; si veda il commento di V.C. ROMANO, *Nullità di clausole compromissorie negli arbitrati sportivi per squilibrio strutturale tra i contraenti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, vol. 28, 542-548.

zera non può giustificare l'annullamento del relativo lodo arbitrale²³⁸. Tuttavia, in tal caso, il problema probabilmente non giungerebbe affatto dinanzi al Tribunale federale, perché le organizzazioni sportive in questione sarebbero comunque indotte a modificare subito le proprie regole per evitare l'imposizione di sanzioni da parte della Commissione europea.

²³⁸ Tribunale federale, sentenza 4P.278/2005 dell'8 marzo 2006, ATF 132 III 389, *Ten-sacciai*, riprodotta in *Bullettin ASA*, 2006, 521, con nota di PH. LANDOLT, nonché in *Revue Suisse de Droit International et Européen*, 2007, 87, con nota di F. KNOEPFLER.

