

SOMMARIO: 1. Sviluppo delle riflessioni. – 2. Stato attuale dell'arbitrato in Italia dopo la riforma della giustizia sportiva. – 3. Consenso all'arbitrato: formale o sostanziale? – 4. Le recenti vicende della *Court of arbitration for sport*: tutela arbitrale e tecnica del processo. – 5. L'arbitrato sportivo come “better alternative”. – 6. Il mito dell'arbitrato irrituale.

1.- La domanda che sta al fondo di queste brevi considerazioni è: l'arbitrato può svolgere un ruolo parimenti o più efficace, rispetto agli altri mezzi di soluzione dei conflitti, per assicurare i valori dello sport? Se sì, a quali condizioni?

Non aspiro ad una risposta definitiva, ma spero in qualche spunto suscettibile di ulteriori riflessioni.

E' un periodo “caldo” per l'arbitrato sportivo: sul fronte internazionale è sul tappeto la sua stessa legittimità (v. *infra*); sul fronte italiano, il Coni, nel rivedere l'intero sistema di giustizia sportiva con il codice del 2014, sembra aver voluto ridimensionare il suo ruolo, probabilmente per via dei risultati non del tutto soddisfacenti avuti con l'esperienza passata. Eppure questo strumento di soluzione delle liti ha grandi potenzialità, specie se visto nella sua dimensione internazionale: dimensione imprescindibile dato che il talento e la competizione non hanno nazionalità².

I valori che lo sport esprime hanno bisogno di un sistema di risoluzione dei conflitti che assicuri decisioni uniformi, pronunciate in tempi rapidissimi da giudici altamente specializzati. L'arbitrato, se ben congegnato, è in grado di assicurare tutto questo.

Quanto dirò si snoda in quattro passaggi.

Dopo aver brevemente dato conto dello stato attuale in Italia - con una necessaria precisazione circa la differenza fra arbitrato e pregiudiziale sportiva, allo scopo di evitare fraintendimenti nella parte successiva del discorso -, passo alla questione nodale, vale a dire il problema del consenso all'arbitrato.

Alla luce di un breve *excursus* sull'esperienza più significativa in campo internazionale, cioè la Corte arbitrale per lo sport di Losanna (Cas), giungo all'idea centrale.

¹ Questo lavoro trae spunto dalla relazione svolta il 3 dicembre 2015 a Roma, presso il Coni, durante il Convegno su “Il giusto processo sportivo”, in occasione della presentazione della Rivista di diritto sportivo.

² A. RIGOZZI, *Arbitrato e sport*, in <http://www.lk-k.com/data/document/rigozzi-arbitrato-sport-profilo-problematici-alla-luce-dell-esperienza-del-tas-2004.pdf>, p. 18 ss.

Nel settore dello sport possono darsi squilibri fra le parti e vengono in gioco valori di interesse pubblicistico: perciò, dev'essere assicurata, dalla legge o dalla volontà delle parti (preferibilmente tramite un arbitrato amministrato), una "tecnica arbitrale" in grado di assicurare un equo bilanciamento fra le parti e gli interessi della collettività.

A queste condizioni, l'arbitrato sportivo può giocare un ruolo importante: non più soltanto un rimedio alternativo ai sistemi di giustizia statale, ma una vera e propria *better alternative*, in grado di soddisfare pienamente gli interessi in gioco: quelli degli atleti, delle società sportive, delle federazioni, dei Comitati olimpici, dei terzi coinvolti a vario titolo nelle manifestazioni sportive ed in ultima analisi di tutti noi, che godiamo dello sport come di un valore fondamentale per la formazione dell'individuo all'interno della comunità.

L'idea è comune ad altre situazioni, che ho altrove definito di "ordine pubblico di protezione": il consumo, il lavoro, la famiglia sono tutti settori profondamente eterogenei, ma accomunati dall'esigenza di assicurare speciali garanzie, per tutelare le parti deboli e affermare valori di interesse pubblico, di regola espressi tramite una normativa inderogabile.

2. – E' mia convinzione che l'arbitrato vada nettamente distinto, sia dal punto di vista concettuale che da quello applicativo, dal vincolo sportivo.

L'arbitrato è, secondo l'accezione che preferisco, un mezzo privato per accertare diritti soggettivi ed interessi legittimi compromettibili: esso sostituisce il rimedio giurisdizionale pubblico, assicurando una piena fungibilità con quest'ultimo.

Per vincolo di giustizia, o pregiudiziale sportiva, intendo invece l'obbligo di rivolgersi agli organi endosportivi (siano essi endo o esofederali), per tutti i conflitti inerenti la materia sportiva, a prescindere dalla loro natura³: proprio perchè si tratta di una "pregiudiziale", non sostituisce il rimedio giurisdizionale, quando quest'ultimo sia accordato.

Sottolineo l'ultimo inciso perché occorre tenere bene presente la distinzione, il cui fondamento si trova nella l. n. 280 del 2003, fra controversie sportive rilevanti e non rilevanti (tecniche e disciplinari, nei limiti di quanto stabilito dalla Corte costituzionale⁴) per l'ordinamento giuridico statale⁵.

Mentre l'arbitrato può afferire unicamente alle controversie sportive di primo tipo, il vincolo di giustizia può riguardare, potenzialmente, entrambe le categorie.

Sgombrato dunque il campo dalle materie irrilevanti, quelle rilevanti riguardano *a)* liti patrimoniali altrimenti devolute all'autorità giurisdizionale ordinaria; *b)* liti aventi ad oggetto atti del Coni (a struttura pubblica) o delle federazioni (a struttura privata *ex l. n. 242 del 99*), lesivi di diritti soggettivi o interessi legittimi.

³ P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Milano, 2015, p. 62, parla di legittima difesa dell'ordinamento sportivo attraverso l'imposizione del vincolo di giustizia.

⁴ Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, in *Giur. cost.*, 2011, p. 664, con nota di G. MANFREDI e DI TODARO; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1997, con nota di F. PAVONI; in *Foro it.*, 2011, I, p. 2602, con nota di A. PALMIERI.

⁵ Mi permetto di rinviare al mio *Quel che resta dell'arbitrato sportivo*, in *Riv. dir. sportivo*, 2015, p. 51 ss.

Ebbene, come si pone il vincolo di giustizia in rapporto all'arbitrato, in questi casi?

Astrattamente si potrebbero imboccare tre vie:

- a) o si attua un concorso fra i due strumenti: dapprima il ricorso alla giustizia endosportiva e poi l'arbitrato, che impedisce di rivolgersi al giudice se non per la strada (stretta) dell'impugnazione del lodo;
- b) oppure si sceglie in via esclusiva l'arbitrato, saltando direttamente i gradi di giustizia sportiva;
- c) o infine si impone unicamente la pregiudiziale endosportiva, escludendo l'arbitrato, sicché la controversia sarà sempre riesaminabile dal giudice ordinario o amministrativo, a seconda del criterio di giurisdizione.

Mi sembra che dall'analisi del nuovo sistema di giustizia sportiva voluto da Coni emergano due linee direttive: favorire la scelta arbitrale diretta per le liti patrimoniali⁶, preferendo la via *sub a)* e costituire una pregiudiziale di giustizia sportiva per le liti su decisioni di federazioni e Coni (controversie c.d. amministrative) con successiva tutela giurisdizionale pubblica, privilegiando la via *sub c)*.

Da un lato, l'arbitrato nelle controversie di lavoro sportivo (tipica lite su diritti soggettivi patrimoniali devoluta all'autorità giurisdizionale ordinaria) continua ad essere previsto senza che, almeno a quanto sembra, vi sia necessità di ricorrere previamente ai gradi della giustizia sportiva.

D'altro lato, l'organo sportivo in cima alla piramide, cioè il Collegio di garanzia, ha chiaramente natura di corte endosportiva, una sorta di Corte di cassazione deputata al giudizio di legittimità sui provvedimenti dei giudici sportivi⁷.

Ciò non toglie che si possa fare un passo indietro e tornare a valorizzare l'arbitrato anche nelle liti c.d. amministrative (previsto, fra l'altro, anche dalla l. n. 280 del 2003)⁸.

Anzi, sembra quasi che il nuovo codice di giustizia sportiva abbia voluto lasciare uno spiraglio aperto, prevedendo che il Collegio di garanzia possa giudicare in unico grado, nei casi in cui lo stesso Coni si riservi di prevederlo, anche con riferimento ai conflitti interni alle federazioni; non è da escludere che, in queste ipotesi, si possa parlare di un vero e proprio arbitrato.

Né a mio avviso, ci si può parare dietro lo schermo dell'inarbitrabilità degli interessi legittimi. A parte il fatto che non tutte le situazioni lese da provvedimenti endosportivi consistono in interessi legittimi, che questi ultimi non siano disponibili è tutto da dimostrare: mentre la giurisprudenza è ancora timida, la più recente dottrina sta

⁶ V. l'art. 4 del codice di giustizia sportiva del Coni; la disposizione sembra infatti intendere che i collegi arbitrali siano un *alterum*, rispetto ai giudici federali (cioè al sistema del vincolo sportivo; diff. P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Milano, 2015, p. 60).

⁷ F. AULETTA, *Il tramonto dell'arbitrato nel nuovo orizzonte della giustizia sportiva*, in *Riv. Arb.*, 2014, p. 641 ss., osserva come, in precedenza, un nuovo grado di merito fosse eccessivo, dopo l'esaurimento di due gradi di giustizia sportiva.

⁸ S. NETZLE, *Sports arbitration: what are its limits as a model for other fields of arbitration?* in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, *ASA Special Series No. 41*, a cura di E. Geisinger e E. Trinaldo-De Mestral, Ginevra, 2015, p. 17 ss.

individuando crepe sempre più profonde nel muro dell'indisponibilità dell'interesse legittimo⁹.

Comunque sia, ciò che dev'esser chiaro – e non sempre lo è stato – è che, a differenza del vincolo sportivo, il ricorso agli arbitri esclude quello al giudice statale, operando, per l'arbitrato rituale, il sistema di raccordo emergente dagli artt. 817 e 819-ter c.p.c.¹⁰

Anche se l'arbitrato fosse cumulato con il vincolo sportivo, resterebbe pur sempre questa fondamentale differenza.

Non si può dunque, come fa la Cassazione¹¹, confondere i due rimedi, affermando che il vincolo sportivo si risolverebbe nella natura irrituale dell'arbitrato, come rinuncia completa alla giurisdizione statale: anche l'arbitrato rituale lo è (o, meglio, entrambi non significano rinuncia all'azione giudiziale, ma scelta di un'azione diversa e fungibile).

Neppure si può differenziare¹² fra arbitrato esofederale ed arbitrato endofederale, quest'ultimo da intendersi incluso nel più ampio sistema della giustizia sportiva. L'arbitrato, infatti, è un ~~tipo~~ istituto unitario: se gli organi sportivi decidono di sperimentarlo, esso si affiancherà al sistema parallelo di giustizia endoassociativa, rimanendo peraltro su un piano e con una natura totalmente eterogenea.

3. – A questo punto è pregiudiziale chiedersi se l'arbitrato possa avere piena legittimazione nel contenzioso sportivo: tutto si incentra sulla questione del consenso.

I soggetti potenzialmente coinvolti sono molti e variegati: gli atleti tesserati e i c.d. ausiliari sportivi (tecnici istruttori, allenatori, maestri, dirigenti, arbitri, procuratori sportivi ecc.); le società e le associazioni sportive, le federazioni, gli enti di promozione, il Coni; altre figure eterogenee come i gestori degli impianti di risalita o degli impianti sportivi, gli allenatori di cavalli, ecc.

Per ognuno di questi soggetti, l'assenso alle clausole compromissorie contenute negli statuti e negli atti regolatori dei soggetti sportivi assume contorni diversi.

Va subito detto che la questione è di limiti soggettivi e non oggettivi: quando un soggetto non ha espresso alcun consenso compromissorio, nè in via esplicita, sottoscrivendo la clausola arbitrale, nè con rinvio a documenti che la contengono, il solo fatto che la lite abbia natura "sportiva" non importa il vincolo all'arbitrato.

⁹ Si v., anche per ulteriori citazioni, F. GOISIS, *La giustizia sportiva fra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, p. 233, nonché G. LUDOVICI, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c.: e quindi astrattamente compromettibili*, p. 147 ss., proprio con riguardo ad una pronuncia del Tnas, (15 novembre 2011) annotata dall'autore.

¹⁰ L'art. 15 del Codice giustizia sportiva della Federazione italiana giuoco calcio (Figc) stabilisce, ad esempio, che, nel caso di violazione della clausola compromissoria, si hanno conseguenze disciplinari endosportive, ma, quando si tratta di arbitrato, a fianco di queste sanzioni opera anche il sistema di coazione dettato dalle norme citate nel testo.

¹¹ Cass., 28 settembre 2005, n. 18919, in *Dejure*.

¹² P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *op. cit.*, p. 355.

Ciò posto, focalizzo l'attenzione sul caso più delicato, cioè il consenso arbitrale dell'atleta (o di altri soggetti individuali come tecnici ecc.): caso che desta ampio dibattito fra gli interpreti, per via delle vicende riguardanti la Corte arbitrale per lo sport di Losanna.

Per tutte le altre ipotesi, varranno gli stessi principi, pur suscettibili di applicazioni pratiche diverse, a seconda delle diverse fattispecie che si presentano¹³.

Il problema sta nel fatto che l'atleta presta il proprio consenso all'arbitrato quando, all'atto del tesseramento, accetta le regole contenute nello statuto della federazione, ivi compresa la clausola compromissoria.

L'approccio al suddetto problema può essere di tipo formale-strutturale¹⁴, oppure di tipo sostanziale-funzionale.

Dal punto di vista formale, le questioni che si pongono dalla prospettiva dell'ordinamento italiano sono le seguenti.

a) Occorre la doppia sottoscrizione *ex art.* 1341 c.c.?

La sua operatività è giustamente esclusa dalla giurisprudenza italiana, secondo cui non si tratta di aderire a contratti in serie o predisposti da un solo contraente, bensì di accettare le regole del gruppo, da parte di un soggetto che aspira a farvi parte¹⁵.

b) Il consenso espresso dall'atleta è con evidenza, *per relationem*. Ne segue che, stando all'orientamento ormai consolidato dei giudici di legittimità, affinché l'accettazione sia valida occorre una *relatio perfecta*¹⁶. Il che significa, in sostanza, che dal rinvio al documento contenente la clausola compromissoria deve emergere la chiara consapevolezza della medesima.

Basta allora che il modulo del tesseramento contenga la specifica menzione della clausola compromissoria contenuta nello statuto della federazione, affinché la *relatio perfecta* possa dirsi soddisfatta.

c) Con riguardo ai contratti di lavoro professionistico, di cui alla l. n. 91 del 1981, fra atleta e società o associazione sportiva, la questione del consenso può essere senz'altro superata dall'espressa previsione *ex lege* della possibilità di inserire una clausola compromissoria nel contratto di lavoro.

La questione si pone per i rapporti di lavoro non coperti da quella legge: peraltro, si potrebbe invocare la validità del consenso fondata sul doppio livello di contrattazione (collettivo ed individuale)¹⁷, *ex art.* 412-ter c.p.c., o per previsione della l. n. 533 del 1973.

¹³ Pari considerazioni varranno per tutti coloro che entrino a far parte della federazione e ne accettino, così, le regole, come le società sportive affiliate. Nel caso in cui siano coinvolti terzi soggetti, né tesserati, né affiliati (ad es. gestori di impianti sciistici e così via), questi dovranno a maggior ragione aver prestato esplicito consenso.

¹⁴ Nel caso *Stretford v. Football ass. la High Court (Chancery)*, 21 marzo 2007, [2007] *EWCA Civ* 238 sembrerebbe adottare un'impostazione formale, quando ragiona a contrario, affermando che non vi sono evidenze nella fattispecie, di un consenso arbitrale nullo o inefficace. Sul punto, A. RIGOZZI, ROBERT-TISSOT, "Consent" in sports arbitration: its multiple Aspects, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, ASA Special Series No. 41, cit., p. 67 ss.

¹⁵ Cass., 1 agosto 2003, n. 11751, in *Dejure*.

¹⁶ Cass., 13 maggio 1989, n. 2198, in *Giust. civ.*, 1989, I, c. 2395.

¹⁷ Nell'arbitrato di lavoro professionistico il problema non si pone, poiché ai sensi della l. n. 91 del 1981 il contratto di lavoro individuale può contenere una clausola compromissoria.

Come si vede, gli argomenti sopra dedotti attengono ad un piano esclusivamente formale (quel che è stato correttamente denominato “mito del consenso”¹⁸) e non colgono il dato sostanziale: l’atleta è costretto ad accettare le condizioni della federazione, perché, data la posizione sostanzialmente monopolistica di quest’ultima, la mancata accettazione comporterebbe l’impossibilità di svolgere un’attività sportiva da un certo (minimo) livello in su.

Non è un caso che, nella materia laburistica, il legislatore, oltre a richiedere la contrattazione collettiva a parti eguali, o una previsione *ex lege*, impone una speciale certificazione della clausola compromissoria (l. n. 183 del 2010, art. 31, comma 10°, almeno con riguardo agli arbitrati *ex art.* 412 e 412-*quater* c.p.c.) e, nel caso di arbitrato irrituale, assicura comunque la sua facoltatività (l. n. 533 del 1973, art. 5), sicché il lavoratore è sempre libero di ricorrervi o no, una volta sorta la lite.

Se ci si pone da una prospettiva sostanziale, ci si trova di fronte a due esigenze meritevoli di piena tutela: da un lato, la garanzia di un arbitrato effettivamente volontario; dall’altro, uno strumento di soluzione delle liti atto ad assicurare un’autoregolamentazione che garantisca uniformità di decisioni, specializzazione dei giudici, tempi rapidi.

La difficoltà sta proprio nel trovare una soluzione che permetta di soddisfare entrambe.

Il Tribunale federale svizzero (chiamato all’impugnazione dei lodi emessi dalla Cas), posto di fronte alla questione di validità della clausola compromissoria *per relationem*, richiama l’elaborazione dottrinale della *règle de l’insolite*: vale a dire, quando si fa rinvio generico ad un documento, si esclude il consenso soltanto sulle clausole “inusuali” rispetto alle regole generalmente vigenti ed accettate in quel determinato settore (ad es. i *business usages*).¹⁹

Da altri²⁰ si invoca – con argomento a maggior tenuta, dalla prospettiva italiana, per quel che si dirà subito appresso con riferimento all’arbitrato endosocietario - la “legge del gruppo”: se vi si vuole appartenere, occorre adeguarsi alle sue regole.²¹

¹⁸ A. DUVAL, B. VAN ROMPUY, *The compatibility of forced Cas arbitration with Eu competition law: Pechstein reloaded*, in <http://ssrn.com/abstract=2621983> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2621983>, parlano di mito del consenso (par. 2.1.1.) ed avvertono che occorre essere realisti: è, per loro, un *non consensual arbitration*.

¹⁹ V. i casi risolti dal Trib. Federale svizzero, 1° dicembre 1982, *Dft* 108 II, 416 418 e 21 giugno 1983, *Dft* 109 II 213, 216.

²⁰ P. BARTSCH, “Consent” in *Sports arbitration: which lessons for arbitration based on clauses in Bylaws of corporations, associations etc?*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, cit., p. 95 ss. e 104.

²¹ Cass., 1 agosto 2003, n. 11751, in *Dejure*: “[...] sia il Massara che la società sportiva, con il divenire soggetti dell’ordinamento sportivo e con l’accettare, conseguentemente, tutte le clausole e le disposizioni del regolamento e dello statuto federale, hanno fatto adesione anche alla clausola compromissoria che in essi era contenuta”. Per uno studio approfondito, sul piano dell’arbitrato internazionale, A. M. STEINGRUBER, *Consent in international arbitration*, Oxford, 2012, per le conclusioni par. 15 ss.

La stessa Corte di giustizia Ue, nel caso *Powell Duffryn v. Peteret*²², ha fatto uso di questa regola, nel ritenere l'azionista vincolato ad una clausola di proroga di foro anche in difetto di sua approvazione, aggiungendo che il consenso per iscritto si presume, essendo sufficiente, a tal fine, l'agevole accessibilità dello statuto.

In Italia, la logica del gruppo prevale nel settore endosocietario: l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 stabilisce che la clausola compromissoria statutaria vincola tutti i soci (anche futuri, deve intendersi) compresi quelli dissenzienti, quando venga inserita successivamente alla formazione dello statuto: non vi è altra scelta se non recedere dalla società.

Tuttavia, com'è stato notato, fra atleta e socio c'è una differenza: solo attraverso l'adesione al sistema sportivo organizzato, il primo è in grado di svolgere la propria attività in modo proficuo²³.

La disciplina italiana sull'arbitrato endosocietario insegna comunque qualcosa. L'"attenuazione" del consenso può essere tollerata solo quando l'arbitrato sia in grado di proteggere gli interessi di tutti, in un settore a forte tensione superindividuale: devono essere garantiti il libero intervento dei soci e di terzi interessati²⁴; l'indipendenza dell'arbitro, con l'obbligo di un ente designatore esterno al gruppo; un'alta dose di trasparenza dell'arbitrato per i soci, attraverso la pubblicità nel registro delle imprese; la sindacabilità del lodo, in alcuni, rilevanti, casi, per *errores in iudicando*.

Emerge così una prospettiva che ritengo assai feconda: l'attenuazione della libertà di consenso può essere giustificata solo se siano date alle parti, ed in specie alla parte svantaggiata, garanzie di effettiva tutela nell'arbitrato; quando, cioè, l'arbitrato rappresenti una *better alternative*²⁵ rispetto alla giurisdizione statale.

²² Corte di giustizia Ue, 992-1 *Ecr* 1744: nella specie era stato chiesto alla Corte se la clausola attributiva della competenza, approvata per acclamazione dei soci, fosse opponibile all'azionista che abbia sottoscritto nuove azioni o abbia acquistato le azioni da altri, sotto il profilo della forma scritta. La Corte, partendo dal presupposto che "le obbligazioni imposte ad una persona nella sua qualità di membro di una associazione debbono essere considerate come obbligazioni contrattuali", osserva che l'azionista, divenendo o rimanendo tale, "accetta di vincolarsi all'insieme delle disposizioni contenute nello statuto della società e alle decisioni adottate dagli organi della società in conformità alle disposizioni del diritto nazionale applicabile e dello statuto, anche se alcune delle suddette disposizioni o decisioni non trovano il suo consenso": inoltre, non può addurre di non aver dato il suo consenso esplicito e con forma scritta, in quanto "si presume che ogni azionista sia a conoscenza di tale clausola e acconsenta effettivamente all'attribuzione di competenza che essa prevede, qualora lo statuto della società sia depositato in un luogo al quale l'azionista può accedere, come la sede della società, o si trovi in un registro pubblico".

²³ P. BARTSCH, "Consent" in *Sports arbitration: which lessons for arbitration based on clauses in Bylaws of corporations, associations etc?*, cit., p. 99 ss.

²⁴ Per quanto riguarda l'arbitrato societario v., per es., il *Bundesgerichtshof*, 6 aprile 2009, II ZR 255/08.

²⁵ T. NIEDERMAIER, *Arbitration agreements between parties of unequal bargaining power – balancing exercises on either side of the atlantic*, in *Zdar*, 1, 2014, p. 19 ss.; A. RIGOZZI, F. ROBERT-TISSOT, "Consent" in *sports arbitration: its multiple Aspects*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, *ASA Special Series No. 41*, cit., p. 67 ss., mettono l'accento sul fatto che la clausola compromissoria non è una rinuncia all'azione.

4. - Mi pare che l'evoluzione della giurisprudenza internazionale con riguardo all'arbitrato davanti alla Cas vada in questo senso.

Benché detta Corte non rappresenti l'unica forma di arbitrato sportivo internazionale²⁶, è probabilmente la più significativa.

Il tribunale federale svizzero ha sempre avuto un atteggiamento piuttosto liberale, in ordine alla natura volontaria dell'arbitrato: nei casi *Nagel c. FEI*²⁷ e *Roberts c. FIBA*²⁸ ha ritenuto che fosse sufficiente il mero rinvio allo statuto della federazione.

In questo mare di tranquillità, emergono le decisioni del *Landesgericht München*²⁹ e del giudice di secondo grado *Oberlandesgericht München*³⁰ sollecitate dal ricorso della pattinatrice Claudia Pechstein (caso per il quale è attesa, nel 2016, la decisione del *Bundesgerichtshof*).

Il giudice tedesco di primo grado ha ritenuto che la clausola compromissoria, a cui l'atleta si è assoggettato al momento dell'entrata nella federazione, sia nulla "in ragione dello squilibrio strutturale dovuto alla posizione di monopolio delle federazioni sportive".³¹ L'atleta si troverebbe, infatti, nell'impossibilità di negoziare, pena l'esclusione dalle competizioni sportive³².

Particolarmente interessanti, ai nostri fini, sono le argomentazioni del giudice di secondo grado.

Pur partendo dal presupposto che la federazione internazionale è in posizione dominante, essendo monopolista nel mercato delle competizioni mondiali (nella specie del pattinaggio

²⁶ Per la Formula uno, un accordo fra la Fia, i titolari dei diritti commerciali del circuito e le scuderie ha optato per un arbitrato amministrato dall'*Icc*; vanno anche ricordati il *Basketball arbitral tribunal (Bat)* con sede in Ginevra, nonché i collegi arbitrali per la decisione delle liti nell'*America's Cup*. Anche enti amministratori di arbitrati commerciali hanno dettato specifiche regole per lo sport: si vedano, ad es., le *rules* stilate dalla *Deutsche Institution für schiedsgerichtsbarkeit*. V. sul punto M. PATOCCHI, *Justice by specialists: advantages and risks (real and perceived)*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, cit., p. 31 ss.

²⁷ La decisione 4C.44/1996 del 31 ottobre 1996, con testo in inglese in *Recueil des frasi du TAS / Digest di CAS Awards 1986-1998*, a cura di Beern, Berna, 1998, p. 585 ss.

²⁸ La decisione 4P.230/2000 del 7 febbraio 2001, si può leggere in <http://www.bger.ch/it/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>. Nel caso 4a 358/2009 il Tribunale federale ammette la *clause par référence*, pur non ravvisandola nel caso di specie.

²⁹ 26 febbraio 2014.

³⁰ 15 gennaio 2015.

³¹ A. DUVAL- B. VAN ROMPUY, *The compatibility of forced cas arbitration with Eu competition law: Pechstein reloaded*, in <http://ssrn.com/abstract=2621983> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2621983> si pongono il problema di capire se il consenso del caso *Pechstein* consista in un abuso di posizione dominante non solo ai sensi della legge tedesca, ma anche ai sensi dell'art. 102 trattato Ue; risolvono ritenendo che la risposta stia nell'indipendenza del tribunale arbitrale.

³² Nella specie, peraltro, i giudici hanno ritenuto che la Pechstein fosse comunque vincolata all'arbitrato, avendolo accettato con la proposizione della domanda davanti alla Cas, aggiungendo che lo squilibrio era venuto meno, a competizione terminata.

di velocità), la Corte precisa che l'inserimento di una clausola compromissoria nel suo statuto non è di per sé atto di abuso di posizione dominante.

Infatti, una competenza uniforme ed una procedura uguale per tutti impediscono che lo stesso caso sia deciso in modo difforme e “salvaguarda così le eguali opportunità degli atleti durante le competizioni”.

Non si può, dunque, ragionare in termini di assoluta mancanza di libertà nella scelta dell'arbitrato sportivo; va, invece, esaminato caso per caso, per verificare quando l'atleta non avrebbe accettato l'arbitrato, se fosse stata libera di farlo.

Qui sta il passaggio interessante: se l'arbitrato garantisce un “giusto processo”, allora l'attenuazione del requisito del consenso libero è giustificabile, altrimenti no³³.

Nella specie i giudici ritengono che l'arbitrato davanti alla Cas non sia sufficientemente garantistico, con riguardo, in particolare, alla composizione del tribunale arbitrale, le cui modalità di nomina porrebbero le federazioni internazionali ed i comitati olimpici (nazionali ed internazionale) in posizione di predominanza³⁴, attraverso la nomina della maggioranza dei membri dell'*International Council of Arbitration for Sport* (Icas), a sua volta incaricato di nominare gli arbitri appartenenti alla lista chiusa³⁵.

Occorre dunque il ripristino dell'equidistanza del tribunale arbitrale, che passa necessariamente attraverso quella del terzo designatore: è un valore di ordine pubblico, addirittura internazionale, in molti ordinamenti³⁶.

Ciò non significa che sia necessario eliminare la lista chiusa, che permette di garantire la competenza e la specializzazione degli arbitri³⁷: il Tribunale federale svizzero ne ha

³³ A. DUVAL- B. VAN ROMPUY, *op. cit.*, par. 3.3.2 “In other words, the key question to answer is: is the CAS sufficiently independent from the ISU and other SGBs in general? If not, neither an objective necessity nor an efficiency defense is available and the forced CAS arbitration clause violates Article 102 TFEU”. Gli autori allargano la prospettiva alla legge *antitrust* europea.

³⁴ Non si può addurre in contrario, continua la Corte, che il tesserato è interno al sistema federale e perciò la designazione dei membri dell'*Icas* (*International Council of Arbitration for Sport*) è effettuata, da parte delle federazioni, anche nel suo interesse. In altri termini, le parti possono perseguire interessi difformi, pur facendo parte della stessa organizzazione.

³⁵ In particolare, le associazioni possono nominare 12 membri, cioè la maggioranza, dell'*Icas*. In questo modo controllano le decisioni del suddetto organo e possono avere un'influenza preponderante nella composizione della lista chiusa degli arbitri della *Cas*. Da qui, il rischio “che i membri inclusi della lista di arbitri possano favorire, in modo predominante o interamente, la parte delle associazioni sportive, rispetto agli atleti”. In più, un altro motivo di squilibrio sta nel fatto che nel “processo di appello davanti alla *Cas*, quando le parti non hanno trovato l'accordo su un nome (art. 50, par.1, delle regole del 2004), il presidente del collegio arbitrale è designato dal presidente della sezione d'appello della *Cas*, egli stesso nominato dall'*Icas*”. Di avviso diverso è il Tribunale federale svizzero, 27 marzo 2003, nel caso *Bge.Atf* 129 III 445: “Il ne s'agit là toutefois que d'une hypothèse, assez théorique à vrai dire, qui n'entre pas en ligne de compte en l'espèce”.

³⁶ Nella specie, i giudici rifiutano il riconoscimento del lodo estero, per contrarietà all'ordine pubblico, sulla base dell'art. 5, par. 2 *b*), della convenzione di New York. Il motivo si fonda, però, non direttamente sulla mancanza di equidistanza, bensì sull'abuso di posizione dominante, nell'aver imposto all'atleta un processo arbitrale ingiusto.

³⁷ Sfavorevole è M. PATOCCHI, *Justice by specialists: advantages and risks (real and perceived)*, cit., p. 55 ss.: secondo l'a. la *closed list* crea problemi ed ancor più il fatto che della lista vengano

riconosciuto la legittimità³⁸, dopo aver espresso dubbi nel caso *Gundel*³⁹, dubbi che hanno appunto innescato l'istituzione dell'Icas.

D'altra parte, anche nel mondo commerciale, le professionalità in grado di gestire arbitrati internazionali non sono numerosissime, anche senza lista chiusa.

Ciò che va garantito è che l'atleta sia in grado di influire in modo paritario sulla composizione della lista dalla quale verrà tratto il suo giudice.

Emerge una sorprendente valenza “pubblicistica” dell'arbitrato nell'ambito della comunità internazionale dello sport: come giustamente osservato⁴⁰, non è tanto questione di equidistanza degli arbitri rispetto alle singole parti in causa, bensì di influenza preponderante dell'entità collettiva delle federazioni (e dei comitati) sui suoi appartenenti.

Così, il punto di incontro fra uniformità della disciplina e libero consenso non si fonda tanto sul confronto fra rimedio arbitrale e rimedio statale, bensì fra rimedio arbitrale effettivamente scelto e rimedio arbitrale a cui le parti si sarebbero vincolate se il compromesso fosse stato sottoscritto “under normal conditions of competition”.

L'attenuazione del consenso si giustifica così solo se sia garantito un “giusto processo arbitrale sportivo”.

Ciò significa che all'arbitrato si applica l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Su questo sarà chiamata a decidere la Corte di Strasburgo, adita dalla tenace pattinatrice Pechstein⁴¹.

E' mia convinzione che l'arbitrato viva in un mondo differente da quello delle giurisdizioni statuali, alle quali soltanto si applica in via diretta l'art. 6. Ciò non toglie che, data la sua

ripetutamente nominati solo alcuni degli arbitri indicati; diff., A. DUVAL, B. VAN ROMPUY, *op. loc. cit.*

³⁸ Trib. Federale svizzero, 27 marzo 2003, *BgeAtf* 129 III 445, cit., par. 3.3.3.2: “S'agit là effectivement d'une raison valable, qui milite en faveur du statu quo. 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 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”.

³⁹ Trib. Federale svizzero, 15 marzo 1993, *BgeAtf* 119, II, 271, par. 3. In quel caso, il Tribunale svizzero aveva espresso dubbi sulla terzietà del Tas, che aveva poi riformato il proprio statuto: sul punto A. RIGOZZI, *Arbitrato e sport, giornata di studio 3 dicembre 2004*, si può leggere in <http://www.lk-k.com/data/document/rigozzi-arbitrato-sport-profilo-problematici-alla-luce-dell-esperienza-del-tas-2004.pdf>.

⁴⁰ A. DUVAL, B. VAN ROMPUY, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Pechstein v. Suisse*, n. 67474/10, *communicated case* 12/02/2013. I quesiti posti alla Corte sono i seguenti: l'art. 6, par. 1, della convenzione dei diritti dell'uomo è applicabile alla procedura seguita dal Tas? In particolare, il Tas è un “tribunale indipendente ed imparziale”, ai sensi della predetta disposizione? Il rifiuto del Tas di tenere un'udienza pubblica è contrario all'art. 6, par. 1, della convenzione?

piena fungibilità rispetto alla decisione del giudice, esso deve egualmente rispettare i canoni che sono ontologicamente collegati all'attività di giudizio: terzietà del giudicante e contraddittorio.

5. - Se, allora, l'arbitrato sportivo rispetta rigorosamente i detti requisiti, esso può essere davvero un'alternativa migliore rispetto al giudice statale, anche in una situazione di squilibrio contrattuale.

Come si diceva, lo sport ha bisogno di giurisprudenza uniforme, per garantire l'eguaglianza fra atleti, società, federazioni. E' in gioco l'affermazione, in tutto il mondo, di quella che la dottrina denomina *lex sportiva*: espressione dei principi fondamentali di lealtà, eguaglianza e buona fede⁴².

Per assicurare detti principi, occorre efficienza e rapidità: in alcuni casi addirittura un c.d. *24-hour process*, che solo l'arbitrato può garantire, attesa la flessibilità del modello procedimentale; flessibilità che permette, altresì, di fare ricorso ad istituti a cui il giurista di *civil law* non è familiare, come l'*amicus curiae*, utile in un settore in cui vengono in gioco, indirettamente, interessi ultronei rispetto a quelli delle parti in lite (si pensi a soggetti terzi come una lega, un'associazione di atleti, ecc., che potrebbero subire potenziali ricadute dalla decisione assunta dagli arbitri).

L'uniformità viene, altresì, garantita dalla massima pubblicità dei procedimenti e dalla specializzazione degli arbitri, perfettamente compatibile con la loro terzietà⁴³; mentre l'esigenza di misure cautelari (che la legge italiana non permette agli arbitri, salvo le sospensioni delle delibere assembleari delle società) può essere soddisfatta attraverso prescrizioni comportamentali, dettate dagli arbitri alle parti ed assistite da sanzioni endogruppo⁴⁴.

Si tratta di vantaggi che, a ben vedere, possono andare a favore della parte più debole⁴⁵.

Quali sono, allora, le garanzie per poter parlare di un "giusto arbitrato sportivo"?

Di seguito metto in luce alcune fra le più rilevanti, senza pretesa di esaustività, data la brevità di queste note.

⁴² M. PATOCCHI, *Justice by specialists: advantages and risks (real and perceived)*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, ASA Special Series No. 41, cit., p. 46 mette in evidenza la differenza con la *lex mercatoria*: "Fairness: the qualities of impartiality and honesty; free from prejudice, favoritism, and self-interest. Just; equitable; even-handed; equal, as between conflicting interests". Sul punto, J. NAFZIGER, *The principle of fairness in the lex sportiva of Cas Awards and beyond*, in *The international sports law journal*, n. 3-4, 2010, p. 5.

⁴³ S. NETZLE, *Sports arbitration: what are its limits as a model for other fields of arbitration?* cit., p. 29 ss.

⁴⁴ M. COCCIA, *Sports arbitration; which features can be "exported" to other fields of arbitration?*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, cit., p. 12 ss. Mi sembra, invece, difficile, nell'ordinamento italiano, applicare in via analogica i poteri cautelari dell'arbitro in ordine alla sospensiva dell'efficacia delle delibere assembleari, che il d.lgs. n. 5 del 2003 riserva alle società di persone o di capitali.

⁴⁵ T. NIEDERMAIER, *op. cit.*, p. 12 ss., compie un'analisi comparata fra Germania e Stati Uniti.

a) *L'equidistanza degli arbitri e dell'ente designatore.* Si è visto come il requisito di equidistanza dell'organo arbitrale rispetto alle parti o, meglio, rispetto alle categorie alle quali appartengono i contendenti sia irrinunciabile.

Significativo è il recente dibattito americano sull'idoneità del capo della *National Football League* a fungere da arbitro⁴⁶.

Calando la questione nell'ordinamento italiano, non può soccorrere al riguardo l'art. 832 c.p.c., che assicura che le "istituzioni di carattere associativo", quali potrebbero essere le federazioni, non intervengano sulla nomina dell'arbitro nella lite fra loro associati e terzi, ma non regola il caso in cui la lite riguardi soggetti tutti appartenenti all'ordinamento sportivo, ad esempio sorga fra un tesserato ed un affiliato (la norma potrebbe, però, essere invocata ogniquale volta la lite sportiva coinvolga soggetti non facenti parte della federazione).

In assenza di specifica disciplina, la soluzione più idonea a garantire l'equidistanza è sicuramente quella dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, che richiede l'estraneità al gruppo dell'ente designatore.

Per estraneità, la maggior parte degli interpreti intende terzietà sostanziale e non solo formale: un ente designatore la cui composizione sia frutto di un apporto non paritario da parte delle istituzioni o delle categorie di cui sono espressione le parti desterebbe più di un dubbio.

Se si vuole comunque assicurare l'appartenenza dell'ente designatore al mondo sportivo, proprio per realizzare l'autoregolamentazione di cui si diceva, l'unica soluzione è quella di garantire che la sua composizione sia frutto di un apporto paritario fra le istituzioni rappresentative delle parti in causa. E' il caso, ad esempio, dell'arbitrato di lavoro professionistico fra Lega e Aic⁴⁷.

Occorrerà, dunque, verificare che anche in altri settori sportivi la costituzione dell'organo arbitrale rispetti i requisiti di equidistanza⁴⁸ e, se del caso, valutare una modifica della relativa disciplina.

⁴⁶ Su cui A. PANZAROLA, *L'arbitrato sportivo statunitense nelle leghe professionistiche. Sul problema dell'imparzialità del "Commissioner" della NFL ("National Football League") nel procedimento arbitrale in materia di sanzioni disciplinari*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 17 ss.

⁴⁷ V. M. SPERDUTI, *I regolamenti dei collegi arbitrali nel calcio*, in *Riv. di dir. ed econ. dello sport*, 2012, p. 129 ss.

⁴⁸ Da statuto della Federazione italiana nuoto (Fin), gli arbitri interindividuali patrimoniali fra affiliati e tesserati sono decisi da un organo il cui terzo arbitro (in mancanza di accordo fra i due arbitri nominati dalle parti) è nominato da una Commissione di garanzia, a sua volta nominata dal Consiglio federale, composto da una maggioranza di consiglieri (sette contro due) eletti dall'assemblea a prevalente espressione delle società ed associazioni sportive. Nella Federazione italiana pallacanestro (Fip), l'art. 54 dello statuto prevede che l'arbitrato fra affiliati e tesserati sia disciplinato dal Regolamento organico, che deve a sua volta garantire "che le parti concorrano in maniera paritaria alla nomina degli arbitri o che gli stessi siano nominati da un terzo imparziale". Presso l'ente amministratore, cioè la Commissione vertenze arbitrali (Cva) "è istituito un elenco di esperti nell'ambito del quale effettuare la scelta degli arbitri da nominare nelle singole procedure". "Gli esperti sono scelti dalla Cva e nominati dal Consiglio federale", che a sua volta nomina i membri della Cva: detto consiglio, ai sensi dell'art. 31 dello statuto, è formato da dodici membri (più il presidente), di cui otto espressione delle affiliate.

Non sarei, invece, sfavorevole alla lista chiusa: a chi vuole garantire una piena libertà di scelta⁴⁹, si contrappone la giusta esigenza di controllo della professionalità e della specializzazione degli arbitri.

b) *L'access to justice*. L'arbitrato può comportare costi elevati ed occorre garantirne l'accesso anche alle parti svantaggiate.

In molti sport, infatti, atleti, tecnici, piccole realtà di enti sportivi ecc. possono non essere in grado di sostenere le spese dell'arbitrato.

La Cas prevede, opportunamente, un sistema di *legal aid*, che può coprire le spese di viaggio ed alloggio della parte, le spese di difesa, i costi dell'arbitrato.⁵⁰

Il codice della giustizia del Coni istituisce un ufficio del gratuito patrocinio (anche presso le singole federazioni), che sembra però limitato ai rimedi di giustizia federale (art. 8⁵¹). Inoltre, il suddetto istituto, è espressamente previsto anche per il Collegio di garanzia, ai sensi dell'art. 58, comma 2, del Codice della Giustizia sportiva e dall'art. 4 del Regolamento di organizzazione e di funzionamento del Collegio di garanzia.

Manca, però, un aiuto generalizzato nell'arbitrato sportivo. Del resto, da tempo il costo dell'arbitrato è sotto i riflettori della giurisprudenza internazionale, a partire dalla pronuncia della Corte suprema americana nel caso *Green Tree Financial corp. v. Randolph*.⁵² Il *Bundesgerichtshof* tedesco⁵³ ha deciso per l'inefficacia della clausola compromissoria in caso di assoluta impossibilità di una delle parti di far fronte ai costi dell'arbitrato.

Anche l'Unione europea è assai sensibile all'esigenza di contenere i costi dell'arbitrato per il consumatore, tipica parte svantaggiata (cfr. direttiva n. 22 del 2013).

c) *La garanzia di controllo del lodo da parte del giudice*. Deve sempre essere garantita la possibilità di un controllo del lodo davanti al giudice statale.

Mentre in Italia è da escludere che le parti possano previamente rinunciare, la questione si è posta per il Tas, dato che la legge di diritto internazionale privato svizzera permette alle parti di optare per l'inimpugnabilità del lodo internazionale.

⁴⁹ S. NETZLE, *Sports arbitration: what are its limits as a model for other fields of arbitration?*, cit., p. 19.

⁵⁰ A. RIGOZZI, F. ROBERT-TISSOT, *"Consent" in sports arbitration: its multiple Aspects*, in AA. VV., *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?*, cit., p. 67 ss.

⁵¹ "Al fine di garantire l'accesso alla giustizia federale a quanti non possono sostenere i costi di assistenza legale, la Federazione può istituire l'Ufficio del gratuito patrocinio o avvalersi dell'apposito Ufficio istituito presso il Coni. I regolamenti di giustizia federali definiscono le condizioni per l'ammissione al patrocinio gratuito nonché il funzionamento del relativo ufficio assicurando l'indipendenza degli avvocati che vi sono addetti. Il Consiglio federale stabilisce altresì le risorse all'uopo dedicate, anche destinandovi le somme derivanti dal versamento dei contributi per l'accesso ai servizi di giustizia."

⁵² Con la citata decisione (11 dicembre 2000) la Corte americana, dopo aver stabilito che i costi dell'arbitrato sono un elemento dal quale dipende lo stesso diritto di tutela del soggetto, pone questioni – pur senza risolverle direttamente – di "ragionevolezza" e "giustizia" di una clausola arbitrale che importi un sacrificio economico sproporzionato rispetto al valore della lite, nonché di "accessibilità" alla tutela arbitrale da parte di chi non abbia particolari risorse economiche.

⁵³ 14 settembre 2000.

Ebbene, opportunamente, il Tribunale federale svizzero, nel caso *Canas*⁵⁴, ha escluso che una siffatta rinuncia possa operare validamente, nel settore sportivo, perché si tratta di un requisito indispensabile affinché il “consenso attenuato” di cui si è detto sia giuridicamente accettabile.

d) *Il procedimento: i falsi miti dell'arbitrato irrituale.* L'arbitrato irrituale è una peculiarità tutta italiana, che l'ordinamento sportivo mostra di preferire rispetto all'arbitrato rituale. Ricercare le ragioni non è facile, ma riterrei che buona parte di esse stiano nell'esigenza di distacco dall'ordinamento statale, tipica delle organizzazioni che aspirano ad un'autoregolamentazione; non è un caso che la stessa spinta all'irritualità si ravvede nel settore del lavoro – settore a cui appartengono oggi la maggior parte delle liti sportive devolute in arbitrato -.

Ho l'impressione che la scelta sia più ideologica, che motivata da vantaggi concreti: è lecito chiedersi se l'arbitrato irrituale sia davvero la tipologia più adatta a soddisfare le già viste esigenze dello sport.

La Cassazione, chiamata, prima del 2006, a qualificare l'arbitrato sportivo, ha sostenuto che il tipo irrituale convenga particolarmente a questo settore in quanto a) più libero nelle forme; b) più stabile quanto al lodo⁵⁵.

⁵⁴ Trib. federale svizzero, 22 marzo 2007, *Atf* 133 III 235, par. 4.3.2.2, ha concluso per l'illegittimità della rinuncia all'impugnazione del lodo: infatti, la possibilità di impugnazione davanti ad un giudice statale costituisce un requisito indispensabile affinché sia giustificato il “consenso attenuato” di cui si è detto *supra*: “Etablies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel [...]. En principe, lorsque deux parties traitent sur un pied d'égalité, chacune d'elles exprime sa volonté sans être assujettie au bon vouloir de l'autre. [...]. La situation est bien différente dans le domaine du sport. Si l'on excepte le cas - assez théorique - où un athlète renommé, du fait de sa notoriété, serait en mesure de dicter ses conditions à la fédération internationale régissant le sport qu'il pratique, l'expérience enseigne que, la plupart du temps, un sportif n'aura pas les coudées franches à l'égard de sa fédération et qu'il devra se plier, bon gré mal gré, aux desiderata de celle-ci”. Perciò “Le libéralisme qui caractérise la jurisprudence relative à la forme de la convention d'arbitrage en matière d'arbitrage international se manifeste également dans la souplesse avec laquelle cette jurisprudence traite le problème de la clause arbitrale par référence [...], y compris dans le domaine sportif [...]. Inversement, comme on l'a souligné plus haut, la jurisprudence fait preuve de rigueur lorsqu'il s'agit d'admettre une renonciation au recours, puisqu'elle exclut qu'une telle renonciation puisse se faire de manière indirecte (cf. consid. 4.3.1.) et qu'elle n'admet pas, en principe, qu'un athlète puisse se la voir opposer”.

⁵⁵ In tal senso Cass., 1 agosto 2003, n. 11751, cit., con riguardo all'arbitrato di lavoro: “Oltre che per consistenti ragioni di carattere giuridico la tesi che assegna all'arbitrato in materia sportiva la materia- di arbitrato libero, seguita in giurisprudenza [...], si lascia preferire anche perché più funzionale alle esigenze dell'ordinamento sportivo in ragione della maggiore stabilità del lodo irrituale (stante la più estesa impugnabilità del loro rituale) e del fatto che un sistema di risoluzione di controversie, improntato a libertà di forme, svincolato dalla stretta osservanza di norme processuali e suscettibile di definitività in tempi relativamente brevi si presenta maggiormente adeguato all'attività agonistica cadenzata su eventi susseguentisi in ristretti spazi temporali (partite di campionato, impegni all'estero)”; conf. P. SANDULLI, *Questioni in tema di impugnazione ed esecutorietà del lodo irrituale in materia di giustizia sportiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 769.

Va premesso che, oggi, non è più possibile desumere la natura irrituale da una clausola compromissoria di tenore incerto – non importa se preveda un giudizio secondo equità⁵⁶ o sia di fonte statutaria⁵⁷ – poiché deve valere il criterio, affermato dall'art. 808-ter, *in dubio pro arbitrato rituale*⁵⁸: ad ogni modo, le carte regolatrici fanno spesso rinvio espresso al tipo irrituale⁵⁹.

Ciò posto, si rifletta un momento sulle due caratteristiche rilevate dalla Cassazione.

Quanto alla libertà di forma, è vero che l'arbitrato irrituale è disciplinato da una sola norma contro le quarantadue di quello rituale, ma, per un verso, occorre tenere conto dell'applicazione analogica di alcune di esse⁶⁰, per altro verso, trattandosi pur sempre di un giudizio, ontologicamente connesso alla terzietà del giudice e al contraddittorio, debbono valere tutte le regole dell'arbitrato rituale finalizzate a realizzare concretamente i canoni menzionati.

Va ribadito, infatti, che l'arbitrato irrituale non tende alla composizione transattiva delle liti, bensì all'accertamento dei diritti, nè più nè meno dell'arbitrato rituale ed è inevitabile, quindi, una crescente tendenza alla sua processualizzazione, come conferma l'art. 808-ter c.p.c.

Infatti, molta acqua è passata sotto i ponti da quando la Cassazione di Torino⁶¹ dei primi del novecento parlava di soluzione della lite “indipendentemente da ogni forma procedurale”, il cui lodo non sarebbe stato giammai ripudiabile per “eccezioni derivanti dalla mancanza di formalità procedurali”.

⁵⁶ Cass., 6 aprile 1990 n. 2889, in *Dejure*, mette in chiara correlazione l'equità con la natura irrituale dell'arbitrato.

⁵⁷ Nè detta natura può essere desunta dal fatto che l'arbitrato viene regolato nella fonte contrattuale dello statuto e di regolamenti *ad hoc*, ben potendo le parti, anche nell'arbitrato rituale, dettare le regole del procedimento (diff. P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, cit., p. 135).

⁵⁸ E' dunque auspicabile che le carte federali siano chiare sul punto. Ad esempio, lo statuto della Federazione italiana sport del ghiaccio (Fisg), contiene agli artt. 53-54 disposizioni di tenore non chiarissimo: dapprima si dice che nelle materie di cui all'art. 2 del Decreto Legge del 19 agosto 2003, n. 220, convertito dalla Legge 17 ottobre 2003, n. 280, “è possibile, ai sensi dell'art. 6 dei Principi di Giustizia Sportiva del CONI, il ricorso solo all'arbitrato irrituale”. Successivamente, però, si stabilisce che gli affiliati e i tesserati “si impegnano, altresì, a rimettere ad un giudizio arbitrale definitivo la risoluzione di controversie di cui non sia parte la Federazione medesima, che possono essere rimesse ad arbitri, ai sensi dell'articolo 806 e ss. del Codice di procedura civile, che siano originate dalla loro attività sportiva od associativa e che non rientrino nella competenza normale degli organi di giustizia federali e nella competenza esclusiva del Giudice amministrativo, nei modi e termini fissati dal Regolamento di Giustizia”; all'art. 54, però, si torna a parlare di lodo impugnabile *ex art. 808-ter*.

⁵⁹ Lo statuto della Fip, all'art. 6, devolve qualunque lite avente carattere patrimoniale ad un arbitrato irrituale, secondo le modalità dell'art. 58 ss. del regolamento organico. Nell'arbitrato riguardante il rapporto di lavoro nel calcio, l'accordo collettivo fra le Leghe e l'Associazione calciatori italiani (Aic), art. 21, prevede un arbitrato definito espressamente come irrituale.

⁶⁰ Ad esempio, l'art. 810 c.p.c.; Cass., 21 luglio 2010, n. 17114, in *Dejure*.

⁶¹ Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, II, p. 45

Quanto alla stabilità del lodo, è vero che l'art. 808-ter cit. prevede un numero minore di motivi per l'annullamento, rispetto al lodo rituale; tuttavia, la previsione va integrata con le impugnative dei negozi, trattandosi di una "determinazione contrattuale".

Anche volendo escludere i motivi di annullamento (ma l'assunto è dubbio e, ove dovesse ritenersi il contrario, si darebbe rilievo all'errore di fatto, non censurabile nel lodo rituale), il lodo irrituale resta pur sempre impugnabile per violazione di norme imperative, mentre nell'arbitrato rituale si fa riferimento alla categoria, più ristretta, dell'ordine pubblico.

Inoltre, secondo un recente orientamento delle sezioni unite⁶², il giudice dell'impugnazione può sollevare anche d'ufficio un motivo di nullità del lodo irrituale che non sia stato rilevato dalle parti: si apre, dunque, un maggior controllo officioso del giudice statale, ciò che si voleva appunto evitare.

Per quanto riguarda la materia del lavoro, è vero che il lodo irrituale sembra essere maggiormente resistente, dato che il lodo rituale è impugnabile anche per violazione di norme non inderogabili, ma si deve tener conto che il suddetto contenzioso è permeato da leggi imperative (rilevanti, dunque, anche nell'irrituale).

Aggiungo che il lodo irrituale di lavoro non sembra⁶³ impugnabile per violazione dei contratti ed accordi collettivi, che costituiscono la più genuina affermazione dell'autodeterminazione ordinamentale – eventualmente, le parti potrebbero dar rilievo alla contrattazione collettiva, prevedendo la censurabilità del lodo *ex art. 808-ter n. 4* -.

Un ulteriore elemento di fragilità è rappresentato dal fatto che, quando l'arbitrato non sia previsto dalla legge, ma unicamente dai contratti collettivi (penso ad ipotesi non ricadenti nella l. n. 91 del 1981), la clausola compromissoria deve intendersi facoltativa, ai sensi della l. n. 533 del 1973.

Con questo non voglio dire che l'arbitrato rituale sia sempre preferibile: tuttavia, occorre essere consapevoli delle reali implicazioni della scelta, prima di compierla.

Ebbene, nell'arbitrato irrituale, ad una maggiore libertà corrisponde una maggiore incertezza normativa: quali sono gli effettivi motivi di impugnazione del lodo? Quali norme dell'arbitrato rituale si applicano? Ed ancora, nell'arbitrato di lavoro, si applica lo straordinario regime di esecutività del lodo previsto dagli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c.?⁶⁴

Ora, la tendenza in ambito europeo è nel senso di favorire arbitrati amministrati, con regole procedurali chiare e conoscibili preventivamente, quando siano in gioco valori

⁶² Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243 ha, infatti, ritenuto che, impugnato un lodo irrituale per erronea percezione del fatto, fosse possibile in appello rilevare la nullità della clausola compromissoria per simulazione del contratto, convertendosi l'eventuale domanda nuova (e come tale inammissibile) in eccezione officiosa.

⁶³ Gli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c., nonché la l. n. 533 del 1973 sono, infatti, silenti sul punto, a differenza dell'esplicita previsione dell'art. 829, comma 5°, c.p.c. per l'arbitrato rituale.

⁶⁴ Cass., 19 agosto 2013, n. 19182, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 766 ss., con nota di P. SANDULLI; secondo i giudici si applica l'art. 412-*quater* c.p.c., nella parte in cui stabilisce l'impugnativa del lodo, da qualificarsi irrituale, davanti al tribunale in unico grado. V. anche P. BIAVATI, *L'arbitrato nelle controversie sportive*, in *Rass. dir. ed econ. sport*, 2012, p. 562 ss.

pubblicistici o esigenze di protezione della parte debole: penso ancora una volta al contenzioso consumeristico⁶⁵.

L'arbitrato rituale, accolto dalla legislazione più recente non più con l'ostilità che caratterizzava il codice del 1865, ma con deciso *favor*, è sicuramente in grado di soddisfare queste necessità: nell'epoca del tramonto della giurisdizione pubblica monopolistica, il giudice non ha più la primazia, bensì svolge un ruolo di assistenza quando occorrono poteri coercitivi – che possono essere efficacemente surrogati, almeno in parte, dalle forme di coazione endoassociativa –.

Una puntuale disciplina, anche tramite rinvio ai regolamenti di enti amministratori, degli aspetti fondamentali del procedimento (come l'intervento dei terzi, il venir meno della parte, la nomina degli arbitri ed i requisiti di imparzialità, il contraddittorio nelle prove, l'assistenza giudiziaria in caso di *impasse* e così via) permette alla parte più debole di valutare se la scelta dell'arbitrato sia davvero una *better alternative*.

⁶⁵ La direttiva n. 1993/13/Cee sulle clausole vessatorie specifica che la clausola compromissoria va intesa come vessatoria quando vincoli ad un arbitrato non “disciplinato da disposizioni giuridiche”.