

ORDINE PUBBLICO EUROPEO E ARBITRATO EXTRA-UE: IL PARADIGMA DELL'ARBITRATO SPORTIVO

Elena Zucconi Galli Fonseca

Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Bologna

Abstract

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha da tempo riconosciuto che la conformità dei lodi arbitrati al diritto pubblico europeo si basa su due pilastri: a) il controllo del lodo da parte di un giudice statale, in particolare durante le impugnazioni, e b) la possibilità per il giudice del controllo di rivolgersi al giudice europeo tramite rinvio pregiudiziale. È un sistema che può entrare in crisi quando l'arbitrato ha luogo in uno Stato extra-UE. L'autrice prende a paradigma l'arbitrato del Tribunale arbitrale per lo sport di Losanna ed esamina alcuni casi, come il caso Royal Football Club Seraing, in cui il giudice belga ha messo in dubbio se il lodo Tas possa avere forza nell'UE quando violi l'ordine pubblico, e il caso Isu, che evidenzia parimenti le fragilità dell'arbitrato Tas, con particolare riguardo al controllo del giudice dell'impugnazione del lodo.

Parole chiave: Arbitrato, Sport, Europa, Ordine pubblico

Abstract

The Court of Justice of the European Union has long recognized that the compliance of arbitral awards with European public order rests on two pillars: a) the oversight of the award by a State judge, particularly during judicial recourse for the setting aside, and b) the possibility for the reviewing judge to refer the matter to the European Court for a preliminary ruling. This system can face challenges when arbitration takes place in a non-EU state. The author uses the arbitration of the Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne as a paradigm, examining cases such as the Royal Football Club Seraing case, where the Belgian judge questioned whether a CAS award could have effect within the EU if it violates public order, and the ISU case, which similarly highlights the vulnerabilities of CAS arbitration, particularly with regard to the judicial review of the award.

Keywords: Sport, Arbitration, Europe, Public order

1. Il quadro

È pacifico che l'ordine pubblico europeo debba essere rispettato anche in arbitrato.

La Corte di giustizia lo aveva esplicitamente detto già nel 1982, nel caso *Nordsee*¹ e ripetuto nel caso *Ecoswiss*² ed *Asturcom*³, individuando i due pilastri su cui poggia la conformità dei lodi arbitrali al diritto d'ordine pubblico europeo: a) il controllo della conformità del lodo da parte del giudice statale, ed in particolare dal giudice dell'impugnazione, che è ciò deputato per definizione; b) la possibilità di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia, attraverso il rinvio pregiudiziale, riservato al giudice del controllo del lodo.

Il punto è che, nella grande maggioranza dei casi sottoposti alla sua attenzione, la *lex causae* e la *lex arbitri* dell'arbitrato era intra-europea, con la conseguenza che, per un verso il giudice dell'impugnazione del lodo era abilitato al rinvio pregiudiziale, per altro verso il diritto europeo rientrava direttamente nell'ordine pubblico su cui era chiamato ad effettuare il controllo.

Il problema nasce, invece, quando l'arbitrato ha sede in uno Stato terzo: il giudice dell'impugnazione non è abilitato al rinvio pregiudiziale, né è scontato che l'ordine pubblico su cui è chiamato a pronunciarsi tenga conto dei valori fondamentali della Ue.

Va chiarito che la questione può porsi solo se il lodo sia destinato ad avere effetti l'interno della Ue: neppure il paneuropeismo più spinto potrebbe portare a ritenere che una decisione irrilevante per l'ordinamento europeo debba adeguarsi ad esso; tuttavia, occorre vedere che cosa si intenda per "effetti", perché non è detto che debba necessariamente trattarsi della esecuzione sul suolo di uno Stato membro, come si vedrà a breve.

Un buon terreno di prova delle precedenti riflessioni è rappresentato dall'arbitrato sportivo, sul quale si sta concentrando, da qualche tempo, l'attenzione della Corte di giustizia Ue, insieme alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Il caso -600/23, Royal Football Club Seraing

Partiamo dalla fine.

Il 1° ottobre 2024 si è tenuta l'udienza del caso *Royal Football Club Seraing*, in esame alla Corte di giustizia, su quesito pregiudiziale della Corte suprema del Belgio. La questione, ridotta ai minimi termini⁴, è la seguente: può un lodo, deciso in un Paese extra-Ue e sottoposto al

¹ Corte Giust. UE, 23 marzo 1982, c-102/81: "L'importante è che il diritto comunitario sia interamente osservato nel territorio di tutti gli Stati membri; le parti di un contratto non hanno quindi la facoltà di derogarvi. In tale prospettiva, è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che, se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, vuoi nell'ambito del contributo che offrono gli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi".

² Corte Giust. UE, 1° giugno 1999, c-126/97.

³ Corte Giust. UE, 6 ottobre 2009, c-40/08.

⁴ Il quesito è più complesso perché allarga la domanda anche alla opponibilità del lodo come prova nei confronti dei terzi.

controllo di un giudice esterno all'Europa, assumere forza di cosa giudicata in uno Stato membro, quando metta in gioco l'ordine pubblico europeo?

Il lodo in questione è emesso dal Tribunale arbitrale dello sport (il Tas), che ha sede in Svizzera, ed il giudice in questione è il Tribunale federale svizzero; il merito della decisione, che riguardava la legittimità del contratto sportivo *Third Party Ownership*, mette in gioco il diritto della concorrenza, caposaldo dell'azione europea.

Ripercorrendo dall'inizio la vicenda, la Fifa aveva imposto una sanzione nei riguardi della società calcistica belga *Royal Seraing* e il Tas ne aveva confermato la legittimità; il Tribunale federale svizzero aveva a sua volta confermato il lodo.⁵ La società decideva, allora, di rivolgersi al giudice belga per ottenere tutela, ma la Corte d'appello di Bruxelles⁶ respingeva la domanda, ritenendo di essere vincolata al lodo arbitrale non più impugnabile, automaticamente riconosciuto con effetti di giudicato ai sensi della normativa belga.⁷ La Corte di cassazione belga⁸, adita dalla società calcistica, va in una direzione opposta: partendo dal presupposto che

⁵ Il caso riguardava un accordo fra una società di calcio belga e una società maltese, c.d. *third-party ownership*, proibito dal regolamento Fifa sullo *status* ed il trasferimento dei giocatori: scattata la sanzione, la società di calcio la impugnava prima per le vie sportive e poi davanti al Tas, sostenendo l'illegittimità del divieto. Il Tas, nel 2017, respingeva l'impugnazione: dopo aver stabilito che il diritto applicabile fosse la *lex sportiva* e poi la legge svizzera - compresa la Carta europea dei diritti dell'uomo, ratificata anche dalla Svizzera -, nonché il diritto europeo sulla libera concorrenza, riteneva che le disposizioni del regolamento citato non si ponessero in contrasto dette norme; il Tribunale federale svizzero (20 febbraio 2018, 4A_260/2017), investito dell'impugnazione del lodo, confermava il lodo Tas, ritenendo inammissibili le censure sull'ordine pubblico - dunque, non entrando nel merito della loro sussistenza - per non avere la parte indicato con precisione i punti da censurare.

⁶ C. app. Bruxelles, 12 dicembre 2019, n. 9624/19: la Corte invoca l'art. 22, comma 1°, della legge di diritto internazionale privato belga, precisando che non rileva il fatto che il lodo in questione non abbisogni di *exequatur* in quanto auto-esecutivo (*exequatur* che, evidentemente, avrebbe permesso il controllo dell'ordine pubblico). Vi erano state più iniziative giudiziali *en référé* in Belgio (Bruxelles e Liegi) per ottenere la sospensione della sanzione, poi respinte; risulta anche un ricorso alla Commissione europea, che aveva ritenuto di non procedere oltre, nonché davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel frattempo, dal 2016, le società sportive avevano adito le corti belga, affinché rinviassero in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per la valutazione della conformità all'ordine pubblico europeo; la Corte d'appello di Bruxelles aveva emesso dapprima una decisione non definitiva del 29 agosto 2018, con la quale aveva respinto l'eccezione di arbitrato sollevata dalla Fifa e dall'Uefa (per genericità della clausola compromissoria, v. *infra*). La sentenza del 12 dicembre 2019 chiude il giudizio d'appello.

⁷ La Corte parte da alcuni presupposti: che (a prescindere dalla vigenza o meno della clausola arbitrale) la *Royal Seraing* ha accettato la giurisdizione del Tas partecipando senza contestazioni al procedimento, per cui non rilevarebbe il carattere forzato dell'arbitrato; che il lodo non è invalido per il fatto che gli arbitri non possono effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; che non rileva neppure la supposta non imparzialità dell'arbitrato Tas, rigettata dal Tribunale federale svizzero (ed anche dalla Cedu nel caso *Pechstein* cit. *infra*); dopo di che, passa al cuore del ragionamento, affermando il vincolo di cosa giudicata.

⁸ *Court de cassation belge*, 8 settembre 2023, n. C.20.049.F; le parole della Corte sono significative: “une application du principe de l'autorité de la chose jugée interdisant au juge belge de vérifier si la sentence arbitrale du tribunal arbitral du sport, telle qu'elle a été contrôlée par le Tribunal fédéral suisse, ne viole pas les dispositions fondamentales du droit de l'Union et, pour ce faire, de poser le cas échéant des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, entraînerait dans les matières précitées des obstacles à l'application effective des règles communautaires ne pouvant être justifiés par le principe de sécurité juridique, et doit donc être considérée comme contraire au principe d'effectivité du droit de l'Union”.

la lesione del diritto alla concorrenza Ue deve garantire il risarcimento dei relativi danni⁹ e che la possibilità di rinvio pregiudiziale è la “pietra angolare del sistema giudiziario così concepito”, perchè instaura un dialogo fruttuoso con la Corte di giustizia, lancia il sasso nello stagno chiedendo ai giudici europei se sia legittima una normativa nazionale¹⁰ che riconosce la forza giudicata di un lodo arbitrale, quando il giudice che ne ha accertato la conformità al diritto dell’Unione appartiene a uno Stato che non è membro dell’Unione e che non può adire la Corte di giustizia dell’Unione europea in via pregiudiziale.

3. Il caso *Isu*

Facciamo un passo indietro: un analogo quesito si è già posto nel caso *Isu*¹¹, ma l’origine della vertenza era diversa. Tutto era nato da una decisione della Commissione europea di sanzionare la *International Skating Union (Isu)* per l’illegittimità delle sue regole sul divieto di competizioni non autorizzate: la Commissione aveva affermato, *per incidens*, che la restrizione della concorrenza era ancor più grave, considerata la difficoltà di controllo dei lodi Tas¹², ma il Tribunale europeo, adito per l’impugnazione della decisione, aveva ritenuto prevalente l’esigenza di dotare lo sport di un unico strumento di soluzione delle liti, sottolineando che eventuali profili di diritto europeo avrebbero potuto essere recuperati in sede di riconoscimento del lodo o di risarcimento del danno da sanzione sportiva illegittima.

L’avvocato generale Rantos si era espresso in modo analogo, ma la Corte di giustizia cambia direzione, con un ragionamento che può essere riassunto nei seguenti termini: l’arbitrato Tas è senz’altro legittimo; il rispetto del diritto europeo non esclude il Tas come rimedio pregiudiziale (“if necessary following a prior arbitration procedure carried out under an agreement that provides for such a procedure”); non c’è dunque, alcuna similitudine con l’arbitrato degli investimenti, vietato dal caso *Achmea*; tuttavia, il sistema Tas, che comprende non soltanto la fase arbitrale davanti all’organo arbitrale, ma anche la fase di impugnazione del lodo davanti al Tribunale federale svizzero, non presenta sufficienti garanzie di rispetto dei fondamenti del diritto europeo.

⁹ La Corte suprema belga prende come riferimenti le sentenze della Corte nel caso *Nordsee* già cit., nonché nei casi C-284/16 del 6 marzo 2018 e C-116/20 del 7 aprile 2022.

¹⁰ Si riferisce agli artt. 24 e 171(3), comma 9, c.p.c. belga.

¹¹ La strada attraverso la quale il caso giunge alla Corte Ue è diversa: la *Isu* aveva impugnato la decisione della Commissione europea dell’8 dicembre 2017 (C (2017) 8230, che aveva sanzionato la federazione per violazione dell’art. 101 TFUE e art. 53 EEA davanti al Tribunale europeo, che, a sua volta, con sentenza del 16 dicembre 2020 (T-93/18) aveva respinto l’impugnazione, eccetto il punto sulla legittimità dell’arbitrato Tas come fattore di indebolimento del rispetto del diritto europeo (in tal senso si era espressa la Commissione). Se si vuole, il mio *Note sull’arbitrato TAS dopo la sentenza della Corte di giustizia nel caso ISU*, in *Rivista di Diritto Sportivo*, 2, 2023, pp. 463 ss.

¹² Già prima, si era posta la questione Comm. Ue, 12 ottobre 2009, *COMP/39471*.

4. I due pilastri del rispetto del diritto europeo e il Tribunale federale svizzero.

Vale la pena di notare che anche nel caso *Isu*, così come nei precedenti *Ecoswiss* e *Nordsee*¹³, la mira della Corte si sposta dagli arbitri al giudice dell'impugnazione: è specialmente il Tribunale federale svizzero a non soddisfare pienamente i due pilastri di cui ho detto all'inizio.

Che il giudice svizzero non possa fare uso del rinvio pregiudiziale è un dato formale indubitabile. Il punto più critico riguarda, però, il controllo dell'ordine pubblico in sede di impugnazione del lodo Tas: il giudice svizzero ne adotterebbe, secondo la Corte, una interpretazione troppo restrittiva, insufficiente a garantire il rispetto del diritto europeo.

In effetti, l'approccio del Tribunale federale è minimalista due volte.

Fin da *Tensacciai*¹⁴, non è raro leggere nelle sentenze dei giudici svizzeri che le previsioni sul diritto della concorrenza di altri ordinamenti, compresi quelli europei, non sarebbero automaticamente parte della nozione di ordine pubblico rilevante ai fini dell'impugnazione del lodo con sede in Svizzera: andrebbero, infatti, presi in esame unicamente i “valori essenziali e ampiamente riconosciuti che, secondo l'interpretazione prevalente in Svizzera, dovrebbero essere alla base di ogni ordinamento giuridico” ed il diritto della concorrenza non vi rientrerebbe, se non per la violazione dei suoi fondamenti¹⁵ - una “concessione”, quest'ultima, che, evidentemente, non soddisfa appieno la Corte.

Inoltre, secondo il Tribunale, il lodo potrebbe venire annullato solo quando il risultato del lodo produca effetti contrari all'ordine pubblico e non ogniqualvolta un motivo ritenuto fondato dagli arbitri sia contrario all'ordine pubblico: è il c.d. approccio minimalista, che, tuttavia, viene adottato anche da alcuni paesi europei, per cui la Corte non può dolersene più di tanto.¹⁶

La Corte chiude il cerchio osservando che il controllo dell'ordine pubblico europeo non sarebbe garantito neppure in altre sedi, come quella del riconoscimento del lodo, che in precedenti pronunce – cfr. *Nordsee* - era stata la chiave per salvare l'arbitrato dalla scure del diritto europeo. È noto, infatti, che il ricorso all'*exequatur* statale è raro in materia sportiva, dato che le decisioni sono tendenzialmente *self-executing*, attraverso l'imposizione di sanzioni di natura sportiva.

¹³ In *Nordsee*, per giustificare l'inapplicabilità del rinvio pregiudiziale in arbitrato, la Corte di giustizia ha precisato che il suo obiettivo è di far sì che gli Stati pongano in atto tutto quanto possono per la realizzazione del disegno europeo, e per questo motivo il *focus* deve concentrarsi sui giudici di controllo dei lodi, che sono pur sempre espressione di una giustizia privata su base volontaria.

¹⁴ ATF 132 III 389, at 3.

¹⁵ Queste parole si trovano anche nel caso *Royal Seraing* sopra cit., che si rifà al caso *Tensacciai*, pur lasciando una apertura verso la rilevanza delle violazioni più patenti della concorrenza.

¹⁶ Il problema, insomma, è più generale e non è, dunque, motivo sufficiente per dequalificare l'arbitrato con sede in Svizzera. Per indicazioni sul tema, C. Rasia, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, pp. 214 ss.; L.G. Radicati Di Bronzolo, *Antitrust: A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration: A Fresh Look at the 'Second Look'*, in *Int'l Arb. Law Review*, 2004, pp. 23 ss.; A. Komninos, M. Kamvysi, *Arbitration and EU Competition Law: latest developments*, in *Liber Amicorum Laurence Idot, Concurrence et Europe*, vol. 1 (2022), pp. 422 ss., si può leggere in [SSRN](#). Significative sono le parole dell'avvocato Generale Wathelet nel caso *Genetech*, Corte di giust. Ue, 17 marzo 2016, C-567/14.

Inoltre, continua la Corte, eventuali azioni di risarcimento del danno davanti ai giudici europei non permetterebbero l'effettivo dispiegarsi della tutela della concorrenza, che deve garantire una esecuzione in forma specifica.¹⁷

L'insoddisfazione circa le valutazioni del Tribunale svizzero non è nuova: era già stata espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Semenya*¹⁸, per di più con riferimento ad una fonte, la Carta dei diritti umani, direttamente applicabile in Svizzera a differenza dell'ordine pubblico europeo.

La sfiducia della Corte Ue nei riguardi della Corte suprema svizzera è destinata, temo, a peggiorare: in due arbitrati degli investimenti intra-Ue con sede in Svizzera, fondati sull'*Energy Treaty*¹⁹, il Tribunale, adito per l'annullamento dei relativi lodi, ha escluso che il divieto di arbitrato sancito dalla Corte Ue con i casi *Achmea*²⁰ e *Komstroy*²¹, operi al di fuori del contesto europeo, dovendo prevalere la scelta arbitrale compiuta con la ratifica del trattato.

La conclusione che emerge fra le righe del caso *Isu* è che la tutela in forma specifica della concorrenza davanti al giudice europeo deve sempre essere garantita, nonostante che le parti abbiano scelto l'arbitrato per tutto il contenzioso, compreso il risarcimento del danno da sanzione sportiva illegittima (com'è stato nel caso di specie).²²

In questo modo, però, si apre, di fatto, ad un riesame nel merito (potenzialmente plurimo) della decisione arbitrale, con suo conseguente vistoso indebolimento²³, e ad un pericoloso

¹⁷ È evidente come l'approccio della Corte sia ben diverso da quello della Corte costituzionale italiana, pronunciatasi per ben due volte sul punto del rapporto fra legittimità delle sanzioni disciplinari (riservata agli organi sportivi) e risarcimento del danno (riservato al giudice statale): Corte cost., 17 aprile 2019, n. 160 e, prima, Corte cost., 7 febbraio 2011, n. 49. Nell'impostazione dei giudici italiani, il lodo sulla legittimità della sanzione non avrebbe una natura strettamente arbitrale (cioè, decisoria su diritti soggettivi) perchè riguarda una materia c.d. irrilevante per l'ordinamento italiano, mentre il giudice è sempre libero di rivalutare la sanzione ai – soli - fini del risarcimento del danno. Il dibattito però è destinato a rinfocolarsi, vista la richiesta di rinvio pregiudiziale ad opera del Tar Lazio, sez. I-ter, 6 giugno 2024, nn. 1157 e 1159: i giudici amministrativi chiedono alla Corte di giustizia di chiarire se sia conforme con il diritto dell'Unione l'impossibilità per il giudice nazionale di annullare la sanzione disciplinare sportiva e i suoi effetti futuri, nonché di sospenderne l'efficacia in via cautelare.

¹⁸ Cedu, 11 luglio 2023, n. 10934/21 precisa che “a causa del suo approccio restrittivo, il Tribunale federale disponeva di un potere di controllo molto limitato nel caso di specie”; e, comunque né il Tas né il Tribunale federale avevano “proceduto ad un esame approfondito, alla luce della Convenzione, dei motivi dedotti a sostegno di una giustificazione obiettiva e ragionevole del regolamento DSD”.

¹⁹ Mi riferisco alle sentenze n. 4A_244/2023 (*EDF Energies Nouvelles S.A. v. Spain*) dell'aprile 2024, e n. 4A_66/2024, del giugno 2024 (*Natland Investment et al. v. Czech Republic*). Si legge nella prima decisione: “la sentenza emessa nella causa *Komstroy* non è vincolante per questa Corte, dato che l'obbligo per i giudici nazionali degli Stati membri dell'UE di conformarsi alle decisioni adottate dalla CGUE quando la sede dell'arbitrato si trova in uno di questi Stati non è vincolante per le autorità giurisdizionali situate al di fuori dell'UE, come la Svizzera.”

²⁰ Corte di giust. Ue, 6 marzo 2018, C-284/16.

²¹ Corte di giust. Ue, 2 settembre 2021, C-741/19.

²² L'art. 27.1 dello Statuto federale, nel prevedere la clausola compromissoria, vi comprende anche “*damage and money claims as well as other claims, which could otherwise be the subject of a lawsuit in a civil court*”.

²³ Nota gli effetti dirompenti dell'azione europea sulla stabilità e forza dell'arbitrato internazionale M. Penades Fons, *The effectiveness of EU law and private arbitration*, in *Common Market Law Review*, n. 57, 2020, pp. 1069 ss.

rischio di conflitto fra decisioni.²⁴ Le cose si complicherebbero di molto, infatti, se il lodo Tas e la sentenza contrastante di uno Stato europeo dovessero circolare liberamente dentro e fuori Europa: poiché lo sport supera i confini degli Stati e deve essere uguale per tutti, se il lodo fosse riconosciuto in Stati non membri il conflitto fra pronunce sarebbe inevitabile.²⁵

5. Il paradigma dell'arbitrato sportivo e la sua "esportazione": le tre fragilità.

Dobbiamo allora concludere che tutti gli arbitrati extra-Ue "rilevanti" per l'Europa sono in pericolo? Escludo che la Corte di giustizia voglia arrivare a questo punto: bisogna tenere presente che le soluzioni prospettate sono strettamente correlate al delicato rapporto fra *lex sportiva* e azione europea. Anche nel caso *Achmea* la Corte si era affrettata a precisare che l'arbitrato commerciale va considerato in modo diverso dall'arbitrato degli investimenti.²⁶

L'arbitrato sportivo, in effetti, ha alcune caratteristiche peculiari, che ne fanno un "sorvegliato speciale": gli atleti e le federazioni sono in forte squilibrio contrattuale, tanto che sia la Cedu sia la Corte Ue parlano di consenso "forzato"; la *lex arbitri* e *lex causae*²⁷ sono, per stessa scelta del sistema sportivo, esterne al territorio europeo, benché le decisioni del Tas abbiano spesso pesanti ricadute su di esso; il lodo non abbisogna, nella stragrande maggioranza dei casi, del riconoscimento statale, in quanto il suo inadempimento fa scattare sanzioni sul piano sportivo, che possono essere molto più incidenti ed efficaci di quelle statali; infine, la pronuncia degli arbitri è soggetta al controllo di un giudice non abilitato al rinvio pregiudiziale, né direttamente vincolato al diritto europeo.

Sono peculiarità difficilmente ripetibili, tutte insieme, ma non si può escludere che possano presentarsi anche in campi diversi da quello sportivo²⁸, pur sotto vesti differenti: vediamole, dunque, più in specifico.²⁹

²⁴ La questione del rapporto fra lodi arbitrali e circolazione di sentenze di merito è un tema irrisolto, all'indomani del regolamento n. 1215/12. Un caso limite, ma significativo, è *Steam-Ship*, (20 giugno 2022, C-700/20, *London Steam-Ship vs Spagna*): la Corte Ue ha garantito il riconoscimento di una sentenza spagnola emessa successivamente ad una sentenza inglese che aveva recepito un lodo illegittimo. La *High Court* inglese (6 ottobre 2023 e 19 dicembre 2023), successivamente adita per il riconoscimento della sentenza spagnola, lo ha rifiutato da Stato terzo, non vincolato alla Corte Ue. Per ulteriori considerazioni e citazioni mi permetto di rinviare a *Arbitrato e diritto europeo*, in *Riv. arb.*, 2024, pp. 3 ss.

²⁵ C. Peiffer, *RFC Seraing & Doyen Sports v. FIFA: changing the rules of the game in international sports arbitration?* in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2019, pp. 1359 si rifà alle riflessioni dell'*Icas* nel documento *Press Release* dell'11 settembre 2018.

²⁶ Sul punto A. Briguglio, *Achmea and the day after Achmea*, in *Riv. arb.*, 2018, pp. 511 ss.

²⁷ Ai sensi della R58, salva l'applicazione della *lex sportiva*, le parti potrebbero scegliere la legge europea come legge applicabile al merito, ma occorre un accordo esplicito in tal senso.

²⁸ A. Duval, *The international skating union ruling of the CJEU and the future of CAS arbitration in transnational sports governance*, in *The International Sports Law Journal*, 2023, pp. 472.

²⁹ Non prendo in esame il tema dell'indipendenza del Tas rispetto al Cio e alle federazioni, in quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Pechstein* (Cedu, 2 ottobre 2018 *Mutu e Pechstein c. Svizzera*) l'ha risolta in senso favorevole al Tas, anche se il tema rimane sul tappeto. Per ampi riferimenti P. Marzolini, D. Durante, *Legittimità del Tribunale Arbitrale dello Sport: game, set, match? La recente giurisprudenza del Tribunale federale svizzero e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. arb.*, 2018, pp. 662 ss.

a) *La prima fragilità: la questione del consenso “forzato”*. Una Corte suprema dello sport mondiale, che voglia assicurare una uniforme ed esatta interpretazione ed applicazione della *lex sportiva*, deve essere la stessa per tutti: occorre, perciò, che tutti coloro che svolgono attività sportive a livello minimamente agonistico vi siano assoggettati, per qualunque lite che riguardi questa attività.³⁰

Questo comporta, innanzitutto, una indeterminatezza della clausola arbitrale, già di per sé problematica, come messo in luce dalla Corte d’appello di Bruxelles nel caso *Seraing*³¹ e, ancor più grave, implica una attenuazione del libero consenso, come ha ben chiarito la Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Pechstein-Mutu*.³² Infatti, secondo l’avviso dei giudici di Strasburgo, condiviso dalla Corte di giustizia, quando il vincolo compromissorio nasce con l’entrata dell’atleta o del tecnico nell’ordinamento sportivo degli statuti federali attraverso il tesseramento, l’arbitrato va considerato “forzato”. Per il vero, l’aggettivo usato dai giudici europei non mi convince del tutto: se l’arbitrato Tas fosse realmente obbligatorio sarebbe, almeno secondo il diritto italiano, incostituzionale. Quel che le Corti vogliono dire, a mio avviso, è che la posizione dominante³³ di enti privati, quali sono le federazioni, rispetto a soggetti più deboli giustifica il maggior rigore sul rispetto del *due process of law* e dell’ordine pubblico europeo.

La Cedu, nel caso *Semenya*³⁴, lo chiarisce bene: “[...] mentre il potere di controllo molto limitato del Tribunale federale potrebbe essere giustificato nel settore dell’arbitrato commerciale, in cui le società che si trovano generalmente su un piano di parità accettano volontariamente che le loro controversie siano risolte con tali mezzi, potrebbe essere più

³⁰ M. Maisonneuve, *L’arbitrage TAS est-il menacé?* In F. Latty, J.M. Marmayou, J.B. Racine (a cura di), *Sport et droit international (aspects choisis)*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2016, p. 306 definisce il Tas come “un colosso con i piedi d’argilla”.

³¹ La Corte d’Appello di Bruxelles, con decisione interlocutoria del 29 agosto 2018 (commentata in senso critico da G. Romano, L. Serafinelli, *Sull’invalidità delle clausole compromissorie contenute negli statuti delle federazioni sportive*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2, 2018, p. 485, che notano come il giudice avrebbe dovuto, prima di tutto, domandarsi quale fosse la legge applicabile alla clausola arbitrale), si era posta il problema dell’opponibilità alla società della clausola arbitrale degli statuti Fifa, che aveva ritenuto inoperante perché indeterminata ai sensi degli artt. 1681 and 1682(1) del c.p.c. belga. È interessante notare come la Corte abbia escluso il parallelo con i soci vincolati alla clausola arbitrale statutaria, in quanto il club non era “diretto membro” della Fifa e della Uefa. Nella stessa direzione si era pronunciata la Corte d’appello di Mons, nel caso *Diarra* (poi risolto dalla Corte Ue, 4 ottobre 2024, C-650/22), che aveva ritenuto di poter valutare il risarcimento del danno da comportamento illecito della Fifa, nonostante la clausola compromissoria.

³² La vicenda *Pechstein*, che ha visto un percorso parallelo davanti ai giudici tedeschi, è stata commentata da molti. Fra gli altri, L. Di Nella, *Il caso Claudia Pechstein*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 1, 2020, pp. 132 ss.; M. Vigna, *La saga Pechstein: tremano le colonne del tempio TAS?*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2015, pp. 13 ss.; A. Dual, B. Van Rompuy, *The Compatibility of Forced CAS Arbitration with EU Competition Law Pechstein Reloaded*, in SSRN Electronic Journal, gennaio 2015, pp. 1 ss. (si può leggere in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621983), che parlano di “mito del consenso”.

³³ Su questo punto si erano concentrati i gradi di merito davanti alle Corti tedesche: se si vuole *Arbitrato dello sport: l’attesa decisione della Corte suprema tedesca nel caso Pechstein*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 148 ss.

³⁴ Su cui S. Bastianon, *The ECtHR’s ruling in the Semenya v. Switzerland case. What is next for international sports arbitration and athletes’ human rights?*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2023, pp. 152 ss.

problematico nel settore dell'arbitrato sportivo, in cui i singoli individui si trovano in opposizione a organizzazioni sportive spesso molto potenti".³⁵

Per la Corte di giustizia, poi, l'inserimento di una clausola arbitrale di un arbitrato con sede extra-Ue potrebbe costituire una spia, o addirittura una circostanza aggravante di detta posizione dominante, finalizzata a sottrarre i deboli dalla tutela offerta dal sistema europeo.³⁶

Dalle parole dei giudici europei si ricava un implicito corollario: coerenza vuole che in tutti i casi in cui sussistano analoghe condizioni di squilibrio contrattuale valga lo stesso ragionamento e la Corte di giustizia Ue non può dare per presupposto che questo non si verifichi mai nell'arbitrato commerciale.

b) *La seconda fragilità: la non necessità dell'exequatur.* Poiché la *lex sportiva*, in generale, si auto-esegue attraverso le sanzioni che operano sul piano esclusivamente sportivo, è difficile che il lodo contrario all'ordine pubblico europeo sia presentato davanti ad un giudice di uno Stato membro per l'*exequatur*. È un aspetto tipico di un ordinamento chiuso come quello sportivo, ed è ben più difficile che si verifichi nell'arbitrato commerciale tradizionale.³⁷ Tuttavia, a parte il fatto che anche in altri ambiti il riconoscimento del lodo non è sempre necessario, dipendendo dal tipo di provvedimento adottato, non può escludersi che un lodo extra-Ue abbia "ricadute" sul territorio europeo anche senza dover essere eseguito in un Paese membro. Ce lo fa intendere la stessa Corte nel caso *Isu*: il controllo effettivo dell'ordine pubblico europeo è necessario ogni qualvolta vi siano "controversie che possono sorgere in relazione all'esercizio di uno sport in quanto attività economica nel territorio dell'Unione".³⁸ Il che significa, se non vado errata, che la ricaduta sull'Europa non si collega solo alla necessità di eseguire il lodo nel relativo territorio, bensì a tutti i casi in cui il lodo espliciti influenza o rilevanza nei riguardi dei soggetti che appartengono all'ordinamento europeo.

Se così è, non mi sentirei di escludere che ciò possa accadere anche in altri ambiti³⁹: penso alle grandi piattaforme di vendita *on line*, i cui comportamenti possono avere indubitabili

³⁵ Continua: "La Corte non vede alcun motivo per cui agli atleti professionisti debba essere concessa una tutela giuridica inferiore rispetto a quella concessa a coloro che esercitano una professione più convenzionale".

³⁶ Sul punto G. Blanke, *Arbitration Rules Found to Reinforce Infringement of Article 101 TFEU: Case C-124/21 P International Skating Union v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 15, 2024, pp. 308 ss.; M. Maisonneuve, *L'arbitrage TAS est-il menacé?* cit., p. 314; N. M. Naso, *Non solo Superleague nella "trilogia" su sport e antitrust della Corte di giustizia: il futuro del TAS, dell'arbitrato e della giustizia sportiva alla luce della sentenza International Skating Union*, in corso di pubblicazione in *Conc. Mer.*, 2024, par. 1 ss. ipotizza il concorso in una più ampia unica infrazione continuata, ai sensi dell'art. 101 Tfeue. Il Tas ha affrontato il tema della nullità della clausola arbitrale alla luce del divieto di abuso di posizione dominante, nel caso *Azepeleta* (19 novembre 2015, CAS 2014/A/3561 & 3614).

³⁷ Sul punto S. Bastianon, *Restrizioni per oggetto e tutela della concorrenza nella trilogia sportiva del 21 dicembre 2023*, in *Foro it.*, 2024, V, p. 143.

³⁸ La stessa Corte di giustizia, nel caso *Isu*, riconosce che restano esclusi dall'esigenza di rispetto del diritto europeo solo i lodi del tutto indifferenti allo spazio europeo.

³⁹ Ipotizzano un parallelo M. Schrader, J. Schmidt, H. Nettleau, F. Peitzmeier, *CJEU's "ISU Decision": A Nail in the Coffin of Antitrust-Related Arbitration in the EU?*, su *Kluwer Arbitration Blog*; A. Zanoska, *CAS arbitration clause improper under EU law? The General Court of the EU disagrees* (si può leggere in [Global Arbitration News](#)).

riflessi nei riguardi dei consumatori europei a prescindere dalla eseguibilità di eventuali lodi arbitrali sulle relative liti.⁴⁰

c) *La terza fragilità: l'approccio restrittivo del giudice dell'impugnazione e l'impossibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale.* Vi è da chiedersi se le due mancanze, nella prospettiva della Corte, debbano sussistere cumulativamente oppure se, di fronte ad un giudice più sensibile al diritto europeo, la mancanza di rinvio pregiudiziale avrebbe potuto essere valutata con maggiore clemenza. Dopo tutto, un lodo arbitrale non impugnato ha efficacia di sentenza anche se gli arbitri non sono abilitati al ricorso alla Corte di giustizia, come ha giustamente notato la Corte d'appello di Bruxelles nel caso *Royal Seraing*.

In ogni caso, il ragionamento della Corte è, anche in questo caso, adattabile ad arbitrati di qualunque specie con sede in Svizzera.

6. Cosa si può fare, allora?

Come ho già avuto occasione di dire⁴¹, io credo che le fragilità sopra indicate non giustifichino, per ciò solo, la riapertura del merito in territorio europeo⁴², con gli indesiderabili corollari già visti. Occorre, piuttosto, individuare strumenti e rimedi per garantire, fin dove possibile, che una decisione arbitrale con ricadute sul territorio europeo tenga conto dei canoni fondamentali del Trattato Ue.

Il primo rimedio sta nel detto “prevenire è meglio che curare”. Per garantire il rispetto del diritto europeo anche quando le parti hanno scelto l'arbitrato, l'unica strada è quella di potenziare il controllo nella fase arbitrale, anche perchè non è detto che il lodo, sia o no endo-europeo, venga impugnato. Gli arbitri debbono applicare il diritto europeo di ordine pubblico⁴³, non solo quando la *lex causae* sia europea⁴⁴, o quando è ipotizzabile un riconoscimento in suolo europeo: è opportuno che lo facciano ogniqualvolta il lodo sia destinato a spiegare effetti in uno Stato membro, perchè il loro compito è emettere un lodo forte e stabile.⁴⁵ Certo, se fosse loro riconosciuto il potere di adire la Corte in via pregiudiziale tutto sarebbe più semplice, anche

⁴⁰ Non a caso, la proposta di modifica della Direttiva n. 11 del 2013, del 17 ottobre 2023, intende ampliare l'applicazione delle *Adr* di consumo (compreso l'arbitrato, almeno secondo la tesi che ritengo preferibile), sia per l'oggetto, comprendendovi le liti non contrattuali, sia per i soggetti, estendendole anche ai professionisti di Stati terzi, purché il consumatore risieda in Europa.

⁴¹ *Note sull'arbitrato Tas dopo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Isu*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2023, pp. 462 ss.

⁴² Più dubbioso è S. Bastianon, *Restrizioni per oggetto e tutela della concorrenza nella trilogia sportiva del 21 dicembre 2023*, in *Il foro italiano*, 2024, 3, p. 142.

⁴³ A. Duval, *The Court of Arbitration for Sport and EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 226 ss.

⁴⁴ Ipotesi di non facile avveramento nel caso del Tas; è vero che la R58 delle regole arbitrali Tas prevede che le parti potrebbero sempre scegliere la legge europea: “The Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision”; occorre, però, l'accordo di tutte le parti.

⁴⁵ Avendo altresì a disposizione l'art. 19 l.d.i.p. di cui si dirà subito appresso.

perchè la possibilità di una intermediazione di un giudice statale intra-Ue è astrattamente ipotizzabile (penso alla interpretazione allargata di norme già presenti in Danimarca o in Germania) ma difficilmente praticabile in concreto. Non mi convince l'idea, propugnata dalla Corte, che la realizzazione del disegno europeo spetti esclusivamente ai giudici statuali e non agli arbitri⁴⁶, perchè c'è in gioco la tutela dei diritti delle persone.

È, dunque, importante che gli arbitri Tas focalizzino maggiormente di quanto già fanno⁴⁷ l'attenzione verso l'ordine pubblico europeo⁴⁸: questa esigenza traspare chiaramente nelle parole della Corte Ue nel caso *Diarra*.⁴⁹

Un fruttuoso dialogo fra gli organi europei e gli arbitri Tas potrebbe essere incentivato dalla possibilità, astrattamente concepibile, benché, mi rendo conto, onerosa, di intervento della Commissione europea in arbitrato, attraverso una interpretazione lata dell'istituto dell'*amicus curiae*⁵⁰ previsto nel regolamento del Tas.⁵¹

Il secondo rimedio riguarda il Tribunale federale svizzero: questi è pur sempre vincolato dall'art. 19 l.d.i.p., secondo cui il giudice può applicare anche una norma straniera di applicazione necessaria “qualora, secondo la concezione giuridica svizzera, interessi degni di protezione e manifestamente preponderanti di una parte lo richiedano e la fattispecie sia strettamente connessa con tale diritto”. La disposizione potrebbe essere utilmente valorizzata al fine dell'esame del diritto fondamentale europeo.⁵²

⁴⁶ Si v. nota 13.

⁴⁷ Il lodo Tas 2008/A/1644, nel caso *Adrian Mutu v. Chelsea Football Club Limited*, 31 luglio 2009, al punto 18 afferma: “[...] a CAS panel is not only allowed, but also obliged to deal with the issues involving the application of EC law, as confirmed by the Swiss Federal Court (ATF 132 III 399) and CAS jurisprudence (CAS 98/200)”. V. anche lo stesso caso *Royal Football Club Seraing* di cui sopra, nota 5.

⁴⁸ M. Maisonneuve, *L'arbitrage TAS est-il menacé?*, cit., p. 323 cita il caso Tas, n°2009/A/1810 & 1811, *SV Wilhelmshaven c/ Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate*, del 5 ottobre 2009 ed auspica (p. 325) un controllo più penetrante dell'ordine pubblico. P. Marzolini, D. Durante, cit., pp. 670 ss. notano che la necessità di applicazione del diritto europeo da parte degli arbitri è stata affermata dallo stesso Tribunale federale svizzero nel caso DTF 118 II 193; sul rapporto fra arbitri del Tas e diritto della concorrenza: S. Bastianon, *The Specificity of Sport - Comparing the Case-Law of the European Court of Justice and of the Court of Arbitration for Sport - Part 2* su [The Asser International Sports Law Blog](#); 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*, pp. 69 ss.; M.N. Naso, cit., par. 2.

⁴⁹ Al punto 107 della sentenza la Corte nota come il Tas abbia spesso applicato regole che non tenevano in sufficiente conto l'ordine pubblico della Ue: “Au demeurant, force est de constater que de tels critères d'indemnisation paraissent être destinés davantage à préserver les intérêts financiers des clubs dans le contexte économique propre aux transferts de joueurs entre ceux-ci qu'à assurer le prétendu bon déroulement de compétitions sportives, ce dont témoigne, par ailleurs, la manière dont ces critères sont interprétés et appliqués par la CRL et par le TAS, telle qu'elle ressort de certaines décisions de ces organes qui figurent au dossier dont dispose la Cour”.

⁵⁰ Sul punto A.P. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law*, 12 aprile 2009, si può leggere in [SSRN](#), p. 26.

⁵¹ Secondo la R41 “after consideration of submissions by all parties concerned, the Panel may allow the filing of *amicus curiae* briefs, on such terms and conditions as it may fix”; sulla legittimazione all'impugnazione davanti al Tas v. la disciplina dell'art. 76 cpv. 1 LTF.

⁵² R. Subiotta, E. González Díaz, A. Rimsa, *An Analysis of the Broader Implications of the European Commission's International Skating Union Case*, in 21 *Business Law Int'l*, 2020, p. 141, vanno oltre, ritenendo che l'ordine pubblico sindacabile dal Tribunale comprenda la legge europea *antitrust*.

Altrimenti, non resta che collegare il Tas al territorio europeo⁵³, per investire un giudice europeo del controllo del lodo: una soluzione euro-centrica, che è senz'altro risolutiva per la Corte di giustizia, ma che non tiene conto del fatto che lo sport va oltre i confini europei. Va, però, evidenziato che la Uefa ha scelto questa strada, quando, nelle sue *Authorisation Rules governing International Club Competitions*, edizione 2024, permette all'atleta o al soggetto che impugna la decisione dell'ente sportivo di scegliere, all'atto dell'avvio del procedimento, la sede in Irlanda, in deroga alla regola R28 del regolamento Tas.⁵⁴ Ci si potrebbe addirittura spingere fino a permettere al ricorrente di scegliere una *lex causae* europea, con vincolo preventivo dell'istituzione sportiva, in forza della R58 del regolamento Tas⁵⁵, ma questa via non risulta ancora percorsa.

Quel che è certo, è che arbitrato ed Europa sono un connubio in divenire: aspettiamo la sentenza *Seraing*.

⁵³ Cfr. le riflessioni di A. Duval, *The international skating union ruling of the CJEU and the future of CAS arbitration in transnational sports governance*, cit., p. 473.

⁵⁴ Per un commento S. Spera, *Luxembourg calls...is the answer from Nyon the way forward? Assessing UEFA's response to the ECJ's ISU judgment*, in *Asser International Sports Law Blog*, 2024, che nota come la "rivoluzione" sia limitata, in quanto "there are many more UEFA rules that can potentially infringe EU competition law which are currently outside of the scope of this new procedure".

⁵⁵ Si v. nota 44.