

## *La tutela cautelare nell'ambito dei procedimenti arbitrali presso la Court of Arbitration for Sport.*

**Sommario:** 1. Premessa – L'importanza della tutela cautelare nell'ambito dei procedimenti arbitrali presso il Cas. – 2. La competenza esclusiva del collegio arbitrale. – 3. Profili processuali. – 4. Le tipologie di misure cautelari ed i presupposti per la loro concessione. – 5. La strumentalità, l'attuazione ed i rimedi. – 6. Conclusioni.

### **1. Premessa – L'importanza della tutela cautelare nell'ambito dei procedimenti arbitrali presso il Cas.**

La Court of Arbitration for Sport ("Cas") è la principale istituzione per la risoluzione delle controversie sportive<sup>1</sup>. L'art. R27 Codice Cas<sup>2</sup> stabilisce che il Cas è competente quando le parti hanno concordato di deferire ad esso la decisione di una qualsiasi lite "correlata" allo sport, in forza di una clausola compromissoria contenuta in un contratto, in un regolamento, in un compromesso, ovvero quando lo statuto od il regolamento di una federazione, un'associazione od altro ente sportivo prevedano un appello al Cas contro le relative decisioni<sup>3</sup>.

La sede del Cas, nonché di ogni tribunale arbitrale che decide una controversia ai sensi del Codice Cas, è situata a Losanna, ancorché le udienze possano svolgersi altrove (art. R28 Codice Cas). Ciò è di fondamentale importanza, poiché comporta che la *lex arbitri* sia sempre quella svizzera (quantunque vi siano sedi distaccate del Cas a New York ed a Sydney) e, quindi, anche il particolare profilo di cui intendiamo occuparci in questo saggio, ossia quello della tutela cautelare, deve avere inevitabilmente come fondamento tale normativa, la quale, in forza dell'art. 183 legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 ("legge sv. dir. int. priv.") e dell'art. 374 del codice di diritto processuale civile svizzero ("c.p.c. sv."), permette agli arbitri di concedere provvedimenti cautelari o conservativi, salvo diverso accordo tra le parti<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ancorché non sia l'unica; per l'indicazione di altre enti a ciò deputati, competenti per decidere le liti che nascono in particolari ambiti sportivi, v. VOSER, *Sports Arbitration*, in *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, a cura di D. Girsberger e Voser, 4th ed., Switzerland, 2021, p. 620 ss. Con riferimento alla risoluzione delle controversie nello sport professionistico statunitense v. 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. In generale sul Cas v. ZUCCONI GALLI FONSECA-RASIA, *Laboratorio di arbitrato dello sport*, Bologna, 2021, p. 99 ss.; VOSER, *Sports Arbitration*, cit., p. 613 ss.; LINDHOLM, *The Court of Arbitration for Sport and its jurisprudence*, Berlin, 2019, p. 31 ss.; COCCIA, *International sports justice: the Court of Arbitration for Sport*, in *Europ. sport law bull.*, 2013, p. 23 ss.; MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, Torino, 2009, p. 44 ss.; MC LAREN, *The Court of Arbitration for Sport: an independent arena for the world's sports disputes*, in *Valp. univ. law rev.*, 2001, p. 379 ss.; AA.VV., *The Court of Arbitration for Sport 1984–2004*, a cura di Blackshaw-Siekmann-Soek, The Hague 2006, *passim*; KANE, *Twenty years on: an evaluation of the Court of Arbitration for Sport*, in *Melb. jour. int. law*, 2003, p. 611 ss.

<sup>2</sup> Utilizziamo, per sintesi espositiva, il termine "Codice Cas", al fine di designare il Code of Sports-related Arbitration, in vigore dal 1° febbraio 2023 che, al suo interno, è composto: (i) dallo Statuto degli organi coinvolti nella risoluzione delle controversie sportive (tali organi sono il Cas e l'ICAS – International Council of Arbitration for Sport (ICAS), che ha funzioni essenzialmente amministrative); e (ii) dalle regole procedurali.

<sup>3</sup> Cfr., anche per l'esatta individuazione delle controversie "correlate" allo sport, RIGOZZI-HASLER-NOTH, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide: Commentary*, a cura di Arroyo, 2nd edition, Kluwer, 2018, p. 1433 ss.; MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport, Commentary, Cases, and Materials*, Kluwer, 2015, p. 49 ss.

<sup>4</sup> L'art. 183 legge sv. dir. int. priv. si applica all'arbitrato internazionale, ossia a quello in cui almeno una parte, alla data di stipula della clausola compromissoria, non avesse domicilio, dimora abituale o sede in Svizzera (cfr. art. 176, 1° comma, legge dir. int. priv. e proc.). Sulle recenti modifiche apportate all'art. 183 legge sv. dir. int. priv., in vigore dal 1° gennaio 2021 v. BESSON-RIGOZZI, *La réforme du droit suisse de l'arbitrage international*, in *Revue arb.*, 2021, pp. 33-34; CARDUCCI, *The New Swiss International and Domestic Arbitration Law, Sport and CAS Arbitration*, in *Bull. tas*, 2020/2, p. 7 ss.; GUROVITS, *Modifications of the PILA: implications for sport arbitration*, in *Bull. Tas*, 2020 (Budapest seminar), p. 43 ss.

La possibilità per gli arbitri di emanare misure cautelari è prevista (principalmente<sup>5</sup>) dall'art. R 37 Codice Cas, che ha subito diverse modifiche nel corso degli anni, a testimonianza della delicatezza della materia e della sua importanza al fine di assicurare l'effettività della tutela<sup>6</sup>. Anche ipotizzando, infatti, che il giudizio sia breve e si concluda nel termine di tre mesi previsto all'art. R59, 5° comma, Codice Cas (o, addirittura, che abbia luogo con le speciali forme della *expedited procedure* permesse, se sussiste il consenso delle parti, *ex artt.* R44.4 e R59, 5° comma, Codice Cas), il lodo potrebbe comunque essere tardivo e non assicurare una tutela effettiva, proprio per le peculiarità del mondo dello sport, in cui la carriera degli atleti è relativamente breve, le grandi competizioni hanno solitamente cadenza biennale o quadriennale ed tornei internazionali degli sport di squadra hanno serrati calendari annuali. Ipotizziamo, ad esempio, che un atleta sia sospeso per avere asseritamente assunto sostanze dopanti e non possa prendere parte ad un campionato mondiale programmato pochi giorni dopo, od ancora che ad una squadra sia impedito di iscriversi, per irregolarità amministrative o finanziarie, ad un torneo il cui avvio è prossimo. Molti altri esempi potrebbero essere addotti; in tutte queste evenienze, la possibilità che, in via provvisoria, venga permesso all'atleta od alla squadra di competere – sia pure *sub iudice*, in attesa cioè che venga emessa la decisione di merito – è essenziale, per assicurare l'effettività della tutela, che non sempre può essere garantita da un lodo, quand'anche questo sia pronunciato in tempi celeri<sup>7</sup>.

Il ricorso alla tutela cautelare nell'ambito dei procedimenti arbitrali Cas, però, pone numerose delicate questioni interpretative, sulle quali ci proponiamo di svolgere qualche breve riflessione nel presente contributo.

## 2. La competenza esclusiva del collegio arbitrale.

Quando si affronta il tema della tutela cautelare in presenza di una clausola compromissoria, uno dei tradizionali problemi da risolvere consiste nel delineare in modo preciso i confini tra la competenza dell'autorità giudiziaria e quella degli arbitri.

---

L'art. 374 c.p.c., invece, si applica all'arbitrato domestico; si noti che, con riferimento a quest'ultimo, sino a quando era in vigore il *Concordat Intercantonal sur l'Arbitrage* del 27 marzo 1969 l'art. 26 vietava che gli arbitri emanassero misure cautelari (cfr. KAUFMANN KOHLER-RIGOZZI, *International Arbitration. Law and Practice in Switzerland*, Oxford 2015, p. 331 ss., i quali evidenziano che, per l'arbitrato domestico, l'art. 26 Concordato sia stato abolito solo dal 1° gennaio 2011 e che quindi, unicamente da tale data, sia stata introdotta sul punto una piena equiparazione con l'arbitrato internazionale. Cfr. anche BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Bern 2010, p. 320 ss.). Prima dell'abrogazione del Concordato, dunque, non era possibile per gli arbitri Cas concedere misure cautelari nell'ambito di controversie pendenti tra una federazione sportiva con sede in Svizzera ed un parte quivi domiciliata. Nella prassi del Cas, però, si assisteva talora ad un disinvoltato (ma non legittimo) superamento di questo limite. Cfr. MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, cit., p. 146.

<sup>5</sup> Oltre all'art. R37 Codice Cas, si deve rammentare l'art. R48 Codice Cas che, in materia di arbitrato di appello avverso le decisioni di una federazione, prevede la possibilità che con l'atto di gravame possa essere proposta anche la richiesta di sospensione della decisione impugnata (normalmente, infatti, ai sensi degli statuti o regolamenti delle varie federazioni od organizzazioni sportive la proposizione di un appello non ha effetto sospensivo della decisione impugnata; v. ad esempio l'art. 50, 4° comma, Statuto Fifa. In proposito, v. MAVROMATI, *An Overview of the Appeal Procedure before the CAS*, in *Bull. Tas*, 2023/01, p. 22). Altre norme rilevanti sono contenute nel *World Antidoping Code* per le controversie in materia di doping, che attribuisce competenza al Cas per le relative controversie (in particolare v. artt. 4.4.8., 7 ed 8; al riguardo v. SOUBLIÈRE-HESSERT, *Safeguarding and beyond - The role of sports regulations, human rights and the balance between the rights of interested parties in sports investigations and the disciplinary proceedings that arise from them*, in *Bull. Tas*, 2024/1, p. 22). Per quanto riguarda i tribunali arbitrali istituiti dal Cas in concomitanza con l'organizzazione dei Giochi Olimpici nel luogo in cui essi si svolgono cfr. l'art. 14 delle *Arbitration Rules applicable to the CAS ad hoc division for the Olympic Games*.

<sup>6</sup> Su questa norma v. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, in AA.VV., *Vorsorgliche Massnahmen – Fallstricke in der Praxis*, a cura di C. Catelli e P. Sunaric, Zürich, Dike, 2023, p. 238 ss.

<sup>7</sup> Sulla particolare necessità che l'arbitrato sportivo, per le peculiari caratteristiche del mondo dello sport, sia rapido ed efficace, v. RIGOZZI, *Sport Arbitration and the Inherent Need for Speed and Effectiveness*, in AA.VV., *Expedited Procedures in International Arbitration*, a cura di Levy, Kluwer, 2018, 88 ss. Con particolare riferimento all'importanza della tutela cautelare dinnanzi al Cas, v. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., pp. 237-238.

La questione nasce, innanzitutto, quando la misura è chiesta prima dell'avvio del procedimento arbitrale perché, come è intuitivo, in questo caso non vi è un collegio che possa deliberare sull'istanza ed i tempi necessari per la costituzione dello stesso possono essere del tutto incompatibili con una fattispecie connotata dal *periculum in mora*, che, per definizione, impone un intervento immediato. Per questa ragione, tradizionalmente è sempre consentita la richiesta di tutela *ante causam* all'autorità giudiziaria, nonostante la presenza della clausola compromissoria.

Anche quando pende l'arbitrato, però, possono manifestarsi esigenze tali da indurre l'attore a depositare un ricorso cautelare al giudice ordinario e non al collegio arbitrale, benché questo sia già costituito. Ciò può avvenire, ad esempio, quando uno dei membri è venuto meno, e quindi non è possibile deliberare, oppure allorché vi sia un arbitro (verosimilmente quello nominato dal convenuto) che ometta di compiere atti relativi alle sue funzioni e, quindi, di fatto impedisca l'assunzione di qualsiasi decisione. Ancora, possono esservi fattispecie nelle quali il provvedimento che si intende domandare è destinato ad incidere anche sulla sfera giuridica di soggetti estranei alla clausola compromissoria<sup>8</sup>, ovvero in cui la misura deve essere eseguita in uno Stato diverso da quello ove l'arbitrato ha sede costringendo così l'attore a ricorrere al giudice di tale Stato, dato che le misure cautelari arbitrali non possono circolare ai sensi della Convenzione di New York<sup>9</sup>.

Per tutte queste ragioni, la legge modello UNCITRAL ed i principali ordinamenti ad essa ispirati generalmente ammettono, sia prima che dopo la pendenza del procedimento arbitrale, una competenza cautelare concorrente tra arbitri e giudici, sebbene talora con alcuni temperamenti<sup>10</sup>. L'art. R 37, 3° comma, Codice Cas, invece, stabilisce un principio opposto. La competenza arbitrale per concedere misure cautelari è sempre esclusiva: non soltanto, cioè, quando già pende l'arbitrato, ma addirittura anche prima che esso sia avviato. In particolare, ivi è disposto, in modo *tranchant*, che le "parti espressamente rinunciano ai loro diritti di richiedere questa tipologia di misure alle autorità statali o ai tribunali"<sup>11</sup>.

L'art. R 37, 3° comma, Codice Cas, però, non è in linea con gli artt. 183 legge sv. dir. int. priv. e 374 c.p.c. sv., che costituiscono le norme su cui si fonda l'attribuzione del potere cautelare agli arbitri, dovendosi applicare la *lex arbitri* svizzera. Tra la dottrina e la giurisprudenza elvetica, infatti, è scontato che tali norme semplicemente cumulino la potestà cautelare degli arbitri a quella dei giudici statuali e, quindi, che vi sia sempre una competenza concorrente, sia prima dell'avvio dell'arbitrato, che dopo<sup>12</sup>. Si pone dunque il problema di verificare se l'autonomia delle parti possa

<sup>8</sup> In proposito v. BLACKBAY-PARTASIDES-REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7a ed., Oxford 2022, p. 394.

<sup>9</sup> Cfr. MALATESTA, *Interim measures and international commercial arbitration: some thoughts on the concurrent jurisdiction*, in *Riv. arb.*, 2023, p. 449 ss.; CARLEVARIS, *The Enforcement of Provisional Measures*, in AA. VV., *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, a cura di Palombino-Virzo-Zarra, The Hague 2021, 297 ss.; AA. VV., *New York Convention*, a cura di Wolff, 2a ed., München 2019, p. 372 ss.; HENKE, *Le misure cautelari nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. proc.* 2012, pp. 1228-1230.

<sup>10</sup> L'art. 9 della legge modello UNCITRAL stabilisce che non è incompatibile con la convenzione di arbitrato domandare al giudice misure cautelari prima del, o durante il, procedimento arbitrale. Il successivo art. 17 J prevede un'ampia possibilità per le parti di ricorrere ai giudici per chiedere misure cautelari e stabilisce che costoro hanno, a supporto del procedimento arbitrale, i medesimi poteri urgenti di cui sono titolari in reazione ai processi ordinari; i giudici devono esercitare il potere cautelare in conformità alla *lex fori*, comunque tenendo conto "of the specific features of international arbitration". Cfr. P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3a ed., London, 2010, pp. 143 ss. e 273-275. In proposito v., anche per ulteriori riferimenti a diverse legislazioni statali, G. Born, *International Commercial Arbitration*, II, cit., p. 2728 ss.; C. BOOG, *The Laws Governing Interim Measures in International Arbitration*, in AA.VV., *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, a cura di Ferrari e Kroll, Juris, USA, 2019, p. 358 ss.; KENT-HOLLIS, *Concurrent Jurisdiction of Arbitral Tribunals and National Courts to Issue Interim Measures in International Arbitration*, in AA. VV., *Interim and Emergency Relief In International Arbitration*, a cura di D. Ziyaeva, New York 2015, p. 87 ss. Tra la dottrina italiana v. HENKE, *Le misure cautelari*, cit., p. 1218 ss.

<sup>11</sup> Si noti che l'art. R 37, 3° comma, Codice Cas è stato sul punto modificato nel 2013; il testo previgente, infatti, espressamente precisava che la rinuncia non valeva in relazione al procedimento arbitrale ordinario (e quindi, in pratica, si applicava essenzialmente alla procedura di appello avverso le decisioni federali).

<sup>12</sup> Cfr. BOOG, *Commentary on Article 183 of the Swiss Private International Law Act*, AA.VV., *Arbitration in Switzerland – The Practitioner's Guide: Commentary*, a cura di Arroyo, cit., p. 162; BUCHER, in AA.VV., *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, a cura di Bucher, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 1610; BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2a ed., cit., p. 320 ss.; POUURET-BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2a ed., London, 2007, p. 524 ss.

spingersi sino al punto di derogare volontariamente alla competenza concorrente stabilita dalla legge<sup>13</sup>; tra le diverse tesi sostenute, a nostro avviso quella più persuasiva reputa l'art. 183 legge sv. dir. int. priv. passibile di deroga a condizione che questa sia esplicita e specifica e, a questo proposito, il testo dell'art. R 37, 3° comma, Codice Cas è ritenuto essere sufficiente<sup>14</sup>.

A conforto di questa lettura, ci pare vengano in rilievo due considerazioni. *In primis* essa è la sola che possa davvero preservare l'autonomia dell'ordinamento sportivo, visto che l'"intromissione" dei giudici ordinari, sia pure anche solo nella fase cautelare, rischia di intralciare il regolare svolgimento delle competizioni e, più in generale, di pregiudicare l'attività sportiva. A maggior ragione, con riferimento alla tutela cautelare (in cui, per definizione, si verificano interferenze decisorie, dovendo i giudici ordinari inevitabilmente pronunciarsi, sia pure solo in punto di *fumus*, sul merito della controversia) devono essere richiamate quelle specificità dell'ordinamento sportivo, che tradizionalmente sono messe in rilievo per giustificare la sostanziale "imposizione" della clausola compromissoria Cas agli iscritti delle varie federazioni<sup>15</sup>. Specificità, queste, che sono state pianamente obliterate da due famose decisioni, nelle quali le corti statuali, ritenendo invalido l'art. R 37, 3° comma, Codice Cas, hanno egualmente concesso misure cautelari: si tratta dell'*Oberlandesgericht* di Monaco, nel caso che ha riguardato il giocatore di basket Stanley Roberts, e della *District Court* dell'Arizona, nel procedimento avviato dal nuotatore Gary Hall<sup>16</sup>. Al contrario, le corti svizzere, in diverse pronunce rese nell'ambito della complessa vicenda giudiziaria che ha coinvolto la squadra di calcio del Sion, hanno sempre respinto le richieste di tutela urgente<sup>17</sup>.

In secondo luogo, l'attribuzione di una competenza cautelare esclusiva agli arbitri non crea alcun *vulnus* di tutela<sup>18</sup>, dal momento che, prima della costituzione del collegio, quando è più frequente il bisogno di tutela cautelare, l'art. R 37, 3° comma, Codice Cas attribuisce il potere di provvedere al Presidente della Divisione del Cas adita<sup>19</sup>, dando luogo ad una sorta di arbitrato di "urgenza" o di "emergenza", che ormai è divenuto prassi comune presso tutte le principali camere arbitrali internazionali, per ovviare al problema rappresentato dai tempi, non sempre brevi, necessari

<sup>13</sup> V., anche per riferimenti alle diverse tesi, BOOG, *The Laws Governing Interim Measures*, cit., p. 364; BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., p. 321; RIGOZZI-TISSOT, "Consent" in *Sports Arbitration: Its Multiple Aspects*, in AA.VV., *Sports Arbitration as a Coach for Other Players*, a cura di Geisinger e Trabaldo de Mestra, ASA Special Series n°41, Jurisnet New York, 2015, pp. 83-84, note 78 e 79; BUCHER, in AA.VV., *Loi sur le droit international privé*, cit., pp. 1614-1615.

<sup>14</sup> RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., pp. 1489-1490; PATOCCHI, *Les mesures provisionnelles en arbitrage international / Provisional Measures in International Arbitration*, in AA.VV., *International Sports Law and Jurisprudence of the CAS*, a cura di Bernasconi, 4th Conference CAS & FSA/SAV Lausanne 2012, Berne 2014, p. 68. Sui requisiti che la deroga all'art. 183 legge sv. dir. int. priv. deve rivestire v. HAAS-DONCHI, *Interim Measures of Protection in Arbitration and State Courts*, *International Sports Law and Jurisprudence of the CAS*, a cura di Bernasconi, cit., p. 99 ss. Esclude la validità della deroga contenuta nell'art. 37, 3° comma, Cod. Cas BUCHER, in AA.VV., *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano, a cura di Bucher*, agg. on line del 3 settembre 2024 al sito <http://www.andreasbucher-law.ch/NewFlash/Commentaire-romand.html>, par. 21.

<sup>15</sup> Cfr. le considerazioni svolte nel paragrafo 6.

<sup>16</sup> Per riferimenti, e per più diffuse considerazioni su questi due casi, v. BLACKSHAW, *Provisional and Conservatory Measures – an Under-Utilised Resource in the Court of Arbitration for Sport*, in *Ent. sports law journ.*, 2016, pp. 16-19.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Cant. Vaud, 27 settembre 2011 (in relazione a cui v., anche per ulteriori riferimenti, RIGOZZI-TISSOT, "Consent" in *Sports Arbitration*, cit., p. 85) e Obergerich Kant. Bern, 19 aprile 2012, in ZK 12, p. 111 (per cui v. HAAS-DONCHI, *Interim Measures of Protection*, cit., p. 85 ss.). Si noti che, in questi casi, trattandosi di contenzioso domestico, è venuto in considerazione il problema della derogabilità, da parte dell'art. R 37, 3° comma, Codice Cas, dell'art. 374 c.p.c. sv. e non l'art. 183 legge sv. dir. int. priv.

<sup>18</sup> A questo proposito, MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., pp. 201-202 ritengono che la deroga di cui all'art. R37 Cod. Cas sia sempre valida, ma possa essere considerata efficace solo qualora il Cas possa offrire un rimedio cautelare capace di attribuire, nel caso concreto, una tutela effettiva all'istante; chi chiede la misura cautelare al giudice statale dovrebbe pertanto provare che, ove non fosse il giudice a concederla ma dovesse essere richiesta agli arbitri, vi sarebbe un diniego di giustizia. In questo senso v. anche RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., pp. 1489-1490 e, richiamando Obergerich Kant. Bern, 19 aprile 2012, cit., HAAS-DONCHI, *Interim Measures of Protection*, cit., p. 85 ss. Questa interpretazione ci pare però da scartare in quanto (anche a prescindere dal rilievo che la distinzione tra validità ed efficacia della deroga appare piuttosto artificiosa) inevitabilmente si presta a soluzioni non chiare, molto legate alla concreta fattispecie, che, come tali, lasciano eccessiva discrezionalità al giudice statale, eventualmente adito con un'istanza cautelare.

<sup>19</sup> Ai sensi dell'art. S20 Codice Cas, il Cas è articolato in tre Divisioni: ordinaria, anti-doping e di appello.

affinché il tribunale arbitrale si costituisca e sia posto nella condizione di deliberare sull'istanza di concessione della cautela. E, benché non sia espressamente previsto dal Cod. Cas., si deve ritenere in via interpretativa che il tribunale arbitrale, appena divenuto operativo, abbia il potere di modificare o revocare la misura cautelare pronunciata dal Presidente della Divisione, come per avviene, *mutatis mutandis*, in tutti i regolamenti camerali<sup>20</sup>.

Nel contesto dell'arbitrato Cas nemmeno possono nascere problemi inerenti la necessità di coinvolgere soggetti non vincolati dalla clausola arbitrale ovvero questioni di come assicurare la fruttuosa attuazione della misura, che possano indurre il ricorrente ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria, al fine di ottenere una tutela effettiva. Tutti gli iscritti alla federazione, i relativi organi ed i giudici di gara, per potere svolgere la loro attività hanno infatti accettato la clausola compromissoria e, proprio per le peculiarità dell'ordinamento sportivo, l'esecuzione della misura avviene praticamente sempre in modo spontaneo da parte del soggetto passivo<sup>21</sup>.

Ciò quindi conferma, a nostro avviso, la piena legittimità della rinuncia preventiva ad adire i giudici statuali contenuta nell'art. R 37, 3° comma, Codice Cas, che si presenta come un elemento fondamentale, per rafforzare l'autonomia dell'ordinamento sportivo ed assicurare l'effettività della tutela.

### 3. Profili processuali.

L'istanza volta ad ottenere una misura cautelare può essere proposta soltanto quando sono soddisfatti due requisiti.

Il primo è stabilito dall'art. R37, 1° comma, Cod. Cas.: la misura può essere chiesta qualora siano stati esauriti tutti i rimedi disponibili previsti dallo statuto della federazione o dell'organizzazione sportiva coinvolta nel procedimento. Benché il testo della norma non differenzi tra le tipologie di arbitrato che si possono svolgere nell'ambito del Cas e sia inserita nel Capitolo A del Cod. Cas (il quale contiene disposizioni applicabili a qualsiasi procedimento arbitrale), si deve inevitabilmente ritenere che questo requisito si applichi soltanto alle istanze cautelari proposte nell'ambito di appelli contro le decisioni di una federazione od organizzazione<sup>22</sup>; in relazione alle altre categorie di controversie che possono essere deferite al Cas in forza dell'art. R27 Cod. Cas, infatti, il disposto normativo è del tutto inconferente, non essendovi alcun applicabile rimedio di giustizia endoassociativa da esaurire prima di rivolgersi al Cas. Una conferma di ciò si trae dall'art. R 47 Cod. Cas., che permette l'impugnazione di una decisione di una federazione, associazione od organizzazione sportiva soltanto dopo che la parte ha impiegato tutti i rimedi disponibili ai sensi dello statuto del relativo ente<sup>23</sup>; quanto richiesto dall'art. R37, 1° comma, Cod. Cas per l'ammissibilità dell'istanza di tutela urgente costituisce allora la semplice trasposizione, in sede cautelare, del medesimo principio stabilito dall'art. R47 Cod. Cas, con riferimento al giudizio di merito.

---

<sup>20</sup> In pratica, tali regolamenti dispongono, sia pure con qualche differenza procedimentale, che qualora sia necessario pronunciarsi su di un'istanza cautelare prima che l'organo arbitrale designato ai sensi della clausola compromissoria sia costituito, è possibile proporre tale istanza ad un arbitro (quasi sempre unico) nominato dall'istituzione, il quale ha il limitato compito di pronunciarsi sulla richiesta di tutela urgente e non può divenire parte del collegio che deciderà il merito della controversia; una volta divenuti operativi gli arbitri nominati ai sensi della clausola compromissoria, essi potranno poi confermare, modificare o revocare la misura cautelare concessa dall'arbitro di urgenza (v. SIM, *Emergency Arbitration*, Oxford, 2021, *passim*). Si vedano, ad esempio, l'art. 44 Regolamento della Camera arbitrale di Milano, l'art. 29 Regolamento di arbitrato dell'*International Chamber of Commerce*, l'art. 9B delle *Arbitration Rules* della *London Court of International Arbitration*, l'appendice II delle *Arbitration Rules* dell'*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* e l'allegato 1 delle *Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*. Per la possibilità del collegio arbitrale Cas di modificare o revocare la decisione cautelare assunta in via di urgenza dal Presidente della competente Divisione, ovvero di concedere la misura dopo che l'istanza è stata rigettata dal Presidente, v. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1488.

<sup>21</sup> Su quest'ultimo aspetto, v. BLACKSHAW, *Provisional and Conservatory Measures*, cit., punti 23 ss.; RIGOZZI, *Sports Arbitration and the Inherent need*, cit., p. 99.

<sup>22</sup> In questo senso v. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 244; RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1500.

<sup>23</sup> Sull'interpretazione di questa previsione v. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1581.



Il secondo requisito di ammissibilità è sancito dall'art. R37, 1° comma, Cod. Cas. e non è di alcun particolare interesse interpretativo, visto che è integrato dalla necessità di pagare la somma di CHF 1.000. E' solo opportuno evidenziare come questa condizione sia in linea con quanto richiesto da pressoché tutti i regolamenti per arbitrato amministrato, che subordinano l'avvio (e la prosecuzione) del procedimento al versamento di fondi, nell'importo determinato dalla segreteria dell'istituzione, da parte dell'attore<sup>24</sup> e non sia troppo dissimile, quantomeno come logica sottostante, da quello che è previsto nel nostro ordinamento dall'art. 816 *sexies* c.p.c.

L'istanza può essere proposta prima dell'avvio dell'arbitrato, contestualmente, ovvero successivamente. A questo proposito, è opportuno notare come la versione dell'art. 37 Codice Cas, in vigore sino alle modifiche apportate nel 2013, escludesse la possibilità di richiedere la tutela cautelare prima del deposito della domanda di arbitrato (ordinaria o di appello). Oggi la richiesta *ante causam* (o quella proposta simultaneamente alla domanda di merito) può essere decisa dal Presidente della competente Divisione (nei casi in cui non si possano attendere i tempi di costituzione del collegio), ovvero dagli arbitri, cui il Presidente deve trasferire il fascicolo.

La regola generale è quella per cui deve essere sempre instaurato il contraddittorio (art. 37, 4° comma, Cod. Cas.). Il convenuto, infatti, deve essere invitato a replicare entro un termine di dieci giorni, che può essere abbreviato, qualora sia richiesto da particolari circostanze; nel silenzio della norma, si deve ritenere che il termine decorra dalla data in cui gli è comunicata copia dell'istanza cautelare e dei relativi documenti.

In casi particolari, quando è necessario procedere con la massima ("utmost") urgenza, la richiesta di cautela può essere esaminata *inaudita altera parte*, a condizione che il convenuto sia successivamente sentito. La laconicità del testo codicistico deve essere integrata in via esegetica, ritenendo che, qualora il provvedimento urgente sia concesso, il convenuto debba essere sentito non tanto "successivamente", quanto al più presto; gli arbitri devono perciò fissare un termine molto breve, certamente non superiore ai dieci giorni previsti dall'art. R37 Codice Cas per l'instaurazione del contraddittorio nell'ordinaria procedura cautelare. Gli arbitri dovranno poi confermare, modificare o revocare il provvedimento, dopo avere esaminato le difese del convenuto. La prassi del Cas dimostra come la decisione senza contraddittorio sia molto rara e che, anche quando vi sia un'estrema urgenza, il Presidente della Divisione competente, piuttosto che decidere senza la convocazione del convenuto, preferisca inviare a quest'ultimo copia dell'istanza e dei documenti via email o fax fissando un termine per la difesa molto più breve (anche pari a sole quarantotto ore), rispetto a quello di dieci giorni previsto dall'art. 37, 4° comma, Cod. Cas.<sup>25</sup>

Nell'ambito della fase decisoria, una particolare enfasi è posta dall'art. R37, 4° comma, Codice Cas sull'esistenza della competenza giurisdizionale del Cas, che deve essere esaminata con precedenza rispetto alle altre questioni e "prima facie" dal Presidente della Divisione (nel caso si pronunci *ante causam* sull'istanza), ovvero degli arbitri. Mentre è del tutto scontato (e superfluo) prescrivere che la competenza giurisdizionale debba essere valutata con priorità rispetto alle altre perché, evidentemente, se questa manca nemmeno possono essere esaminati i presupposti per la concessione della misura, assai meno agevole è riempire di contenuti la prescrizione per cui la decisione deve avvenire "prima facie".

A questo proposito, si deve ricordare come già l'art. R39, 1° comma, Codice Cas permetta – con una mera decisione amministrativa – agli uffici di segreteria del Cas (Cas Court Office) di non avviare la procedura, quando è chiaro sin dall'inizio che non vi è una convenzione arbitrale che deferisce la controversia al Cas; in questo caso, la segreteria invia una semplice lettera all'istante<sup>26</sup>. Sembrerebbe quindi che l'art. R37, 4° comma, Codice Cas rappresenti una sorta di fase intermedia – tra l'eventuale decisione della segreteria e quella definitiva del collegio arbitrale – prescrivendo la misura cautelare possa essere concessa, se appare plausibile la sussistenza di una clausola che deferisca

<sup>24</sup> Qualora oggetto dell'arbitrato sia la decisione di una federazione sportiva, il relativo statuto o regolamento potrebbe contenere altri requisiti di ammissibilità, per potere domandare la tutela cautelare dinanzi al Cas; in questo senso v. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 244.

<sup>25</sup> Cfr. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1502.

<sup>26</sup> Cfr. MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 205.

la lite al Cas ai sensi dell'art. R 27 Codice Cas sulla giurisdizione. In altre parole, si tratta di una statuizione sulla base di una sorta di *fumus boni iuris* applicato all'esistenza della competenza giurisdizionale del Cas.

L'art. R37, 4° comma, Codice Cas, nel caso di assenza di una “chiara” competenza giurisdizionale, prescrive che il Presidente della Divisione competente (quando, evidentemente, trattiene il fascicolo per decidere egli stesso sull'istanza *ante causam*) deve estinguere il procedimento, cioè, in pratica, nemmeno deve trasmettere il fascicolo al collegio arbitrale. Si tratta di una specifica previsione applicabile soltanto al Presidente della Divisione, per la semplice ragione che il collegio arbitrale, una volta investito della questione, dovrà respingere l'istanza per difetto di competenza giurisdizionale e non semplicemente estinguere il procedimento. In ogni caso, quand'anche il Presidente della Divisione competente ritenga sussistente la giurisdizione, gli arbitri sono liberi di negarla<sup>27</sup>.

Con riferimento all'estinzione del procedimento arbitrale per difetto di una “chiara” competenza giurisdizionale del Cas di cui all'art. R37, 4° comma, Codice Cas, si è ritenuto che la previsione non debba essere applicata quando si tratta di decidere (anche da parte del collegio arbitrale) su di un'istanza cautelare senza previa instaurazione del contraddittorio, dato che il convenuto, una volta convocato, potrebbe accettare la competenza giurisdizionale del Cas<sup>28</sup>. A noi però pare evidente che l'esistenza o meno della competenza giurisdizionale debba essere deliberata al momento della decisione e che, quand'anche fosse concessa la misura, essa non sarebbe validamente eseguibile nei confronti del resistente, che non sia già vincolato da un valido accordo arbitrale. La norma, quindi, deve trovare sempre applicazione, anche nel caso di istanza cautelare da decidere senza previa instaurazione del contraddittorio, visto che non contiene alcuna distinzione.

Quanto al coordinamento tra il rilievo del difetto di competenza giurisdizionale nella fase cautelare ed in quella di merito, il Tribunale Federale svizzero<sup>29</sup> ha recentemente stabilito che quantunque il convenuto non abbia sollevato la relativa eccezione durante la prima ciò non costituisca un'accettazione tacita della competenza giurisdizionale ai fini del merito; dunque, il resistente mantiene il diritto di contestarla nel procedimento arbitrale, a condizione che ciò avvenga prima di tutte le difese, ai sensi dell'art. 186, 3° comma, legge sv. dir. int. priv.

#### 4. Le tipologie di misure cautelari ed i presupposti per la loro concessione.

L'art. R 37 Codice Cas non precisa quali siano i provvedimenti cautelari che gli arbitri possono pronunciare; al 3° comma, in linea con la rubrica della norma, viene compiuto soltanto un generico riferimento alle “provisional or conservatory measures”. L'unico provvedimento urgente espressamente è menzionato dal Codice Cas nell'art. R48, 1° comma, ove si prevede la possibilità che l'impugnante chieda richiesta una misura cautelare che sospenda provvisoriamente gli effetti di una decisione appellata.

Non vi è dubbio alcuno che gli arbitri innanzitutto possano pronunciare le misure ammesse e regolate dalla *lex arbitri*<sup>30</sup>. A tal proposito, l'art. 262 sv. c.p.c. dispone che il “provvedimento cautelare può consistere in qualsivoglia disposizione giudiziale atta a evitare il pregiudizio incombente”; esso “segnatamente” può avere come contenuto: (i)

<sup>27</sup> Cfr., con riferimento alle istanze cautelari decise dal Presidente della Divisione di appello, MAVROMATI, *An Overview of the Appeal Procedure before the CAS*, cit., p. 22. In questo senso v. CAS 2018/A/5868 Pan-American Team Handball Federation v. International Handball Federation, 10 maggio 2019, ove però si è anche ritenuto, in modo a nostro avviso erroneo, che non sia soggetta a revisione da parte degli arbitri la decisione del Presidente della Divisione competente la quale statuisca che chiaramente manchi la competenza giurisdizionale del Cas, non essendo gli arbitri un giudice di appello.

<sup>28</sup> V. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1501.

<sup>29</sup> Cfr. Trib. Fed. Sv., 7 giugno 2021, 4A\_564/2020 (Club Deportivo Tuluá v. Club Atlético Nacional).

<sup>30</sup> Sulle delicate questioni di legge applicabile che sorgono al riguardo v. BOOG, *The Laws Governing Interim Measures in International Arbitration*, cit., p. 343 ss.



un divieto; (ii) un ordine volto ad eliminare uno stato di fatto contrario al diritto; (iii) un'istruzione all'autorità dei registri o a un terzo; (iv) una prestazione in natura; (v) un pagamento in denaro nei casi determinati dalla legge<sup>31</sup>.

Si ritiene però comunemente che, oltre alle misure espressamente previste dalla legge svizzera ed a quelle di sospensiva, gli arbitri siano titolari di un ampio potere di emanare, su richiesta di parte, qualsiasi provvedimento atipico che risulti opportuno in una data situazione, rientrando nella nozione di “provisional or conservatory measures” di cui all'art. R 37 Codice Cas tutte quelle misure funzionali a salvaguardare i diritti delle parti od a regolare in modo interinale una situazione sostanziale intercorrente tra le stesse, in attesa della definizione del procedimento<sup>32</sup>. La misura, però, non deve essere espressamente preclusa da un accordo tra i contendenti, ovvero da previsioni inderogabili di legge; a quest'ultimo proposito, si reputa che gli arbitri non possano emettere decisioni anticipatorie che provvisoriamente ingiungano il pagamento di somme di denaro, perché ciò si risolverebbe una sorta di sequestro, la cui concessione è prerogativa delle sole corti statuali svizzere<sup>33</sup>.

Sul punto, è evidente la differenza rispetto ad ordinamenti, come quello italiano, nei quali l'attribuzione dei poteri cautelari agli arbitri comporta, da un lato, che costoro possano pronunciare (senza limitazioni) tutte le misure che, secondo la *lex arbitri*, possono essere emesse dai giudici ordinari, e, dall'altro lato, che gli arbitri non siano legittimati a pronunciare qualsivoglia provvedimento urgente – differente da quelli tipici – che le parti (direttamente, od indirettamente, mediante il rinvio ad un regolamento per arbitrato amministrato) possano in via convenzionale prevedere, o, men che meno, che il collegio possa discrezionalmente coniare a seconda del caso<sup>34</sup>.

Vi è un'ulteriore differenza di rilievo rispetto al nostro ordinamento: nell'ambito di un procedimento regolato dalla legge italiana, gli arbitri, al fine di decidere se concedere o meno la cautela, devono necessariamente esaminare tutti (e solo) i requisiti previsti dal codice di rito per l'emanazione del provvedimento richiesto dall'istante. Nel caso degli arbitrati pendenti presso il Cas, invece, l'art. R37, 5° comma, Codice Cas declina, a livello generale, tre condizioni che devono sempre sussistere (in modo cumulativo), a prescindere dal contenuto del provvedimento richiesto e dalla funzione che esso si prefigge di ottenere, ed in sostituzione dei requisiti previsti dalla legge svizzera per concedere le misure cautelari tipiche. Queste condizioni sono state inizialmente elaborate in via “pretoria” dalle decisioni rese nei procedimenti arbitrali incardinati presso il Cas, indi inserite nell'art. 14 delle *Arbitration Rules applicable to the Cas ad hoc division for the Olympic Games* ed infine, solo a decorrere dal 2013, riflessa nel Codice Cas. Essi sono: (i) la necessità che la misura serva per proteggere l'istante da un danno irreparabile; (ii) la probabilità che l'attore abbia successo nel procedimento di merito; e (iii) la maggiore meritevolezza di tutela degli interessi dell'istante, rispetto a quelli del convenuto.

Quanto al *periculum in mora*, l'irreparabilità non deve essere intesa in senso strettamente letterale, sussistendo essa in tutte le evenienze in cui è dimostrato un pregiudizio che sia impossibile, o comunque molto difficile, eliminare, qualora la misura non venga concessa<sup>35</sup>. Ovviamente, però, il rischio che l'istante subisca un pregiudizio irreparabile

<sup>31</sup> L'art. 158 sv. c.p.c. prevede anche una sorta di istruzione preventiva, disponendo che è possibile assumere le prove in via cautelare, quando sussistono le condizioni ivi previste.

<sup>32</sup> MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 198. Con riferimento all'art. 183 sv. l. dir. int. priv., è pacifica l'interpretazione per cui gli arbitri possono concedere non solo le misure tipiche previste dal diritto svizzero, ma anche quelle che siano previste dalle parti, o determinate dallo stesso collegio sulla base degli standard utilizzati nella prassi dell'arbitrato internazionale. BOOG, *Commentary on Article 183 of the Swiss Private International Law Act*, cit., p. 158; BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., par. 1258; POUURET-BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., pp. 534-535.

<sup>33</sup> RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1492. Nel senso che l'art. 183 sv. l. dir. int. priv. non permetta agli arbitri di pronunciare sequestri conservativi di beni, visto che ciò serve garantire l'attuazione del lodo, ed i beni non costituiscono oggetto della controversia v. BUCHER, in AA.VV., *Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, a cura di Bucher, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 1610.

<sup>34</sup> Cfr. CORSINI, *I poteri cautelari degli arbitri ai sensi del nuovo art. 818 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 882.

<sup>35</sup> Sheikh Hazza Bin Sultan Bin Zayed Al Nahyan v FEI, CAS 2014/A/3591, Ord. 23 May 2014.





deve essere attuale e reale e non meramente ipotetico<sup>36</sup>. Un rischio costituito da una pura perdita di visibilità e di opportunità di sponsorizzazione è puramente economico e, quindi, non può considerarsi irreparabile<sup>37</sup>. D'altra parte, anche la sospensione di un atleta dalle competizioni che gli impedisca di partecipare ad una gara non è sempre di per sé sufficiente per ritenere integrato il *periculum*<sup>38</sup>; è infatti necessario che gli sia precluso partecipare ad un evento particolarmente importante, od alle competizioni necessarie per qualificarsi ad un evento di primario rilievo<sup>39</sup>.

Il secondo requisito corrisponde, in pratica al *fumus boni iuris*. Evidentemente, non vi è necessità di proteggere in via provvisoria un diritto se la relativa domanda di merito non può essere accolta. L'istante, quindi, deve dimostrare che è plausibile l'esistenza dei fatti da lui allegati e che egli abbia una ragione di diritto la quale possa essere accolta dal lodo arbitrale<sup>40</sup>. Nella prassi del Cas questo requisito tende ad essere piuttosto svalutato; quando è evidente che sussiste un rischio di danno irreparabile, l'esame del *fumus* passa in secondo piano e la misura viene per solito concessa, salvo che la posizione dell'istante appaia chiaramente senza speranze, come, ad esempio, quando il termine per proporre ricorso è scaduto<sup>41</sup>.

Il terzo requisito è il cosiddetto “balance of interests test” ed è quello in cui risiede la maggiore discrezionalità del collegio arbitrale, che – nonostante già abbia ritenuto esistente il *periculum* ed il *fumus* – deve nondimeno valutare che gli interessi dell'istante siano più meritevoli di protezione rispetto a quelli del resistente; in altre parole, si deve valutare se il pregiudizio che può verificarsi è maggiore nel caso in cui la misura sia concessa o rifiutata<sup>42</sup>. Nell'ambito di procedimenti arbitrali che si svolgono presso collegi *ad hoc* istituiti per decidere sulle controversie relativi allo svolgimento delle Olimpiadi, la discrezionalità degli arbitri è ancora maggiore, dal momento che l'art. 14 delle *Arbitration Rules applicable to the Cas ad hoc division for the Olympic Games* impone di considerare non solo gli interessi del ricorrente e del convenuto, ma anche quelli degli altri membri della comunità olimpica.

Il “balance of interests test” è particolarmente delicato quando si tratta di sospendere la decisione di un ente sportivo, che nella prassi risulta una misura frequentemente richiesta<sup>43</sup>. Si è formata una giurisprudenza pacifica ai sensi della quale – similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento quando si tratta di decidere sull'istanza di sospensione di una delibera assembleare ai sensi dell'art. 2378, 4° comma, c.c. – si deve valutare se siano maggiori gli svantaggi per il ricorrente dall'immediata esecuzione della decisione impugnata, ovvero quelli dell'ente convenuto di non potere eseguire la propria decisione<sup>44</sup>; a questo proposito, si è ritenuto che la sospensione di una decisione che irroga una sanzione non è pregiudizievole per gli interessi di un'organizzazione sportiva per quanto riguarda l'effetto deterrente, giacché essa, se successivamente confermata dal lodo arbitrale, verrebbe applicata solo con un ritardo

<sup>36</sup> Fenerbahçe SK v. UEFA, CAS 2013/A/3139, Ord. of 3 May 2013.

<sup>37</sup> V. Legia Warszawa SA v. UEFA & Celtic Football Club, CAS 2014/A/3703, Ord. 1 September 2014; Africa Sports d'Abidjan c. Fédération Ivoirienne de Football (FIF) & USC Bassam, CAS 2012/A/2830, Ord. 29 juin 2012.

<sup>38</sup> Nel senso che il rischio di non potere prendere parte ad alcune partite non è, di per sé, generalmente sufficiente per dimostrare un danno irreparabile v. Andriamirado Aro & Kaizer Chiefs FC v. Fosa Juniors FC & FIFA, CAS 2020/A/6796, Ord. 16 June 2020; Erik Salkic v. Football Union of Russia & Arsenal, CAS 2014/A/3642, Ord. 5 August 2014.

<sup>39</sup> Cfr. Traves Smikle v. Jamaica Anti-Doping Commission, CAS 2015/A/3925, Ord. 13 March 2015; Elkin Soto Jaramillo & FSV Mainz 05 v. CD Once Caldas & FIFA, CAS 2008/A/1453, Aw. 8 February 2008; Asafa Powell v. Jamaica Anti-Doping Commission, CAS 2014/A/3571, Aw. 7 July 2015.

<sup>40</sup> Cfr. S v. Fédération Internationale de Natation (FINA), CAS 2000/A/274, Ord. 26 May 2000.

<sup>41</sup> V. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 241, i quali evidenziano come gli arbitri cerchino di evitare di prendere una precisa posizione sul merito, quando decidono sulla concessione di una misura provvisoria.

<sup>42</sup> Cfr. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 242.

<sup>43</sup> Cfr. MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 199; RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1492, i quali evidenziano anche come le decisioni degli enti sportivi che impongono obblighi di pagamento non possano essere oggetto di sospensione, per la semplice ragione che, ai sensi della legge svizzera, esse non sono provvisoriamente esecutive.

<sup>44</sup> Cfr. Alexis Enam v. Club Al Ittihad Tripoli, CAS 2008/A/1677, Ord. 15 December 2008. V. anche Football Union of Russia (FUR) v. UEFA, CAS 2022/A/8709, Ord. 8 April 2022 (decisione occasionata dal conflitto russo-ucraino; sulle conseguenze sportive dello stesso e sulle varie controversie che ne sono derivate v. BASTIANON, *Sport e neutralità al tempo del conflitto russo-ucraino*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, p. 27 ss.).



temporale; sono quindi gli enti convenuti a dovere dimostrare le ragioni concrete per la necessità di applicare immediatamente la sanzione, se vogliono che i loro interessi siano ritenuti prevalenti rispetto a quelli dell'atleta<sup>45</sup>.

## 5. La strumentalità, l'attuazione ed i rimedi.

L'art. R37, 6° comma, Codice Cas, introdotto nel 2013, stabilisce un peculiare nesso di strumentalità tra la tutela cautelare e quella di merito. Questo nesso, infatti, non è istituito tra la misura provvisoria ed il lodo, ma essenzialmente, e prima ancora, a puro livello procedimentale: il deposito della domanda di merito deve avvenire entro 10 giorni da quello dell'istanza di tutela urgente. Ciò deve avere luogo a prescindere dalla circostanza che la misura sia o meno concessa ed anzi, a ben vedere, anche prima di ogni deliberazione sull'istanza. Per quanto riguarda il caso in cui la cautela sia chiesta prima dell'avvio di un arbitrato di appello, i termini per iniziare quest'ultimo sono quelli di cui all'art. R 49 Codice Cas, il quale prevede una duplice evenienza. In linea di principio, si applica il termine per impugnare la decisione previsto dagli statuti o dai regolamenti delle federazioni o degli altri enti sportivi; se questi nulla prevedono, si applica un termine di 21 giorni dalla ricezione della decisione.

Qualora il giudizio arbitrale (ordinario o di appello) non sia tempestivamente iniziato entro i termini testé menzionati<sup>46</sup>, si verifica un "automatico annullamento" del procedimento urgente, oppure della misura (allorché, evidentemente, la fase interinale sia stata molto rapida e si sia già conclusa con l'accoglimento dell'istanza). L'"automatico annullamento" ci pare possa ragionevolmente essere così declinato: se il procedimento urgente è ancora pendente, ed il ricorrente non offre la prova di avere tempestivamente proposto la domanda di merito, gli arbitri dovranno, anche di ufficio, dichiarare estinto il giudizio; quando invece la misura sia già stata concessa, essa dovrà considerarsi, in modo automatico, decaduta e priva di effetto, senza bisogno di alcun ulteriore provvedimento degli arbitri, essendo all'uopo sufficiente una comunicazione amministrativa della segreteria del Cas.

Circa il tema della strumentalità, resta solo da aggiungere che l'art. R37, 6° comma, Codice Cas non opera differenziazioni in ragione del contenuto della misura cautelare e, quindi, è destinato ad applicarsi ad ogni tipologia di procedimento cautelare, a prescindere dal contenuto (conservativo od anticipatorio) della misura che il ricorrente si prefigge di ottenere.

Il Codice Cas non contiene alcuna norma che regoli le modalità di attuazione della misura cautelare. A questo proposito, è risaputo che i provvedimenti urgenti pronunciati nell'ambito dei procedimenti arbitrali incardinati presso il Cas godono di un elevatissimo grado di esecuzione spontanea: addirittura si ritiene che essi siano "quasi automatically enforced"<sup>47</sup>. A volte, poi, all'interno degli stessi statuti o regolamenti federali vi sono prescrizioni che impongono ai membri ed ai tesserati, a pena di specifica sanzione disciplinare, di conformarsi alle decisioni del Cas<sup>48</sup>. In ogni caso, se l'attuazione deve avvenire in Svizzera (come sovente accade visto che numerose federazioni internazionali quivi hanno la loro sede), è sempre possibile utilizzare l'art. 183, 2° comma, legge svi. dir. int. priv., ai sensi del quale, se la parte contro cui è ordinato il provvedimento non vi si sottopone spontaneamente, il tribunale arbitrale o una parte può chiedere la collaborazione del giudice competente.

L'unica previsione che riguarda (sia pure indirettamente) l'esecuzione della misura cautelare è contenuta nell'art. R37, 7° comma, Cod. Cas, il quale (ricalcando l'art. 183, 3° comma, legge svi. dir. int. priv.) stabilisce che i suoi effetti possono essere subordinati ad una cauzione. E' evidente la funzione di tutelare il soggetto passivo, cercando di

<sup>45</sup> Cfr. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 242; RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1498.

<sup>46</sup> Ai sensi dell'art. R37, 6° comma, Codice Cas, i termini per il deposito della domanda di arbitrato (ordinario o di appello) non possono essere prorogati.

<sup>47</sup> Cfr. MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 214.

<sup>48</sup> V., ad esempio, l'art. 8.2.2.6 statuto della FIS - International Ski and Snowboard Federation, che obbliga le federazioni nazionali affiliate alla FIS a dare esecuzione alle decisioni del Cas.

assicurare che egli possa ottenere un effettivo risarcimento del danno, se la misura concessa fosse successivamente considerata non giustificata, in base alle risultanze del procedimento di merito. L'importo della cauzione dovrà essere proporzionato ed equo, perché un importo troppo elevato rischia di frustrare l'attuazione pratica della misura. Non manca chi reputa che la cauzione possa essere anche concessa per assicurare il solo pagamento delle spese procedurali, come una sorta di *security for costs*, quando il convenuto riesce a dimostrare che l'attore, laddove soccomba bel merito, non sia in grado di rimborsare le spese<sup>49</sup>; a noi sembra però che questa sia una funzione estranea all'art. R37, 7° comma, Cod. Cas ed alla sua *ratio*, tenuto conto tra l'altro, che le spese procedurali della fase cautelare sono comunque sempre assai inferiori a quelle del giudizio di merito. In ogni caso, la prassi dimostra come sia molto raro che, in pratica, venga imposta una cauzione<sup>50</sup>.

Il Codice Cas è silente circa i rimedi disponibili avverso il provvedimento con cui viene concessa o negata la misura cautelare. A noi pare che la misura, su istanza di parte, possa essere sempre modificata o revocata dal collegio arbitrale; ciò senza necessariamente allegare circostanze sopravvenute in senso stretto, ma motivando soltanto la richiesta con eventuali risultanze istruttorie del procedimento possano fondare una revisione della cautela. Quanto al provvedimento di diniego, esso non deve considerarsi ostativo della riproposizione dell'istanza; a tal proposito, una parte della dottrina ritiene che ciò sia consentito soltanto se sussistono nuovi elementi<sup>51</sup>, ma, in assenza di una indicazione normativa in questo senso, non ci pare possibile subordinare la nuova istanza all'occorrenza di un qualunque mutamento fattuale o di diritto. Semplicemente, l'istanza, se analoga alla prima, verrà respinta anche la seconda volta.

Le decisioni rese sulle istanze cautelari, a prescindere dalla circostanza che rivestano la forma dell'ordinanza (come invero ci pare dovrebbe essere) o dei lodi, non sono impugnabili presso il Tribunale Federale Svizzero, non avendo il necessario carattere della definitività, visto che possono sempre essere modificate o revocate<sup>52</sup>. Si ritiene però che possano eccezionalmente essere impugnate le pronunce che rigettano la richiesta di cautela per difetto di competenza giurisdizionale<sup>53</sup>, ovvero che (erroneamente) contengano una decisione di merito con la quale sia posto fine al procedimento arbitrale<sup>54</sup>.

## 6. Conclusioni

La tutela cautelare gioca un ruolo fondamentale per garantire l'effettività degli arbitrati che si svolgono presso il Cas, poiché quando oggetto della controversia è l'esistenza del diritto di un atleta o di una squadra a partecipare ad una competizione sportiva, i pur brevi tempi di emanazione del lodo possono essere del tutto incompatibili con quelli delle gare o delle partite, che hanno calendari serrati e scadenze indifferibili. Le modifiche che l'art. R37 Codice Cas ha subito nel corso degli anni lo hanno sensibilmente "migliorato" rispetto al testo originario; vi sono però, a nostro avviso, almeno altri due profili su cui sarebbe opportuno un nuovo intervento.

Innanzitutto si dovrebbe escludere il potere di emanare una misura *ante causam* in capo al Presidente della Divisione competente; le sue peculiari modalità di nomina, infatti, non sono tali assicurarne la piena indipendenza<sup>55</sup>. Egli

<sup>49</sup> Cfr. MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 215-216.

<sup>50</sup> V. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1503.

<sup>51</sup> V. BERNASCONI-CORTADA, *Vorsorgliche Massnahmen vor dem CAS*, cit., p. 244.

<sup>52</sup> V. Trib. Fed. Svi., 6 gennaio 2020, A. V. World Anti Doping Agency (WADA)& International Swimming Federation (FINA) 4°\_287/2019.

<sup>53</sup> V. SCHOEB, *Caselaw of the Swiss Federal Tribunal on appeal against CAS awards (2020-23)*, in *Bull. Tas*, 2024, p. 34.

<sup>54</sup> Cfr. RIGOZZI-HASLER, in AA.VV., *Arbitration in Switzerland*, cit., p. 1505. Per MAVROMATI-REEB, *The Code of Arbitration for Sport*, cit., p. 200-201 è invece possibile impugnare un'ordinanza cautelare, quando ha sostanzialmente la natura di lodo arbitrale definitivo.

<sup>55</sup> Ricordiamo infatti che il Presidente della Divisione è nominato per un periodo di quattro anni dall'International Council of Arbitration for Sport ("ICAS") e la maggioranza dei membri di quest'ultimo è designata, direttamente od indirettamente, dagli organi di governo sportivo (cfr. art. S4 Codice Cas).

dovrebbe invece limitarsi a trasferire immediatamente il fascicolo al tribunale arbitrale, oppure - quando il *periculum* è talmente marcato da non permettere di attendere i relativi tempi di costituzione - nominare direttamente un arbitro (unico) “di urgenza”, scelto nell’elenco tenuta dal Cas (art. S3 Codice Cas) ed incaricato esclusivamente di decidere sulla domanda cautelare ma fermo il potere del collegio, una volta insediato, di confermare, modificare o revocare la misura<sup>56</sup>.

In secondo luogo, ci pare che sarebbe assai importante l’introduzione di un agile sistema di riesame del provvedimento con cui viene accolta o respinta l’istanza cautelare, dato che la decisione riveste sempre un’importanza fondamentale, se non decisiva, nell’economia del controversia e quindi ci sembrerebbe quanto mai appropriata una qualche forma di snella impugnazione, magari anche solo limitata ad un mero riesame di legittimità.

Questi due interventi, ispirati entrambi ad un maggiore garantismo, ci paiono realmente opportuni qualora si ponga a mente che i procedimenti celebrati nell’ambito del Cas scontano un inevitabile “peccato originale”, visto che la clausola compromissoria viene in sostanza imposta agli atleti ed ai tesserati, anziché essere il risultato di una genuina trattativa, come invece avviene per le pattuizioni arbitrali concordate in ambiti diversi da quello sportivo. In pratica, tutte le federazioni si trovano – inevitabilmente – in una sorta in una sorta di posizione monopolistica<sup>57</sup> e l’atleta, se non si iscrive alle stesse necessariamente accettando anche la clausola per l’arbitrato Cas, perde la possibilità di partecipare alle massime competizioni internazionali e, di conseguenza, subisce un danno sia personale (non potendo realizzare le sue aspirazioni) sia economico (non beneficiando né dei premi in denaro messi in palio, né dei proventi dei contratti di sponsorizzazione)<sup>58</sup>. D’altra parte, in ragione delle peculiarità dell’ordinamento sportivo, non è certo possibile affidare la decisione delle relative liti ai giudici statuali, i quali non sono in grado di fornire quella tutela così rapida e specializzata, che è imprescindibile per risolvere in modo proficuo le relative controversie<sup>59</sup>.

Ecco allora che, in questo contesto, pare oltremodo necessario che il giudizio arbitrale presso il Cas coniughi l’efficienza con tutte le possibili garanzie, tenuto conto anche che, come ha stabilito la Corte europea dei diritti dell’uomo, non è illegittimo che l’atleta sia sostanzialmente costretto ad accettare la previsione dell’arbitrato Cas inserita negli statuti federali, a patto, però, che a tale arbitrato si applichino i principi fondamentali di cui all’art. 6 CEDU, essendo esso sostanzialmente obbligatorio<sup>60</sup>. E le due proposte di modifica quivi suggerite ci pare che si collochino coerentemente nell’alveo di questo insegnamento.

<sup>56</sup> Questa è infatti la soluzione adottata, sia pure con alcuni distinzioni, da tutte le principali istituzioni arbitrali internazionali quando si tratta di decidere sulla richiesta di un provvedimento cautelare prima della costituzione del collegio arbitrale. Cfr., per riferimenti, la precedente nota 20.

<sup>57</sup> Da ciò derivano gli attualissimi problemi di compatibilità del sistema sportivo con il diritto dell’Unione Europea, per tutti i profili che non siano confinati esclusivamente sul terreno sportivo. Cfr., anche per ampi riferimenti, MERONE, *Lo sport sotto la lente del diritto unionale: dalla Superlega all’arbitrato sportivo*, in *Giur. it.*, 2024, p. 1485 ss.

<sup>58</sup> In proposito v. PAULSSON, *Arbitration of International Sport disputes*, in *Arb. int.*, 1993, p. 361. Tra la dottrina italiana v. ZUCCONI GALLI FONSECA-RASIA, *op. cit.*, p. 121 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: una better alternative*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, p. 281; MERONE, *Il tribunale arbitrale dello sport*, cit., p. 60 ss.; FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, pp. 245 ss. e 259.

<sup>59</sup> L’ordinamento sportivo, infatti, è autonomo sia rispetto a quello dello Stato nel quale la competizione si svolge, sia riguardo alla pluralità degli ordinamenti intesa nella sua unitarietà, e, quindi, richiede un’autorità unica che sia in grado di statuire sulle relative controversie in modo rapido ed uniforme, rafforzando così la certezza del diritto. Cfr. Conclusioni dell’avvocato generale A. Rantos presentate il 15 dicembre 2022, nella Causa C 124/21 P, International Skating Union contro Commissione europea, punti 157-159, il quale rileva anche che “difficilmente si potrebbe concepire l’organizzazione o lo svolgimento di una qualsivoglia disciplina o competizione sportiva se ciascun partecipante (atleta o club sportivo) disponesse della possibilità di contestare l’uno o l’altro aspetto di un siffatto evento su una qualsiasi base giuridica dinanzi a giudici nazionali o ad un altro organo giurisdizionale”. Con riferimento alla relativa decisione, resa dalla Corte di giustizia il 21 dicembre 2023, v. MERONE, *Lo sport sotto la lente del diritto unionale*, cit., p. 1493 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sull’arbitrato Tas dopo la sentenza della corte di giustizia nel caso Isu*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, p. 476 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Cedu, 2 ottobre 2018, nn. 40575/10 e 67474/10, Mutu e Pechstein c. Svizzera. In proposito v. MERONE, *Arbitrato sportivo internazionale e garanzie del giusto processo*, in *Riv. dir. sport.*, 2020, I, p. 110 ss.; LATTY, *Le TAS marque del points devant la CEDH*, in *Jurisport*, n. 192, déc. 2028, p. 31 ss. Con riferimento alla decisione delle corti tedesche nel medesimo caso, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: l’attesa*

ISSN 2533-0632



# Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA

  
Pacini  
Giuridica

---

*decisione della Corte suprema tedesca nel caso Pechstein*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 148-162. Per le modifiche introdotte al Codice Cas a seguito della sentenza pronunciata dalla Cedu nel caso Pechstein, v. MERONE, *Le modifiche del 2016 al Code TAS*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 436 ss.